

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ПРИКАРПАТСЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМ. ВАСИЛЯ СТЕФАНІКА

Мироненко І. В.

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Навчальний посібник

*2-ге видання,
доповнене і перероблене*

Київ • Алерта • 2013

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412(4Укр)я73
М64

*Рекомендовано до друку вченою радою Юридичного інституту
Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника
(Протокол № 7 від 01.06.2010)*

Рецензенти:

В. А. Васильєва, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника;

В. В. Луць, академік АПРн України, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Академії муніципального управління

Мироненко І.В.

М64 Міжнародне приватне право: Навчальний посібник. – 2-ге вид., доповн. і перероб. – К.: Алерта, 2013. – 288 с.

ISBN 978-617-566-088-1

В даному навчальному посібнику викладено основні теоретичні та нормативні положення з курсу «Міжнародне приватне право».

Для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів освіти.

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412(4Укр)я73

ISBN 978-617-566-088-1

© І. В. Мироненко, 2011, 2012
© Видавництво «Алерта», 2013

ЗМІСТ

Передмова 7

Тема 1. Поняття та система міжнародного приватного права

1. Поняття та предмет міжнародного приватного права	9
2. Принципи міжнародного приватного права	11
3. Методи міжнародного приватного права: загальна характеристика	16
4. Система міжнародного приватного права	18
5. Співвідношення міжнародного приватного права з суміжними галузями права та його місце у правовій системі України	20
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	<i>22</i>

Тема 2. Джерела міжнародного приватного права

1. Поняття та види джерел міжнародного приватного права	25
2. Характеристика окремих видів джерел міжнародного приватного права	27
2.1. Національне (внутрішнє) законодавство	27
2.1. Міжнародні договори	28
2.3. Міжнародні звичаї	32
2.4. Судова та арбітражна практика	35
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	<i>37</i>

Тема 3. Методи регулювання у міжнародному приватному праві

1. Методи правового регулювання у міжнародному приватному праві: загальна характеристика	41
2. Колізійно-правовий метод регулювання	42
3. Структура та види колізійних норм	45
4. Типи колізійних прив'язок (формул прикріплення)	48
5. Матеріально-правовий (прямий) метод правового регулювання	54
6. Уніфікація і гармонізація норм міжнародного приватного права	56
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	<i>62</i>

Тема 4. Застосування колізійних норм та іноземного права

1. Загальні положення щодо правового регулювання відносин за участю іноземного елемента	65
2. Застосування колізійних норм	67
3. Зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни	69
4. Обхід закону у міжнародному приватному праві	72
5. Застосування норм іноземного права	72

6. Застереження про публічний порядок та застосування імперативних норм законодавства	76
7. Взаємність і правові режими у міжнародному приватному праві	78
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	81

Тема 5. Фізичні особи як суб'єкти міжнародного приватного права

1. Загальні засади правового статусу фізичних осіб як суб'єктів міжнародного приватного права	85
2. Поняття та колізійні питання громадянства	88
3. Правосуб'єктність та правовий режим іноземців в Україні	90
4. Категорії та правовий статус іноземців в Україні	94
5. Особливості правового статусу громадян України за кордоном	102
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	106

Тема 6. Юридичні особи та держава як суб'єкти міжнародного приватного права

1. Правовий статус юридичних осіб в міжнародному приватному праві	109
2. Особливості правового статусу юридичних осіб в іноземних державах	112
3. Види юридичних осіб в міжнародній практиці	114
4. Держава як суб'єкт міжнародного приватного права	117
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	122

Тема 7. Речові права в міжнародному приватному праві

1. Загальні положення речового права	125
2. Колізійні питання права власності	128
3. Колізійні норми речового права у внутрішньому законодавстві України	132
4. Правове регулювання іноземних інвестицій в Україні	134
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	139

Тема 8. Договірні зобов'язання в міжнародному приватному праві

1. Поняття та види міжнародних договорів цивільно-правового характеру	142
2. Міжнародно-правове регулювання правочинів з іноземним елементом	145
3. Особливості правового регулювання зовнішньоекономічних договорів (контрактів) в Україні	147
4. Колізійні питання форми міжнародного цивільно-правового договору	150

5. Колізійні питання змісту міжнародного цивільно-правового договору	152
6. «Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.): загальні положення	156
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	161

Тема 9. Деліктні зобов'язання в міжнародному приватному праві

1. Загальна характеристика деліктних зобов'язань в міжнародному приватному праві	164
2. Колізійні прив'язки в сфері деліктних зобов'язань	169
3. Правове регулювання деліктних зобов'язань з іноземним елементом в міжнародних договорах та внутрішньому законодавстві України	172
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	176

Тема 10. Правове регулювання шлюбно-сімейних відносин в міжнародному приватному праві

1. Особливості правового регулювання шлюбно-сімейних відносин в міжнародному приватному праві	180
2. Колізійні питання оформлення шлюбу в міжнародному приватному праві	183
3. Правове регулювання відносин подружжя в міжнародному приватному праві	187
4. Колізійні питання припинення шлюбних відносин в міжнародному приватному праві	191
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	194

Тема 11. Спадкування в міжнародному приватному праві

1. Колізійні питання в сфері спадкових відносин	197
2. Міжнародно-правове регулювання спадкових відносин	200
3. Колізійне регулювання в сфері спадкових відносин	203
4. Перехід спадщини до держави	204
<i>Завдання для самостійної роботи та самоконтролю</i>	207

Тема 12. Правове регулювання трудових відносин в міжнародному приватному праві

1. Міжнародно-правове регулювання питань праці	210
2. Колізійне регулювання трудових відносин за участю іноземного елемента	214
3. Правове регулювання праці іноземців та осіб без громадянства в Україні	217
4. Правове регулювання питань праці громадян України за кордоном	219

Завдання для самостійної роботи та самоконтролю	222
Тема 13. Міжнародний цивільний процес	
1. Поняття та зміст міжнародного цивільного процесу.....	225
2. Поняття, принципи встановлення та види міжнародної підсудності.....	227
3. Правове регулювання міжнародної підсудності у законодавстві України.....	231
4. Правовий статус іноземних суб'єктів у міжнародному цивільному процесі.....	234
5. Міжнародна правова допомога в цивільних справах	238
6. Визнання та виконання іноземних судових рішень: загальні положення	245
7. Визнання та виконання іноземного судового рішення за законодавством України	247
Завдання для самостійної роботи та самоконтролю.....	252
Тема 14. Міжнародний комерційний арбітраж	
1. Поняття та види міжнародного комерційного арбітражу	255
2. Правові засади діяльності міжнародного комерційного арбітражу	258
3. Арбітражна угода	261
4. Загальна характеристика порядку арбітражного розгляду справ.....	266
5. Скасування та виконання арбітражних рішень.....	271
Завдання для самостійної роботи та самоконтролю	275
Предметно-термінологічний покажчик.....	279
Перелік використаних джерел	284

ПЕРЕДМОВА

Міжнародне приватне право є самостійним правовим утворенням, що регулює відносин між суб'єктами, які належать до різних держав. На відміну від міжнародного публічного права, предметом регулювання у міжнародному приватному праві є відносини приватно-правові. Це, насамперед, відносини між фізичними і юридичними особами різних держав: цивільні майнові та особисті немайнові, господарські, трудові, сімейні, процесуальні, що ускладнені іноземним елементом. Однією із сторін у таких відносинах є іноземний суб'єкт (громадянин іноземної держави, особа без громадянства, іноземна організація, іноземна держава); в інших випадках об'єкт, у зв'язку з яким виникли відповідні відносини, перебуває за кордоном або виникнення, зміна чи припинення відносин приватно-правового характеру пов'язано з юридичним фактом, що мав місце за кордоном (спричинення шкоди, укладення договору, смерть спадкодавця та ін.).

На сьогодні міжнародне приватне право рядом науковців розглядається як самостійна галузь права, що регулює міжнародні невідносини, ускладнені іноземним елементом. «Правову основу» міжнародного приватного права складають колізійні і матеріально-правові норми, що регулюють відносини за участю іноземного елемента. Особливістю міжнародного приватного права є те, що його норми в ряді випадків безпосередньо не врегульовують ті чи інші суспільні відносини по-суті, а лише визначають, законодавство якої держави підлягає застосуванню (колізійний метод правового регулювання).

