## Лекція 2. Колізійні норми міжнародного приватного права. Застосування іноземного права

1. Поняття та структура колізійної норми.

#### Види колізійних норм.

1. Формули прикріплення та їх види.

#### Застосування іноземного права.

**РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:**

1. Конституція України від 28.08.1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1996. - № 30. – ст. 141
2. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 ., № 2947-ІІІ // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2002, N 21-22, ст.135
3. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» // Відомості Верховної Ради. - 1994. - № 25. – ст. 196
4. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. № 959-ХІІ // Відомості Верховної Ради України..-1991.- №29.
5. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 року N 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. - 2005. - № 32. - ст.422.
6. Дахно І.І. Міжнародне приватне право: Навч. посіб. – К.: МАУП, 2001.
7. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред.. доктора юридичних наук, проф. А.Довгерта. – Х.: ТОВ «одісей», 2008. – 352 с.
8. Міжнародне приватне право: Навч. посібник / За ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана. – К., 2005. – 368 с.
9. Міжнародне приватне право: Навч. посібник / За ред. С.Г. Кузьменко – К., 2010. – 316 с.
10. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл.

/ за ред. Проф. В.П.Жушмана та доц. І.А.Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320с.

1. Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Міжнародне приватне право: Підручник. – 4-те вид., переробл. і допов. – К.: Атіка, 2009. – 500с.
2. Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Практикум з курсу «Міжнародне приватне право»: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2007. – 312с.
3. Чубарєв В.Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2006. – 608 с.

#### МЕТА ЛЕКЦІЇ:

Мета лекції полягає у встановлення змісту колізійної норми, її структурних елементів та видів колізійних норм.

#### ВСТУП

Вітчизняна доктрина виходить з того, що міжнародному приватному праву властиві свої специфічні прийоми і засоби регулювання прав і обов'язків учасників цивільних правовідносин міжнародного характеру. Мова йде про сполучення і взаємодію двох методів: колізійного і матеріально-правового. У літературі по міжнародному приватному праву звичайно відзначається, що при правовідносинах з іноземним елементом завжди виникає так називане колізійне питання: необхідно вирішити, який із двох законів, які зіштовхуються, підлягає застосуванню - діючий на території, де знаходиться суд, що розглядає справу, чи іноземний закон, тобто закон тієї країни, до якої відноситься іноземний елемент у справі, яка розглядається.

"Колізія" - латинське слово, що означає зіткнення. Цей термін носить умовний характер. Образно говорять про колізію законів і необхідності вибору між ними для пояснення ходу міркувань суду чи іншої особи, що повинна вирішити питання про застосування права до правовідносин з іноземним елементом. Колізійна проблема - проблема вибору права, яке необхідно застосувати до тих чи інших правовідносин, типова насамперед, для міжнародного приватного права. Якщо в інших галузях права питання колізії законів мають другорядне, підлегле значення, то тут саме колізійна проблема та її усунення складають основний зміст цієї правової галузі, що відбилося, як відомо, і в її назві в ряді країн.

**1. Поняття та структура колізійної норми.**

Як уже відзначалося на попередній лекції, основний зміст міжнародного приватного права зводиться до колізійної проблеми та її вирішенню. Тому колізійні норми, за допомогою яких головним чином вирішується така проблема, є центральним інститутом цієї правової галузі незалежно від того, як у доктрині визначаються її поняття, зміст, джерела та ін.

Передумовами виникнення колізійної норми є посилення процесів міграції населення за кордон, розширення господарських зв'язків між державами тощо.

В ЗУ «Про МПП» в п.3 ч.1 ст. 1 надано поняття колізійної норми, поняття якої вироблено доктриною МПП. Отже, **колізійна норма - це правова норма, що визначає право якої держави підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом.** Нагадаю, що іноземний елемент – це ознака, яка характеризує приватноправові відносини та виявляється в одній або кількох з таких форм: 1) хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою; 2) об'єкт правовідносин знаходиться на території іноземної держави; 3) юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави.

В юридичній літературі стверджують, що колізійна норма може відсилати до компетентного правопорядку або ж до права держави. У міжнародних двосторонніх договорах про надання правової допомоги з різних категорій справ використано термінологію «законодавство держави». Сьогодні у ЗУ «Про МПП» використано термінологію «право держави».

На відміну від матеріальних норм права, колізійні норми безпосередньо не регулюють ті чи інші правовідносини, а лише допомагають судові чи іншому органу правозастосування вирішити «колізійне питання», тобто «конфлікт» між правопорядками різних держав, які претендують на регулювання тих чи інших приватноправових відносин з іноземним елементом.

Звідси головна особливість колізійних норм: вони самі по собі не розкривають права та обов'язки сторін даного правовідношення, а лише вказують компетентний для цього правовідношення правовий порядок, що визначає права та обов'язки сторін. Звідси ж випливає й друга особливість колізійних норм: як норми відсильні вони застосовуються тільки разом з тими матеріально-правовими нормами, до яких вони відсилають, і разом із цими нормами вони утворюють правила поведінки для учасників господарського обігу.

Колізійні норми разом з відповідним матеріальним правом безпосередньо регулюють певні життєві відносини. Але це спільне й безпосереднє регулювання не можна розглядати спрощено в тому розумінні, що обидві норми (колізійна й матеріальна) повинні спільно виконувати регулюючі функції безупинно протягом усього процесу регулювання. Регулююча дія колізійної норми виражається в процесі вибору відповідного права. Обравши необхідний закон, колізійна норма вже припиняє свою регулюючу дію й регулювання надалі провадять тільки норми матеріального права.

Особлива природа колізійних норм визначає специфіку їхньої структури й застосування.

Структура колізійної норми відповідає функціональному призначенню колізійного права, покликаного забезпечити вибір права, компетентного регулювати правовідносини з іноземним елементом.

Колізійна норма складається із двох елементів - обсягу та прив’язки. **Обсяг (в літературі також можна зустріти слово «об’єм»)** являє собою вказівку, яка міститься в нормі, на групу правовідносин з іноземним елементом, до яких ця норма застосовується. **Прив’язка** - це вказівка на право, яке підлягає застосуванню до даного правовідношення. Така структура колізійної норми відповідає структурі правових норм взагалі: гіпотезі й диспозиції.

*Наприклад, в ст. 34 ЗУ «Про МПП» передбачено, що порядок видачі, строк дії, припинення та правові наслідки припинення довіреності (обсяг)*

*визначаються правом держави, у якій видана довіреність (прив’язка).*

Традиційно обсяг відповідає конкретному приватноправовому інституту: спадкові відносини, договірні зобов'язання, деліктні зобов'язання, укладання шлюбу і т. д.

Отже, Головне завдання колізійної норми полягає у встановленні права, яке буде застосуватися у певних правовідносин, які вказані в обсязі. Вказівка на таке право міститься у колізійній прив’язки.

**2. Види колізійних норм**

Існують різні види колізійних норм.

* 1. Найбільш істотна й важлива їхня класифікація проводиться за типом колізійної прив'язки. За цією підставою розрізняють односторонні та двосторонні колізійні норми.

