

Дисертацією є рукопис.

Дисертація виконана в Чернівецькому національному університеті імені Юрія Федьковича

Науковий керівник:

кандидат юридичних наук, доцент

Гетманцев Олександр Валентинович

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, за-
відувач кафедри правосуддя

Офіційні опоненти:

доктор юридичних наук, професор

Довгерт Анатолій Степанович

Інститут міжнародних відносин Київського національного уніве-
рситету імені Тараса Шевченка, завідувач кафедри міжнарод-
ного приватного і митного права, член-кореспондент Академії право-
вих наук України

кандидат юридичних наук, доцент

Трутеня Віктор Володимирович

Рівненський інститут Київського університету права НАН України,
доцент кафедри конституційного, адміністративного і підприємни-
цького права

Провідна установа: Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, кафедра цивільного права, Міністерство
освіти і науки України, м. Харків.

Захист відбудеться «22» січня 2007 р. о ____ годині на
засіданні спеціалізованої вченої ради Д 26.236.02 по захисту
дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук
при Інституті держави і права імені В.М. Корецького НАН України
за адресою: 01601, м. Київ, вул. Троїхсвятительська, 4.

З дисертацією можна ознайомитись у бібліотеці Інституту
держави і права імені В.М. Корецького НАН України за адресою:
01601, м. Київ, вул. Троїхсвятительська, 4.

Автореферат розісланий «__» грудня 2006 р.

Вчений секретар
спеціалізованої вченої ради
доктор юридичних наук

Кучеренко І.М.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

Актуальність теми дослідження. За пануючою думкою, свобода – це свобода волі. Поряд із 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 та 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, словами дисертації, «подвійне визнання» (*voluntas et justa, jus naturalis et jus positivum*). Кожна із трьох проблем, як форма міжнародної приватно-правової 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), та автономія сторін як вільний вибір суду. Акцентування уваги на одному із трьох взаємопов'язаних питань – вільному виборі права – дозволяє глибше його дослідити у визначених границях дисертації.

Існуючі розв'язання суперечностей автономії сторін хоча й ґрунтуються, як правило, на методологічному каноні інтерпретації колізійної норми: граматичне, систематичне, історичне та телеологічне тлумачення, але співпадають 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 і легітимації свободи волі не є усталеними. Крім того, незважаючи на визнання автономії волі (сторін) пріоритетним способом врегулювання колізій, в українському міжнародному приватному праві чекають відповіді наступні питання: детальна регламентація умов та способів здійснення автономії волі, визначення формальної й 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, в 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 (транс-

формація Римської конвенції передбачає створення трьох регламентів: «Рим 1» – договірне право; «Рим 2» – позадоговірне право; «Рим 3» – сімейне право), в якій принцип автономії волі є священним і недоторканим, направлена на його збереження, оскільки проекти всіх трьох регламентів побудовані навколо принципу автономії волі. Отже відступи від принципу автономії волі не прогноуються.

Проблема автономії волі є актуальною з огляду на ступінь її наукової розробки. Серед вчених попереднього періоду, що досліджували окремі сторони даної проблеми, слід назвати О. Піленка, В.М. Корецького, О.М. Макарова, в працях яких ми знаходимо історію виникнення і розвитку міжнародного приватного права. Значна кількість російських вчених працювали над окремими питаннями автономії волі, зокрема: теоретичним основам автономії волі присвячені роботи А.Г. Філіпова, А.А. Рубанова, Н.В. Тригубович; Д.К. Мосс вивчала проблеми реалізації автономії волі в контексті міжнародного комерційного арбітражу; О.М. Садіков – проблему дії імперативних норм у міжнародному приватному праві; І.С. Зикін досліджував застосування звичаїв у міжнародному комерційному обігу; А.І. Муратов – проблеми обходу закону та ін.

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

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

Водночас, проблемі автономії волі, як самостійному предмету дослідження у вітчизняній науці міжнародного приватного права не надавалось належної уваги. Заповнити цю прогалину – головна мета запропонованої дисертації.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.

Обраний напрямок наукового дослідження є одним з пріоритетних в галузі міжнародного приватного права. Ця тема входить у науководослідну проблематику кафедри правосуддя Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича «Проблеми розвитку і вдосконалення процесуального законодавства в Україні та практики його застосування» (реєстраційний № 01054002887).