Курс міжнародного приватного права передбачає вивчення загальних понять та положень з подальшим переходом до інститутів спеціальної частини міжнародного приватного права, спираючись на знання, здобуті під час вивчення конституційного, цивільного, господарського, сімейного, трудового та цивільного процесуального права. Як результат вивчення курсу міжнародного приватного права студенти повинні знати:

- які суспільні складають предмет міжнародного приватного права;
- джерела міжнародного приватного права;
- суб'єкти міжнародного приватного права;
- методи правового регулювання, що застосовуються у міжнародному приватному праві, а також загальні положення щодо застосування іноземного права та колізійних норм;

- основні положення законодавства щодо врегулювання різноманітних приватно-правових відносин за участю іноземного елемента (власності, договірних, деліктних, шлюбно-сімейних, спадкових, трудових, цивільно-процесуальних).

Даний посібник містить матеріали, які стосуються основних положень міжнародного приватного права за наступними темами: поняття та система міжнародного приватного права; джерела міжнародного приватного права; методи регулювання у міжнародному приватному праві; застосування колізійних норм та іноземного права; суб'єкти міжнародного приватного права; речові права у міжнародному приватному праві; договірні зобов'язання у міжнародному приватному праві; деліктні зобов'язання з іноземним елементом; правове регулювання шлюбно-сімейних відносин у міжнародному приватному праві; спадкування у міжнародному приватному праві; правове регулювання трудових відносин з іноземним елементом; міжнародний цивільний процес; міжнародний комерційний арбітраж.

До кожної з тем вміщено лекційний курс, перелік рекомендованої для вивчення літератури та нормативних актів, а також завдання для самостійної роботи та самоконтролю. Контрольні запитання та тестові завдання надають можливість перевірити достатність теоретичних знань з міжнародного приватного права, а практичні завдання, сформульовані у вигляді певних життєвих ситуацій, що потребують правового врегулювання, надають можливість здобути навички практичного застосування правових норм та в практичній площині ще раз перевірити свої теоретичні знання.

ТЕМА 1. ПОНЯТТЯ ТА СИСТЕМА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

1. *Поняття та предмет міжнародного приватного права.*
2. *Методи міжнародного приватного права: загальна характеристика.*
3. *Система міжнародного приватного права.*
4. *Співвідношення міжнародного приватного права з суміжними галузями права та його місце у правовій системі України.*

1. ПОНЯТТЯ ТА ПРЕДМЕТ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА.

Термін «міжнародне приватне право» (далі – МПП), який вперше з'явився в науковій літературі в ХІХ ст., попри широку його вживаність, є спірним, оскільки ні у вітчизняних, ні в зарубіжних публікаціях до цього часу не існує його єдиного визначення. Відсутність єдиної точки зору щодо предмету міжнародного приватного права породжує спори щодо його правової природи, методів регулювання, системи та джерел.

Зокрема у вітчизняній правовій науці висловлюються різні підходи щодо розуміння природи МПП: як приватно-правової галузі національного права, як складової частини міжнародного публічного права чи як наднаціонального правового утворення [1, с. 27–33].

Навіть сама назва «міжнародне приватне право» є достатньо умовною, оскільки МПП не є «міжнародним» в буквальному розумінні, так як не регулює відносин між народами; не є виключно приватним правом, бо до його складу входить ряд положень публічного права (наприклад, застереження про публічний порядок); не є правом у повному розумінні, оскільки колізійні норми, що складають основу МПП, не встановлюють прав і обов'язків суб'єктів відповідних відносин,

а лише визначають правопорядок, згідно якого повинні врегульовуватись певні правовідносини [1, с. 7].

Незважаючи на вказані суперечності наукового характеру, саме виникнення МПП є об'єктивним явищем, на його розвиток впливають умови сучасної дійсності. Зокрема такі, як:

- а) інтернаціоналізація господарського життя;
- б) різке посилення міграції населення унаслідок воєн, різного роду конфліктів, політичних і національних причин, а також з метою працевлаштування, отримання освіти;
- в) науково-технічний прогрес, що робить можливим транснаціональне використання інформаційних даних, досягнень науки, техніки і культури.

При цьому специфіка і водночас завдання МПП полягають в тому, що при наявності різних національних правових систем та збереженні відмінності в правових системах різних держав необхідно визначити, право якої держави підлягає застосуванню у відносинах такого міжнародного спілкування [2, с. 11–12].

Враховуючи викладене, найбільш прийнятним можна вважати наступне визначення: міжнародне приватне право – складний комплекс правових норм, які регулюють приватно-правові відносини, що мають міжнародний характер.

Історично МПП виникло як система колізійних норм, які визначають, норми якої держави повинні врегулювати ті чи інші правовідносини і саме в такій якості воно сприймається юристами ряду держав. Тому слід враховувати, що в різних державах «різним» є загальноприйняте бачення МПП: його предмету, методів регулювання, системи та ін.

В цілому ж, характеризуючи відносини, що складають предмет МПП, необхідно, в першу чергу, виділяти їх такі суттєві ознаки як:

- приватно-правовий характер;
- міжнародний характер.

Приватно-правовий характер відносин, що регулюються МПП, означає, що їх учасники не підпорядковані один одному, жоден з них не виступає як суб'єкт влади. З іншого боку, кожен з цих учасників, беручи участь у даних відносинах, діє у своїх власних «приватних», а не у суспільних чи публічних інтересах. Останнє дає змогу розмежувати відносини, що регулюються МПП та міжнародним публічним правом таким же чином, як свого часу римські юристи розрізняли «приватне» та «публічне» право [3, с. 1–2]. В першу чергу, учасники таких відносин – це фізичні та юридичні особи різних держав, проте

держави також можуть брати участь у таких відносинах, але як «невладний» суб'єкт.

Приватно-правові відносини в МПП – це не тільки майнові і особисті немайнові відносини, що охоплюються власне цивільним правом (власності, інтелектуальної власності, зобов'язальні, в тому числі деліктні, спадкові), але також відносини, в регульовані нормами господарського (комерційного), сімейного, трудового та процесуального права в їх приватно-правовому аспекті. Адже, для прикладу, процесуальні відносини за участю іноземного елемента, які у вітчизняній літературі традиційно включають до курсу МПП, навряд чи можна розглядати як приватно-правові по своїй суті. В цілому ж неправильно буде обмежувати предмет МПП виключно відносинами, які охоплюються цивільним правом [4, с. 9–12].

Міжнародний характер відносин, що регулюються МПП, обумовлений наявністю у їх складі «іноземного елемента». Іноземний елемент цих правовідносин може виявитися, зокрема, в тому, що:

- а) в них беруть участь іноземні суб'єкти;
- б) об'єктом таких правовідносин є майнові блага, що знаходяться за кордоном;
- в) вони пов'язані з юридичним фактом, що мав місце за кордоном.

У реальному житті можуть мати місце ситуації, коли «іноземний, елемент» присутній не окремо у якомусь із зазначених видів, а у тому чи іншому поєднанні вказаних елементів. Однак для того, щоб такі відносини отримали міжнародний характер, цілком досить наявності всього одного з таких елементів.

2. ПРИНЦИПИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА.

Під принципами права слід розуміти певні загальні положення і застави, які визначають зміст та спрямованість правового регулювання. Їх, в свою чергу, можна поділити на загальноправові (притаманні праву в цілому), міжгалузеві (застосовуються в декількох суміжних галузях права) та галузеві.

Галузевими принципами МПП є ті принципи, які характеризують правове регулювання, що здійснюється в його рамках.

Галузевими принципами міжнародного приватного права можна вважати:

1. Принцип національної (внутрішньодержавної) юрисдикції приватно-правових відносин з іноземним елементом.

Даний принцип означає, що правове регулювання вказаних відносин здійснюється в рамках певного національного правопорядку; в МПП не існує наднаціонального регулювання вказаних відносин. В свою чергу, це передбачає, що на іноземних суб'єктів поширюється юрисдикція держави їх перебування, міжнародно-правові за походженням джерела МПП (міжнародні договори і міжнародні звичаї) в тій чи іншій державі застосовуються виключно з її санкції [1, с. 157–162, 5, с. 195–198]. Кожна держава створює власну систему норм МПП і як суверен в межах своєї території має право обмежувати чи взагалі не допускати дію норм іноземного права, не визнавати акти органів іноземної держави, встановлювати правові режими щодо визначення статусу іноземних суб'єктів та ін.