Одностороння колізійна **норма -** така норма, прив'язка якої прямо називає право країни, яке підлягає застосуванню. Як правило, одностороння норма вказує на країну, у законі якої ця норма міститься.

*Наприклад, відповідно до ч.3 ст. 42 ЗУ «Про МПП» захист права власності та інших речових прав, які підлягають державній реєстрації в Україні, здійснюється відповідно до права України.*

Відповідно односторонні колізійні норми більш типові для внутрішньодержавного законодавства. Рідко до односторонніх норм звертаються міжнародні договори, для яких більш характерне використання норм двосторонніх.

**Двостороння колізійна норма** - це норма, прив'язка якої прямо не називає право конкретної держави, а формулює загальний принцип, використовуючи який, провадиться вибір конкретної правової системи (наприклад, принцип «останнє постійне місце проживання спадкодавця»,

«місце знаходження майна», «місце укладання правочину», «місце перебування» та ін.).

Прив'язку двосторонньої норми називають формулою прикріплення.

* 1. За способом регулювання колізійні норми поділяються на імперативні, диспозитивні й альтернативні.

**Імперативні** - норми, що містять категоричні приписи, які стосуються вибору права; норми, які не можуть бути змінені за розсудом сторін правовідносин. *Наприклад, згідно зі ч.2 ст. 42 ЗУ «Про МПП» захист права власності та інших речових прав на нерухоме майно здійснюється відповідно до права держави, у якій це майно знаходиться.*

**Диспозитивні** *-* норми, які, встановлюючи правило про вибір права, залишають сторонам можливість відмовитися від нього, замінити іншим правилом. Наприклад, правила типу «якщо інше не встановлено угодою або договором сторін». *Так, згідно зі ст. 41 ЗУ «Про МПП» право власності та інші речові права на рухоме майно, що за правочином перебуває в дорозі, визначаються правом держави, з якої це майно відправлене, якщо інше не встановлено за згодою сторін.*

**Альтернативні** - норми, які передбачають кілька правил по вибору права для вказаних в обсязі норми правовідносин. *Наприклад, згідно зі ч.1 ст. 42 ЗУ*

*«Про МПП» захист права власності та інших речових прав здійснюється на вибір заявника відповідно до права держави, у якій майно знаходиться, або відповідно до права держави суду.*

* 1. В залежності від кількості прив’язок колізійні норми поділяються на

**однозначні та множинні.** Під *однозначними* розуміються норми, що містять одну прив'язку. Під *множинними* розуміють норми, що мають дві, три і більше колізійних прив'язок*,* котрі, у свою чергу, можуть бути альтернативними чи кумулятивними.

*Альтернативні* норми розрізняються між собою залежно від характеру зв'язку між альтернативами та поділяються на **прості та складні**. У **простій** альтернативній колізійній нормі всі альтернативні прив'язки рівнозначні — кожна з них може бути застосована. При цьому вибір однієї з прив'язок виключає подальше використання інших. Зазвичай вони з'єднуються сполучником «або». Прикладом такої колізійної норми слугує ч. *ч.1 ст. 42 ЗУ*

*«Про МПП» захист права власності та інших речових прав здійснюється на вибір заявника відповідно до права держави, у якій майно знаходиться, або відповідно до права держави суду.*

**Складна** альтернативна колізійна норма – це така норма, в якій альтернативні прив'язки супідрядні між собою. При цьому виокремлюються **основна (генеральна)** прив'язка, яка формулює загальне головне правило вибору права (призначене для першочергового застосування), і **субсидіарна,** - яка формулює ще одне або кілька правил і застосовується тоді, коли головне правило з будь-яких причин не було застосоване або виявилося недостатнім для вибору компетентного правопорядку. *Наприклад, ч.3. ст. 16 ЗУ «Про МПП» особистим законом особи без громадянства вважається право держави, у якій ця особа має місце проживання, а за його відсутності - місце перебування.*

*Кумулятивні* — це такі норми, в яких до одних правовідносин застосовується одночасно кілька прив'язок. Причому застосування однієї з прив'язок не виключає подальшого використання іншої5. *Так, кумулятивна прив'язка використовується в ч. 3 ст. 3 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах, а саме: «Якщо дитину усиновляє подружжя, з якого один є громадянином однієї Договірної Сторони, а другий — іншої Договірної Сторони, повинні бути дотримані вимоги, передбачені законодавством обох Договірних Сторін». В ЗУ «Про МПП» в ст. 55 передбачено, що право на шлюб визначається особистим законом кожної з осіб, які подали заяву про укладення шлюбу. У разі укладення шлюбу в Україні застосовуються вимоги Сімейного кодексу України щодо підстав недійсності шлюбу.*

* 1. Необхідно також вказати й на такі колізійні норми, як *міжнародні* та *міжобласні* ***(інтерлокальні)****.* їх виділяють згідно з критерієм *дії колізійних норм у просторі.* На цей час існує багато норм, які стосуються колізії законів, що повністю або в якійсь частині є загальними для кількох держав (як правило, йдеться про уніфіковані норми). У випадку інтерлокальних колізійних норм прийнято говорити про колізійні норми складових частин держави. Відомо, що в багатьох держав, насамперед з федеральним устроєм, в суб'єктах федерації або адміністративних одиницях є свої правові системи. У разі відсилання колізійної норми до права такої держави постає запитання про те, яке законодавство або яке право повинно бути застосоване (наприклад, федеральним або штату США).

*Доречним тут може бути приклад, наведений відомим вченим М. М. Богуславським. В Італії розглядалося питання про спадкоємство громадянина США, який народився в Сан-Франциско (штат Каліфорнія). Згідно із ст. 46 Закону «Про реформу італійської системи міжнародного приватного права» від 31 травня 1995 р. до спадкоємства належить застосовувати законодавство держави, громадянином якої був спадкоємець на момент своєї смерті, а згідно з п. 1 ст. 18, у випадках, коли відповідно до цього закону повинно застосовуватися право держави, в якій діє одночасно кілька правових систем залежно від територіального чи персонального принципу, належне до застосування право визначається на підставі критеріїв, що застосовуються правом цієї держави. У США спадкове право регулюється не федеральним законодавством, а законодавством штатів. Так, у США не встановлені законодавчі критерії для визначення права, що застосовується на підставі федеральних колізійних норм, тому італійський суд, на основі п. 2 ст. 18 указаного закону, повинен застосувати правову систему, з якою відносини найбільш тісно пов'язані. У даному разі він повинен виходити не тільки з того, що в США існує громадянство США як федеральної держави (federal citizenship), а ще й з того, що існує громадянство кожного штату (state citizenship). Громадянством штату володіють громадяни, доміцильовані в даному штаті. Спадкоємець мав свій доміциль (особлива форма місця проживання) в Каліфорнії. Наявність доміциля в Каліфорнії повинна розглядатися як наявність тісного зв'язку саме з цим штатом. Звідси випливає, що треба застосовувати законодавство Каліфорнії.*

Отже, якщо виникла необхідність застосувати до якихось відносин право США, то спочатку потрібно визначити, яким законодавством (федеральним або штату) регулюються ці правовідносини.

