**Тлумачення та кваліфікація норм права**

**1. Тлумачення, кваліфікація та "конфлікт кваліфікацій" у міжнародному приватному праві**

Перед судом чи іншим органом, який повинен вирішити спір з "іноземним елементом", виникає проблема тлумачення *юридичної норми,* кваліфікації цієї норми чи *фактичних об­ставин* справи, вирішення "конфлікту кваліфікацій". Питання тлумачення та кваліфікації стосується як колізійних, так і матеріально-правових норм, на підставі яких має бути вирі­шений спір про право. Мова йде про сутність приватного пра­ва конкретної держави, міжнародних угод, звичаїв.

*Тлумаченням* норми можна вважати з'ясування її змісту. *Кваліфікація* є елементом тлумачення норми й полягає в П юридичній оцінці. Вона спрямована на встановлення мети норми права. До речі, для позначення цієї проблеми юристами різних правових систем вживається й інша термінологія: "кла­сифікація" (Бекетт і Чешир), "характеристика" (Фелкенбрідж і Робертсон), "класифікація", "кваліфікація" (Дайсі). Останній термін використовувався вітчизняним вченим В. М. Корець-ким і знайшов постійне застосування у вітчизняній правничій термінології та термінології держав "сім'ї континентального права".

Тлумачення та кваліфікація є взаємопов'язаними проце­сами у правозастосовній практиці. Водночас вони є різними за своєю суттю та значенням. Кваліфікація не існує окремо від тлумачення та застосування норми, зокрема колізійної.

Норма права потребує свого тлумачення, оскільки вона існує. Проблема ж кваліфікації виникла у XIX ст., коли вия­вилася найбільша нерівномірність економічного розвитку дер­жав. Саме тоді римське право, зокрема Corpus juris civilis Юстініана як джерело єдиних для Європейського континенту, і частково для Англії, юридичних понять, почало втрачати своє значення. У перших кодифікаціях кінця XIX — початку XX ст. юридичні терміни мають різне значення. Іноді та сама проблема отримувала свою регламентацію в різних галузях права чи правових інститутах.

Не вирізняючись протягом століть, питання предмета ква­ліфікації як самостійне вперше знайшло відображення напри­кінці XIX ст. у працях німецького правника Кана та французь­кого — Бартена. Обидва вчені дійшли висновку, що колізійні норми різних правових систем, навіть у випадку їх формулю­вання однаковою термінологією, криють у собі "приховані ко­лізії", що породжують *"конфлікт кваліфікацій",* тобто неузго­дженість принципів національного права. Так, поняття "домі­цилію" має різний зміст у праві Великобританії та Франції. Правові наслідки кваліфікації цього поняття за правом різних держав є неоднаковими.

По-різному у правових системах може вирішуватися пи­тання співавторства. Так, французьке право вважає творців музично-драматичного твору (композитора та лібретиста) співавторами. Проте за німецьким правом мова йде про існу­вання взаємопов'язаних, але все ж самостійних авторських прав на два твори. Та й саме порушення авторських прав може належати в одних правових системах до інституту авторського права, в інших — до деліктних правовідносин.

Різну правову кваліфікацію як спадкове право або ж зо­бов'язання з делікту може отримати, залежно від правової сис­теми, факт смерті особи та право певного кола осіб на отри­мання відшкодування у зв'язку з цим. Деякі інститути, на­приклад, "позовна давність", "зарахування зустрічних вимог" можуть належати до різних галузей права. Так, у "сім'ї загаль­ного права" — це питання цивільного процесу, в інших пра­вових системах вони є матеріально-правовими інститутами. Від вирішення питання їх кваліфікації залежить і можливість застосування цих інститутів. Вони не будуть застосовуватися, якщо належатимуть до процесуального права, адже відомо, що правові системи не використовують іноземного процесуально­го права.