2. Рівність учасників приватно-правових відносин з іноземним елементом.

Даний принцип, в цілому, можна вважати загальним для сфери приватного права, проте в МПП його застосування має дещо особливий характер, оскільки у доктрині та практиці регулювання воно обумовило перегляд традиційних уявлень про імунітет держави, а також утвердження концептуального положення про недопустимість дискримінації іноземних суб'єктів.

Традиційно вважалось, що держава у відносинах з іноземними суб'єктами завжди користується імунітетом в повному його обсязі (абсолютний імунітет держави), але через несумісність такого спеціального статусу держави у сфері МПП з принципом рівності як загальною засадою приватноправових відносин спричинило поширення уявлень, що держава в даних відносинах імунітетом не наділяється (функціональний (обмежений) імунітет держави) [1, с. 186–189; 6, с. 68–69].

Що стосується недискримінації іноземних суб'єктів в сфері МПП як наслідку дії даного принципу, то загальнопоширеною можна вважати практику формального зрівняння правового статусу вітчизняних та іноземних суб'єктів шляхом надання їм національного правового режиму з зазначення про можливість обмеження їх прав та свобод у передбачених законодавством випадках; фактичне ж зрівняння досягається далеко не завжди (як типовий приклад – положення статті 26 Конституції України: іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України.) [1, с. 150–154].

3. Автономія волі учасників правовідносин.

Автономія волі є похідною від принципу диспозитивності, який передбачає можливість для учасників приватно-правових правовідносин у встановлених законодавством межах самостійно врегулювати свої права та обов'язки. В сфері МПП така диспозитивність має дещо особливий характер, оскільки, в першу чергу, передбачає право учасників правовідносин у встановлених законом випадках визначати, який правопорядок (національне законодавство) буде регулювати їх права та обов'язки [3, с. 25–28].

Відповідно до положень ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», автономія волі – принцип, згідно з яким учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, що підлягає застосуванню до відповідних правовідносин.

4. Визнання правосуб'єктності іноземних осіб.

В сучасній доктрині МПП прийнято вважати, що іноземні суб'єкти в державі перебування мають право на визнання їх правосуб'єктності, набутої ними в державі походження. На практиці це відбувається шляхом надання їм в державі перебування певного правового режиму (національного, найбільшого сприяння або спеціального).

Про визнання правосуб'єктності іноземних юридичних осіб в МПП вести мову необхідно з певними застереженнями, оскільки таке визнання пов'язано з відсутністю принципів розходжень у критеріях щодо встановлення «особистого закону юридичної особи» («статуту юридичної особи», «національності юридичної особи») у законодавствах держави походження організації та приймаючої держави [1, с. 172–180; 7, с. 5]. Щодо ж до фізичних осіб, то визнання їх правосуб'єктності впливає із загальних положень щодо забезпечення прав людини (ст. 6 «Загальної декларації прав людини» (1948 р.), ст. 16 «Міжнародного пакту про громадянські і політичні права» (1966 р.), а в сфері МПП втілюється в застосуванні колізійної прив'язки «особистий закон фізичної особи», згідно якої набута в державі походження правосуб'єктність повинна визнаватись і в іноземних державах [8, с. 88–89; 9, с. 86–87].

5. Безумовне застосування іноземного права (законодавства) відповідно до колізійної норми.

Даний принцип означає, що: застосування іноземного права відповідно до колізійної норми є обов'язком, а не правом суду; воно не залежить від волі сторін і є обов'язковим для суду також у тому випадку, коли сторони бажають застосування права іншої країни; застосування іноземного права не обумовлено взаємністю, тобто не вимагається, щоб відповідна держава в аналогічних випадках застосовувала право країни суду; незастосування або неправильне застосування іноземного права

тягне за собою ті ж наслідки, що і незастосування або неправильне застосування норми національного права; відмова в застосуванні іноземного права можлива лише з підстав, прямо передбачених законом [3, с. 25–29].

6. Право держави обмежувати застосування на своїй території іноземного права.

Даний принцип втілюється в існування такого загальноприйнятого інституту МПП як застереження про публічний порядок, яке дає підстави обмежувати дію вітчизняної колізійної норми, якщо це призводить до результатів, несумісних з публічним порядком даної держави [1, с. 130–136; 8, с. 66–69]. Крім того, загальновизнаним у доктрині МПП можна вважати положення, згідно якого на підставі колізійних норм з певними застереженнями допускається застосування матеріальних норм іноземного права, які регулюють приватноправові відносини, проте не допускається застосування норм іноземного процесуального та публічного права.

7. Забезпечення адекватності правового регулювання.

Особливістю правового регулювання в МПП є те, що застосування колізійного методу пов'язане із можливістю звернення до іноземного правопорядку (іноземного національного законодавства) щодо врегулювання відповідних правовідносин. У тому випадку, якщо колізійні норми мають імперативний характер, то традиційно прийнято вважати, що застосування положень визначеного ними права є обов'язковим як для правозастосовчого органу, так і для сторін правовідносин. При цьому за допомогою застереження про публічний порядок усуваються найбільш очевидні негативні наслідки такого підходу до правового регулювання.

Водночас і в доктрині, і в практиці правового регулювання порушується питання про те, що застосуванню підлягає той правопорядок (національне законодавство), що найбільш адекватно регулює відповідні відносини та/або найбільшою мірою захищає права та інтереси сторін. Вказане, зокрема, проявляється в розширенні сфери застосування «автономії волі», закріпленні альтернативних колізійних норм, що надають можливість обирати з-поміж декількох запропонованих колізійних прив'язок, а також в запровадженні «гнучкого колізійного регулювання». Що стосується останнього, то мова йде про здійснення колізійного регулювання, при якому до уваги беруться не традиційні

«жорсткі» колізійні прив'язки, які в ряді випадків є достатньо формальними і не відображають реальних потреб правового регулювання, а враховується фактичний зв'язок даних правовідносин з певним правопорядком («закон найбільш тісного зв'язку»). На практиці мають місце випадки, коли прозастосовчий орган, керуючись даним принципом, відступав від приписів колізійної норми і застосовував право певної держави, котре, згідно колізійної норми, застосуванню не підлягало [1, с. 99–104; 8, с. 54].

Відповідно до ч. 2, 3 Закону України «Про міжнародне приватне право», якщо за допомогою колізійних норм неможливо визначити право, що підлягає застосуванню, застосовується право, яке має більш тісний зв'язок із приватноправовими відносинами; право, визначене за допомогою колізійних норм, як виняток, не застосовується, якщо за всіма обставинами правовідносини мають незначний зв'язок з визначеним правом і мають більш тісний зв'язок з іншим правом.

8. Право держави на застосування взаємності.

В літературі взаємність розглядається як фундаментальний принцип МПП, завдяки якому відбувається співпраця держав в сфері регулювання відносин за участю іноземних суб'єктів. Так, кожна держава має право вимагати від іншої держави створення для її національних суб'єктів таких же умов, якими користуються суб'єкти інших держав, тобто умов, загальних і однакових для всіх [1, с. 144–148; 8, с. 71–72].

В міжнародному приватному праві виділяють два види взаємності, яка поділяється на матеріальну (надання іноземним суб'єктам тих же прав і свобод, якими вони користуються у «власній» державі) і формальну (іноземним особам надаються всі права і свободи, передбачені місцевим законодавством).

9. Право на реторсії.

З застосування взаємності при врегулюванні відносин в сфері МПП впливає право держав на введення реторсій. Реторсії – заходи примусового впливу у відповідь на недружні дії іншої держави, які передбачають запровадження аналогічних обмежень для суб'єктів з цієї ж держави; при цьому таке запровадження є наслідком реалізації попереднього принципу – права на застосування взаємності. Мета реторсій – домогтися відміни дискримінаційних заходів, що запроваджені в іноземній державі стосовно вітчизняних суб'єктів [8, с. 72].

3. МЕТОДИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Як відомо, в юридичній науці прийнято розділяти загальні та спеціальні методи правового регулювання. До загальних методів правового регулювання відносять диспозитивний (цивільно-правовий) та імперативний (адміністративно-правовий) методи.