Мета і задачі дослідження. Мета дисертації сформульована, виходячи із поняття свободи як основоположної цінності етики і права – це встановлення належного способу вираження колізійно-правової свободи, виправдання та легітимація вільного вибору права у міжна-

родному приватному праві, формування умов та способів застосування колізійної автономії волі, збалансування формальної й змістовної сфери дії автономії сторін.

Ця мета конкретизується в наступних завданнях:

1. Поставити, в т.ч. термінологічно, проблему автономії волі у міжнародному приватному праві у формі дилеми: приватна автономія – автономія сторін;

2. Підсумувати філософсько-правове (психолого-емпіричне, раціоналістичне та позитивістське) розуміння свободи (автономії) волі задля її реалізації в колізійному праві;

3. За допомогою історичного аналізу визначити провідну ідею для опису і пояснення проблеми колізійно-правової свободи;

4. Шляхом порівняльного аналізу виявити тенденцію повсюдного визнання автономії сторін в сучасному світі;

5. Догматично охарактеризувати правове регулювання автономії волі в законі України «Про міжнародне приватне право»;

6. Розглянути проблему автономії волі через призму структури колізійної норми в цілому та розщепити єдину проблему на дві складові: формальну (щодо обсягу), та змістовну (щодо прив'язки), – зокрема. Узагальнити комбінування та застосування гіпотетичної диспозитивної колізійної норми (колізійної норми з прив'язкою *lex voluntatis*);

7. На останок констатувати дійсність вільного вибору права. Встановити межі застосування автономії волі не тільки як колізійного принципу, але й як колізійної норми;

8. Методично розщепити як формальну, так і змістовну сферу дії автономії сторін на дві рубрики та наповнити змістом кожен з них, керуючись логіко-системним критерієм.

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

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

Методи дослідження. Методологічну основу дисертаційного дослідження склали загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання: формально-логічний, теоретико-прогностичний, філософсько-правовий, історико-порівняльний, порівняльно-правовий, філологічна критика, а також структуралізм та аналітична та синтетична юриспруденція та принцип «подвійного визнання». Формально-логічний метод разом з аналітичною юриспруденцією є основою дог-

матичної 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 в сфері міжнародного приватного права. Філософсько-правовий в цілому та синтетичної юриспруденції зокрема застосовується нами для телеологічного, каузального та, разом з першим методом, систематичного тлумачення поняття свободи (автономії) волі в контексті колізійного права. Історико-порівняльний метод використовувався у роботі для дослідження питання виникнення і формування ідей про автономію волі на основі сформульованого в дисертації принципу «подвійного визнання». Порівняльно-правовий метод використовувався при дослідженні як механізмів правового регулювання, так і відповідного законодавства зарубіжних країн та міжнародних угод, узагальнення їхнього досвіду та для вивчення можливостей запозичення конкретних норм та 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 прослідковано 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, здійснений аналіз меж здійснення автономії волі.

Наукова новизна дисертації відображена в положеннях, що вносяться на захист:

1. Вперше визначено поняття автономії сторін (*lex voluntatis*) як автономію волі в міжнародному приватному праві, яка за своєю суттю є «подвійним визнанням» права вільного вибору учасниками приватних відносин з іноземним елементом застосовуваного права (а також компетентного суду), шляхом укладення угоди або вчинення конклюдентних дій, керуючись практичною потребою взаємного визнання судових рішень та кінцевою метою виправдання відповідним

правопорядком колізійно-правової свободи.

2. Вперше пропонується запозичити із європейської та іншої практики нормотворення термінологічний поділ поняття «автономія волі», неусталений в вітчизняному приватному та міжнародному приватному праві, на відповідно «приватну автономію» та «автономію сторін», при цьому в останньому випадку варто розрізняти «вільний вибір права» та «вільний вибір суду (юрисдикції)». Кожен із запропонованих термінів виражає форму міжнародної приватноправової свободи, зокрема, автономія сторін (вільний вибір права) – колізійно-правову свободу, та має служити адаптації національного правопорядку до стандартів та вимог ЄС та міжнародних колізійних угод.

