

**О. С. ХОРОХОНЬКО**

*Ольга Станіславівна Хорохонько, студентка  
IV курсу Інституту міжнародних відносин Київського  
національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ЗВОРОТНЕ ВІДСИЛАННЯ ЯК НАСЛІДОК НЕГАТИВНОЇ «КОЛІЗІЇ КОЛІЗІЙ» У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

У сфері міжнародного приватного права суперечливими є питання, які розглядаються в межах поняття негативної «колізії колізій». Так, при негативній «колізії колізій» жодна правова система не вважає за потрібне вирішувати дану проблему в рамках національної правової системи.

Наслідком негативної «колізії колізій» у міжнародному приватному праві є проблема зворотного відсилання.

В Україні ця проблема регулюється положеннями ст. 9 Закону України «Про міжнародне приватне право», але лише стосовно особистого статусу особи та шлюбно-сімейних відносин. Щодо інших правових сфер, то дана проблема залишається неврегульованою.

Викладене вказує на необхідність пошуку шляхів врегулювання проблемних питань в усіх сферах права в Україні.

*Мета роботи* – аналіз проблеми зворотного відсилання в різних системах права та пошук шляхів її вирішення в Україні.

До значення терміна «зворотне відсилання та відсилання до права третьої держави» близьким є його застосування для позначення юридико-технічного засобу розв'язання певних завдань у ході регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. За рядом даних<sup>1</sup> зворотне відсилання – це юридико-технічний засіб відмови від застосування іноземного права чи технічний прийом полегшення регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. Однак у більшості робіт з теорії права визначення терміна «юридико-технічний засіб» не міститься. Даний термін застосовується для позначення якогось засобу, за допомогою якого досягаються певні цілі правового регулювання. Коректність вживання терміна «зворотне відсилання та відсилання до права третьої держави» в даному контексті залежить від змісту норм, спрямованих на вирішення питання про зворотне відсилання і відсилання до права третьої держави. Так, норми, які санкціонують прийняття відсилань іноземних колізійних норм до вітчизняного права (прийняття зворотного відсилання у власному розумінні), можна розглядати як засіб обмеження застосування матеріальних норм іноземного права. Однак норми, які санкціонують прийняття відсилань іноземних колізійних норм до права третіх держав, вже не можуть розглядатися в якості такого засобу.

Колізійні норми в законодавстві різних країн можуть мати текстуально однакові обсяг і прив'язку і, таким чином, мати «ідентичний вигляд». Однак в силу «прихованих колізій» (різного змісту однойменних термінів) дію колізійних норм кожної правової системи буде забезпечувати «власне», відмінне від інших, регулювання правових відносин.

«Колізія колізій» як явище в міжнародному приватному праві породжує ситуацію зворотного відсилання до права третьої держави.

Водночас зворотне відсилання та відсилання до права третьої держави дає змогу правникам оперувати тими поняттями, які не знайомі їх правовим системам та знаходити вирішення проблем, не зважаючи на прогалини в праві, оскільки відбувається відсилання не до конкретної матеріально-правової норми, а до права певної держави в цілому. До того ж, прийняття зворотного відсилання є практично доцільним, оскільки суду зручніше застосовувати право власної, а не іноземної держави. Професор І. С. Перетерський у своїх працях зазначає з цього приводу, що коли іноземне право визнає себе бездіяльним, то його не можна застосовувати в будь-якому разі<sup>2</sup>. А Е. Йайме виділяє три переваги прийняття зворотного відсилання: по-перше, – це гармонізація рішень; по-друге, – незастосування іноземного закону, який не містить шляху до розв'язання проблеми, і, по-третє, – полегшення завдання судді.

А. В. Анічкін обґрунтовує в своїй роботі необхідність прийняття зворотних відсилань іноземних колізійних норм<sup>3</sup>. Феномен зворотного відсилання пояснюється ним як прояв принципу найбільш тісного зв'язку – однієї із закономірностей правового регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. Н. І. Маришева вважає, що зворотне відсилання може застосовуватися у галузі колізійного регулювання шлюбно-сімейних відносин, ускладнених іноземним елементом, однак вона обмежує застосування зворотного відсилання іноземних колізійних норм сферою сімейно-правового статусу фізичних осіб<sup>4</sup>. Разом з тим, враховуючи, що приватноправові відносини характеризують диспозитивним направленням правового регулювання, можна припустити та обґрунтувати прийняття зворотного відсилання іноземних колізійних норм і в інших випадках.