Як впливає з самої назви МПП, для нього характерним є застосування диспозитивного методу правового регулювання, що передбачає рівне правове становище суб'єктів відповідних відносин, відсутність у будь-якого з цих суб'єктів владних повноважень по відношенню до іншого суб'єкта та можливості для учасників відносин самостійно врегульовувати питання про свої права та обов'язки у визначених законодавством межах.

Проте в МПП застосовується і імперативний метод правового регулювання. Прикладом цього може бути такий інститут як застереження про публічний порядок чи регулювання питань цивільного процесу за участю іноземного елемента.

Що стосується спеціальних методів правового регулювання, то їх застосування у МПП обумовлено його особливостями. Основне завдання МПП – вирішення колізії (зіткнення) між двома правопорядками, тобто питання про те, норми якого національного правопорядку повинні регулювати певні відносини, які містять іноземний елемент і тому можуть регулюватись як одним, так і іншим правом. В зв'язку з цим, значну частину норм міжнародного приватного права складають так звані «колізійні норми», які визначають, право якої держави повинне бути застосоване до даного правовідношення, тобто містять відсилання до права якої-небудь держави. Іншу частину норм МПП складають норми прямої дії або матеріально-правові норми, що безпосередньо регулюють приватно-правові відносини міжнародного характеру.

Це дозволяє говорити про два спеціальні (юридично-технічні) методи правового регулювання у МПП: колізійний і матеріально-правовий. Обидва цих методи доповнюють один одного, хоча специфіку МПП насамперед виражає колізійний метод, який історично тривалий час вважався основним методом правового регулювання у даній сфері. Сучасна доктрина виходить з того, що МПП не може бути зведене тільки до колізійного права. Колізійне право складає істотну частину

МПП, проте в його сферу необхідно включити всі норми, регулюючі приватно-правові відносини з іноземним елементом [2, с. 20].

Зміст колізійного методу полягає у тому, що не врегульовуючи відповідні відносини по-суті, він дає можливість визначити, якими саме нормами повинні регулюватись ці відносини. В цілому застосування цього методу є необхідним для регулювання тих правових відносин, коли виникають правові колізії: на регламентацію цих відносин водночас «претендують» різні національні правові системи, галузі права чи відмінні між собою за змістом правові норми і необхідно здійснити відповідний «вибір». Проте слід враховувати, що нормами МПП регулюються не всі правові колізії, а тільки ті, що виникають між іноземними правовими системами (міжнародні колізії); колізії, що виникають при здійсненні правового регулювання в межах однієї національної правової системи, МПП не врегульовує. Колізійне регулювання здійснюється за допомогою спеціальних колізійних норм, сутність яких полягає у відсиланні до компетентного законодавства, визначенні умов і меж його застосування до певних правовідносин [4, с. 14–16].

Матеріально-правовий метод правового регулювання передбачає безпосереднє врегулювання по-суті правових відносин за участю іноземного елемента за допомогою правових норм, які спеціально створені для цього. Такі норми безпосередньо застосовуються щодо врегулювання відносин за участю іноземного елемента, минаючи таку стадію як вибір компетентного права, як це має місце за умов колізійного регулювання.

До матеріально-правових норм, призначених для врегулювання приватно-правових відносин за участю іноземного елемента відносять: а) норми міжнародних договорів (двосторонніх і багатосторонніх); б) норми внутрішнього законодавства, які безпосередньо регулюють правовідносини з іноземним елементом; в) міжнародні та торговельні звичаї; г) судову практику (в державах, де вона визнається джерелом правового регулювання) [4, с. 16].

4. СИСТЕМА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Неоднозначність розуміння у науковій літературі правової природи та предмету МПП, визнання або невизнання різними авторами МПП у якості самостійної галузі національного права обумовлюють відсутність єдиної точки зору щодо системи МПП [2, с. 18–24].

Так, в літературі виділяють наступні доктрини щодо предмету МПП: французька (МПП складають положення про громадянство та правовий статус іноземців), німецька (предмет МПП обмежується колізійними нормами) та англо-американська (предмет МПП складають процесуальні норми, які надають судам компетенцію розглядати справи з іноземним елементом) [6, с. 8].

В цілому ж в літературі найбільш типовим є виділяти в складі МПП як системи правових норм, правової науки та учбової дисципліни Загальну та Особливу частини.

Деякі автори окремо в складі МПП виділяють Спеціальну частину, до якої включають положення щодо міжнародного цивільного процесу (цивільного судочинства за участю іноземного елемента), в той час як інші вважають міжнародний цивільний процес складовою Особливої частини МПП. Також слід враховувати, що окремі науковці не вважають можливим включення процесуальних відносин за участю іноземного елемента до предмету МПП з огляду на їх публічно-правову сутність та незастосування в цій сфері колізійно-правового регулювання. Проте традиційно майже всі автори, у більшому чи меншому обсязі, розглядають відповідні питання саме у курсі МПП [1, с. 35].

МПП як правова система вона охоплює наступні правові норми:

1) норми загального характеру, призначення яких полягає у визначенні права, що підлягає застосуванню щодо відповідних відносин та пов'язаного з цим питання про встановлення джерел даної галузі права, статус осіб у МПП, методи правового регулювання, застосування колізійних норм та іноземного права, взаємність та правові режими (Загальна частина МПП);

2) норми, які призначені для регулювання окремих питань, що виникають внаслідок участі суб'єктів МПП у приватно-правових відносинах. Це норми, що регулюють питання права власності, інтелектуальної власності, різні аспекти регулювання зобов'язальних, зокрема договірних та деліктних, а також питання міжнародного сімейного, спадкового і трудового права (Особлива частина МПП);

3) норми процесуального характеру, які регулюють такі питання як міжнародна підсудність, процесуальна правосуб'єктність іноземних суб'єктів, організація та здійснення судочинства з іноземним елементом, вручення судових та позасудових документів, отримання доказів за кордоном, виконання іноземних судових рішень та ін. (Спеціальна частина МПП) [1, с. 34–35].

Система викладу матеріалу МПП як учбової дисципліни є близькою до системи побудови підручників і курсів цивільного права, хоча й не співпадає з нею [2, с. 31].

Учбовий курс МПП ділиться на дві частини: Загальну і Особливу (окремі автори виділяють також Спеціальну частину).

В Загальній частині розглядаються питання, які мають загальне значення для МПП в цілому, тобто питання, які мають загальнотеоретичне значення для розділів Особливої частини МПП. Загальну частину складає розгляд питань про поняття, предмет і принципи МПП, джерела та методи правового регулювання, вчення про колізійні норми, режими і взаємність в МПП, правове положення суб'єктів приватно-правових відносин з іноземним елементом (держави як особливого суб'єкта таких відносин, іноземних юридичних осіб та громадян).

Особлива частина, як правило, складається з наступних розділів: 1) право власності; 2) право інтелектуальної власності; 3) договірні зобов'язання; 4) деліктні зобов'язання; 5) сімейне право; 6) спадкове право; 7) трудові відносини з іноземним елементом.

Питання судочинства з іноземним елементом, що можуть розглядатись як розділ Особливої частини чи як окрема Спеціальна частина МПП, включають в себе положення про міжнародний цивільний процес та міжнародний комерційний арбітраж.

МПП як наука вивчає також питання історичного розвитку його доктрини; теорії та концепції МПП; проблемні питання МПП та способи їх вирішення. Міжнародне приватне право як правова наука розвивається у тісному взаємозв'язку з порівняльним правознавством.

5. СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА З СУМІЖНИМИ ГАЛУЗЯМИ ПРАВА ТА ЙОГО МІСЦЕ У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

Наукові спори щодо предмету та правової природи МПП обумовлюють і дискусії щодо питання про його співвідношення з іншими галузями права. В свою чергу, вважаємо достатньо обґрунтованим стверджувати наступне:

1) МПП пов'язане як з міжнародним публічним правом, з якого воно історично виділилось, так і з національним правом держав, перш за все – з галузями приватного права;

2) незважаючи на тісний зв'язок з міжнародним публічним правом, МПП входить в систему внутрішнього національного права держави. Це обумовлено предметом правового регулювання – приватно-правовими відносинами. Воно регулює відносини між такими суб'єктами (фізичні і юридичні особи), які знаходяться під верховенством держави і, отже, під дією його внутрішнього права;

3) в системі внутрішнього права МПП не є частиною цивільного, сімейного, трудового чи цивільного процесуального права, хоча пов'язане з ними. Воно займає самостійне місце в цій системі через наявність власного специфічного предмету та методів правового регулювання;

4) всупереч назві, МПП має національно-правову природу. На відміну від міжнародного публічного права, єдиного для всіх держав, МПП існує в рамках внутрішнього національного права кожної держави: «російське» чи «українське» МПП має відмінності від «англійського» чи «іншого» МПП [5, с. 39]. Не випадково в літературі стверджується, що «не існує єдиного міжнародного приватного права, а є їх стільки, скільки існує на земній кулі правопорядків» [2, с. 27].