Право, що застосовується на практиці, у ряді випадків визначається не тільки стосовно якої-небудь території, а й стосовно осіб ***(інтерперсональне право)***і часу ***(інтертемпоральне право)****.*

**Таким чином,** Вказана класифікація колізійних норм не є вичерпною, наука міжнародного приватного права розробляє класифікації і за іншими критеріями.

3. **Формули прикріплення та їх види.**

Як уже зазначалося раніше, формулою прикріплення називають прив'язку двосторонньої колізійної норми. У такій прив'язці міститься вказівка на підлягаючу застосуванню правову систему, причому ця вказівка виражена у вигляді колізійного принципу. Застосування формули прикріплення до конкретних фактичних обставин веде до вибору права тієї держави, що компетентно регулювати правовідносини, які вказані в обсязі цієї норми. При безлічі способів вибору права, встановлюваних колізійними нормами різних держав, кожний з таких способів є варіантом загальних колізійних формул, що склалися в процесі історичного розвитку колізійного права. Таким чином, різноманіття способів вибору права може бути зведене до обмеженого числа узагальнених правил, а саме формул прикріплення. Їх називають також типами колізійних прив'язок або колізійними принципами. До основних формул прикріплення, що склалися у міжнародному приватному праві, відносять наступні:

1. **Особистий закон фізичних осіб** – найпоширеніша формула прикріплення. Дана прив'язка існує у двох варіантах:
2. закон громадянства або національний закон (lex nationalis, lex patriae);
3. закон місця проживання (lex domicilii).

Перший означає застосування права тієї держави, громадянином якого є дана особа, другий - застосування права держави, на території якого дана особа проживає або тимчасово перебуває. Слід зауважити, що у науці України ще не склалося остаточного твердження про зміст поняття lex domicilii, використовуваного саме у правовій системі України. На відміну від такої ситуації у державах іноді спостерігається принципова різниця у з'ясуванні змісту поняття lex domicilii. Так, у США доміцилієм вважають певний строк постійного чи переважного перебування фізичної особи у певній місцевості. За англійським правом доміцилієм вважають місцеперебування особи, що є місцем її народження.

Особистий закон використовується насамперед для визначення правового становища фізичних осіб: початку та кінця правоздатності, дієздатності особи, особистих прав (на ім'я, честь, місце проживання й ін.). Крім того, широкою сферою застосування особистого закону є сімейно-шлюбні відносини, а також спадкування рухомості. Історично в європейської, арабських і частині латиноамериканських країн діє закон громадянства, у країнах англосаксонської правової системи звичайно застосовується закон місця проживання. Разом з тим існують країни, у яких застосовується змішана система, а перехід до змішаної системи особистого закону в законодавчих актах, які приймаються в останні десятиліття у цій області став загальною тенденцією. *Прикладом особистого закону фізичної особи може бути п. 1 ч. 2 ст. 23 Мінської конвенції 1993 року (ст. 26 Кишинівської конвенції 2002 року) «Про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах»: «Дієздатність фізичної особи визначається законодавством Договірної Сторони, громадянином якої є дана особа. Дієздатність особи без громадянства визначається за правом держави, в якій вона має постійне місце проживання».*

1. **Особистий закон юридичних осіб (lex societatis)** означає застосування права тієї держави, резидентом якого є юридична особа. Як особистий закон фізичних осіб визначає їхній правовий статус, так статус юридичних осіб визначається даним законом. Право різних держав неоднаково вирішує питання про те, у яких випадках об'єднання, що вступають у правовідносини, є юридичними особами, який обсяг їхньої правоздатності й дієздатності та ін. Для вирішення даних задач і потрібно обрати право тієї держави, що буде компетентним відповісти на виникаючі питання.

Щодо цього світова практика єдинообразна у використанні у якості формули прикріплення особистого закону юридичних осіб. Основні труднощі, що виникають у зв'язку із цим є визначення державної приналежності юридичної особи.

Так, по-перше,у праві європейських країн широко використається принцип «осілості» **(місця знаходження адміністративного центру)** (Франція, Німеччина, Італія, Швейцарія і т. д.). По-друге, за законом місця заснування (реєстрації) статуту фірми, підприємства тощо **(критерій інкорпорації)** (держави СНД, Чехія, Угорщина, США, Великобританія). По-третє, за **законом місця здійснення основної діяльності**. Ця колізійна прив'язка переважно використовується в законодавстві країн, що розвиваються.

Відносно особистого закону юридичної особи в Україні, то слід зазначити наступне. Відповідно до ч. 1 ст. 25 ЗУ «Про МПП» 2005 р. особистим законом юридичної особи вважається право держави місця її знаходження. Відповідно до ст. 93 ЦК України в редакції від 02.12.2010. місцезнаходження юридичної особи є фактичне місце ведення діяльності чи розташування офісу, з якого проводиться щоденне керування діяльності юридичної особи (переважно знаходиться керівництво) та здійснення управління з обліку). До цього часу ст.

93 ЦК була в редакції, що передбачала, що місцезнаходженням юридичної особи є адреса органу або особи, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступають від її імені. Звертаю вашу увагу, що ще раніше до 03.03.2005 р. місцезнаходження юридичної особи визначалось місцем її державної реєстрації, якщо інше не встановлено законом. Місцезнаходження юридичної особи вказувалося в установчих документах. Таким чином, в Україні спочатку використовувався критерій інкорпорації, потім критерій місця знаходження адміністративного центру, а на сьогодні діють два критерії: знаходження адміністративного центру або місця здійснення основної діяльності (тобто визнали себе країно, що розвивається).

Існують й інші критерії визначення особистого статусу юридичних осіб (контролю, місця здійснення космічної діяльності).

Більш детальніше особистий закон фізичної та юридичної особи (розділ ІІ ЗУ «Про МПП» «Колізійні норми щодо правового статусу юридичних та фізичних осіб») ми будемо вивчати у наступних темах.

