

Чабан О. М.

*кандидат юридичних наук,
Львівська комерційна академія,
доцент кафедри цивільного права та процесу*

ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Ключові слова: *джерела міжнародного приватного права, національне законодавство, міжнародний договір, міжнародний звичай, судовий прецедент.*

Keywords: *sources of international private law, national legislation, treaty, international custom, judicial precedent.*

Зміст міжнародного приватного права (далі – МПП) визначається системою його джерел. Визнання того чи іншого джерела права елементом системи права залежить більшою мірою від того, до якого різновиду правових систем тяжіє національна правова система [1, 20].

У науці МПП є декілька точок зору щодо видів джерел МПП. Одні вчені розрізняють чотири види джерел МПП: 1) внутрішнє, тобто національне законодавство держави; 2) судову та арбітражну практику; 3) міжнародні договори; 4) міжнародні та торговельні звичаї. Окремі автори називають три види, об'єднуючи внутрішнє законодавство і судову та арбітражну практику єдиним терміном – внутрішньодержавне законодавство. Розрізняють також п'ять видів джерел МПП: 1) внутрішнє законодавство; 2) міжнародні договори (угоди); 3) правовий звичай; 4) правовий прецедент; 5) правову доктрину [1, 21].

Поняття та види джерел МПП розкрито у працях таких вчених-юристів як В. Л. Чубарев, Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк, М. М. Богуславський, І. В. Мироненко, С. Г. Кузьменко.

Метою статті є дослідження видового поділу джерел МПП та характеристика окремих з них.

Погляди вчених щодо видів джерел МПП можна поділити на дві групи. Критеріями поділу є концепції про поняття МПП та співвідношення його з міжнародним правом. Погляди першої групи вчених зводяться до того, що МПП – феномен виключно національного права. Джерелами МПП, як і будь-якої галузі національного права, можуть бути лише національно-правові форми існування цих норм. Інша група вчених відстоює позицію щодо подвійності джерел МПП. Ця особливість не впливає на єдність предмета правового регулювання даної галузі права. Прихильники цієї точки зору вказують на те, що ні за сферою дії, ні за способом прийняття, ні за юридичною силою міжнародний договір і національний закон не можуть збігатися, тому наполягають на концепції, згідно з якою джерела МПП мають подвійний характер, тобто головною особливістю джерел МПП є поділ на національні та міжнародні джерела [2, 37–38].

Перша із зазначених точок зору засновується на так званій доктрині трансформації, сутність якої зводиться до того, що міжнародно-правова норма набуває юридичної сили в національній правовій системі тільки внаслідок того, що її трансформовано у норму внутрішньодержавного права, бо тільки останнє може надавати права або покладати обов'язки на фізичних та/або юридичних осіб, що перебувають під юрисдикцією цієї держави [2, 38].

Друга точка зору базується на подвійності джерел МПП (дуалізм джерел МПП). З одного боку, це міжнародні договори та міжнародні торговельні звичаї як результат міжнародного рівня регулювання відносин, з іншого – внутрішнє законодавство в широкому розумінні, яке держава визнає як результат правового регулювання на національному рівні. Але, як слушно зазначає М. М. Богуславський, подвійність джерел не означає поділ МПП на дві частини, тому що предметом регулювання є одні й ті самі відносини – цивільно-правові відносини міжнародного характеру [1, 21].

На нашу думку, до джерел МПП слід віднести договір, який не належить до нормативно-правових актів, проте є обов'язковим до виконання для осіб, що його уклали.

Найбільше критики в науковій літературі знає позиція щодо включення до джерел МПП доктрини. Важко уявити ситуацію, коли суд, за відсутності у його національному праві вирішення того

чи іншого колізійного питання, застосував би іноземне право тільки на тій підставі, що за переважною думкою найавторитетніших вчених його держави це слід було б зробити [2, 39]. Беззаперечно, що глибокі, теоретично обґрунтовані пропозиції вчених, які аналізують проблеми МПП, є суттєвою допомогою у процесі вироблення відповідних норм. Тому доктрина відіграє головну роль у розвитку та вдосконаленні права та допоміжну роль у правозастосуванні при встановленні змісту застосовних норм, особливо норм іноземного права, однак все ж не є джерелом МПП [2, 40].