Окремо хотілось б зупинитись на питаннях розмежування МПП та міжнародного публічного права.

Спільність МПП та міжнародного публічного права полягає в тому, що:

- в обох випадках йдеться про врегулювання міжнародних відносин в широкому розумінні, тобто відносини, що виходять за межі однієї держави, пов'язані з двома або декількома державами;
- в якості джерела правового регулювання і в МПП, і міжнародному публічному праві застосовуються міжнародні договори.

5. Співвідношення міжнародного приватного права з суміжними галузями права...

В сучасній доктрині загальноновизнаним є положення про те, що роль міжнародних договорів як джерел МПП підвищується. В другій половині ХХ століття число міжнародних договорів, як багатосторонніх, так і двосторонніх, що містять норми з питань МПП, різко зросло.

- в МПП використовується ряд загальних принципів міжнародного публічного права: суверенітету держав, невтручання у внутрішні справи держав, недопущення дискримінації іноземних суб'єктів та ін.

Відмінності МПП та міжнародного публічного права полягають у:

- змісті регульованих відносин.

В міжнародному публічному праві головне місце займають політичні взаємини держав: забезпечення миру і міжнародної безпеки, суверенітету держав, проблеми роззброєння та ін. МПП регулює особливу групу приватно-правових відносин, які мають міжнародний характер.

- суб'єктах відносин.

Основними суб'єктами міжнародного публічного права є держави, в той час як основними суб'єктами у МПП є окремі особи – фізичні і юридичні. Відносини між державами – сфера міжнародного публічного права, тоді як відносини між юридичними особами і громадянами держав – сфера міжнародного приватного права.

- джерелах правового регулювання.

В міжнародному публічному праві роль основного джерела відносин відіграє міжнародний договір. В МПП істотне значення мають джерела внутрішнього характеру – національні законодавство та судова і арбітражна практика. Міжнародні договори також мають велике значення, але їхні положення стають чинними для приватно-правових суб'єктів відповідної держави після того, як вони у певній формі будуть санкціоновані державою і стануть частиною національного законодавства [2, с. 13–18].

- за сферою дії.

Сфера дії МПП як частини національної системи права обмежується територією відповідної держави [21, с. 20].

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник / М. М. Богуславский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2005. – 604 с.
5. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
7. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
8. Мережко Олександр. Поняття та сутність сучасного міжнародного права // Юридичний журнал. – № 7. – 2008. [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/>
9. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні запитання

1. Які суспільні відносини складають предмет міжнародного приватного права?
2. В чому проявляється «іноземний елемент» у правовідносинах, що охоплюються міжнародним приватним правом?
3. Чи можуть держави виступати учасниками правовідносин у міжнародному приватному праві?
4. Вкажіть загальні та спеціальні методи правового регулювання в міжнародному приватному праві.
5. Вкажіть складові елементи системи міжнародного приватного права.

Тестові завдання

1. Міжнародне приватне право це:
 - а) підгалузь міжнародного економічного права;
 - б) правова система, яка складається з колізійних норм;
 - в) самостійний розділ цивільного права;
 - г) система правових норм щодо врегулювання міжнародних відносин приватно-правового характеру.
2. Міжнародне приватне право регулює:
 - а) відносини між державами та їх громадянами;
 - б) відносини за участю іноземних держав як суверенних суб'єктів міжнародного права;
 - в) міжнародні відносини невідного характеру;
 - г) міжнародні екологічні відносини.
3. Суб'єктами відносин, що регулюються міжнародним приватним правом, можуть виступати:
 - а) національні меншини;
 - б) територіальні громади;
 - в) держави;
 - г) політичні партії.
4. Предмет міжнародного приватного права включає в себе:
 - а) виключно цивільно-правові відносини;
 - б) сімейні відносини за участю іноземного елемента;
 - в) будь-які відносини за участю іноземного елемента;
 - г) відносини щодо економічного співробітництва держав.
5. Іноземний елемент у відносинах, що складають предмет міжнародного приватного права, може проявлятися у вигляді:
 - а) іноземного юридичного факту;
 - б) іноземного законодавства;
 - в) міжнародного звичаю;
 - г) міжнародної колізії.
6. Спеціальними методами правового регулювання у міжнародному приватному праві є:
 - а) колізійний метод;
 - б) приватно-правовий метод;

- в) диспозитивний метод;
- г) спеціально-юридичний метод.

7. Матеріально-правове регулювання у міжнародному приватному праві може здійснюватись шляхом:

- а) міжнародного арбітражу;
- б) багатосторонніх переговорів;
- в) укладення договорів про правову допомогу;
- г) узгоджувальних процедур.

8. Історично міжнародне приватне право виникло як:

- а) система публічного права;
- б) комерційне право;
- в) система колізійних норм;
- г) звичаєве право.

9. Особливість колізійного регулювання у міжнародному приватному праві полягає у тому, що:

- а) відповідні відносини врегульовуються по-суті;
- б) застосовуються положення міжнародних договорів;
- в) не беруться до уваги норми національного законодавства;
- г) відповідні відносини не врегульовуються по-суті.

10. Особлива частина міжнародного приватного права включає в себе такий розділ як:

- а) право інтелектуальної власності;
- б) міжнародний кримінальний процес;
- в) право міжнародних договорів;
- г) боротьба з торгівлею людьми.

Практичні завдання

1. Уряд України звернувся до Європейського Союзу щодо отримання допомоги для здійсненні демаркації кордону з Росією та Білоруссю. Обґрунтуйте, чи належать дані правовідносини до сфери міжнародного приватного права?

2. Під час міжнародної зустрічі глав урядів європейських держав прем'єр-міністри України та Румунії склали спільний протокол про співпрацю в сфері охорони гірських річок. Чи охоплюються такі відносини міжнародним приватним правом?

ТЕМА 2. ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

1. Поняття та види джерел міжнародного приватного права.

2. Характеристика окремих видів джерел міжнародного приватного права:

2.1. національне (внутрішнє) законодавство;

2.2. міжнародні договори;

2.3. міжнародні звичаї;

2.4. судова та арбітражна практика.

1. ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ДЖЕРЕЛ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА.

Під джерелом права в юридичному контексті розуміється акт правотворчості, що об'єктивувався в документальному вигляді і виступає формою юридичного існування норм права. Особливості джерел тієї або іншої системи або галузі права залежать від їх змісту та природи, яка, у свою чергу, визначається змістом регульованих суспільних відносин.

В системі національного права джерелами є форми виразу державної волі, що зовнішньо об'єктивувався в документальному вигляді: нормативний юридичний акт, судовий прецедент, санкціонований звичай, правовий договір. В системі міжнародного права джерелами є форми виразу узгодженої волі суб'єктів міжнародного права: договір, звичай, заключні акти міждержавних конференцій і рішення міжнародних організацій.

Враховуючи викладене, джерелами МПП виступають ті юридичні форми, які характерні для національного права взагалі [7, с. 6–7].

В вітчизняній літературі до джерел МПП прийнято відносити:

- національне (внутрішнє) законодавство;
- судову та арбітражну практику;

- міжнародні договори;
- міжнародні звичаї.

В доктрині широко поширено думку про «подвійну» природу джерел міжнародного приватного права, згідно якої до них відносяться як національно-правові, так і міжнародно-правові форми (міжнародні договори і міжнародно-правові звичаї) [4, с. 22; 5, с. 15–16].