3. Вперше пояснено здійснення вибору застосовуваного права у формі колізійної теорії «подвійного визнання» волі, суттю якої є прямо- і зворотньонаправлене протиставлення «правопорядок – воля» (відповідно об'єктивне і суб'єктивне визнання) та усунення суперечливості поняття автономії волі, бо воно є єдиним для позитивного і природного права. Ця теорія дозволяє визначити автономію сторін в міжнародному приватному праві як колізійний природно-правовий принцип та позитивно-правову колізійну норму з прив'язкою *lex voluntatis*.

4. Дістало подальший розвиток формулювання цілісного предмету вільного вибору суб'єктами міжнародного приватного права, яким є поряд із вибором матеріального та колізійного, а також прямо чи опосередковано і процесуального права, також й вибір суду, при цьому в роботі детально досліджено перший вибір.

5. Вперше догматично охарактеризовано правове регулювання ЗУ «Про міжнародне приватне право» з точки зору автономії волі, в тому числі за допомогою визначення як гіпотези, так і правового наслідку відповідної правової норми побудовано типову колізійну норму *lex voluntatis*, яку конкретизовано формально щодо обсягу та змістовно щодо прив'язки.

6. Вперше у вітчизняній колізійній доктрині критично оцінено найбільш актуальні та невирішені в європейській практиці питання про можливість вибору недержавного регулювання, а також про визначення мовчазного вибору права, при цьому в першому випадку зроблено висновок про допустимість, а в другому – про визнання такого вибору.

7. Вперше встановлено формальні межі застосування автономії волі як рамки колізійного принципу та обсяг колізійної норми, тобто визначено в позитивний та негативний спосіб типовий статут автономії сторін, який в цілому співпадає з договірним статутом та має тенденцію до розширення за межі зобов'язального статуту, в тому чи-

слі із включенням речового, сімейного та спадкового, а також норм права інтелектуальної власності, при цьому звичайними обмеженнями є особистий статут та частково норми в сфері договорів споживання та трудових відносин.

8. Висунуто і обґрунтовано тезу про формування змістовної сфери дії автономії волі, при цьому як і в попередньому випадку методом розщеплення на дві проблеми «обсяг та обмеження», тобто в даному випадку на питання про коло правопорядків, поміж яких можливий вибір права, та про обмеження територіальної сфери дії колізійної норми про автономію волі:

а) акцентовано увагу на нормальний випадок автономії волі – вибір норм матеріального приватного правопорядку, та констатовано, що вибір юрисдикції є, зрештою, опосередкованою формою вибору процесуального права країни суду (*forum shopping*). Інші норми публічного правопорядку також можуть бути обрані сторонами, але як виняток та керуючись в основному ідеєю різної природи – приватної або публічної – одних і тих самих за змістом норм в тих чи інших правопорядках. Вибір колізійного правопорядку за загальним правилом не виключається, а може бути обмеженим самими сторонами або законодавцем у формі зворотного (подальшого) відсилання.

б) відношення автономії волі і зворотного (подальшого) відсилання, обходу закону, застереження про публічний порядок, застосування імперативних норм кваліфіковано як єдиний інститут змістовного обмеження територіальної сфери дії норми про автономію волі.

9. Вперше, шляхом об'єднання двох аспектів – формального та змістовного – в єдиному понятті, отримано логіку, природу, мету, задачу та результат застосування автономії сторін (волі) у міжнародному приватному праві, тенденцією якого є визнання абсолютності вибору права.

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 і пропозиції мають доповнити ті розділи науки міжнародного приватного права, які присвячені вивченню інститутів 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 та зовнішньоекономічних відносин зокрема.

Апробація результатів дисертації. Основні наукові положення оприлюднені у виступах на науково-практичних конференціях, зокрема, на Міжнародній науково-теоретичній конференції студентів, аспірантів та молодих вчених «Соціально-економічні, політичні та культурні оцінки і прогнози на рубежі двох тисячоліть» (20 лютого 2003 р., м. Тернопіль); X регіональній науково-практичній конференції (5-6 лютого 2004 р., Львів); Регіональній міжвузівській науковій конференції молодих вчених та аспірантів «Проблеми вдосконалення правового регулювання щодо забезпечення прав та основних свобод людини і громадянина в Україні» (16 квітня 2004 року, м. Івано-Франківськ).

Дисертація обговорювалась на спільному засіданні кафедри міжнародного права, кафедри правосуддя та кафедри цивільного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, а також на засіданні відділу цивільного і підприємницького і трудового права Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України.