Погоджуємося з тим, що правова доктрина відіграє певну роль у правотворчій діяльності, при тлумаченні норм та встановленні змісту норм права іноземної держави. Підтвердженням цього є ч. 1 ст. 8 Закону України “Про міжнародне приватне право” від 23 червня 2005 р. (з наступними змінами), де передбачено, що при застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі.

Джерела МПП можна поділити на два види: національні та міжнародні. До національних джерел МПП належать національне законодавство, договір, судовий прецедент, а міжнародні джерела складаються з міжнародних звичаїв та міжнародних договорів.

Національне законодавство кожної окремої держави є головним джерелом МПП. Те, що основу МПП складають колізійні норми, не викликає дискусій в доктрині МПП. Питання ж про те, чи входять до складу цього джерела матеріально-правові норми, і якщо так, то якою мірою, залишається в доктрині спірним і до кінця не вирішеним [2, 41]. Науковцями висловлюється достатньо широкий спектр думок з цього питання: від включення до сфери МПП всіх матеріально-правових норм, які стосуються приватних відносин за участю іноземного елемента, і до обмежування нормативно-правової бази МПП тими нормами, котрі безпосередньо регулюють такі відносини [3, 22]. Згідно з ч. 1 ст. 6 Закону України “Про міжнародне приватне право” застосування права іноземної держави охоплює всі його норми, які регулюють відповідні правовідносини. Тому до національного законодавства як регулятора приватноправових відносин з іноземним елементом включаються всі норми, які регулюють відповідні відносини.

Наступним джерелом МПП є міжнародні договори. У ст. 9 Конституції України від 28 червня 1996 р. визначено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Слід зазначити, що формулювання ст. 9 Конституції породжує багато питань. Наприклад, як відомо, міжнародні договори можуть бути трьох рівнів – міждержавні, міжурядові та міжвідомчі. Багато з числа цих договорів не потребують згоди Верховної Ради України. Виникає питання чи належать вони до складу національного законодавства України в широкому значенні слова “законодавство” [4, 20].

Згідно з Віденською конвенцією про право міжнародних договорів (1969 р.), під договором розуміється міжнародна угода, укладена між державами в письмовій формі й регульована міжнародним правом незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, у двох чи кількох, пов'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування. У п. 11 ст. 1 Закону України “Про міжнародне приватне право” визначено, що міжнародний договір – чинний міжнародний договір України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

В Конституції України не зафіксовано правила щодо колізій між положеннями міжнародного договору та актами внутрішнього законодавства. У ст. 3 Закону України “Про міжнародне приватне право” визначено таке правило: якщо міжнародним договором України передбачено інші правила, ніж встановлені цим Законом, застосовуються правила цього міжнародного договору. В даному випадку мова йде тільки про міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. В ч. 2 ст. 10 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. (з наступними змінами) передбачений такий припис: якщо у чинному міжнародному договорі України, укладеному у встановленому законом порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом цивільного законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України. Згідно з ч. 2 ст. 13 Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 р. (з наступними змінами), якщо в міжнародному договорі України, укладеному в установленому порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом сімейно-

го законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України.

Встановлене правило слід розуміти таким чином. Якщо чинним міжвідомчим міжнародним договором України встановлені інші правила, ніж ті, що передбачені в нормативно-правовому акті міністерства чи відомства, яке уклало цей договір, то застосовується правило міжнародного договору. Що ж до міжурядових міжнародних договорів, то вони мають пріоритет лише перед постановами Кабінету Міністрів України або актами цивільного законодавства ще меншої юридичної сили. Нарешті, якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлюються інші правила, ніж ті, що передбачені ЦК та іншими законами, застосовуються правила міжнародного договору [4, с. 20].

Таким чином, не всі види міжнародних договорів мають пріоритет щодо норм Закону України “Про міжнародне приватне право”. Аналогічний висновок й щодо співвідношення норм міжнародного договору та Цивільного кодексу України, Сімейного кодексу України. У певних випадках дія положень Закону України “Про міжнародне приватне право” може усуватися лише міжнародними договорами, які набувають чинності через відповідний закон України (закон про ратифікацію, приєднання або прийняття).

В Законі України “Про міжнародне приватне право” термін “міжнародний договір України” вживається в значенні “чинний”. Згідно з ст. 14 Закону України “Про міжнародні договори України” від 29 червня 2004 р. (з наступними змінами) міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору відповідно до цього Закону в порядку та в строки, передбачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб. Дата ратифікації міжнародного договору і дата набрання ним чинності не збігається.