1. **Закон місця знаходження речі** (lex rei sitae) означає застосування права тієї держави, на території якого перебуває річ, що є об'єктом правовідносин. З початку розвитку правових норм дана формула прикріплення застосовувалася до нерухомих речей, у цей час у сферу її дії включається й рухоме майно. У цілому за даним законом практично в усьому світі визначається правове положення майна, як рухомого, так і нерухомого. Зокрема, закон визначає такі питання: чи може річ бути об'єктом права власності або іншого речового права, юридична кваліфікація речі (рухома або нерухома), порядок виникнення, зміни та припинення права власності й інших речових прав, їхній обсяг. Вважається, що загальноприйняте застосування закону місця знаходження речі обумовлено сформованим міжнародно- правовим звичаєм й, отже, дана формула прикріплення застосовується навіть тоді, коли вона не зафіксована у внутрішньодержавному праві відповідної країни. Однак із правила визначення правового статусу речі за законом її місцезнаходження є виключення:
2. набуття права власності або іншого речового права в порядку спадкування регулюється відносно рухомості, а іноді й відносно нерухомості за особистим законом спадкодавця, а не за законом місця знаходження речі;
3. питання дієздатності особи при здійсненні речових правочинів з рухомістю регулюються альтернативно особистим законом або законом місця укладання правочину;
4. за законом місця знаходження речі не можуть бути дозволені речові права на вантаж у шляху (res in transitu); у практиці більшості країн статус таких речей визначається за законом місця навантаження;
5. доля майна іноземної юридичної особи визначається у випадку його ліквідації за законом тієї країни, до якої належить ця особа;
6. певні обмеження має статус майна іноземної держави. Імунітет держави та його видів буде розглянуто в наступних темах;
7. права відносно рухомих речей, які «особа має при собі», визначаються не за місцем перебування речі, а за особистим законом власника;
8. **Закон, обраний сторонами правовідносин** (lex voluntatis) означає застосування права тієї держави, що виберуть самі учасники правовідносини. У цьому випадку суд при виборі компетентного закону керується прямо вираженим або яким мається на увазі наміром особи, що уклала правочин. Такий спосіб вибору права використовується тільки в одній групі правовідносин - у договірних зобов'язаннях. У більшості випадків як внутрішнє колізійне право більшості держав світового співтовариства, так і міжнародні договори виходять із того, що при вирішенні всіх колізійних питань у сфері договірних зобов'язань вирішальним фактором є погоджена воля сторін договору. У зв'язку з цим іншою загальновідомою назвою даної формули прикріплення є «Автономія волі сторін» (опрацювати самостійно ст. 5 ЗУ «Про МПП»).
9. **Закон місця вчинення акту (**lex ioci actus) означає застосування права тієї держави, на території якого вчинений правовий акт. Правовий акт - поняття широке, і дана формула конкретизується залежно від того, про який вид акту йде мова.

***a) закон місця укладання договору*** *(lex loci contractus)* - поряд із законом місця знаходження речі є однієї з перших прив'язок, що історично склалися в колізійному праві. З розширенням практики укладання договорів по переписці, факсимільного й комп'ютерного зв'язку договір у багатьох випадках втратив реальний зв'язок з територією якої-небудь держави. Місце укладання договору з фактичної категорії перетворилося в категорію юридичну, яка по-різному тлумачиться в праві різних держав. Так, в англо-американському праві широко поширена концепція «поштової скриньки», тобто місця, звідки відправлений акцепт. У європейській доктрині, навпроти, вважається, що договір укладений у місці одержання акцепту.

***б) закон місця виконання зобов'язання*** *(lex loci solutionis)* означає застосування права тієї держави, де зобов'язання, що випливає з договору, підлягає виконанню. Дана формула прикріплення також застосовується для регулювання договірних зобов'язань.

***в) закон місця укладання шлюбу*** *(lex loci celebralionisj* означає застосування права тієї держави, на території якого укладений шлюб. Дана формула застосовується звичайно для регулювання питань, пов'язаних з формою укладання шлюбу. Однак деякі країни використовують цю прив'язку більш широко, зокрема, для визначення умов вступу до шлюбу, дійсності укладеного шлюбу та ін.

**г) *закон місця вчинення правопорушення*** *(lex loci delicti commixsi)!* означає застосування права тієї держави, на території якого була заподіяна шкода. Принцип, відповідно до якого відповідальність за делікт визначається за законом місця його вчинення, є одним з найстарших початків міжнародного приватного права, що зберегло свою чинність практично у всіх країнах світу, за винятком Великобританії. У використанні даної прив'язки є проблема, яка пов'язана з визначенням місця вчинення правопорушення. У цьому випадку можуть використовуватися два основних варіанти: місце, де вчинене шкідливе діяння, або місце, де наступив шкідливий наслідок. Варіантом вирішення цієї проблеми може слугувати закріплення на міжнародному рівні права потерпілого від правопорушення самому обирати найбільш сприятливий за правовими наслідками для нього закон.

**д) *закон форми укладання правового акту.*** Загальний колізійний принцип у даній галузі зводиться до наступного: форма акту визначається за законом місця його укладання (locus regit actum).

1. **Закон країни продавця** (lex venditoris) означає застосування права тієї держави, резидентом якого є продавець. Це відносно нова, але вже досить розповсюджена формула прикріплення, яка використовується в договірних зобов'язаннях. Закон країни продавця - це узагальнена формула, під якою розуміється закон місця виробничої діяльності сторони договору, чиє зобов'язання становить його основний зміст (як ілюстрація див. ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»).
2. **Закон валюти боргу (lex monetae).** Відносно даного принципу існує наукова концепція, яка виходить із того, що той, хто уклав договір у певній іноземній валюті, тим самим у питаннях валюти підкорився правопорядку держави, якому належить дана валюта. Щоб довести неможливість використання даного принципу, досить показати аналогію із застосуванням іноземних мір ваги. Однак спосіб вираження валюти боргу в сукупності з іншими умовами договору (вказівкою місця виконання зобов'язання в тієї ж державі, до якої відноситься валюта боргу, підпорядкуванням даного договору юрисдикції тієї ж країни та ін.) може служити вираженням наміру сторін підкорити договір в цілому правопорядку цієї держави або підставою, для того, щоб суд міг використати зазначені ознаки з метою локалізації договору.
3. **Закон суду (lex fori)** означає застосування права тієї держави, де розглядається спір. Відповідно цієї формули, суд або інший правозастосовчий орган повинен керуватися правом своє країни, незважаючи на наявність іноземного елемента в правовідносинах. Основною сферою застосування цього закону є міжнародний цивільний процес: суд, розглядаючи справи за участю іноземного елемента, завжди керується своїм процесуальним правом. Як виняток суд може застосувати норми іноземного процесуального права, якщо це обговорено в законі або в міжнародному договорі. Також як виключення із загального правила в законодавстві деяких держав закріплені норми, за якими процесуальна дієздатність у цивільних справах визначається альтернативно за законом суду або за особистим законом. Як формула прикріплення закон суду знаходить своє застосування в вирішенні колізійних питань у будь-яких правовідносинах у сфері міжнародного приватного права, і в цій якості може заміняти всі перераховані вище колізійні прив'язки.
4. **Закон найбільш тісного зв'язку (proper law***)* — означає застосування права тієї держави, з якою правовідносини найбільш тісно пов'язані, й застосовується як в зобов'язальному праві, так і у сфері деліктів, шлюбно- сімейних, спадкових,трудових відносин. Так, ч.2 ст. 44 ЗУ «Про МПП» визначає, що правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, вважається: 1) щодо договору про нерухоме майно - право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації, - право держави, де здійснена реєстрація; 2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт - право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати; 3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, - право держави, у якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.
5. ***Закон місця роботи (lex loci laboris)*** — означає застосування права країни, на території якої здійснюється трудова діяльність, і застосовується у сфері міжнародних трудових відносин (основним винятком з даного правила є форма трудового договору).
6. ***Закон прапору (lex flagi)*** — означає застосування права тієї країни, під прапором якої ходить судно, і застосовується у сфері торговельного мореплавства.

Отже, в науці міжнародного приватного права існують різні формули прикріплення та відзначимо, що наведений перелік формул прикріплення не є вичерпним.

4. **Застосування іноземного права**

Застосування іноземного права, на яке посилається колізійна норма, є складним процесом. Застосування норм іноземного права - це діяльність суду й інших правозастосовчих органів по вирішенню будь-яких юридичних питань на підставі норм іноземного права. Як правозастосовчі органи можуть виступати державні суди, третейські суди, нотаріуси, органи державної виконавчої влади (наприклад, органи державної реєстрації актів цивільного стану).