**2. Основні способи вирішення питання кваліфікації**

Кваліфікація обставин справи (суті спору) чи норми права може бути різною залежно від того, принципи якої правової системи застосовуватимуться. Тому розрізняють декілька основних способів кваліфікації: за законом суду; за системою права тієї держави, до якого відсилає колізійна норма; за принципом автономної кваліфікації.

1. Теорія кваліфікації за *законом суду* (lege fori) означає, що суд, застосовуючи колізійну норму, кваліфікує її поняття відповідно до змісту, що його вони мають у цивільному законо­давстві правової системи місцезнаходження суду. Кваліфіка­ція за lege fori виявляється й тоді, коли суд, керуючись визна­ченнями, поняттями, категоріями свого права, кваліфікує іно­земне право як власне. Вказана теорія виникла в період бур­жуазних революцій у Європі, коли суди прагнули застосувати норми власної правової системи. Якщо ж їм доводилося засто­совувати закони інших держав, вони приладжували їх до своїх інтересів.

Англійці поширювали своє загальне право на інші правові системи, використовуючи готові місцеві форми. Так, англійсь­кі суди розглядали бельгійське право, мовби вони засідали в Бельгії. При цьому спостерігалася схильність британських суддів вносити англійську кваліфікацію в іноземне право. Адже іноземне право для англійського суду не є правом у його звичайному розумінні, а фактом. Про цей факт суд дізнається через експертів і оцінює його на свій розсуд, як і будь-який інший факт, що має значення для вирішення справи. Тому в англійській доктрині вважається, що кваліфікацію інститутів іноземного права повинен робити англійський суд. Іноземну кваліфікацію він не вважає обов'язковою для себе.

Доцільність кваліфікації за законом суду підтримувалася Каном, Бартеном, Батіффолем, Мельхіором. Вони вважали, що оскільки у кожній державі є власна система колізійного права, то кожна з них користується поняттями й термінами свого цивільного права, власних цивільних кодифікованих актів. Нині ж як у доктрині, так і в судовій практиці більшості країн Західної Європи питання кваліфікації вирішується за законом суду. Так, відповідно до швейцарського Закону з міжнародного приватного права 1989 p. суди повинні са­мостійно встановлювати зміст іноземного закону в разі його застосування.

Такий спосіб кваліфікації часто унеможливлює застосуван­ня іноземного права. У випадках, коли одна зі сторін напо­лягає на застосуванні невідомого суду права, він прагне від­хилити позов чи захист, побудований на іноземному праві на підставі неможливості доведення факту, або знаходить відпо­відну норму у відомій йому правовій системі третьої держави, або ж застосовує "загальні принципи цивілізованих націй", чи йому доводиться застосовувати закон суду. У деяких випадках кваліфікація за lege fori є єдино можливою.

Кваліфікація за законом суду вважається допустимою для вирішення питання, право якої держави слід застосовувати;

Це — "первинна" кваліфікація. Якщо колізійна проблема вирі­шена на користь іноземного закону, то дальша кваліфікація

називається "вторинною". Цілком логічним є здійснення "вто­ринної" кваліфікації на основі принципів і понять тієї право­вої системи, до якої відіслала колізійна норма, хоч у практиці відомі випадки застосування lege fori.

2. Опоненти теорії кваліфікації за законом суду М. Вольф, Ф. Малорі, інші вважали більш доцільним проведення квалі­фікації за принципом lex causae. На їхню думку, суд повинен тлумачити колізійну норму згідно з принципами, поняттями того права, до якого ця норма відсилає. Зазначена теорія не знайшла широкого схвалення. Адже фахівцеві, правовий сві­тогляд якого формується здебільшого під впливом принципів, понять, категорій, термінів власної правової системи, складно зрозуміти іноземне право так, як воно розуміється у країні свого походження. Та й прихильники кваліфікації за прин­ципом lege causae протирічать собі, стверджуючи, що суд має суверенне право тлумачити іноземний закон.