Прикладом міжнародних договорів у сфері приватноправових відносин може бути: Афінська конвенція про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 р., ратифікована 15 липня 1994 р. (набула чинності для України 9 лютого 1995 р.); Віденська конвенція про цивільну відповідальність за ядерну шкоду 1963 р., ратифікована 12 липня 1995 р. (набула чинності для України 20 грудня 1996 р.);

Конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р., ратифікована 14 липня 1993 р. (набула чинності для України 1 квітня 1994 р.); Всесвітня конвенція про авторське право 1952 р., ратифікована 23 грудня 1993 р. (набула чинності для України 3 листопада 1995 р.) тощо.

Міжнародний договір стає джерелом МПП тільки внаслідок трансформації його положень у відповідне національне законодавство. Підставою для подібних тверджень є те, що міжнародне право і національне право – це дві відносно самостійні правові системи, які перебувають у взаємодії, проте не підлеглі одна іншій. Міжнародний договір є результатом міжнародної правотворчості як процесу узгодження волі зацікавлених держав, і його норми регулюють міждержавні відносини шляхом встановлення прав та обов'язків учасників-держав (в нашому випадку – одноманітно регулювати в національному законодавстві певні приватноправові відносини за участю іноземного елемента). При цьому їх норми не можуть самі по собі регулювати відносини приватноправових суб'єктів, що підпадають під дію певного національного правопорядку. Для того, щоб норми міжнародного договору набули здатності регулювати відносини за участю фізичних і юридичних осіб, вони повинні “увійти” до правової системи країни, набути юридичної сили національного права. Юридичний механізм цього процесу передбачається внутрішнім правом держави і переважно іменується “трансформацією міжнародно-правових норм в національно-правові” [3, 23–24].

Подібний засіб застосування норм міжнародних договорів відомий праву низки країн світу. Так, згідно зі ст. 55 Конституції Французької Республіки, міжнародні договори або угоди належним чином ратифіковані або ухвалені, і з моменту їх опублікування мають силу, що перевищує силу внутрішніх законів, за умови застосування такого договору іншою стороною [2, 51–52].

Наступним джерелом МПП є міжнародний звичай. У ч. 1 ст. 9 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980 р.) зазначено, що сторони зв'язані будь-яким звичаєм, щодо якого вони домовились, та практикою, яку вони встановили у своїх відносинах. Необхідно зазначити, що в наведеному тексті Конвенції стосовно звичаю не встановлено жодного обмеження.

Наприклад, застосування сторонами контракту міжнародного звичаю не залежить від його визнання національними правопорядками держав-учасниць.

У вітчизняній літературі (Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк) вказується, що міжнародний звичай слід відрізнити від узвичаєння, що застосовується в міжнародній торгівлі, банківській справі, в морських перевезеннях, проте ще не є правовою нормою. З цього приводу В. Л. Чубарев вказує, що спірною є вказівка стосовно того, що узвичаєння не є правилом поведінки. І вчений наводить такі аргументи: коли сторони домовились, що вони керуватимуться у своїх стосунках певним узвичаєнням і включили цю домовленість, наприклад, відповідно до ст. 9 Віденської конвенції 1980 р., до свого контракту, воно безумовно стає правилом поведінки. Тому є певні підстави стверджувати, що відокремлення міжнародного звичаю від узвичаєння слід проводити не за оцінним критерієм, а за формальною ознакою: коли узвичаєння стає настільки широко застосовним, що воно кодифікується під егідою відповідної міжнародної організації і нею офіційно публікується, можна вважати що воно перетворилося у міжнародний звичай. Якщо ж цього не відбувається, воно залишається лише узвичаєнням, хоча і не втрачає при цьому свого нормативного характеру [2, 47–48].

Перетворення узвичаєнь у міжнародний звичай відбулося, наприклад, у випадку з Міжнародними правилами тлумачення торгових термінів (Інкотермс) – документом, розробленим під егідою Міжнародної торгової палати ще у 1936 р., який неодноразово переглядався і є чинним у редакції 2010 р. Аналогічна ситуація виникла також з Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів (остання редакція 1993 р.), Уніфікованими правилами для інкасо (редакція 1995 р.), Йорк-Антверпенськими правилами щодо загальної аварії (кодифіковані під егідою Міжнародної морської організації, остання редакція 1994 р.) та деякими іншими.

