

КОНЦЕПЦІЯ ТІСНОГО ЗВ'ЯЗКУ ТА ІМПЕРАТИВНІ НОРМИ ІНОЗЕМНОЇ (ТРЕТЬОЇ) КРАЇНИ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

Дмитро Пшеничнюк,

здобувач Інституту міжнародних відносин Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

Однією із актуальних проблем сучасного міжнародного приватного права (МПрП) справедливо вважається застосування імперативних норм третьої (іноземної) держави. Врахування іноземних імперативних норм є особливо важливим в умовах жорсткої конкуренції правових систем з приводу застосування власних приписів, яка стає провідною тенденцією МПрП. Ця конкуренція посилюється об'єктивними чинниками інтернаціоналізації торгівлі та процесами глобалізації у цілому.

В сучасних умовах звичайний міжнародний договір не ізольований лише правопорядками його сторін, а відразу може стати пов'язаним із багатьма іншими правовими системами. Відтак, перед суддею (арбітром) постає складне практичне питання про те, коли та які іноземні імперативні норми слід застосовувати.

Вперше на необхідність застосування імперативних норм третьої країни у 1941 році звернув увагу німецький колізіоніст В.Венглер [1]. Він правомірно зазначив, що застосування імперативних норм третьої держави впливає із принципу одноманітності та узгодженості судових рішень різних держав, який вимагає застосування іноземного імперативного права не тільки у ви-

падку, коли іноземна правова система є належним правом договору (*proper law*). На думку вченого, якщо іноземне імперативне право відповідно до його змісту вимагає застосування до правовідносин, які не регулюються правом такої держави, суд повинен з урахуванням встановлених обмежень визнати дію такого іноземного права у тій мірі, у якій необхідно, щоб рішення, прийняте цим судом, не відрізнялося від судового рішення, яке ухвалене державою, що встановила такі імперативні норми [2]. Водночас, субсидіарним мотивом застосування імперативних норм третьої країни є необхідність забезпечення справедливості при вирішенні колізії. Якщо судове рішення, прийняте в країні *lex fori*, ігнорує іноземні імперативні норми місця виконання договору, воно наражає сторони, як мінімум, на ризик того, що виконання такого рішення (договору) буде заборонено у *loci solutoinis*, і, як максимум, на ризик притягнення сторони до відповідальності за вчинення дій, які заборонені у країні виконання договору, незважаючи на те, що сторона діяла у відповідності до рішення суду країни суду.

Проте, незважаючи на чітко сформульовані мотиви застосування



ДОСВІД КРАЇН СВІТУ

таких норм, серед суддів панує неоднозначне ставлення до іноземних імперативних норм та легітимності їх застосування. О. Ландо констатує, що суди із великим небажанням миряться з існуванням та застосуванням імперативних норм, які не є частиною власного права або права, яке застосовується до договору (*lex contractus*) [3]. Не менш складною ця проблема є для арбітрів. За словами відомого арбітра А. Гузмана, у міжнародному арбітражі спостерігається тенденція до схильності сторін арбітражу обирати арбітрами осіб, які виявляють відверту ворожість чи не сприймають застосування імперативних норм [4].

Аналіз порядку застосування цих норм свідчить про наявність істотних особливостей, що відрізняє їх від застосування інших видів імперативних норм. Так, якщо імперативні норми, які належать до права країни суду (*lex fori*), або країни, право якої підлягає застосуванню (*lex causae*), застосовуються в силу колізійних прив'язок відповідної країни (у судді є чіткі нормативні приписи, як і коли застосовувати зазначені імперативні норми), то такі колізійні норми відсутні при застосуванні імперативних норм третьої країни. Француз Г. Гудеж справедливо вважає, що законність застосування імперативних норм, коли ті є частиною *lex fori*, є загальноновизнаною, тому що суддя як посадова особа зобов'язаний застосовувати такі норми. Подібним чином застосовуються імперативні норми, які є частиною *lex causae*. Труднощі ж, на думку вченого, виникають тоді, коли імперативна норма походить із права третьої країни, яка не вважається ані країною *lex fori*, ані країною *lex causae* [5]. За таких

умов, незважаючи на те, що жодна колізійна норма не вимагає застосування імперативного права третьої країни, таке право все ж підлягає застосуванню. На ранніх етапах розвитку МПрП панувала думка про те, що застосування імперативних норм третьої держави відбувається в силу міжнародної ввічливості, оскільки ці норми відтворюють основоположну правову політику такої країни. Сучасна судова та арбітражна практика в питанні застосування імперативних норм третьої держави зрушилась з місця із появою концепцій тісного зв'язку, яка замінила собою так звану "теорію ввічливості".