Має сенс і заперечення, відповідно до якого є нелогічним брати за основу тлумачення й кваліфікацію поняття іншої правової системи, яку на підставі цієї ж колізійної норми ще слід установити.

3. Теорію *"автономної кваліфікації"* було запропоновано у 30-х pp. **XX** ст. німецьким юристом Е. Рабелем та незалежно від нього англійським правником Бекеттом. Зміст цієї теорії зводиться до того, що 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 аналізові законодавст­ва окремих держав. Кваліфікація повинна бути "вільною", "ав­тономною" від будь-якої конкретної системи права ("наддер­жавною"). Внаслідок застосування цієї теорії можуть бути сформовані поняття, до яких повинен звертатися суддя будь-якої держави у випадку виникнення "конфлікту кваліфікацій". Водночас "загальне поняття" за своїм значенням може досить далеко відходити від змісту відповідного поняття у конкретній системі права чи не мати з ним нічого спільного.

Автономна кваліфікація не може відбуватися поза порів­няльним правознавством. Проте, як зазначав Л. А. Лунц та деякі інші правники, порівняльне правознавство позбавлене нейтральності, і його застосування часто охоплює й конкретну національну правову культуру.

Теорія "автономної кваліфікації" критикується багатьма правниками. Вони вважають, що такий спосіб запропонованої кваліфікації є нереальним, оскільки не можна вимагати від суду знання та застосування методів порівняльного право­знавства, важко сформувати систему понять, на основі яких можна було б проводити кваліфікацію. До того ж і ррізниця в змісті навіть однойменних понять у праві різних ..держав є суттєвою. Порівняльне правознавство може створитии і деякі за­гальні правові поняття, але тільки там, де різницяя' в змісті інститутів і понять позитивного права різних країн є *м*інімальною чи її немає взагалі. Тобто саме там, де "конфлівікту квалі­фікацій", як правило, й не виникає.

Водночас слід зважати на те, що окремі поняття,інститути не є притаманними окремим правовим системам. Наприклад, праву України невідоме поняття "набувальна давність” англійській правовій системі — інститут визнання oco6и помер­лою чи безвісно відсутньою. У цих випадках *використання* порівняльного правознавства з метою застосування ' ";автономної кваліфікації" є недоцільним.

У вітчизняній правозастосовній практиці важко визначити єдиний принцип кваліфікації для всіх видів колізійних норм та фактичного складу правовідношення. Так, за необхідність застосувати іноземний закон, за запитом зацікавлених органів центральні органи юстиції (відповідно до договорів про пра­вову допомогу — Міністерства юстиції, Генеральні . прокуратури держав, якщо конкретним договором не встановлено ін­шого порядку) надають один одному на прохання іноформацію про чинне або про таке, що втратило чинність у їхнніх держа­вах, законодавство та роз'яснення щодо питань його застосу­вання (див., наприклад, ст. 15 Мінської конвенції про правову допомогу 1993 р.; ст. 12 Договору про правову допомогу між Україною та Республікою Польща 1993 р.; ст. 15 такого ж Договору з участю України та Грузії 1995 p.).

У разі неможливості встановити зміст іноземногто" закону, до якого відсилає вітчизняна колізійна норма, застосовується принцип lex fori. Застосування іноземного закону чи кваліфі­кації за законом іноземної правової системи не є безумовним, оскільки це може бути несумісним із публічним порядком в Україні.