Вказане виступає основною особливістю джерел міжнародного приватного права: з одного боку, джерелами є міжнародні договори і міжнародні звичаї, а з іншою – норми законодавства і судова практика окремих держав та вживані в них звичаї в сфері торгівлі і мореплавства. В першому випадку мається на увазі міжнародне регулювання (в тому розумінні, що одні і ті ж норми діють в двох або декількох державах), а в другому – регулювання внутрішньодержавне. Подвійність джерел не означає можливості розділення міжнародного приватного права на дві частини, предметом регулювання в обох випадках є одні і ті ж відносини [2, с. 46].

На протигагу цьому існує точка зору науковців, які розглядають МПП як складову виключно національного права і вважають, що його джерелами, як і будь-якої іншої галузі національного права, можуть бути лише національно-правові джерела. Відповідно до даного підходу, міжнародно-правові за походженням норми стають обов'язковими для суб'єктів відносин, що регулюються МПП певної держави, лише після їх «трансформації» у її внутрішнє законодавство (шляхом ратифікації відповідного міжнародного договору, санкціонування застосування міжнародних звичаїв та ін.) [1, с. 37–38].

Також слід звернути увагу, що правова доктрина вітчизняними науковцями переважно не розглядається у в якості джерела МПП [2, с. 48]. Водночас не можна повністю відкидати використання правової доктрини в практиці правового регулювання відносин в сфері МПП. Так, згідно ч. 1 ст. 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 і доктриною у відповідній іноземній державі». Вказане дає підстави вести мову про використання правової доктрини при розробці і тлумаченні норм МПП [2, с. 48], а також застосуванні норм іноземного права.

Так, при подоланні пробілів у правовому регулюванні, що достатньо актуально для сфери МПП, судді та інші практичні працівники достатньо широко використовують науково-практичні коментарі нормативно-правових актів, зокрема Закону України «Про міжнародне приватне право», а також вивчають існуючі публікації та наукові дослідження з того чи іншого питання. Зрештою, під впливом відповідних навчальних та наукових видань формується їх правосвідомість, що має важливий вплив на практику правового регулювання.

2. ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ ВИДІВ ДЖЕРЕЛ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

2.1. Національне (внутрішнє) законодавство.

Національне законодавство кожної окремої держави залишається головним джерелом міжнародного приватного права. Причому відповідні норми можуть містити як власне закони, так і підзаконні акти.

Нормативно-правові акти у складі національного (внутрішнього) законодавства, що регулюють відносини за участю іноземного елемента, за змістом можна поділити на дві групи:

- нормативно-правові акти, всі норми яких регулюють відносини, що охоплюються МПП;
- нормативно-правові акти, певна частина чи лише окремі норми яких регулюють відносини, що охоплюються МПП [9, с. 20].

До першої групи в українському законодавстві слід відносити Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р., Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 р., Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р., нормативно-правові акти в галузі іноземного інвестування та ін.

До другої групи належать Конституція України (ст.ст. 9, 26 та ін.), Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22.09.2011 р., Сімейний кодекс України (розділ VI «Особливості усиновлення за участю іноземців та осіб без громадянства») та ін.

Безспірним можна вважати те, що всі колізійні норми, що містяться у відповідному національному законодавстві, входять до тієї його частини, що становить відповідне джерело МПП. Питання ж про те, чи входять до складу МПП матеріально-правові норми національного законодавства і, якщо вони сюди включаються, то які саме і в якій мірі, залишається достатньо спірним. Науковцями висловлюється достатньо широкий спектр думок з даного питання: від включення до сфери МПП всіх матеріально-правових норм, які стосуються приватно-відносин за участю іноземного елемента, і до обмежування нормативно-правової бази МПП тими нормами, котрі безпосередньо регулюють такі відносини [1, с. 41].

У правових системах країн світу існують наступні підходи щодо розташування норм, які входять до сфери МПП:

- у цивільних кодексах держав;
- у спеціальних законах про міжнародне приватне право;
- в окремих законах або інших нормативно-правових актах.

Перша система розташування норм МПП передбачає їх вміщення у цивільні кодекси держав як певну автономну частину цих кодексів. Прикладом може бути Цивільний кодекс Російської Федерації (розділ VI «Міжнародне приватне право»).

З розвитком кодифікаційних процесів законодавці багатьох держав пішли шляхом створення спеціальних національних законів про МПП. В основу цих законів покладено пандектну систему, відповідно до якої їх тексти складаються із загальної частини, де викладено основні положення про МПП (умови дії колізійних норм, застосування іноземного права тощо) і особливої частини, яка містить конкретні колізійні приписи. Деякі з цих законів містять окремий розділ, що встановлює певні положення, які стосуються сфери міжнародного цивільного процесу [1, с. 42]. На сьогодні такий закон прийнято в нашій державі, а також Польщі (1965 р.), Туреччині (1987 р.), Швейцарії (1987 р.), Австрії (1978 р.), Угорщині (1979 р.), ФРН (1986 р.) та ін.

Що стосується третього різновиду розташування норм МПП, то він використовується або як самостійний (коли у державі відсутня одна з попередніх форм кодифікацій норм МПП), або як додатковий до однієї із зазначених типів кодифікації. Що стосується останнього, то така ситуація має місце в нашій державі. Прикладами можуть бути розділ VI «Особливості усиновлення за участю іноземців та осіб без громадянства» Сімейного кодексу України, «Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)», затверджене наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 06.09.2001 р. та ін.

Оскільки окремих законів та інших нормативно-правових актів, що стосуються МПП, у державах існує велика кількість, виникає ще одна складність у процесі правового регулювання відповідних відносин – необхідність пошуку та ретельного вивчення значної кількості національних норм щодо правового регулювання відносин за участю іноземного елемента [1, с. 42–43].

2.2. Міжнародні договори.

Коли мова йде про подвійну природу джерел МПП, то береться до уваги, що багато норм, що входять в його систему, створюються у формі міжнародного договору, рідше – міжнародних звичаїв. Міжнародні договори відіграють значну роль в створенні норм міжнародного приватного права, зокрема уніфікованих колізійних і матеріальних норм. Проте спірним є питання про те, чи можуть міжнародні договори безпосередньо виступати джерелом МПП. Достатньо багато науковців вважають, що міжнародний договір стає джерелом МПП лише внаслідок «трансформації» його положень у внутрішнє законодавство [1, с. 51].

Підставою для подібних тверджень є те, що міжнародне право і національне право – це дві відносно самостійні правові системи, які знаходяться у взаємодії, проте не підлеглі одна іншій. Міжнародний договір є результатом міжнародної правотворчості як процесу узгодження волі зацікавлених держав і його норми регулюють міждержавні відносини шляхом встановлення прав та обов'язків учасників-держав (в нашому випадку – одноманітно регулювати в національному законодавстві

певні приватно-правові відносини за участю іноземного елемента). При цьому їх норми не можуть самі по собі регулювати відносини приватно-правових суб'єктів, що підпадають під дію певного національного правопорядку. Для того щоб норми міжнародного договору набули здатність регулювати відносини з участю фізичних і юридичних осіб, вони повинні увійти до правової системи країни, набути юридичну силу національного права. Юридичний механізм даного процесу передбачається внутрішнім правом держави і переважно іменується «трансформацією міжнародно-правових норм в національно-правові». При всій умовності самого терміну (насправді норма міжнародного права не перетворюється, вона зберігає своє місце в міжнародному праві, а її змісту надається статус національно-правової норми), теорія трансформації найбільш адекватно відображає зміст юридичного процесу сприйняття норм міжнародного права національним правом. В цілому, національно-правові механізми подібного сприйняття (трансформації), існуючі в різних державах, можуть мати відмінності, проте переважно є достатньо типовими [5, с. 84–86].

Законом України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 р. (ст. 8) передбачено, що згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися шляхом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору. Згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися й іншим шляхом, про який домовилися сторони.

Як зазначається в літературі, певні суперечності між положеннями ст. 9 Конституції України та вказаними положеннями Закону України «Про міжнародні договори України» породжують питання щодо юридичної сили тих міжнародних договорів, які не були ратифіковані Верховною Радою України [6, с. 25].

Ст. 9 цього Закону визначає, які міжнародні договори України підлягають ратифікації, та встановлює саму процедуру ратифікації. Ратифікація міжнародних договорів України здійснюється шляхом прийняття закону про ратифікацію, невід'ємною частиною якого є текст міжнародного договору. На підставі підписаного та офіційно оприлюдненого Президентом України закону Голова Верховної Ради України підписує ратифікаційну грамоту, яка засвідчується підписом Міністра закордонних справ України, якщо договором передбачено обмін такими грамотами.