В європейському праві необхідність застосування імперативних норм іноземної держави була вперше проголошена у 1968 р. у ст.13 Міжнародного договору країн Бенілюксу про уніфікацію норм міжнародного приватного права, а згодом у 1980 р. у Римській конвенції. О. Ландо зазначав, що положення 7(1) Конвенції порушують гегемонію належного права договору (*lex contractus*) незалежно від того, чи регулює право було обране сторонами (ст. 2, 3 Конвенції), чи воно було визначено в силу колізійних прив'язок (ст. 4, 5, 6 Конвенції) [6].

Ч. 1 ст. 7 Конвенції надає можливість суду застосовувати імперативні норми третьої країни, встановлюючи таке: "Під час застосування права будь-якої країни може бути визнана дія імперативних норм права іншої країни, з якою зазначена ситуація має тісний зв'язок, якщо відповідно до права останньої країни такі правила повинні були застосовуватися незалежно від права, що підлягає застосуванню. При розгляді питання про можливість застосування таких імперативних норм не-



обхідно брати до уваги суть справи, цілі, а також наслідки їх застосування або незастосування”.

Фактично Конвенція пропонує зробити однаковими умови застосування імперативних норм країни *lex fori* та країни *lex contractus* із нормами права третьої країни, які теж можуть претендувати на застосування у справі, оскільки вони відтворюють фундаментальну політику права такої країни. Незважаючи на “благі” наміри творців Конвенції зрівняти у правах усі види імперативних норм, все ж таки вона була оцінена експертами із МПрП неоднозначно. Такі країни, як Англія, Німеччина, Ірландія та Люксембург відмовились застосовувати ст. 7 (1) Конвенції, оскільки вбачали загрозу колізійному методу правового регулювання у змісті цієї статті [7]. По суті дія колізійних норм могла бути обмежена правом іноземної країни (іншої, ніж країна *lex fori* або *lex causae*) [8]. Особливий порядок застосування імперативних норм третьої держави — ст.7(1) — передбачав депасажу [9] (*de-pecage*), тобто застосування до одного договору законодавства різних країн. Усе це негативно впливає на можливість сторін прогнозувати правові ризики. Повертаючись до механізму дії ст.7(1) Конвенції, зауважимо, що її текст дає настанови суддям (арбітрам) щодо застосування імперативних норм, які є частиною права третьої країни. Для застосування імперативних норм суддям/арбітрам необхідно проаналізувати: 1) достатність або відсутність тісного зв'язку справи з правом іноземної держави, 2) характер та зміст імперативного права.

1. Спеціальний зв'язок (*Sonderanknupfungstheorie*) є передумовою

для застосування імперативного права. В сучасному МПрП встановлення зв'язку між правом третьої країни та справою *de jure* легітимізує застосування імперативного права третьої держави, тому перший крок, з якого суддя має розпочинати аналіз, з'ясувати чи брати до уваги імперативну норму чи ні. Центральною проблемою концепції спеціального зв'язку є визначення ступеня зв'язку між справою та правом, що містить імперативні норми та його якості. У доповіді Легарде для характеристики зв'язку вживається термін істинний (*genuine*). У ст. 19 Швейцарського закону про МПрП йдеться про суттєвий зв'язок (*significant*), у ст. 7(1) Римської конвенції вживається термін тісний зв'язок (*close connection*), у п. 187(2) Другого зведення правил із колізійного права такий зв'язок позначається як матеріальний інтерес (*material interest*), нарешті в українському законі “Про МПрП” вимагається наявність тісного зв'язку із державою.

Визначаючи зв'язок на доктринальному рівні, арбітр Н. Возер констатує, що для існування останнього між справою та третьою країною, як правило необхідно, щоб певні дії були вчинені у межах території тієї іноземної держави, імперативні норми якої претендують на застосування [10]. Водночас, зауважимо, що вважається недостатнім, якщо зв'язок має лише формальний характер, тобто обмежується тільки територіальним контактом із третьою країною. Справа повинна мати також матеріальний зв'язок із третьою країною, тобто має бути пов'язана з матеріальними ознаками правовідносин (валютою договору, стадіями виконання договору, формою договору тощо), які імператив-