Проект Цивільного кодексу України (ст. 1554) вказує що правова кваліфікація судом або іншим державними органом України фактичних обставин, пов'язаних із правовими відносинами, для визначення права, що підлягає застосуванню грунтується на їх тлумаченні відповідно до права у країни, якщо інше не передбачено законом. Якщо юридичні інститута невідомі праву України, або відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені через тлумачення за правом України, то для їхньої правової кваліфікації необ­хідно також зважати на право іноземної країни. Відповідно до ст. 1555 проекту Цивільного кодексу суд чи інший державний орган установлює зміст норм іноземного права згідно з їх офі­ційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі. З цією метою зазначені органи можуть звернутись у встановленому порядку за сприянням і роз'ясненням до Міністерства юстиції чи інших компетентних органів та установ, у т. ч. до тих, що знаходяться за кордоном, або залучити експертів. Особи, які беруть участь у справі, мають право подавати документи, котрі підтверджують зміст норм іноземного права, що на них вони посилаються в обгрун­туванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому державному органові у встановленні змісту цих норм. Якщо зміст норм іноземного права в розумні строки не встановлений, то попри вжиті зазначені вище заходи засто­совується право України.

**3. Застереження про публічний порядок**

Результат дії колізійної норми, а саме: застосування чи не-застосування іноземного права у певних випадках пов'язане з застереженням про *публічний порядок* (ordre public; public po­licy; Vorbehaltsklausel). Це застереження міститься у джерелах права усіх правових систем і дає змогу обмежувати відсилання до іноземного закону. Воно означає наступне. По-перше, іно­земний закон, до якого відсилає колізійна норма, може не застосовуватися, якщо він *протирічить основам публічного по­рядку* певної держави. Тому права та обов'язки, які грунтують­ся на такому іноземному законі, не визнаються у державі, де не може бути застосований такий закон. По-друге, іноземний закон може не використовуватися, якщо це суперечило б *осно­вам застосування законодавства* у цій державі. Так, в Україні не застосовуються правові норми сімейного законодавства Ал­жиру, які допускають полігамні шлюби. Проте права та обов'язки осіб, які грунтуються на факті укладення таких шлюбів в Алжирі, визнаються в Україні.

Застереження про незастосування іноземного закону вна­слідок його протиріччя "моралі", "добрим звичаям" використо­вувалося ще у XIV ст. Загальна ж концепція "публічного по­рядку" вперше склалась у французькому праві. Вона існує у двох видах: *позитивного* та *негативного* застереження про пуб­лічний порядок.

Концепція позитивного застереження про публічний поря­док вперше отримала своє закріплення у ст. 6 Цивільного кодексу Франції, відповідно до якої не дозволялося приват­ними угодами скасовувати дію законів, у яких був "зацікав­лений" публічний порядок та "добрі звичаї". Згодом практика визнала, що закони, які "створюють" публічний порядок, усу­вають застосування іноземних законів, незважаючи на відси­лання до них французької колізійної норми. Тобто, йшлося про дію таких норм, які витісняли іноземне право. Концепція позитивного застереження використовувалася переважно у питаннях застосування іноземних законів для регулювання шлюбно-сімейних відносин (укладення шлюбу; усиновлення;

правового статусу одруженої жінки, позашлюбних дітей).

Поряд із французьким варіантом позитивної концепції пуб­лічного порядку розвивався її італійський варіант, відповідно до якого категорія публічного порядку, а також принцип за­кону громадянства та автономії волі складали засади, на яких базувалося міжнародне приватне право. Таке розуміння пуб­лічного порядку знайшло своє відображення, зокрема, в італійсь­кому Цивільному кодексі 1865 р., в доктрині Іспанії, Португалії, інших держав із романською системою права. Вадою вказаного варіанта цієї концепції є неоднозначність визначення категорії публічного порядку в зазначених правових системах.

Загалом, за франко-італійською концепцією позитивного застереження про публічний порядок, останній вважається су­купністю вітчизняних матеріально-правових норм, які внаслі­док своїх особливостей здатні усувати дію іноземного закону. 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.

Нині концепція позитивного застереження переважно притаманна країнам, які розвиваються, й використовується у питаннях іноземних інвестицій, передачі технології для недо­пущення у власну сферу норм іноземного права.

Концепція негативного застереження про публічний поря­док свого часу класично відображалася ст. 30 Ввідного закону до німецького Цивільного зводу. Відповідно до неї застосуван­ня іноземного закону виключалося, якщо воно протирічило "добрим звичаям" чи меті німецького закону, тобто дія інозем­ного закону усувалася внаслідок його ж особливостей.