Приховані колізії являють собою основну причину конфлікту кваліфікацій. Приховані колізії прийнято називати «колізіями колізій», тобто зіткненням колізійних принципів. Позитивні колізії колізій – коли два і більше правопорядку одночасно претендують на регулювання одних і тих же відносин. Негативні колізії колізій – жоден з можливо застосовних правопорядків не здатний регулювати спірні правовідносини. Приховані колізії лежать в основі теорії відсилань: зворотного відсилання і відсилання до третього закону. Зворотне відсилання означає, що обране на основі колізійної норми країни суду іноземне право відсилає назад до закону суду. Відсилання до третього закону має місце у випадку, коли обраний іноземний правопорядок не містить матеріального регулювання даного відношення, а наказує застосувати право третьої держави. Причини появи відсилань – не тільки приховані колізії, а й характер колізійної норми: це норма абстрактного, загального характеру, що відсилає до іноземного правопорядку в цілому, в тому числі не тільки до матеріального, а й до колізійного права<sup>5</sup>. Безпосередньою причиною виникнення відсилань є негативні колізії колізій.

Вперше з ситуацією зворотного відсилання і відсилання до права третьої держави зіткнувся англійський суд у справі *Collier vs Rivaz* при вирішенні спадкового спору, ускладненого іноземним елементом. Англійський підданий *Ryan*, який на момент своєї смерті в 1829 р. відповідно до англійського права вважався доміцильованим в Бельгії, здійснив сім заповідальних розпоряджень – заповіт і шість доповнень до нього. Заповіт і два доповнення були здійснені відповідно до вимог бельгійського права щодо форми заповітів. Інші чотири доповнення, що відповідали вимогам англійського права, були здійснені в суперечності з вимогами права Бельгії. Крім того, за правом Бельгії спадкодавець не вважався доміцильованим в цій країні, оскільки він не отримав необхідний для цього дозвіл влади. Позов, пред'явлений до англійського суду, був направлений на оспорування юридичної сили заповідальних розпоряджень. Перед судом постало питання, чи можуть заповідальні розпорядження бути визнані в Англії. Суддя Герберт Дженнер (*Jenner*) вирішив визнати заповіт і два доповнення до нього, тому що вони відповідали вимогам права Бельгії – країни, де спадкодавець мав доміцилій права, до якого відсилала англійська колізійна норма. Інші чотири доповнення також були визнані. Суддя міркував таким чином: «Оскільки відповідно до бельгійського внутрішньодержавного права спадкодавець не набув доміцилій в цій країні, бельгійський суддя застосував би колізійні норми бельгійського міжнародного приватного права, відповідно до яких формальна дійсність заповідальних розпоряджень визначалася б матеріальними нормами англійського права». Суддя прийняв відсилання бельгійської колізійної норми і створив прецедентну норму, відповідно до якої відсилання іноземної колізійної норми до матеріальних норм вітчизняного права повинна прийматися.

Проблема відсилань має принципово різне правове регулювання у законодавстві різних країн: 1) держави, що передбачають застосування всієї системи відсилань в повному обсязі, в тому числі відсилань третього, четвертого і т.д. ступеня, поки не буде виявлено право, яке передбачає матеріальне регулювання спірного відносини (Австрія, Польща, Фінляндія, держави колишньої Югославії); 2) держави, у праві яких передбачена можливість застосування відсилань першого та другого ступеня, але така можливість обумовлена якими-небудь принциповими умовами (Мексика, Чехія, ФРН); 3) держави, що передбачають можливість застосування тільки зворотного відсилання (Угорщина, Венесуела, Румунія, Японія); 4) держави, що передбачають можливість застосування відсилань першого та другого ступеня або тільки зворотного відсилання у випадках, конкретно обумовлених у законі (Італія, Швейцарія, Швеція, Росія); 5) держави, законодавство яких повністю забороняє застосування відсилань (Бразилія, Греція, Перу); 6) держави, законодавство яких в принципі не містить регулювання цього питання (Алжир, Аргентина, Китай). Інститут відсилань – одна з найбільш важливих і складних проблем, тому необхідна уніфікація правил про відсилання на міжнародному рівні. Гаазька Конвенція 1995 р. про регулювання колізій між національним законом і законом доміцилія є однією зі спроб вирішити проблему прихованих колізій у формулі прикріплення «особистий закон». Ця спроба не увінчалася успіхом – Конвенція не набула чинності і не мала помітного впливу на національне законодавство.