ДОСВІД КРАЇН СВІТУ

но врегульовані цим правом. Наприклад, якщо іноземна держава А запроваджує імперативні норми відносно порядку виконання договору, то справа вважатиметься такою, що має тісний (істинний) зв'язок лише у тому випадку, коли держава А буде місцем виконання зазначеного договору, а не місцем його укладення, країною суду тощо. Аналогічно, справа буде мати тісний зв'язок із імперативними нормами країни укладення договору, якщо: а) буде наявним територіальний контакт із такою країною (Д.П. — *формальна або територіальна ознака зв'язку*); б) імперативні норми її права будуть стосуватися юридичної дійсності договору (Д.П. — *матеріальна ознака зв'язку*) [11]. Відповідно до норми імперативного законодавства щодо валютного контролю вони мають тісний зв'язок лише у випадку, коли валюта цієї країни є валютою платежу за договором та додатково існує територіальний контакт.

Враховуючи викладене, можна зазначити, що термін "тісний зв'язок" надає можливість істотно звужити коло правопорядків, які можуть безпідставно претендувати на застосування, маючи лише формальні (територіальні) зв'язки. Таке правове тлумачення тісного зв'язку, з одного боку, є своєрідним "рятивним колом" для суддів/арбітрів, оскільки є засобом захисту від "неконтрольованого притоку" імперативних норм третіх держав і дозволяє відкинути безліч матеріально непов'язаних правопорядків. З іншого боку, таке тлумачення, значно урізаючи коло належних правових систем, дозволяє сторонам більш точно прогнозувати правові ризики договору, тобто передбачати імпера-

тивні норми правопорядків, які підлягають застосуванню.

Доктринальна дискусія про співвідношення термінів "тісний зв'язок" та "найтісніший зв'язок", по суті, відтворює проблематику взаємодії *lex generli* та *lex specialii*. Очевидним є те, що застосування норм третьої держави відбувається тоді, коли суддя/арбітр, визначивши право, тісно пов'язане із договірними правовідносинами, помітив, що зв'язок імперативних норм щодо окремого аспекту зазначених договірних правовідносин виявився сильнішим (найтіснішим). Суддею в цих умовах застосовуються імперативні норми іноземної держави як спеціальний закон (*lex specialii*), що має найтісніший зв'язок з конкретними правовідносинами. До решти договірних правовідносин буде застосовуватися право, що має з ним тісний зв'язок. В основу цього співставлення покладена техніка депасажу.

2. Оцінка характеру та призначення конкретної імперативної норми має особливо важливе значення, оскільки з огляду на результати такого аналізу суддя/арбітр бере до уваги імперативні норми третьої країни та виправдовує відмову від застосування права, яке підлягає застосуванню в силу колізійної прив'язки (*вибору сторін або дії об'єктивної колізійної норми* — Д.П.). Робоча група спробувала вивести певні раціональні критерії, на підставі яких можна було б відрізнити норми імперативного характеру від звичайних правових норм. Зокрема, імперативними нормами, йдеться у Доповіді, слід вважати ті норми, які законодавець бажає бачити такими. По суті, члени Робочої групи воскресили ідею Ф.К фон Савінї про



те, що норми стають імперативними в силу "бажання та наміру законодавця".

В сучасній доктрині МПрП більшість вчених вважає, що призначення імперативних норм полягає у захисті публічних інтересів. Так, П. Нейр зазначає, що імперативне правило має на меті: захист інтересів самої держави та захист приватних інтересів, які вона має бажання захищати [12]. "Імперативні норми, — зазначає Т. Хартлей, — це продукт певної правової політики, ... яка має переважне значення над інтересами сторін" [13]. Ф. Вішер зазначає, що імперативність полягає у захисті (збереженні) публічних інтересів та забезпеченні балансу приватних інтересів [14]. Таким чином, імперативна норма слугує не інтересам приватних осіб, а навпаки у багатьох випадках вважає такі інтереси другорядними та підпорядковує їх публічним інтересам. До складу імперативних норм в сучасному МПрП також прирівняні норми, що спрямовані на "захист слабкої сторони" (працівник, споживач). Н. Вазер наполягає, що цілі імперативної норми знаходяться поза межами приватних інтересів, а отже будуть зовнішнім фактором для сфери дії приватних правовідносин між договірними сторонами. Прикладами є законодавство про валютний контроль, законодавство про обмеження експортної та/або імпортової діяльності, антимонопольне законодавство, що регулюють основні стандарти поведінки на національному ринку (конкуренція, узгоджені дії тощо) [15].