Публікації. Основні наукові положення, теоретичні висновки та практичні рекомендації, вміщені у дисертаційному дослідженні, викладено автором у 9 наукових публікаціях, в тому числі 6 наукових статтях та 3 тезах виступів на науково-практичних конференціях.

Структура дисертаційного дослідження. Дослідження складається зі вступу, трьох розділів, семи підрозділів, поділених на пункти, висновків та списку використаних джерел. Загальний обсяг дисертації становить 202 сторінок, в тому числі 20 сторінок – список використаних джерел (236 найменувань).

ОСНОВНИЙ ЗМІСТ

У **Вступі** розкривається сутність і обґрунтовується актуальність теми дисертаційного дослідження, зв'язок з науковими програмами, планами, темами Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, сформульовано мету і завдання дослідження, визначається об'єкт, предмет і методологічна основа дослідження, викладається наукова новизна, обґрунтоване теоретичне та практичне значення отриманих результатів, їхня апробація, характер публікацій.

В першому розділі «Автономія волі – спосіб вираження колізійно-правової свободи», який включає три підрозділи, ставиться ди-

лема поняття автономії волі, здійснюється виправдання та легітимація вільного вибору права в міжнародному приватному праві.

В підрозділі 1.1. «Основна дилема автономії волі: приватна автономія – автономія сторін» дисертант вирішує термінологічну проблему автономії волі, пов'язану із вузьким та широким розумінням останньої, а також пропонується теорія, яка найбільш повно та якісно пояснює проблему автономії. Правове регулювання цивільних відносин з іноземним елементом в сучасній юридичній практиці допускається двома способами: шляхом визнання колізійно-правової свободи або встановлення формул колізійно-правового прикріплення. В першому випадку йдеться про вільний вибір права, який інакше називається проблемою автономії волі у вузькому сенсі, або автономією сторін. В широкому сенсі автономія волі включає також проблему свободи договору (угоди) як характерний вираз матеріально-правової свободи.

Проблема автономії волі, як вона традиційно означається в українській колізійній доктрині, має однакове філософське підґрунтя і вирішує однакові практичні задачі, що в Україні, що у Франції, що в Німеччині, що в Англії, що у Росії чи якійсь іншій країні, однак при цьому використовуються різні терміни, які мають випадковий історичний характер: укр. – «автономія волі», «вибір права», франц. – «autonomie de la volonté» («автономія волі»), нім. – «Privatautonomie» («приватна автономія»), «Parteiautonomie» («автономія сторін»), «freie Rechtswahl» («вільний вибір права»), англ. – «choice of law» («вибір права»), «party autonomy» («автономія сторін»), рос. – «выбор права сторонами договора», «автономия воли». Із переліку стає очевидним, що основний український термін – «автономія волі» – відповідає французькій термінології, тоді як в німецькій та англійській мовах він не використовується, де в обох мовах вживається термін «автономія сторін», а в німецькій мові – ще й термін «приватна автономія». Вирішення дисертантом термінологічного питання щодо автономії волі є компромісним, тобто такою, яка враховує і французький, і німецький підхід, тобто ми пропонуємо зберегти у вітчизняній колізійній доктрині та законодавчій практиці традиційний французький термін «автономія волі» для охоплення проблеми в цілому, тобто для автономії волі в широкому сенсі; а для автономії волі у вузькому сенсі, як вираження колізійно-правової свободи, можна також вживати німецького походження термін «автономія сторін», або «автономія волі сторін», віддаючи перевагу першому – «автономія сторін».

На наш погляд, найбільш повно та якісно пояснює проблему автономії волі теорія, яку ми пропонуємо назвати «подвійним визнанням», тим більше, що сам термін «визнання», так само як і його анало-

ги «санкція», «одобрення», «схвалення» та інші, мають спільну рису, а саме – вони є двозначними, двонаправленими, амбівалентними. 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 із нормами відповідного правопорядку.

Двозначність терміну «визнання» дозволяє розглядати відповідний процес у зворотному напрямку з точки зору волі, тобто автономія волі сторін розповсюджується на визнання суб'єктом чинного (позитивного) правопорядку. В міжнародному приватному праві вільний вибір права (правопорядку) є в абстрактній формі ні чим іншим, ніж визнанням суб'єктом одного правопорядку і невизнанням іншого. Саме тому таке визнання може назвати суб'єктивним визнанням.