Згідно зі ст. 9 Конституції України та відповідно до ст. 10 Цивільного кодексу України, частиною національного законодавства стають тільки «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

Після трансформації норми міжнародних договорів займають особливе місце у внутрішній правовій системі кожної держави – учасника міжнародного договору, оскільки:

– поширеною є практика, коли норми міжнародних договорів, належним чином ратифікованих або схвалених, мають силу, що перевищує силу норм внутрішнього законодавства.

Так, у багатьох законодавчих актах України існує застереження на зразок: «Якщо міжнародним договором України встановлено інші правила, ніж у цьому законі, застосовуються правила міжнародного договору». Це, зокрема, передбачено ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України», ст. 10 Цивільного кодексу України.

– ці норми зберігають автономне положення у внутрішній правовій системі кожної держави – учасника міжнародного договору.

Автономний характер цих норм обумовлений тим, що вони виражають волю не однієї держави, а всіх держав – учасників. З цього випливає, що:

- 1) такі норми не можна довільно, без згоди інших держав-учасників, змінювати;
- 2) їх тлумачення та застосування повинно здійснюватися відповідно до загальноприйнятої міжнародної практики.

На це звертається увагу в деяких міжнародних угодах. Так, в «Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» 1980 р. (п. 1 ст. 7) вказується: «при тлумаченні цієї Конвенції належить враховувати її міжнародний характер та необхідність сприяти досягненню однакового її застосування й додержання сумлінності в міжнародній торгівлі.» З положень ст.ст. 31–33 «Віденської конвенції про право міжнародних договорів» від 23.05.1969 р., випливає, що вживані в міжнародному договорі поняття можуть не співпадати з поняттями, термінами внутрішнього законодавства. В цих випадках рекомендується враховувати практику і цілі договору [1, с. 51–56].

Згідно положень ст. 2 Закону України «Про міжнародні договори України», міжнародний договір України – укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права договір, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо).

Практично аналогічними є визначення міжнародного договору, що вміщене в ст. 2 «Віденської конвенції про право міжнародних договорів» (1969 р.). Що стосується літератури, то автори, визначаючи поняття міжнародного договору, як правило, виходять з його офіційного визначення [10, с. 42].

На сьогодні Україна є учасницею значної кількості дво- та багатосторонніх договорів з питань, що належать до сфери МПП. Так, за даними Міністерства юстиції України, станом на 15 травня 2007 року договірно-правова база України у сфері правових відносин та між-

народної правової допомоги складалась з 86 договорів і їх кількість постійно збільшується [11].

Це зумовлює необхідність здійснення певної їх класифікації для полегшення вивчення. Таку класифікацію (систематизацію) можна проводити за різними критеріями:

– *за кількістю сторін*: двосторонні та багатосторонні договори.

В якості прикладу двосторонніх договорів можна вказати «Угоду між Україною та Республікою Кіпр про правову допомогу в цивільних справах» (2004 р.). Що стосується багатосторонніх договорів, то вони можуть мати назву «угода» (як приклад – «Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності» (м. Київ, 1992 р.), «конвенція» («Гаазька конвенція з питань цивільного процесу» (1954 р.), «протокол» («Протокол до Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» (1997 р.) та ін.

– *за способом набуття чинності для нашої держави*: договори, укладені Україною, та договори СРСР, чинні для України в порядку правонаступництва.

Як приклад перших можна назвати «Договір між Україною та Китайською Народною Республікою про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах» (1992 р.), який став першим для України у цій сфері. З договорів СРСР чинними для нашої країни є «Угода між СРСР і Австрійською Республікою з питань цивільного процесу» (1970 р.), «Гаазька конвенція з питань цивільного процесу» (1954 р.) та ін.

Слід враховувати, що, відповідно до ст. 34 «Віденської конвенції про правонаступництво держав відносно договорів» (1978 р.) (чинна для України з 06.11.1996 р.), коли частина або частини території держави відокремлюються й утворюють одну або декілька держав, незалежно від того, чи продовжує існувати держава-попередниця, будь-який договір, що був чинним на момент правонаступництва держав щодо всієї території держави-попередниці, залишається чинним стосовно кожної утвореної в такий спосіб держави-спадкоємниці [8, с. 277].

– *за напрямом спеціалізації*: універсальні та спеціалізовані.

До перших належать договори, які охоплюють весь комплекс питань, що виникають в сфері МПП. Як приклад – «Договір між Україною та Республікою Болгарія про правову допомогу в цивільних справах» (2004 р.), який одночасно регулює всі міжнародно-правові відносини, які в широкому розумінні можна вважати «цивільними»: цивільні, трудові, сімейні, комерційні (господарські) та процесуальні. Прикладами спеціалізованих договорів можуть бути «Гаазька конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах» (1970 р.), «Конвенція про стягнення аліментів за кордоном» (1956 р.) та ін.

– *за предметом регулювання*.

Спеціалізовані міжнародні договори можуть стосуватись зовнішньоекономічної діяльності, шлюбно-сімейних відносин, авторських та суміжних прав, спадкування, трудових відносин та ін.

– *за територіальною сферою дії багатосторонні договори бувають*: всесвітні та регіональні.

Прикладом перших є «Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.), участь в якій на сьогодні беруть фактично всі

держави, які відіграють хоч більш-менш значну роль у світовій торгівлі [15, с. 510]. Для нашої держави серед регіональних багатосторонніх договорів в сфері МПП більшість становлять договори, укладені в рамках держав Європи або СНД («Європейська конвенція про інформацію стосовно іноземного законодавства» (1968 р.), «Мінська конвенція про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.) та ін.

2.3. Міжнародні звичаї

В цілому під правовим звичаєм прийнято розуміти правило поведінки, що фактично склалось на протязі певного часу, яке офіційно визнане (санкціоноване) державою в якості загальнообов'язкової норми права [12, с. 400]. Правовий звичай може виступати джерелом як національного, так і міжнародного права, тому їх необхідно розрізняти.

На сьогодні можливість застосування звичаїв у при здійсненні «внутрішнього» правового регулювання у національному законодавстві передбачають ст. 7 Цивільного кодексу України, ст. 11 Сімейного кодексу України та ін.

В міжнародному публічному праві під міжнародним звичаєм розуміється правило поведінки, яке склалося на практиці у міждержавних відносинах та за яким визнається юридична сила. Згідно ст. 38 «Статуту Міжнародного суду ООН», міжнародний звичай – доказ загальної практики, що склалась у якості правової норми. Також в якості міжнародного звичаю можуть визнаватись правила, зафіксовані в таких актах не правового характеру як резолюції міжнародних нарад і організацій.

Таким чином, *міжнародно-правовий звичай* – це стійке *правило поведінки держав*, що склалося в практиці, за яким держави визнають юридичну силу, тобто виражають свою злагожену волю. Міжнародно-правовий звичай, як і міжнародний договір – це угода між державами, що покладає на них юридичні зобов'язання. Тому все, що було викладено вище про міжнародний договір, стосується і міжнародно-правового звичаю: він виступає джерелом міжнародного публічного права, а у внутрішній сфері держави його дія опосередковується національно-правовими формами [5, с. 96]. В такому порядку міжнародні звичаї визнаються в якості джерела і в МПП.

В літературі вказується, що принциповою відмінністю міжнародних договорів та міжнародних звичаїв є усна форма останніх, що виражається у відсутності їх нормативного закріплення; але при цьому більшість міжнародних звичаїв мають ненормативне закріплення і все ж таки виражені в письмовій формі в т.з. «приватних кодифікаціях», односторонніх актах держав, судових актах та ін. [21, с. 45].

Крім міжнародно-правових звичаїв в міжнародній практиці склалися і широко застосовуються стійкі правила, які іменуються *звичаями міжнародного торгового або ділового обороту*. Ці правила склалися у від-

носинах не між державами, а між фізичними і юридичними особами різних держав в підприємницькій сфері. Особливо велике їх значення в сферах міжнародної торгівлі, міжнародного торгового мореплавства і міжнародних грошових розрахунків [5, с. 96–97].