У теорії МПрП аналіз характеру та призначення імперативної норми отримав назву функціональний аналіз. В американському праві функ-

ціональний аналіз був запропонований А. фон Майером та використовується як колізійно-правова методологія. Окремо слід зазначити, що функціональний аналіз призначення та характеру норм призводить до перетворення колізійних результатів із методології вибору юрисдикції (*jurisdiction-selecting approach*) на методологію вибору норм (*rule-selecting approach*).

Арбітражна практика застосування імперативних норм третьої країни має певні особливості та може відрізнятися від практики національних судів. Аналіз арбітражної практики показує, що для визначення характеру та призначення імперативної норми використовується правовий аналіз цінності застосування імперативних норм (*application-worthiness test*). Цей тест є комплексним та складається з декількох послідовних стадій оцінки імперативних норм (*shared-values test* та *rule-of-reason test*). Відомий спеціаліст у царині арбітражу М. Блессінг наголошує, що метою правового аналізу цінності застосування норм (*application-worthiness test*) є дослідження фінансових та соціально-економічних цілей та правової політики, які відтворює певна імперативна норма. Зокрема, на першому етапі правового аналізу арбітр використовує тест на сприйняття цінностей імперативної норми (*shared-values test*), який зводиться до аналізу природи та цінностей, що захищаються імперативною нормою. Такий аналіз, на думку М. Блессінга, повинен давати відповіді на такі питання. Чи мають зазначені цінності принциповий (основний) характер? Чи відтворює певна норма цінності, які захищають транснаціональний публічний порядок? Чи за-



хищає така норма фундаментальні принципи права або універсальні та загальновизнані права сторін? Який вплив буде мати застосування імперативної норми на певні елементи договірних правовідносин? Яку юридичну силу має імперативна норма? Наприклад, недотримання такої імперативної норми призводить до недійсності чи часткової недійсності правовідносин, або вона (імперативна норма) забезпечує баланс інтересів у певних видах правовідносин, як-то: правовідносини між роботодавцем і працівником, виробником та споживачем тощо). На другому етапі правового аналізу, арбітр має надати диференціальну оцінку змісту кожної імперативної норми, яка підлягає застосуванню (*rule-of-reason test*) на предмет нас-лідків її застосування або незастосування до конкретних правовідносин [16].

У сучасному МПрП виділяють два способи застосування імперативних норм третьої країни: пряме застосування (*Sonderanknupfungstheorie*) та непряме застосування (*Schuldstatuttheorie*).

Доктрина непрямого застосування імперативних норм іноземної держави традиційно використовується більшістю європейських країн, серед яких слід виділити Англію, Швейцарію, Німеччину, Францію. Відповідно до цього підходу суд бере до уваги імперативні норми третьої країни як колізійний фактор у межах процесу застосування *lex causae*. Слід підкреслити, що в такому випадку іноземне право застосовується опосередковано під егідою та через правові концепції *lex causae*. Приклади такого способу застосування імперативних норм третьої країни можна знайти в більшості правових систем Європи.

Наприклад, в Німеччині склалася така судова практика: Верховний Суд Німеччини визнав незаконним договір страхування предметів мистецтва, що були пошкоджені під час перевезення із Нігерії до Гамбурга [17]. Попри те, що договір регулювався німецьким правом, суд опосередковано застосував імперативні норми права Нігерії, які забороняють експорт культурних пам'яток, оголосивши, що договір є недейсним внаслідок того, що суперечить моральним засадам та порядку, прийнятих у Німеччині. В свою чергу, моральні засади Німецького права не дозволяють визнавати та виконувати договори, які є незаконними в силу норм права дружньої держави.

В Англії у справі *Regazzoni v. Kc Sethia* (1958) суд відмовився винести рішення про примусове виконання договору, оскільки це несумісне з англійським публічним порядком, який забороняє виконувати договір, якщо його виконання у *locus solutionis* визнається незаконним у відповідності до права дружньої держави.

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що основною рисою такого способу застосування імперативних норм є те, що суд не застосовує норми іноземної держави у своїй країні, проте, використовує власний нормативний арсенал у вигляді існуючого механізму публічного порядку з метою урахування інтересу третьої держави, а точніше тієї правової політики, яка прихована за її імперативною нормою. В силу такого опосередкованого застосування держава зберігає добрі стосунки з іноземною державою, право якої містить імперативні норми, надаючи можливість через власне застереження про публічний порядок, по



Д. Пшеничнюк

ДОСВІД КРАЇН СВІТУ



суті, транслювати правову політику третьої іноземної держави на спірні правовідносини. Отже, застосування іноземних імперативних норм відбувається під егідою національного права. Водночас у непрямого способу застосування є одна суттєва вада, на яку вказують більшість арбітрів та спеціалістів з МПрП. Для застосування імперативної норми іноземного права необхідно, щоб право країни суду або право країни, що підлягає застосуванню, допускало їх застосування, тобто містило такі правові конструкції, як: публічний порядок, аморальність, незаконність або неможливість виконання, через призму яких застосовується імперативне право третьої країни. Як пише Н. Возер, вказані конструкції впливають на застосування іноземного імперативного права настільки, наскільки вони надають можливість розглядати імперативні норми у межах існуючого права, що підлягає застосуванню. Іншими словами, національні конструкції повинні передбачати неможливість виконання, протиріччя моралі, незаконність іноземних імперативних норм.