В підрозділі 1.2. «Доктринальне та легальне обґрунтування вільного вибору права в міжнародному приватному праві» аналізується філософія питання автономії волі, досліджується історія питання «подвійного визнання», здійснюється порівняльно-правове дослідження, а також обґрунтовується легальне визнання автономії волі в українському міжнародному приватному праві.

Як вважає автор, в міжнародному приватному праві поняття автономії волі і свободи волі є тотожними, 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.

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. Відособлювати автономію волі від «свободи волі», «свободи договору» неможливо. Також варто сказати, що поняття автономії волі і угоди у філософському значенні є однорідними поняттями, зважаючи при цьому на те, що у міжнародному приватному праві ці інститути мають свої специфічні риси.

Різні філософи та філософські течії є прибічниками власних уяв-

лень, які, як правило, є не тільки оригінальними, але й протилежними. В результаті дослідження різних філософських думок та теорій нам вдалося знайти зв'язок, поєднуючу ланку, зокрема, між позитивістським та природнім 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: докантівський, кантівський та післякантівський період. Якщо свободу волі, у формі, запропоновані 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.

Міжнародне приватне право при вирішенні питання про автономію волі користуватися «теорією визнання», або якоюсь іншою позитивістською теорією. В такому разі 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 (Савін'ї). 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.

Отже, 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), Савін'ї (XVII-перша половина XIX ст.); третій сучасний період – позитивістське завершення оформлення принципу автономії волі, «статистські» та «автономістські» концепції автономії волі (друга половина XIX-XXI ст.ст.).

З точки зору змісту норми щодо автономії волі в різних країнах а також в 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 або логіко-систематичного тлумачення. В кінцевому рахунку, на основі проведеного вище порів-

няння, можна категорично стверджувати, що тенденцією сучасного міжнародного приватного права є повноцінне визнання автономії волі, тобто перехід від невизнання, зокрема в деяких країнах Латинської Америки, до повсюдного визнання вільного вибору права як способу вираження колізійно-правової свободи.

Визначена вище тенденція сучасного міжнародного приватного права про перехід від невизнання до визнання автономії волі знайшла свою легітимацію в Україні в законі «Про міжнародне приватне право», який закріплює 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. Застосування автономії волі полегшиться, якщо на основі теорії та методології права, а також аналізу чинного колізійного законодавства, запропонувати спосіб визначення умовної (гіпотетичної, логічної) колізійної норми про автономію волі. 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.

В другому розділі «Умови, способи та межі застосування (формальна сфера дії) автономії сторін як колізійної норми» дисертант описує та пояснює автономію волі як колізійну норму та її реалізацію, а також формальну сферу дії автономії сторін, попередньо з'ясовує умови та способи застосування автономії, а також питання дійсності та недоліку 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. В цьому 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.

В підрозділі 2.1. «Автономія волі як колізійна норма та її реалізація» дається аналіз колізійної норми про автономію волі та угоди про вибір права. Як зазначає автор, автономія волі може вважатися не тільки колізійним принципом, а й колізійною нормою тільки тоді, коли в цій нормі є обсяг і прив'язка. Важливим застереженням при цьому є твердження про те, що автономія волі не є структурним елементом односторонньої колізійної норми. На нашу думку, автономія волі є колізійною нормою, яка має як складові обсяг і прив'язку. Встановлення, насампе-

ред, обсягу цієї колізійної норми, незалежно від того, наскільки обсяг є визначеним, 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 волі, можна належним чином здійснити правову кваліфікацію ситуації, коли виникає потреба у сторін обрати право, яке б найбільш вдало і ефективно регулювало їх відносини з іноземним елементом. Таким чином, вільний вибір права є кінцевою метою застосування колізійної норми щодо автономії волі.

Автономія волі, як угода про вибір права може бути визначена як в 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 документу. Хоча письмова форма угоди про вибір права не є загальнообов'язковою у міжнародній практиці, що означає, що вона може бути і усною, однак остання в силу своєї непевності має суттєвий недолік. Відповідно до українського законодавства, угода про вибір завжди має укладатися в письмовій формі. Останнє, однак, 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.