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 з застосуванням негативної концепції та може вирішуватися на користь закону суду чи закону іншої держави. І все ж негативна концепція цього застереження нині витісняє позитивну. Вона відображається всіма кодифікаці-ями міжнародного приватного права, цивільними кодексами багатьох держав. Проте формулювання цього застереження може бути різним. Так, Закон з міжнародного приватного пра­ва Польщі 1965 p. 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.

Норми про публічний порядок можуть бути закріплені як у матеріальному, так і в процесуальному законодавстві. Ска­жімо, в іноземних державах завдяки такій нормі у трудовому законодавстві відхиляються норми іноземного трудового права з огляду на їхній дискримінаційний характер на основі раси чи національного походження особи. Відомими є й судові рішення ФРН та США про незастосування норм іноземного законодавства, які надзвичайно обмежують свободу конкурен­ції працівників з колишнім наймачем чи свободу поширення інформації, отриманої під час виконання роботи. Не застосо­вуються норми іноземного закону щодо пожиттєвого трудово­го контракту; обмежень прав трудящих заявляти цивільні по­зови про відшкодування шкоди, заподіяної наймачем праців­никові під час виконання ним трудових обов'язків; щодо окремих підстав звільнення. Цивільний процесуальний кодекс Болгарії, Угорщини, Румунії, договори про правову допомогу за участю цих держав містять норми про публічний порядок, які спрямовані на обмеження виконання доручень органів юстиції, визнання та/або виконання рішень іноземних судів.

У законодавстві колишнього СРСР та України негативна концепція публічного порядку закріплювалась у багатьох нор­мативних актах (Основах законодавства, цивільних кодексах, Кодексі торгового мореплавства СРСР та ін.). Містилася від­повідна норма і в Цивільному кодексі України, але Законом України від 16 грудня 1993 р.1 ст. 571 Цивільного кодексу ("Обмеження застосування іноземного закону") була виклю­чена. Так утворилася суттєва прогалина у важливій галузі регулювання відносин з "іноземним елементом". Можливо, її буде ліквідовано з прийняттям ст. 1559 проекту Цивільного кодексу такого змісту: іноземне право не застосовується у ви­падках, коли його застосування призводить до результату, явно несумісного з основами правопорядку (публічного порядку) України. У таких випадках застосовується право України, якщо обставини справи не вказують на застосування права країни, яке має тісніший зв'язок із правовими відно­синами. Відмова в застосуванні іноземного права не може грунтуватися лише на відмінності правової, політичної або економічної системи відповідної іноземної держави від право­вої, політичної або економічної системи України.

Нині негативна концепція публічного порядку залишилась у деяких інших нормативних актах та включається до законо­давства, міжнародних договорів за участю України. Так, у ч. 1 ст. 203 ("Застосування іноземних законів і міжнародних дого­ворів") Кодексу про шлюб та сім'ю України вказується, що застосування іноземних законів про шлюб і сім'ю або визнан­ня заснованих на цих законах актів громадянського стану не може мати місця, якщо таке застосування або визнання су­перечило б основам державного устрою України.

Застереження про публічний порядок України міститься і в Законі України "Про міжнародний комерційний арбітраж" від 24 лютого 1994 p. Відповідно до ч. 2 ст. 28 цього Закону в разі відсутності якої-небудь вказівки стосовно права третей­ський суд застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, що їх він уважає застосовними. Передбачено також, що арбітражне рішення може бути скасоване судом, якщо воно суперечить публічному порядку України (ч. 2 ст. 34). Тут же зазначається, що у визнанні або у виконанні арбітражного рішення, незалежно від того, в якій державі воно було вине­сено, може бути відмовлено, якщо це рішення суперечитиме публічному порядку України (ч. 2 ст. 36). У Цивільному про­цесуальному кодексі України немає норми про публічний порядок1. Але вона міститься у міжнародних угодах із питань цивільного процесу (наприклад, п. З ст. 11 Гаазької конвенції про цивільний процес 1954 p. обумовлює невиконання судо­вих доручень, якщо їх виконання суперечить публічному по­рядку держави).