Загальним правилом у МПП залишається положення, за яким учасники приватних відносин можуть підпорядкувати свої відносини міжнародному звичаю шляхом відтворення досягнутої домовленості в договорі. Однак така можливість не є абсолютною. Наприклад, відповідно до реч. 3 ч. 1 ст. 6 Закону України “Про зовнішньоекономічну діяльність” від 16 квітня 1991 р. (з наступними

змiнами) суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі цим та іншими законами України.

Відповідно до загальної теорії права, коли міжнародний звичай визнано державою, він стає санкціонованим звичаем, тобто джерелом національного права. У законодавстві Італії та Австрії міститься правило, згідно з яким звичай застосовується лише тоді, коли закон прямо відсилає до нього, тоді як у ФРН, Швейцарії, Греції закон і звичай розглядаються як джерела одного рівня [2, 50].

Джерелом МПП також є судовий прецедент. Як зазначає В. Л. Чубарев, судова влада як одна із самостійних гілок державної влади не може існувати, якщо вона позбавлена можливості правового впливу на дійсність. Цей вплив може здійснюватися у вигляді: 1) судового рішення, де врегульовується конкретна життєва ситуація; 2) судового прецеденту, в якому формулюється загальне правило для вирішення множинності подібних життєвих ситуацій [2, 43].

Судовий прецедент (від лат. *praecedens /praecedentis/* – що передує; англ. *precedent*) – це принцип, на основі якого ухвалене рішення у конкретній справі, що є обов'язковим для суду тієї самої або нижчої інстанції при вирішенні в майбутньому всіх аналогічних справ або виступає зразком тлумачення закону. Судовий прецедент – основне, первинне джерело права у правових системах англо-американської правової сім'ї [5].

У галузевому законодавстві України є легальне визначення аналогії права. Так, згідно з ч. 2 ст. 8 Цивільного кодексу України у разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права).

Процес гармонізації правових систем сприяє зростанню ролі судового прецеденту для регулювання правових відносин. Відповідно до ст. 17 Закону України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” від 23 лютого 2006 р. (з наступними змінами) суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. і протоколи до неї та практику Європейського суду з прав

людини як джерело права. Згідно з ч. 2 ст. 18 вказаного Закону для цілей посилання на Рішення та ухвали Європейського суду з прав людини та на ухвали Європейської комісії з прав людини суди використовують переклади текстів рішень Європейського суду з прав людини та ухвал Європейської комісії з прав людини, надруковані у виданні, передбаченому в ст. 6 цього Закону.

Таким чином всі вище проаналізовані форми права застосовуються для регулювання приватноправових відносин з іноземним елементом.

Список використаних джерел

1. **Міжнародне приватне право:** навчальний посібник / [за заг. ред. С. Г. Кузьменка]. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – 316 с.
2. **Чубарєв В. Л.** Міжнародне приватне право: навчальний посібник / В. Л. Чубарєв. – К.: Атіка, 2006. – 608 с.
3. **Мироненко І. В.** Міжнародне приватне право: навчальний посібник / І. В. Мироненко. – К.: Алерта, 2012. – 272 с.
4. **Цивільний кодекс України:** Науково-практичний коментар / [за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України]. – К.: Істина, 2004. – 928 с.
5. **Судовий прецедент – Вікіпедія** [Електронний ресурс] – Режим доступу: uk.wikipedia.org/wiki.

Анотація

У статті визначені форми права, що застосовуються для регулювання міжнародних приватних відносин з іноземним елементом. Проаналізовані окремі види джерел міжнародного приватного права. Встановлено, які норми національного законодавства регулюють міжнародні приватні відносини. Визначені умови застосування міжнародного договору та міжнародного звичаю як регуляторів приватних відносин з іноземним елементом. Охарактеризована роль судового прецеденту для регулювання приватноправових відносин з іноземним елементом.

Annotation

The forms of law applicable to the regulation of international private relations with a foreign element are determined in this article. The certain types of international private law sources are analyzed. It is established what norms of the national legislation regulate international private relations. The conditions of applying an international treaty and international custom as regulators of private relations with a foreign element are defined. The role of a judicial precedent for regulating private and legal relations with a foreign element is characterized.