Угода про вибір права за своєю суттю є аналогічною 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 вирішений незалежно від того, що спір виник про дійсність або недійсність основної угоди, бо у протилежному випадку, якщо на підставі вибраного права основна угода має бути визнаною недійсною, то угода про вибір права, як частина даної угоди, також буде вважатись недійсною, що тягне за собою не тільки порушення принципу автономії волі, а й є такою логічною суперечністю, яка не може бути усунена.

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

совуватись. Форма угоди про вибір права повинна також регулюватися правом, яке застосовується до форми основного договору.

В підрозділі 2.2. «Умови та способи застосування автономії сторін. Дійсність вільного вибору права» перш за все зазначається, що загальною умовою застосування вільного вибору права є наявність іноземного елемента в цивільних відносинах, які є предметом регулювання на основі автономії волі. Поняття загальних умов в цілому кореспондується із поняттям основного колізійного питання. Зважаючи на те, що автономію волі в колізійному 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 своєю чергу ділиться на категоричний та конклюдентний. Конклюдентний в широкому сенсі вибір включає мовчазний та конклюдентний у вузькому сенсі вибір права. Непрямий вибір це ніщо інше, ніж конкуренція колізійних прив'язок. Із застереженням конклюдентний та непрямий вибір права співпадає із принципом більш тісного зв'язку – в обох випадках суд шукає та обґрунтовує розумність вибору права. Принцип більш тісного зв'язку, іншими словами, є раціональним вибором права.

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

Межі застосування вільного вибору права по-різному пролягають в тих чи інших областях матеріального цивільного права, однак принципова допустимість автономії сторін є характерною ознакою для всього міжнародного приватного права, за чи не єдиним виключенням питання про особистий статут, в якому автономія волі, як правило, не визнається.

В підрозділі 2.3. «Формальна сфера дії автономії сторін» до уваги береться поділ сфери дії на формальну та змістовну, першу з них можна визначити двома способами: прямим та непрямим. В 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 області застосовуваного матеріального права у разі виникнення колізійного питання. В другому випадку формальну сферу дію автономії волі можна уточнити шляхом визначення того матеріального права (колізійного статуту), у відношенні якого автономія волі не застосовується повністю або частково. В такому разі ці обмеження, по суті, чіткіше окреслює межі тієї сфери, де автономія волі застосовується. Отже, формальну сферу дії автономії волі можна визначити в позитивній (в першому випадку) та й в негативній формі (в другому випадку).

Класичною областю застосування автономії сторін в міжнародному приватному праві є зобов'язальне право. В зобов'язальному праві автономія сторін найчастіше зустрічається в праві договорів, для якого є характерним принцип свободи договору (приватна автономія), що є вираженням матеріально-правової свободи. Колізійно-правова свобода є доповненням першого різновиду свободи. В свою чергу, автономія волі може застосовуватись і поза рамками як договірної, так і зобов'язального права в цілому. В згаданій вище літературі констатується тенденція все більше зважати на можливість використання національним законодавцем принципу автономії сторін поза межами зобов'язального права.

Чинний Закон України «Про міжнародне приватне право» 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. В той самий час відмова в українському законі від використання автономії сторін щодо персонального статуту враховує тенденцію посилення публічних інтересів в цій сфері.

Визнання автономії правопорядком є необхідною передумовою до здійснення її сторонами в конкретному виді правовідношення. Вибір права сторонами договору, ускладненого іноземним елементом, стосується лише питань взаємних відносин сторін договору, тобто зобов'язального статуту правочину, і не стосується третіх осіб та публічних інститутів.

В третьому розділі дисертації «Правові наслідки застосування (змістовна сфера дії) колізійної норми *lex voluntatis*» ми визначаємо змістовну сферу автономії волі, при цьому знову використовуємо поділ на її позитивну та негативну характеристику: в одному разі встановлюється коло правопорядків, поміж яких можливий вибір права, а в протилежному – обмеження територіальної сфери дії норми про автономію волі.

В підрозділі 3.1. «Коло правопорядків країн, поміж яких можли-

вий вибір права» досліджується себе тенденція, що заявляє про себе в міжнародному приватному праві, 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 в міжнародній торгівлі.

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.

Зважаючи на те, що в колізійній доктрині відсутня пануюча думка щодо вичерпного переліку джерел *lex mercatoria* та щодо погодової 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 включає й *lex mercatoria*. Визначення в цілому предмету відсилання є визначенням кола правопорядків, між якими можливий вибір права.