Норми про дотримання публічного порядку щодо визнання та виконання рішень іноземних судів є й у договорах про надання правової допомоги за участю України. Так, відповід­но до п. 5 ст. 21 Договору між Україною і Китайською Народ­ною Республікою про правову допомогу в цивільних та кри­мінальних справах від 31 жовтня 1992 р., у визнанні й виконанні судового рішення може бути відмовлено, якщо таке визнання або виконання може завдати шкоди суверенітетові, безпеці або публічному порядку Сторони, до якої звернено клопотання.

**4. Зворотне відсилання та відсилання до закону третьої держави**

Однією з найскладніших і не вирішених остаточно проблем міжнародного приватного права є проблема прийняття чи неприйняття *зворотного відсилання та відсилання до закону третьої держави.* Неоднозначним є й розуміння обсягу іно­земного права, до якого застосовується відсилання. Тобто мова йде тільки про матеріально-правові чи колізійні норми.

Питання прийняття чи неприйняття зворотного відсилання (та й відсилання до закону третьої держави), а також обсягу права, до якого відсилає норма, виникла в середині XVIII ст. Європейській судовій практиці вона стала відомою, зокрема, у зв'язку з винесенням французьким касаційним судом 1878 p. рішення у справі Форго, яке нині вважається класичним\*.

Суть справи полягала в тому, що баварський підданий Форго, позашлюбне народжений, постійно проживав у Франції (проте під кутом зору французького закону не вважався таким, що набув доміцилію у Франції), після своєї смерті 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 дитиня 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 в цілому, то необхідно керуватися й баварською колізійною нормою, яка від­силала до французького права. Французький касаційний суд прийняв зворотне відсилання.

Відтоді питання зворотного відсилання стало предметом дослідження у правовій доктрині. Вважається, що суть зворот­ного відсилання полягає у відсиланні колізійної норми за­конодавства однієї держави до закону іншої держави, а 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 (трансмісію).

Законодавству, практиці, доктрині правових систем відомі різні способи вирішення проблеми зворотного відсилання та відсилання до закону третьої держави. Деякі правові системи визнають ці відсилання. Таке положення закріплюється, скажімо, в Законі з міжнародного приватного права Польщі 1965 р., у проекті Закону Російської Федерації з міжнародного приватного права. Прийняття зворотного відсилання визнає­ться законами з міжнародного приватного права Австрії, Швейцарії. В інших правових системах, наприклад, у Законі Угорщини з міжнародного приватного права, може визнава­тися відсилання до власного права. Негативне ставлення до застосування зворотного відсилання виражене і в ст. 28 Зако­ну про міжнародний комерційний арбітраж Російської Феде­рації 1993 p. Неоднаково вирішує зазначені питання й законо­давство ФРН. Тут не визнається відсилання у договірному праві. Проте в інших випадках застосування такого відсилан­ня допускається. Аналогічною є позиція англійської правової системи.

У міжнародному договірному праві ставлення до прийнят­тя чи неприйняття обох видів відсилань також є різним. Так, у торговельних договорах застосування відсилань може бути визнано. Проте в ст. 15 Римської конвенції 1980 р. про право, застосовуване до договірних зобов'язань, вказується на неприйняття зворотного відсилання та відсилання до закону третьої держави.

У доктрині колишнього СРСР та України 20—90-х pp. не було однозначного підходу до вирішення питання про прий­няття чи неприйняття зворотного відсилання. Переважно стверджувалося про необхідність та доцільність прийняття зворотного відсилання до вітчизняного закону, якщо іноземне право "відмовлялося" врегулювати певні відносини. Проте бу­ло небажаним розширення сфери дії іноземного закону. Вод­ночас існувала протилежна позиція, що виражала негативне ставлення до зворотного відсилання, його неприйняття.