Поширення дії норм іноземного права на територію іншої суверенної держави, іншими словами, його вихід за межі територіальної юрисдикції, екстериторіальна дія стає можливим лише при наявності прямих приписів у національному праві даної держави. У якості таких приписів й виступають колізійні норми. К*олізійні норми є правовою підставою застосування норм іноземного права.*

Правозастосування іноземних норм відбувається після встановлення змісту норми іноземного права та його ідентифікації із фактичними обставинами, в яких така норма повинна бути застосована. Цей процес отримав назву **тлумачення правової норми.** Тлумачення колізійної норми передбачає кваліфікацію юридичних понять, які використовуються в самому формулюванні колізійної норми.

Застосування іноземного права при наявності прямої вказівки про це, яка закріплена в колізійній нормі, є *обов'язком правозастосовчого органу.* Ухилення від цього обов'язку, застосування вітчизняного права замість іноземного призводить до необґрунтованості й незаконності прийнятих рішень. Обставиною, що істотно ускладнює процес застосування іноземного права, є непроінформованість правозастосовчого органу (особи) про зміст цього права. Так, відповідно до статті 8 Закону України «Про міжнародне приватне право», при застосуванні права іноземної держави, суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування та доктриною у відповідній іноземній державі. Для встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може звернутися до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном або залучити експертів. Крім того, особи, які беруть участь у справі, мають право подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм. Якщо ж зміст норм права іноземної держави в розумні строки не встановлений, незважаючи на вжиття усіх вказаних вище заходів, то до правовідносин застосовується право України.

Багато міжнародних договорів України передбачають порядок надання інформації про іноземне право. Це двосторонні договори про правову допомогу, різні договори з економічних питаннях.

Основним способом одержання інформації про зміст іноземного права є направлення відповідного запиту через Міністерство юстиції запитуючої держави. Запит складається мовою запитуючої держави, до нього додається офіційний переклад мовою тієї держави, інформація про право якого запитується (або іншій мові, використання яких передбачене міжнародним договором).

Складовою частиною тлумачення є правова кваліфікація. **Правову кваліфікацію** стаття 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» розкриває як визначення права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом. Цей процес ще називають **«первинною кваліфікацією».** Під час визначення права, що підлягає застосуванню, виникають такі проблеми, як обхід закону, зворотне відсилання, тощо. Процес визначення права, що підлягає застосуванню, може ускладнюватися наявністю в державі кількох правових систем. Стаття 15 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає, що у разі якщо підлягає застосуванню право держави, у якій діє кілька територіальних або інших правових систем, належна правова система визначається відповідно до права цієї держави. За відсутності відповідних правових норм застосовуються норми тієї правової системи, яка має більш тісний зв'язок із правовідносинами.

Після вибору права, яке підлягає застосуванню, відбувається **«вторинна кваліфікація»,** яка передбачає застосування норм обраного правопорядку, встановлення його змісту, а також визначення обмежень застосування іноземного права.

**Кваліфікація колізійної норми** складається з двох частин: кваліфікації понять обсягу колізійної норми (позовна давність, форма заповіту, форма правочину тощо), та кваліфікації понять, що складають прив'язку колізійної норми (місце укладення угоди, місце вчинення правочину, «закон місця вчинення правопорушення» тощо). «Конфлікт кваліфікації» виникає у випадку різного визначення тих самих понять у різних правових системах. Тобто, юридичні поняття, з яких складаються обсяг і прив'язка колізійних норм різних держав, можуть за формою збігатися, але мати різний зміст.

Прикладом кваліфікації понять прив'язки колізійної норми можуть бути угоди у сфері зовнішньої торгівлі. Так, зовнішньоторговельна угода купівлі- продажу вчинена шляхом оферти, що надіслана з Парижу на адресу британської фірми до Лондону, а акцепт британської фірми надісланий з Лондону до Парижу. З точки зору французького права, правочин завершений у момент отримання акцепту в Парижі, який за французьким правом і є місцем укладення даного договору; з точки зору англійського права, угода завершена в момент відправлення акцепту з Лондона, отже, у даному випадку місцем укладення договору, з точки зору цього права, буде Лондон. Таким чином, французький суд може прийняти кваліфікацію поняття «місце укладення договору» за французьким правом, а англійський — за англійським правом.

Доктриною міжнародного приватного права розроблено три способи кваліфікації: за законом суду; за іноземним правом, на який посилається колізійна норма; за принципом «автономної кваліфікації».

**Кваліфікація за законом суду** означає, що суд, застосовуючи колізійну норму, кваліфікує її поняття відповідно до змісту, який вони мають у цивільному законодавстві правової системи місцезнаходження суду. Такий спосіб кваліфікації як основний закріплений в статті 7 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Але частина 2 цієї статті визначає, що якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі праву України або відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення правом України, то при їх правовій кваліфікації також враховується право іноземної держави. Тобто, українське законодавство допускає **кваліфікацію за іноземним законом.**

Третім способом кваліфікації є так звана **«автономна кваліфікація»,** відповідно до якої суд, розглядаючи спір з «іноземним елементом», повинен провести кваліфікацію понять норми права не через звернення до конкретних існуючих правових систем, а на основі загальних правових понять, що утворюються завдяки порівняльному юридичному аналізу законодавства окремих держав. Кваліфікація повинна бути «автономною», «наддержавною», тобто вільною від будь-якої конкретної системи права. Однак сформулювати загальні для права різних країн поняття — це завдання порівняльного правознавства і є більш складним процесом, тому що стосується глибинних засад права різних держав.

Національне право, допускаючи можливість застосування іншого, іноземного права на своїй території, однак встановлює певні границі, межі його дії, оскільки в деяких випадках застосування іноземного права може призвести до результату, явно несумісному з основними цілями, завданнями й принципами місцевого правопорядку. Колізійна норма сформульована таким чином, що вона може обрати право будь-якої існуючої у світі держави й тому неможливо передбачити наслідки такого вибору.

В доктрині МПП виділяють декілька правових механізмів, дія яких виключає можливість застосування іноземного права, обраного на підставі колізійної норми:

* застереження про публічний порядок;
* зворотне відсилання або відсилання до права третьої країни;
* застереження, що забороняє обхід закону.
* застереження про взаємність.

**Застереження про публічний порядок.** Одним із основних етапів застосування іноземного права є визначення можливості його дії в Україні з урахуванням правил, які отримали назву «застереження про публічний порядок». Оскільки колізійна норма може обирати право будь-якої держави, а передбачити всі наслідки цього вибору неможливо, то з метою запобігання настання можливих негативних наслідків і вживається застереження про публічний порядок. Застереження про незастосування іноземного закону внаслідок його несумісності з нормами моралі та «добрим звичаям» використовувалося ще у XIV сторіччі. Загальна концепція «публічного порядку» вперше склалась у французькому праві.