В другому підрозділі «Обмеження територіальної сфери дії норми про автономію волі» доводиться, що 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 міжнародного приватного права 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 разі прийняття такого відсилання має обмеження територіальної сфери дії, а, з іншого боку, проблема відсилання стосується лише дії колізійної норми, то положення про зворотне (подальше) відсилання в ра-

мках спільного інституту обмеження дії іноземного права займає особливе місце, яке не співпадає із трьома іншими обмеженнями.

Варто також 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. 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.

Для того, щоб забезпечити більшу ступінь юридичної визначеності, на наш погляд варто в Законі України «Про міжнародне приватне право» поновити в правах формулювання п. 3 ст. 1552 згаданого проекту, а саме: «Вибір права країни сторонами не обмежується колом правопорядків країн, поміж яких 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. Таким чином, не дивлячись на відсутність єдності в підходах, в колізійній доктрині буде проявлятися намір щодо відмови від обмеження автономії волі.

У висновках сформульовано найбільш суттєві положення і пропозиції, отримані в результаті дисертаційного дослідження даної теми, зокрема проблема автономії вирішена 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*) за допомогою спеціального методу «подвійного визнання», історичні корені якого ведуть до вчень І. Канта.

Встановлено, що 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.

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. Форма і дійсність угоди про вибір права повинна регулюватися правом, яке застосовується до основного договору, тобто за обраним сторонами правом на основі принципу «вибір вибору права». Функціонування *lex mercatoria* в значній мірі залежить від визнання його державою, тому національне законодавство має, із застереженнями, пріоритет перед *lex mercatoria* у разі його вибору.

У випадку розщеплення договірному статуту, необхідне визнання можливості сторін в договорі підпорядковувати окремі (окрему) частини (частину) договору різним національним правовим системам, та, з іншої сторони, необхідно заборонити підкорення договору в цілому різним правопорядкам. Однак, обрання в порядку кумулятивного вибору одночасно національного права і т.з. *lex mercatoria* може бути визнане легітимним, якщо вважати застосування норм *lex mercatoria* як субсидіарне правове регулювання.

В стислій формі викладено загальні підсумки дослідження в сфері дії автономії волі сторін в міжнародному праві, які мають не тільки наукове, а й практичне значення, зокрема розраховані на вдосконалення положень чинного Закону України «Про міжнародне приватне право».

Список опублікованих автором праць за темою дисертації:

1. Задорожна С.М. Сутність автономії волі: основні наукові підходи у науці міжнародного приватного права // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 23. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. – С. 531 – 536.
2. Задорожна С.М. Способи вираження волі сторін договору при реалізації принципу автономії волі. // Науковий вісник Чернівецького університету. Сер. Правознавство. Збірник наук. Праць. Вип. 253. – Чернівці, 2004. – С. 61– 65.
3. Задорожна С.М. Автономія волі у міжнародному приватному праві: кумулятивний вибір застосовного права // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 27. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2005. – С.579 – 584.

4. Задорожна С.М. Вибір ненаціональних норм при реалізації принципу автономії волі в міжнародному приватному праві // Науковий вісник Чернівецького університету. Сер. Правознавство. Збірник наук. Праць. Вип. 282. – Чернівці, 2005. – С. 68–72.

5. Задорожна С.М. Форма угоди про право, застосовне до цивільно-правових угод, ускладнених іноземним елементом // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Спецвипуск. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2005. – С. 467 – 472.

6. Задорожна С.М. Філософія питання автономії волі як колізійно-правової свободи // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 32. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2006. – С.326 – 332.

7. Задорожна С.М. Міжнародна ввічливість – один із принципів міжнародного приватного права // Тези доповідей Міжнародної науково-теоретичної конференції студентів, аспірантів та молодих вчених “Соціально-економічні, політичні та культурні оцінки і прогнози на рубежі двох тисячоліть”. 20 лютого 2003 р., м. Тернопіль. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2003. – С. 27.

8. Задорожна С.М. Сфера застосування автономії волі у міжнародному приватному праві // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали Х регіональної науково-практичної конференції. 5 – 6 лютого 2004 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2004. – С. 500 – 503.