Право і практика всіх держав містять загальне виключення із застосування відсилань: вони не застосовні в договірних зобов'язаннях. Теорія відсилань не сумісна з автономією волі, оскільки сторони при виборі права мають на увазі саме конкретне матеріально-правове регулювання. Застосування відсилань здатне перевернути автономію волі, адже встановлення колізійного права можуть зумовити застосування права зовсім іншої держави, що не відповідає намірам сторін.

Звичайно, дається взнаки і відсутність судової практики про прийняття зворотного відсилання. Причин відсутності такої практики існує декілька:

1) такі питання майже ніколи не постають у суді;

2) не висвітлюються у судових рішеннях, оскільки вони є достатньо складними і судді не вказують на них у своїх рішеннях;

3) і як наслідок – справи, в яких могло б бути застосоване зворотне відсилання, залишаються без розгляду.

Таким чином, українське законодавство не приймає зворотного відсилання до українського права, але містить деякі винятки, що стосуються регулювання правового становища фізичних осіб. Не складно припустити, чому саме такі винятки робить законодавець, оскільки саме норми права, які регулюють особистий та сімейний статус особи, повинні мати найбільш тісний зв'язок, у випадку їх застосування, з особистим законом особи.

Для українського судді застосування вітчизняного права є найбільш прийнятним. У даному випадку не виникає проблем з тлумаченням і застосуванням іноземного права, і суд може об'єктивно та повно врегулю-

вати відносини з точки зору українського права, за винятком випадків, коли відносини найбільш тісно пов'язані з правом відповідної іноземної держави<sup>6</sup>.

Таким чином, будучи державою зі змішаним підходом до вирішення проблеми зворотного відсилання в міжнародному приватному праві, Україна не приймає, за загальним правилом, зворотного відсилання іноземного права до українського права, за винятком сфери особистого статусу особи і лише для матеріально-правових норм. Однак зазначене вирішення проблеми зворотного відсилання в українському праві видається недоцільним і нечітким. На нашу думку, ст. 9 Закону України «Про міжнародне приватне право» потребує редагування та має бути викладена з урахуванням таких змін: будь-яке відсилання до іноземного права відповідно до цього закону повинне розглядатися як відсилання і до матеріального, і до колізійного права відповідної країни. У разі зворотного відсилання колізійними нормами відповідної іноземної держави до українського права застосовується українське право. Зворотне відсилання іноземної колізійної норми до українського права не приймається, якщо відповідні відносини тісно пов'язані з правом відповідної іноземної держави. У разі відсилання колізійної норми іноземної держави, до права якого відсилає російська колізійна норма, до права третьої держави, таке відсилання не повинно прийматися і при регулюванні відповідних відносин мають застосовуватися матеріальні норми іноземної держави, до права якого спочатку відсилає українська колізійна норма.

Зворотне відсилання необхідно приймати у питаннях форми, змісту та інших важливих умовах правочину. Так, відповідно до ч. 3 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право»: «Зовнішньоекономічний договір, якщо хоча б однією стороною є громадянин України або юридична особа України, укладається в письмовій формі незалежно від місця його укладення, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України». А також, відповідно до ч. 3 ст. 32: «Якщо інше не передбачено, або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи, то правочин більш тісно пов'язаний з правом держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження»<sup>7</sup>.