Стаття 12 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає, що норма права іноземної держави не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основним правопорядком (публічним порядком) України. У таких випадках застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України. Відмова в застосуванні права іноземної держави не може ґрунтуватися лише на відмінності правової, політичної або економічної системи відповідної іноземної держави від правової, політичної або економічної системи України. Отже, **застереження про публічний порядок** можна визначити як заборона застосування норм іноземного права, які не сумісні з основним правопорядком (публічним порядком) України.

На сьогодні доктрина міжнародного приватного права розглядає два види застереження про публічний порядок: *позитивне та негативне застереження.*

Концепція **позитивного застереження про публічний порядок** заснована на матеріально-правових нормах національної правової системи, відповідно до яких, виходячи із важливості певних правовідносин для забезпечення захисту суспільних інтересів, такі правові норми застосовуються завжди, незалежно від відсилання до норм іноземного права. Тобто іноземний закон не застосовується, оскільки вітчизняний законодавець вважає певні власні юридичні норми особливо важливими, принциповими. Останні й використовуються для регулювання правовідносин незалежно від можливого відсилання до іноземного закону. Наприклад, спадкування нерухомості, форма зовнішньоекономічного договору (контракту), протиправність дії, що є підставою для вимоги про відшкодування шкоди(ч.3 ст.49 ЗУ «Про МПП»), порядок розрахунку в іноземній валюті, іноземне інвестування регулюються у нас винятково вітчизняним правом. У цьому випадку про застереження ми говоримо умовно, оскільки зміст конкретного національного закону (ЦК України, Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність», Закону «Про режим іноземного інвестування» та ін.) може виключати можливість застосування іноземного права (*часто без спеціального застереження про це*).

Позитивне застереження розглядається у двох варіантах - французькому та італійському, які через наявність ряду схожих рис розглядаються в межах єдиної концепції.

Концепція **негативного застереження про публічний порядок** виходить із того, що неможливість застосування норм іноземного права заснована на властивостях самої норми. Відповідно до *негативного застереження* іноземне право не застосовується, якщо воно суперечить добрим звичаям, добропорядку, суспільним засадам, основним принципам правового порядку, суспільному ладу та ін. Результат застосування іноземної правової норми несумісний з основами моралі або права даної держави.

Відмінність у зазначених варіантах застереження про публічний порядок полягає в тому, що позитивна концепція не викликає питання, закон якої держави слід застосовувати. Це питання виникає із застосуванням негативної концепції та може вирішуватися на користь закону суду чи закону іншої держави. Негативне застереження про публічний порядок на сьогодні набуло значного поширення в законодавстві більшості держав. Проте, негативне застереження про публічний порядок (хоча воно і значно поширене), як і позитивне, не має чіткого змісту. Категорія «публічного порядку» залишається невизначеною, тому на практиці виникають труднощі, пов'язані з її застосуванням. Формулювання цього застереження може бути різним. Так, Закон з міжнародного приватного права Польщі 1965 р. формулює «публічний порядок» як «основні принципи правової системи» (ст. 6); Закон з міжнародного приватного права Австрії 1978 p.- як «основні принципи правового порядку» (ст. 6). В інших державах - як «публічний порядок і добрі звичаї», «суспільний устрій» тощо.

Слід зазначити, що відмова в застосуванні іноземного права не може ґрунтуватися лише на відмінності правової, політичної або економічної системи іноземної держави від правової, політичної або економічної системи України(ч.2 ст. 12). Тобто під час застосування застереження про публічний порядок аналізу підлягає не іноземна правова система загалом, а та її норма, що підлягає застосуванню.

Застереження про публічний порядок застосовується в сімейному праві, цивільному та господарському процесі.

**Зворотне відсилання та відсилання до закону третьої держави.** Під час правової кваліфікації може виникнути проблема, що в доктрині отримала назву **«зворотне відсилання та відсилання до закону третьої держави».** Її суть полягає в відсиланні колізійної норми законодавства однієї держави до закону іншої держави. При цьому закон останньої, не вирішуючи питання по суті, своєю чергою, відсилає до закону попередньої держави. Якщо ж до вирішення спору залучається правова система третьої держави, то мова йде про відсилання до закону третьої держави.

Колізії колізійних норм можуть бути як позитивні, так і негативні.

*Позитивні колізії* — дві й більше держави розглядають певні правовідносини з участю іноземного елементу як предмет регулювання свого власного права.

*Негативні колізії* — жодна держава, з якою пов'язані певні правовідносини, не розглядає його як предмет регулювання свого власного права. Саме негативні колізії є підставою виникнення інституту зворотного відсилання.

Вказана проблема вперше виникла в судовій практиці в XIX сторіччі і отримала назву «справа Форго» (1878 рік). Суть справи полягала в тому, що баварський підданий Форго, позашлюбно народжений, постійно проживав у Франції, і з точки зору французького закону не вважався таким, що набув доміцилію у Франції. Після своєї смерті він залишив у французьких банках грошові вклади. Заповіту складено не було. За законом на отримання спадку претендували баварські кровні родичі Форго по бічній лінії. Вони посилалися на баварське право, що допускало спадкування навіть після позашлюбних дітей. Французький прокурор наполягав на тому, що до спадкування повинен застосовуватися французький закон, відповідно до якого родичі позашлюбної дитини не спадкують. Тому майно як виморочне надходить у розпорядження Французької держави. Виникло питання: який закон щодо спадкування — французький чи баварський повинен застосувати суд Франції. За французьким колізійним правом питання про спадкування рухомого майна обговорюється за законом «доміцилію походження». Тобто спостерігається відсилання французького закону до баварського права. Останнє містило колізійне правило, за яким спадкування рухомого майна підпорядковано законові фактичного доміцилію. Отже, якщо відсилання французької колізійної норми слід розуміти як відсилання до баварського права загалом, то необхідно керуватися й баварською колізійною нормою, яка відсилала до французького права. Французький касаційний суд прийняв зворотне відсилання.

Ця справа стала хрестоматійною і вважається підставою для подальшого дослідження проблеми в доктрині міжнародного приватного права. Відтоді питання зворотного відсилання стало предметом дослідження у правовій доктрині.

Зворотне відсилання (відсилання до закону країни суду) іменуються відсиланням першого ступеня, відсилання до закону третьої країни - відсиланням другого ступеня (часто обидва види відсилання поєднуються під загальним терміном «зворотне відсилання»).

При цьому варто враховувати, що мова йде не про визначення компетенції судів різних країн, а тільки про вибір права, яке необхідно застосувати (сама справа перебуває на розгляді того самого суду, що веде пошук застосовного права й вирішує питання про зворотне відсилання).

Виникнення проблеми зворотного відсилання залежить від змісту норм колізійного права конкретної країни. Дана проблема виникає при наявності наступних положень:

* коли під відсиланням до іноземного права розуміють відсилання не тільки до матеріальних норм цього права, але й до його колізійних норм (до права в цілому);
* коли закон держави, до якого повторно відсилає колізійна норма іншої країни, не містять норм про прийняття зворотного відсилання.

Наявність зазначених обставин призводить до утворення замкнутого кола

- правовідносини відсилаються колізійними нормами від одного правопорядку до іншому й назад (у літературі подібна ситуація часто порівнюється із грою в пінг-понг). Слід зазначити, що лише деякі національні правові системи містять чіткі норми, спрямовані на усунення проблеми зворотного відсилання.