Незважаючи на такі розбіжності у доктрині, в чинному пра­ві України можна знайти підтвердження прийняття зворотного відсилання, відсилання до закону третьої держави, а також негативне ставлення до зворотного відсилання. Позитивне ставлення до обох видів відсилань виражено, наприклад, у Женевській конвенції 1930 р. про врегулювання колізійних питань вексельного права\*.

Негативне ставлення до зворотного відсилання знайшло свій вираз у Законі України "Про міжнародний комерційний арбітраж" від 24 лютого 1994 р. в ч. 1 ст. 28 якого вказується, що "...будь-яке положення права або системи права будь-якої держави повинно тлумачитись як таке, що безпосередньо від­силає до матеріального права цієї держави, а не до її колі­зійних норм".

У проекті Цивільного кодексу України з приводу відси­лання встановлено такі правила. По-перше, відсилання до іно­земного права охоплює всі його норми, які застосовувалися б до конкретної справи згідно з цим іноземним правом. За­стосування норми іноземного права не може бути обмежене лише на тій підставі, що ця норма належить до публічного права (ст. 1553). Будь-яке відсилання до права країни згідно з правилами Книги восьмої проекту кодексу має розглядатися як відсилання до матеріального, а не до колізійного права відповідної країни, якщо інше не встановлено законом. У випад­ках, що стосуються особистого та сімейного статусу фізичної особи, зворотне відсилання до права України приймається (ст. 1556).

**5. Обхід закону в міжнародному приватному праві**

Обхід закону в міжнародному приватному праві означає усвідомлене створення хоча б однією стороною правовідносин підстав для застосування закону тієї правової системи, яка більш "лояльно" визначає певний правовий статус. Так, різні принципи визначення "національності" суб'єктів господарсь­кої діяльності, установ, організацій дозволяють підпорядко­вувати їхній правовий статус законодавству тієї держави, яка є більш "поблажливою" в питаннях укладення й виконання господарських договорів, податкової, митної політики тощо.

У сфері особистого статусу обхід закону може мати місце у випадках, коли особи прагнуть узяти чи розірвати шлюб, вста­новити опіку чи піклування, усиновити за законом тієї право­вої системи, яка встановлює менш обтяжливе коло умов для цього. Наприклад, для подачі заяви про розлучення законо­давством різних держав може встановлюватися неоднаковий термін проживання на їх території або ж узагалі такий термін не встановлюється.

Обхід закону найчастіше виникає у правових системах, де монополія держави обмежена; зі значною часткою приватної власності; з нечітким законодавчим визначенням принципу автономії волі сторін. Іноді обхід закону пов'язується з ви­користанням застереження про публічний порядок.

Різні правові системи неоднаково ставляться до обходу за­кону. В законодавстві деяких із них містяться норми, спрямо­вані на відвернення можливостей обходу закону щодо конк­ретних правовідносин (в Аргентині, США, Швейцарії). Судо­ва практика Франції обрала шлях визнання недійсною угоди, вчиненої в обхід закону.

У національному законодавстві України поняття "обхід за­кону" не вживається. Але, мабуть, ст. 48 Цивільного кодексу України ("Недійсність угоди, яка не відповідає вимогам зако­ну") охоплює й такі випадки врегулювання відносин. Проте в проекті Цивільного кодексу України встановлено наслідки обходу закону. Відповідно до ст. 1557 проекту кодексу угода та інші дії учасників відносин, що регулюються Цивільним кодексом України та спрямовані на те, щоб в обхід правил Книги восьмої про право, що підлягає застосуванню, під­порядкувати відповідні відносини іншому праву, є не­дійсними. У цьому разі застосовується право відповідної країни, яке підлягає застосуванню відповідно до правил згада­ної Книги.