Ми дотримуємось точки зору, що проблема зворотного відсилання не може бути вирішена або лише в позитивному, або лише в негативному сенсі, оскільки питання про зворотне відсилання та відсилання до права третьої держави є дискусійним в міжнародному приватному праві, воно потребує компромісного й ефективного вирішення. З огляду на це вважаємо найбільш близьким до істини теорію італійського вченого Е. Вітта, який знаходить вихід у підписанні міжнародного договору, що регламентував би ситуації, коли слід приймати зворотне відсилання, а коли – ні.

Дослідження зворотного відсилання і відсилання до права третьої держави слід будувати відповідно до виявлених співвідношень правових явищ, що позначаються цим терміном. З метою вирішення питання про зворотне відсилання і відсилання до права третьої держави необхідно насамперед дослідити зворотне відсилання і відсилання до права третьої держави як проблемну ситуацію, що виникає в ході колізійно-правового регулювання. В. Е. Варавенко зазначає, що тільки після аналізу «проблеми» – виявлення причини і умов, які її породжують, слід переходити до аналізу рішень проблеми, що склалися у законодавчій та судовій практиці. При цьому об'єктивні характеристики ситуації зворотного відсилання і відсилання до права третьої держави повинні стати основою аналізу і критеріями оцінки її рішень<sup>8</sup>.

### *Висновки.*

На основі аналізу проблеми зворотного відсилання в різних системах права можна зробити наступні висновки:

1. Зворотне відсилання може застосовуватися в галузі колізійного регулювання шлюбно-сімейних відносин, ускладнених іноземним елементом, однак вона обмежує застосування зворотного відсилання іноземних колізійних норм сферою сімейно-правового статусу фізичних осіб.

2. Враховуючи, що приватноправові відносини характеризуються диспозитивним направленням правового регулювання, можна припустити і обґрунтувати прийняття зворотного відсилання іноземних колізійних норм і в інших випадках.

3. Проблема відсилань має принципово різне правове регулювання у законодавстві різних країн. Але враховуючи, що інститут відсилань – одна із найбільш важливих і складних проблем, необхідною є уніфікація правил про відсилання на міжнародному рівні.

4. Право і практика всіх держав містять винятки із застосування відсилань: вони не застосовні в договірних зобов'язаннях.

5. Відсутня судова практика про прийняття зворотного відсилання. Це обмежує діяльність суддів.

6. Будучи державою зі змішаним підходом до вирішення проблеми зворотного відсилання в міжнародному приватному праві, Україна, в цілому, не приймає зворотного відсилання іноземного права до українського права, за винятком сфери особистого статусу особи і лише для матеріально-правових норм.

7. Серед шляхів вирішення питань можна запропонувати наступні:

– зворотне відсилання необхідно приймати у питаннях форми, змісту та інших важливих умовах правочину;

– проблема зворотного відсилання не може бути вирішена або лише в позитивному, або лише в негативному сенсі;

– стаття 9 Закону України «Про міжнародне приватне право» потребує редагування та має бути викладена з урахуванням таких змін: будь-яке відсилання до іноземного права згідно з цим законом повинно роз-

глядатися як відсилання і до матеріального, і до колізійного права відповідної країни. У разі зворотного відсилання колізійними нормами відповідної іноземної держави до українського права застосовується українське право. Зворотне відсилання іноземної колізійної норми до українського права не приймається, якщо відповідні відносини тісно пов'язані з правом відповідної іноземної держави. У разі відсилання колізійної норми іноземної держави, до права якого відсилає українська колізійна норма, до права третьої держави, таке відсилання не повинно прийматися і при регулюванні відповідних відносин повинні застосовуватися матеріальні норми іноземної держави, до права якого спочатку відсилає українська колізійна норма;

– щодо регламентування ситуацій, коли слід приймати зворотне відсилання, а коли – ні, то найбільш доцільною є теорія італійського вченого Е. Вітта, який знаходить вихід у підписанні відповідного міжнародного договору.

<sup>1</sup> Луниц Л. А. Курс международного частного права. – 3-е доп. изд. / Л. А. Луниц. – М. : Юридическая литература, 1973. – 384 с.

<sup>2</sup> Перетерский И. С. Международное частное право / И. С. Перетерский, С. Б. Крылов. – М., 1959. – 157 с.