Радянська доктрина в основному виходила з того, що зворотне відсилання повинна прийматися (за винятком спорів у сфері міжнародної господарської діяльності).

Стаття 9 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає, що будь-яке відсилання до права іноземної держави має розглядатися як відсилання до норм матеріального права, яке регулює відповідні правовідносини, виключаючи застосування його колізійних норм, якщо інше не встановлено законом. У випадках, що стосуються особистого та сімейного статусу фізичної особи, зворотне відсилання до права України приймається.

Також, із принципів неприйняття зворотного відсилання виходить і Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (ст. 28 ч. 1). Гаазька конвенція про право, яке застосовується до договорів міжнародної купівлі- продажу товарів 1986р., закріплює, що термін «право» означає діюче в державі право за винятком колізійних норм (ст. 15). Подібні формулювання виключають виникнення проблеми зворотного відсилання.

**Обхід закону в міжнародному приватному праві** означає вчинення сторонами правовідносин дій, які свідомо спрямовані на штучне визначення права, яке підлягає застосуванню до правовідносин з метою найбільш «поблажливого» регулювання правовідносин. Відповідно при цьому сторона ухиляється від дії того закону, який регулював би ці правовідносини, якщо б не було штучно створеної прив’язки до іншого правопорядку.

Застосування обходу закону можливо тільки щодо імперативних приписів, можливість використання принципу автономії волі виключає визнання дій щодо обрання права як обхід закону. Оскільки, принцип автономії волі надає стороні правовідношення широкі можливості обрання правопорядку, яким буде регулюватися це правовідношення. Відповідно сторони можуть обрати той правопорядок, який найбільш вигідний для них.

Обхід закону може також здійснюватися у більш завуальованій формі, коли сторона або сторони правовідношення свідомо змінюють фактичні обставини справи для підкорення правовідносин більш вигідному для них правопорядку. При цьому колізійна норма та прив’язки, які в ній містяться, використовуються як інструмент, який дозволяє вивести правовідносини і сфери дії одного правопорядку та підкорити їх іншому. Так, зміна особою свого громадянства або переїзд на постійне місце проживання в іншу державу у більшості випадків тягне за собою зміну закону, який застосовується для визначення його цивільної правосуб’єктності, здатності укладати шлюб, відносин спадкування, які виникають після його смерті.

Зміст справжнього обходу закону полягає в тому, що закон зовнішньо, формально дотримується.

*Щодо наслідків обходу закону, то така штучна колізійна прив'язка до іноземного закону породжує недійсність відповідної угоди. Ця загальна доктрина вперше була опрацьована 1878 року на підставі рішення французького касаційного суду у справі Бофремон: громадянка Франції, для того щоб обійти існуючу тоді у Франції заборону розлучення, натуралізувалася в Німеччині, де домоглася судового розлучення і взяла новий шлюб. Цей шлюб був оголошений французьким судом недійсним; суд знайшов, що розірвання першого шлюбу було здійснено в обхід французької забороняючої норми. З цього рішення суд вивів, що у міжнародному приватному праві необхідно застосовувати принцип fraus omnia corrumpit (обхід закону породжує недійсність акту в цілому).*

Стаття 10 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає, що правочин та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із законодавством України, в обхід його положень, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм законодавства України.

Слід зазначити, що в літературі існують різні точки зору щодо наслідків обходу закону. Так, О. Р. Кібенко вважає, що вказані в законодавстві України наслідки обходу закону суперечать загальним принципам правового регулювання, які склалися в міжнародному приватному праві, оскільки «штучна криміналізація» обходу закону, переведення його у статус протиправного суперечить самому змісту цього поняття - обхід закону є легальним ухиленням від його дії, а не його порушенням.

Цілком припустимо застосовувати конкретні заходи для попередження обходу закону в певних галузях правовідносин (як це частково робиться в сучасному сімейному праві України). Наприклад, умови, при яких шлюб може бути укладений сторонами, визначаються законодавством місця укладання шлюбу. Але шлюб, який укладений українськими громадянами у відповідності з іноземним правом, буде вважатися дійсним в Україні, якщо відсутні перешкоди до укладання шлюбу, які встановлені ст.ст. 24-26 Сімейного кодексу України. Таким чином, шлюб, офіційно укладений громадянами України однакової статевої приналежності за законом іноземної держави, яка визнає такі шлюби, не буде вважатися дійсним та породжувати правові наслідки на території України.

Таким чином, ви ознайомилися з деякими основними поняттями міжнародного приватного права без яких не можливо подальше вивчення цієї галузі права.

#### Застереження про взаємність у міжнародному приватному праві.

Україна, прагнучи до Європейської спільноти та взаємовигідного співробітництва з іншими країнами планети, активно виступає за розвиток економічних науково-технічних, культурних зв'язків з усіма країнами світу. На це спрямовані окремі положення внутрішнього законодавства та міжнародні договори.

Доктрина міжнародного права закріпила положення про рівність країн, а тому країни є взаємозалежними. Кожна із країн має взаємно визнавати закони іншої країни незалежно від належності держави до тої чи іншої формації.

Взаємність передбачає надання фізичним і юридичним особам іноземної держави певних прав за умови, що фізичні та юридичні особи України користуватимуться такими самими правами в тій країні. Таким чином, наша держава забезпечує своїм суб'єктам користування певним комплексом прав у зарубіжній країні, де вони перебувають.

У внутрішньодержавні нормативні акти та міжнародні договори часто включаються застереження про взаємність. У міжнародному приватному праві два види взаємності:

матеріальна – надання особам певної іноземної держави тієї ж суми конкретних прав та повноважень, якими користуються вітчизняні громадяни в певній іноземній державі.

формальна – іноземцям надаються права та повноваження, які виходять місцевого закону, вони можуть бути поставлені у рівне положення місцевими громадянами та юридичними особами – при умові, що такий же підхід застосовується при визначенні статусу вітчизняних осіб в певній іноземній державі.

У внутрішньому законодавстві взаємність виявляється головним чином як формальна. За загальним правилом, фізичні і юридичні особи з інших держав не можуть мати в Україні прав більше, ніж вітчизняні (навіть якщо законодавство їхньої країни надає нашим суб'єктам подібні права).

Інший підхід часто встановлюється в міжнародних договорах, особливо двосторонніх. На основі взаємності ті чи інші права даються нашим суб'єктам у закордонній державі і, відповідно, іноземцям цієї держави в Україні. У даних випадках правило про взаємність (застереження) прямо закріплюється в нормах того чи іншого міжнародного договору.

Так, стаття 11 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає, що суд чи інший орган застосовує право іноземної держави незалежно від того, чи застосовується у відповідній іноземній державі до подібних правовідносин право України, крім випадків, якщо застосування права іноземної держави на засадах взаємності передбачене законом України або міжнародним договором України. Якщо застосування права іноземної держави залежить від взаємності, вважається, що вона існує, оскільки не доведено інше.