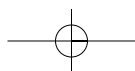
Пряме застосування імперативних норм третьої держави означає, що суд безпосередньо застосовує норми іноземного права. Цей спосіб походить від концепції спеціального зв'язку. Спосіб прямого застосуван-

ня був уперше використаний Верховним судом Нідерландів у справі *Alnati* (1966р.), коли суд, незважаючи на вибір сторонами права, яке підлягало застосуванню, визнав, що договір більш тісно пов'язаний з правом Бельгії та застосував до питань, пов'язаних із коносаментом, норми бельгійського права, що є імперативними за своїм характером.

В ст. 14 (2) Закону України "Про МПрП" передбачена можливість застосовування імперативних норм іноземного права українськими судами, за умов наявності тісного зв'язку та позитивних результатів функціонального аналізу імперативних норм (їх характеру та призначення). Слід звернути увагу на те, що український закон, як і Римська конвенція, надає дискреційне право судді брати до уваги або відкидати дію імперативних норм третьої країни. Відтак, український суддя не пов'язаний обов'язком застосовувати такі норми. Зважаючи на таке, механізм застосування імперативних норм називають "делікатним завданням" судді, оскільки суд повинен не тільки обґрунтувати неможливість застосування права, яке підлягає застосуванню, але й продемонструвати бездоганне знання іноземного права. ♦

Список використаних джерел:

1. *Lipstein K., Inherent Limitation in the Statutes and the Conflict of Laws // International and Comparative Law Quarterly vol. 26 (1977), pp. 898.*
2. *Wengler W., "Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht // 54 Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft" 168, 181 (1941), цит за: P.Hay, Comments on "Self-Limited Rules of Law" in Conflicts Methodology // Supplement to American Journal of Comparative Law vol. 30, 1982, pp. 133*





ДОСВІД КРАЇН СВІТУ

3. Lando O., *The Substantive Rules in the Conflict of Laws Comparative Comments from the Law of Contracts* // *Texas International Law Journal*, vol. 11, 1976, pp. 519.
4. Guzman A., *Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules* // *Duke Law Journal*, 2000, pp. 1279.
5. Guedj T.G., *The Theory of the Lois de Police, a Functional Trend in Continental Private International Law: A Comparative Analysis with Modern American theories* // *American Journal of Comparative Law* No. 39, 1991, pp. 671.
6. Lando O., *The Substantive Rules in the Conflict of Laws Comparative Comments from the Law of Contracts* // *Texas International Law Journal*, vol. 11, 1976, pp. 522.
7. Philip A., *Mandatory Rules, Public Laws and Choice of law in Contract Conflicts (1982)* // pp. 2.
8. Vischer F., *Antoganism in the Field of Contracts* // *Recueil des Cours 1974 II*, pp. 23.
9. Кисіль В.І., *Міжнародне приватне право: питання кодифікації*, — К. 2000р.
10. Reese W.L.M., *Depacage: A Common Phenomenon in Choice of Law* // *Columbian Law Review* 58 (1973).
11. Voser N., *Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration* // *1996 American Review of International Law* No. 7 (1996), pp. 346.
12. *Comment Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules* // *Harvard Law Review*, No 114, 2000-2001, pp. 2475.
13. Nygh P., *Autonomy in International Contracts* (Oxford, Clarendon Press 1999), pp. 203.
14. Hartley T.C., *Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach* // *Recueil des Cours* (1997), pp. 346.
15. Vischer F., *The General Course on Private International Law* // *Recueil des Cours* 21, 1992 V, pp. 62.
16. Voser N., *Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration* // *The American Review of International Arbitration* No. 7, 1996, pp. 2.
17. Blessing M., *Introduction to arbitration Swiss and International Perspectives*, (Swiss Commercial Law Series volume 10, 1999) pp. 267.
18. *Comment Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules* // *Harvard Law Review*, No. 114, 2000-2001, pp. 2474.