<sup>3</sup> Аничкин А. В. Институт обратной отсылки в современном международном частном праве // Московский журнал международного права. – 2001. – № 1.

<sup>4</sup> Маришева Н. И. Семейные отношения с участием иностранцев / Н. И. Маришева. – М., 2007. – 206 с.

<sup>5</sup> Луниц Л. А. Вказана праця.

<sup>6</sup> Довгерт А. С. Міжнародне приватне право. Загальна частина / А. С. Довгерт, В. І. Кисіль. – К. : Алерта, 2012. – 376 с.

<sup>7</sup> Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>

<sup>8</sup> Варавенко В. Е. Обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства в контексте унификации коллизионного права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. / Виктор Евгеньевич Варавенко. – М., 2009. – 186 с.

#### Резюме

**Хорохонько О. С. Зворотне відсилання як наслідок негативної «колізії колізій» у міжнародному приватному праві.**

Викладено результати досліджень, метою яких був аналіз проблеми зворотного відсилання в різних системах права та пошук шляхів її вирішення в Україні.

У висновках наголошено на тому, що зворотне відсилання може застосовуватися в галузі колізійних відносин, ускладнених іноземним елементом, але обмежується лише сферою особистого правового статусу фізичних осіб. Враховуючи, що приватноправові відносини характеризуються диспозитивним спрямуванням правового регулювання, припускається можливість прийняття зворотного відсилання іноземних колізійних норм і в інших випадках. Також запропоновано прийняття зворотного відсилання у питаннях форми, змісту та інших важливих умовах правочину в Україні, редагування ст. 9 Закону України «Про міжнародне приватне право», положеннями якої регулюється проблема зворотного відсилання в нашій країні тощо.

**Ключові слова:** приватноправові відносини, негативна «колізія колізій», колізійні відносини, зворотне відсилання, правовий статус.

#### Резюме

**Хорохонько О. С. Обратная отсылка как следствие негативной «коллизии коллизий» в международном частном праве.**

Изложены результаты исследований, целью которых был анализ проблемы обратной отсылки в разных системах права и поиск путей ее решения в Украине.

В выводах акцентировано внимание на том, что обратная отсылка может использоваться в области коллизионных отношений, но ограничивается исключительно сферой личностного правового статуса физических лиц. Учитывая, что частноправовые отношения характеризуются диспозитивной направленностью правового регулирования, предполагается возможность принятия обратной отсылки иностранных коллизионных норм и в иных случаях. Также предложено принятие обратной отсылки в вопросах формы, содержания и других важных условиях сделки в Украине, редактирование ст. 9 Закона Украины «О международном частном праве», положениями которой регулируется проблема обратной отсылки в нашей стране.

**Ключевые слова:** частноправовые отношения, негативная «коллизия коллизий», коллизионные отношения, обратная отсылка, правовой статус.

#### Summary

**Khorokhonko O. Renvoi as the result of negative «conflict of collisions» in international private law.**

The results of research are directed to analyze the problems of renvoi into different legal systems and to find ways to solve it in Ukraine.

The conclusions highlight the fact that renvoi can be used in the conflict relations complicated by a foreign element, but limited to the area of personal legal status of individuals. To take into consideration that private relations are characterized by optional referals regulation assumed adopting renvoi in other cases.

Also proposed the adoption of renvoi in matters of form, content and other important terms of the transaction in Ukraine, edit Article 9 Law “On International Private Law”, that arrange the problem of renvoi in our country.

**Key words:** private relations, negative conflict of collisions, conflict relations, renvoi, legal status.

**М. К. ГАЛЯНТИЧ**

*Микола Костянтинівич Галянтич, доктор юридичних наук, професор, заступник директора з наукової роботи НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

### **ВАРТІСНА ОЦІНКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У НАУКОВО-ТЕХНІЧНІЙ СФЕРІ\***

Актуальність визначення ролі інтелектуальної власності (далі – ІВ), належної їй оцінки та відображення в структурі активів господарських товариств і державних підприємств та організацій науково-технічної сфери у період формування ринкових відносин важко переоцінити. Оцінка ІВ на сьогодні є однією з найскладніших та глибоких проблем теорії і практики як українського, так і міжнародного високотехнологічного бізнесу. Досить часто вартість ІВ компанії перевищує вартість всіх її матеріальних активів (далі – НМА) і є основним ресурсом компанії в її маркетинговій стратегії. Саме НМА зараз становлять приблизно половину, а у високотехнологічних, наукових галузях – 70–80 % майнового комплексу процвітаючого промислового підприємства в країнах з розвинутою ринковою економікою.