9. Задорожна С.М. Автономія волі в міжнародному приватному праві: дійсність угоди про вибір права // Актуальні проблеми правознавства. Науковий збірник ЮІ ТАНГ. – Тернопіль, 2004. – С.125 – 127.

Задорожна С.М. Автономія сторін в міжнародному приватному праві. – Рукопис.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право – Інститут держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України. – Київ, 2006.

Дисертація присвячена дослідженню автономії волі сторін договору у міжнародному приватному праві. Вільний вибір права в роботі розглядається як колізійно-правова свобода, досліджується історія виникнення та розвитку автономії волі, здійснена спроба філософського виправдання вільного вибору права в міжнародному приватному праві. Здійснюється порівняльно-правовий аналіз зарубіжного законодавства та легального закріплення в українському міжнародному приватному праві згаданої проблеми. В роботі досліджені питання умов та

меж (формальної сфери дії) застосування автономії сторін, а також правових наслідків застосування (змістовної сфери дії) автономії волі сторін.

Ключові слова: міжнародне приватне право, автономія волі сторін, вибір права, колізійно-правова свобода, свобода договору, теорія подвійного визнання, *lex voluntatis*.

Задорожная С.М. Автономия сторон в международном частном праве. – Рукопись.

Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право. – Институт государства и права имени В.М. Корецкого Национальной академии наук Украины. – Киев, 2006.

Диссертация посвящена исследованию основных теоретических положений про автономию воли сторон договора в международном частном праве.

Впервые на научном уровне после принятия Закона Украины «О международном частном праве» поводится исследование правового регулирования возможности свободного выбора права сторонами договора в сфере международного частного права.

Свободный выбор права в работе рассматривается как коллизионно-правовая свобода. В международном частном праве понятие автономии воли имеет два предмета регулирования договор и выбор права (*lex voluntatis*) или суда, а методами её реализации есть признание соответственно материально-, коллизионно- и процессуально- (юрисдикционно-) правовой свободы. Акцентирование внимания на одном из трёх взаимосвязанных вопросов – свободном выборе права – позволило глубже его исследовать в определённых границах диссертации.

Понятие автономии сторон (*lex voluntatis*) определяется как автономия воли в международном частном праве, которая по своей сути является «двойным признанием» права свободного выбора участниками частных отношений с иностранным элементом применёмого права, через заключение сделки или конклюдентные действия, руководствуясь практической потребностью взаимного признания судебных решений и окончательной целью оправданием конкретным правопорядком коллизионно-правовой свободы..

В работе исследуется история возникновения и развития автономии воли, совершена попытка философского оправдания свободного выбора права в международном частном праве. Выполнен сравнительно-правовой анализ зарубежного законодательства и легального фиксирова-

ния в украинском международном частном праве упомянутой проблемы.

В работе впервые объединены два аспекта исследуемой проблемы – формальный (объём нормы) и содержательный (привязка нормы) – что позволило в едином понятии получить логику, природу, цель, задачу и результат реализации автономии сторон (воли) в международном частном праве. Исследуя вопросы условий и границ (формальной сферы действия) применения автономии сторон, определён её статут. В целом он совпадает с договорным статутом и имеет тенденцию к расширению за пределы обязательственного статута, в том числе включая вещный, семейный и наследственный, а также нормы интеллектуальной собственности, при этом нормальным ограничением является личный статут и частично нормы в сфере потребительских договоров и трудовых отношений.

Ключевые слова: международное частное право, автономия воли, выбор права, коллизионно-правовая свобода, свобода договора, теория двойной связи, *lex voluntatis*.

Zadorozhna S. The party autonomy in the international private law. – Manuscript.

Thesis for obtaining the scientific degree of Candidate of Science (Law) on the specialisation 12.00.03. – civil law and civil procedure; family law; private international law. – V.M. Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine. – Kyiv, 2006.

This thesis is devoted to the investigation of the one of the main principles of international private law – the party autonomy. Free choice of law is inspected as a conflict of law freedom in the dissertation, also the attempt of the philosophy justification of the free choice of law in the international private law take place. The law-comparative analyses of the foreign and Ukrainian law were maid. The dissertation investigated the questions of the conditions and the limits, law consequence of the party autonomy.

Key words: private international law, party autonomy, choice of law, conflict of law freedom, freedom of contract, the theory of double confession, *lex voluntatis*.