Мета цієї статті — звернути увагу органів влади, які мають справу з правозастосовною практикою на те, що застосування іноземного права, до якого відсилає колізійна норма, не обумовлено взаємністю. Це значить, що взаємність не може бути умовою застосування іноземного права. І суд чи інший орган, що застосовує іноземне право, не повинен досліджувати та встановлювати, застосовується чи ні у відповідній державі українське право. Такий підхід характерний для сучасного стану правового регулювання приватноправових відносин у світі: застосування в одній країні права іншої країни не ставиться в залежність від того, чи в цій другій країні застосовується право першої країни.

У ст. 11 немає відповіді на питання, хто і яким чином має доводити відсутність взаємності в іноземній державі. Наприклад, в угорському законодавстві передбачено, що у випадку необхідності доведення в суді факту взаємності, відповідний документ, що підтверджує наявність взаємності, видає міністр юстиції (§ 6 Указу «Про міжнародне приватне право»).

У Законі Румунії також передбачено запитувати докази наявності взаємності у Міністерства юстиції, яке шляхом консультації з Міністерством закордонних справ виявляє дійсний стан речей зі взаємністю у конкретній іноземній державі (ст. б Закону 1992 p.).

Наприклад, на принципах матеріальної взаємності ґрунтується двосторонній міжнародний договір України з Росією такий як Угода про трудову діяльність і соціальний захист громадян України і Російської Федерації, які працюють за межами границь своїх країн, від 14.01.93 р. Відповідно до цієї Угоди, громадяни користуються правами, встановленими законодавством країни працевлаштування, стаж зараховується в загальний трудовий стаж; визнаються дипломи, свідоцтва та інші документи про освіту без легалізації, працівники-іноземці користуються правами на соціальний захист через хворобу, вагітність та пологами, на відшкодування шкоди, заподіяної робочими травмами, професійними захворюваннями.

На принципах взаємності в міжнародних відносинах іноді застосовуються реторсії — заходи примусового впливу у відповідь на недружні дії іншої держави.

Метою реторсії є домогтися скасування обмежень встановлених окремою державою, якщо ця держава вчинила заходів, що несуть необґрунтовану, в порядку дискримінації, шкоду інтересам іншої країни або її громадян (наприклад, така мета реторсії прямо вказана у ст. 1194 ЦК РФ). Тому в доктрині МПП реторсію називають зворотною взаємністю. Право кожної держави випливає із принципів суверенної рівності, поваги суверенітету, рівноправ’я і недискримінації.

Хоча суть зворотної взаємності і полягає в тому, що дана держава звичайно відповідає на несправедливість аналогічними заходами, у неї не має обов’язку щодо дотримання паритетності заходів – точності повторення того, що дало привід до реторсії.

Необхідно розрізняти реторсії та репресалії. Реторсії є результатом порушення не права, а саме завдання шкоди інтересам держав або їх громадян чи організацій. У випадку ж порушення права слід вести мову про репресалії.

Україна у разі встановлення обмежень дискримінаційного характеру щодо її громадян чи юридичних осіб іншою країною може провадити в порядку реторсії відповідні заходи стосовно громадян і юридичних осіб цієї країни. На відміну від принципу взаємності у випадку реторсії ініціатором незастосування іноземного права виступає виконавча влада.

Цілою низкою нормативних актів України закріплена можливість вжиття одного чи кількох видів заходів примусового характеру:

обмеження імпорту; підвищення митних зборів;

введення режиму ліцензування та/або квотування зовнішньоекономічних операцій;

ведення візового контролю та індикативних цін у зовнішньоекономічній сфері тощо.

Відповідно до доктрини міжнародного права, застосування заходів обмежувального характеру щодо конкретної іноземної країни (її органів, юридичних осіб, громадян) як реторсії не може вважатися порушенням принципу недискримінації.

Частина 4 ст. 79 Закону вказує на ті випадки, коли Україна в особі Кабінету Міністрів може застосувати реторсію (від лат. «retorsio» — зворотна дія) — правомірні обмежувальні заходи у відповідь на аналогічні заходи іншої держави. Так, якщо в порушення норм міжнародного права Україні, її майну або представникам в іноземній державі не забезпечується такий же судовий імунітет, який згідно із ч. 1 і 2 ст. 79 Закону забезпечується іноземним державам, їх майну та представникам в Україні, Кабінетом Міністрів України може бути вжито до цієї держави, її майна відповідних заходів, дозволених міжнародним правом, якщо тільки заходів дипломатичного характеру недостатньо для врегулювання наслідків зазначеного порушення норм міжнародного права. Положення ч. 4 ст. 79 Закону конкретизовано в абз. 2 і 3 Указу Президента України від 25 червня 2002 р. № 581/2002 «Про порядок здійснення захисту прав та інтересів України під час урегулювання спорів, розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб’єкта та України »: у разі ухвалення закордонним юрисдикційним органом рішення проти держави, Президента України, Кабінету Міністрів України, міністерства, іншого центрального органу виконавчої влади України з порушенням норм та принципів міжнародного права Міністерство юстиції України разом із Міністерством закордонних справ України готує спільний висновок про наявність відповідного порушення, на підставі якого Міністерство закордонних справ України вживає заходів дипломатичного характеру для припинення такого порушення; якщо порушення триває. Кабінетом Міністрів України за поданням Міністерства закордонних справ України, погодженим із Міністерством юстиції України та іншими заінтересованими центральними органами виконавчої влади України, може бути згідно із законами України застосовано відповідні заходи до іноземної держави та її майна.

Таким чином, інститут взаємності й інститут реторсії мають багато спільного, і їх використання приводить до незастосування іноземного матеріального права. Проте па відміну від застереження про публічний порядок відмова застосовувати іноземне право зумовлена причинами, не пов'язаними зі змістом матеріальних норм права. Крім того, підставою застосування інституту реторсії є дискримінаційні дії іноземної держави, а підставою застосування концепції взаємності — розбіжність колізійних прив'язок у законодавстві двох держав. Інститут взаємності та інститут реторсії починають діяти, якщо іноземні та виконавчі органи не виявляють належної поваги до вітчизняних політичної та правової систем.

Отже, за загальним правилом, правозастосовний орган зобов’язаний застосовувати іноземне право. Проте, в доктрині МПП виділяють декілька правових механізмів, дія яких виключає можливість застосування іноземного права, обраного на підставі колізійної норми: застереження про публічний порядок; зворотне відсилання або відсилання до права третьої країни; застереження, що забороняє обхід закону, застереження про взаємність.

#### ВИСНОВКИ З ТЕМИ

Колізійні норми з юридико-технічної сторони - це найбільш складні норми, які застосовуються в міжнародному приватному праві, що робить необхідним кожного разу застосовувати певні правила встановлення змісту колізійних норм. Ці правила допомагають вирішенню питань використання колізійних норм на практиці.

Кожна колізійна норма складається з двох частин. Перша її частина називається обсягом колізійної норми. У цій частині колізійної норми говориться про відповідні правовідносини, до яких вона застосовується. Друга частина колізійної норми носить умовну назву колізійної прив'язки.

У міжнародному приватному праві існує безліч видів колізійних прив’язок, які застосовуються залежно від змісту правовідносин, які вказані в обсязі колізійної норми.