Процес введення об'єктів ІВ у господарський оборот, формування ринку ІВ, який нині є найбільш динамічним сегментом світового, а у розвинутих країнах – і внутрішнього ринку, безупинно зростаючі масштаби трансферу технологій неминуче диктують необхідність визначення вартості відповідних об'єктів.

З прийняттям Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оцінку діяльності в Україні» від 12 липня 2001 р. № 2658-III оцінка в Україні набула правових засад стосовно здійснення оцінки майна, майнових прав та професійної оціночної діяльності, її державного та громадського регулювання, забезпечення створення системи незалежної оцінки майна з метою захисту законних інтересів держави та інших суб'єктів правовідносин у питаннях оцінки майна, майнових прав та використання їх результатів.

У рецензованій роботі розглядаються економіко-правові аспекти вартісної оцінки ІВ та її методичні принципи у науково-технічній сфері. Автори системно дають загальну характеристику і складові ІВ, класифікацію об'єктів ІВ, джерела законодавства з питань ІВ, міжнародні стандарти охорони ІВ, ліцензії, франчайзинг, гудвіл, види платежів при передачі прав на об'єкти ІВ. У роботі розкривається поняття ринку, вартості, ціни та її формування, поняття і основні цілі оцінки об'єктів ІВ, особливості оцінки ІВ, процедура проведення незалежної оцінки майна, регулювання професійної оціночної діяльності (нормативно-правова база оцінки, міжнародні та зарубіжні стандарти обліку й оцінки ІВ), стан та проблеми приватизаційних процесів і сучасного ринку оціночних послуг в Україні. Авторами проаналізовано основні принципи ціноутворення вартості ІВ, дається систематизація підходів і методів оцінки ІВ (дохідний підхід, витратний підхід, порівняльний підхід), здійснено порівняльну характеристику підходів до оцінки ІВ, урахування ризиків при оцінці вартості об'єктів ІВ. У монографії розглядаються також практичні питання визначення вартості окремих об'єктів ІВ: винаходу, корисної моделі, промислового зразка, торговельної марки (знака для товарів і послуг), комерційного (фірмового) найменування, бренду компанії, а також франшизи і ставки роялті, селекційних досягнень, ліцензій, авторських і суміжних прав, гудвілу, порушення патентних прав.

Особливу увагу приділено методиці визначення розміру винагороди за створення й використання об'єктів права промислової власності, визначенню економічної ефективності витрат на наукові дослідження і розробки та їх впровадження у виробництво, визначенню вартості людського капіталу. Робота чітко структурована, має цілісний характер, логіку побудови. Зазначена монографія забезпечує цілісне сприйняття цієї складної і науково ще не до кінця розробленої проблеми оцінки вартості об'єктів права ІВ у науково-технічній сфері. Доступність викладеного матеріалу з використанням математичного інструментарію дає змогу в разі потреби самостійно опановувати складні питання предмета цього дослідження. Варто також зазначити, що науковий зміст монографії підкріплено конкретними практичними прикладами. Графічна візуалізація основних теоретичних положень і закономірностей покращує сприйняття монографічного дослідження.

У цілому рецензована робота цікава, потрібна й логічно викладена. Вихід такої монографії слід вважати подією очікуваною і своєчасною.

© М. К. Галянтич, 2014

\* Рецензія на кн.: Андрощук Г. О., Давимука С. А. Інтелектуальна власність у науково-технічній сфері: методи та принципи вартісної оцінки : моногр. / Г. О. Андрощук, С. А. Давимука. – К. : Парламентське видавництво, 2014. – 304 с.