Враховуючи значну роль звичаїв міжнародного ділового обороту в регламентації міжнародних економічних зв'язків і труднощі щодо встановлення їх змісту через їхній неписаний характер, багато міжнародних організацій вивчають, узагальнюють і публікують свого роду зводи (приватні кодифікації) звичаїв з певних питань. Так, достатньо популярними є підготовлені Міжнародною торговою палатою «Міжнародні правила тлумачення (інтерпретації) торговельних термінів» (ІНКОТЕРМС), «Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів», «Уніфіковані правила по інкасо», «Уніфіковані правила стосовно договірних гарантій», підготовлені в рамках Міжнародного морського комітету «Йорк-Антверпенські правила про загальну аварію», підготовлений Міжнародним інститутом з кодифікації приватного права (УНІДРУА) «Принципи міжнародних комерційних договорів» та ін.

В цілому, в літературі висловлюються достатньо різні точки зору стосовно правової природи та юридичної сили звичаїв міжнародного торгового або ділового обороту. Одні автори розглядають їх як підвид міжнародних звичаїв [1, с. 47; 9, 33], а інші – розглядають як неформальні правила (позначаючи їх при цьому терміном «узвичаєння»), що не мають юридичної сили і не можуть бути юридичними джерелами ні міжнародного публічного, ні національного права, у тому числі МПП [5, с. 96].

Зокрема існує точка зору, що відокремлення міжнародного звичаю від узвичаєння слід проводити за формальною ознакою: коли узвичаєння стає настільки широко застосовним, що воно кодифікується під егідою відповідної міжнародної організації і нею офіційно публікується, то можна вважати, що воно перетворилось у міжнародний звичай [1, с. 48].

Враховуючи розбіжності у поглядах науковців, а також відсутність чітких положень в національному законодавстві з даного питання, вважаємо обґрунтованим стверджувати, що звичаї міжнародного торгового або ділового обороту застосовуються при врегулюванні міжнародних приватно-правових відносин, але:

– або мають факультативний характер – тобто застосовуються тоді, коли самі учасники відносин в договорі чи іншим чином передбачають їх застосування.

До речі, про їх факультативний характер прямо зазначається у деяких з кодифікацій таких звичаїв: преамбула «Принципів міжнародних комерційних договорів» (УНІДРУА, 1994 р.), ст. 1 «Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ» (1976 р.) та ін.

– або конкретна правова норма безпосередньо передбачає їх застосування. Держава може надати звичаям міжнародного торгового або ділового обороту загальної юридичної сили, що можливо в двох

варіантах: або індивідуально державою – тоді міжнародний торговий звичай стає санкціонованим звичаєм і в такій якості – джерелом національного права; або спільно державами у формі міжнародного договору чи у формі міжнародно-правового звичаю – в такому разі він стає джерелом міжнародного публічного права [5, с. 97].

Як приклад санкціонування звичаїв міжнародного торгового обороту спільно державами у формі міжнародного договору пропонується розглядати п. 2 ст. 9 «Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу» (1980 р.), який передбачає обов'язкове застосування (за відсутності домовленості між сторонами договору купівлі-продажу про інше) звичаю, про який вони знали чи мали знати і який в міжнародній торгівлі широко відомий і постійно додержується сторонами в договорах такого роду й відповідній галузі торгівлі [5, с. 97–98].

Що стосується українського законодавства, то в цілому воно дозволяє застосувати звичаї міжнародного ділового обороту: право «використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі цим та іншими законами при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту)» надає ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»; врахування «торгових звичаїв, що стосуються даної угоди» при розгляді комерційних спорів передбачає ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та ін.

Крім того, існують окремі нормативні акти, що передбачають застосування конкретних кодифікацій звичаїв міжнародного ділового обороту: Указом Президента України «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» від 04.10.1994 року № 566 передбачено, що розрахунки за зовнішньоекономічними договорами (контрактами), укладеними суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності, предметом яких є товари (роботи, послуги), здійснюються відповідно до «Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати» та «Уніфікованих правил з інкасо Міжнародної торгової палати»; Указом Президента України від 04.10.1994 р. № 567/94 «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» передбачено застосування «Правил ІНКОТЕРМС» у підприємницькій діяльності та ін.

Таким чином, юридично обов'язковим джерелом МПП є лише санкціонований державою звичай міжнародного ділового обороту, якому держава своєю суверенною волею надає силу національного права, внаслідок чого він діє в національно-правовій формі. Якщо ж такий звичай санкціонований спільно державами у формі міжнародного договору або у формі міжнародно-правового звичаю, він буде діяти в національно-правовій сфері в такому ж порядку, як і будь-яка інша міжнародно-правова норма. В інших же випадках застосування таких звичаїв буде мати факультативний характер.

2.4. Судова та арбітражна практика

Судова та арбітражна практика традиційно виділяється науковцями в якості джерела МПП. При цьому переважною більшістю вітчизняних авторів одразу ж зазначається, що стосується це переважно країн «сім'ї загального права», для яких судовий прецедент виступає основним джерелом права (в першу чергу – Великобританії, а також США, Австралії, Канади та ін.), а не для країн, що належать до «сім'ї континентального права» (романо-германської системи права), включаючи і нашу державу.

Також вказується, що коли судова практика розглядається в якості джерела МПП в країнах англо-саксонської системи права, то в цьому випадку термінологічно правильно говорити не про «судову практику», а про «судовий прецедент» як джерело права – тобто конкретне рішення суду, за яким визнається державою сила закону [5, с. 99].

В широкому розумінні термін «судова практика» можна тлумачити як сукупність усіх судових рішень, винесених відповідними органами за певний проміжок часу на території тієї чи іншої держави. У вузькому розумінні під судовою практикою слід розуміти лише прецеденти – рішення суду, яке приймалось за відсутності закону чи звичаю, на підставі такого правила, яке він встановив би, якби був законодавцем, дотримуючись при цьому традиції та судової практики [1, с. 44].

Під «арбітражною практикою» в сфері МПП розуміють практику третейських судів – міжнародного комерційного арбітражу [2, с. 70].

Вважається, що в нашій національній правовій системі судова практика не виступає джерелом формально-юридичного права, оскільки суди не наділені ні законодавчою владою, ні правом законодавчої ініціативи, а тому їх рішення не створюють норм права, в тому числі норм МПП [2, с. 70; 9, с. 37].

Аргументом, що свідчить про формальне визнання судового прецеденту в якості джерела правового регулювання в Україні, слід, на нашу думку, вважати положення ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 року: «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права».

Також як значний крок щодо запровадження застосування в нашій державі прецедентної судової практики слід розглядати прийняття змін до процесуального законодавства, внаслідок чого, зокрема, в чинній редакції статті 360–7 ЦПК України закріплено положення: рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України; суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішенням Верховного Суду України.

Водночас заперечення за судовими рішеннями якості формального джерела права не зменшує їх ролі для розвитку і вдосконалення законодавства, тлумачення правових норм, подолання пробілів в праві

та законодавстві, забезпеченні одноманітного застосування норм права, створення передумов для прийняття нових норм права і внесення змін в діючі та ін. [1, 44; 2, с. 70; 4, с. 32; 9, с. 37].

При цьому для практики правового регулювання в нашій державі більше значення мають, можливо, не стільки конкретні рішення вищих судових органів, скільки здійснені ними узагальнення щодо власне «судової практики» та роз'яснення чинного законодавства [4, с. 32; 9, с. 37]. Як приклад у сфері МПП: Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» від 24.12.1999 р. № 12, роз'яснення президії Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» від 31.05.2002 р. № 04–5/608, правові позиції Вищого господарського суду України «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01.01.2009 р. та ін.

При цьому практична роль судової і арбітражної практики ще більш значна в МПП, що пов'язано з додатковими труднощами при застосуванні колізійних норм та іноземного права. Зокрема, при застосуванні іноземного права, до якого відсилає національна колізійна норма, виникає достатньо складне завдання щодо встановлення його змісту. Хоча суд іноземне право не знає і не зобов'язаний знати, але законодавством на нього покладено обов'язок щодо встановлення змісту іноземного права; при цьому суд зобов'язаний керуватися не тільки текстами актів іноземного законодавства, але і «практикою застосування», тобто судовою практикою.

Ч. 1 ст. 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 і доктриною у відповідній іноземній державі.»

Посилання на практику застосування не означає, що законодавець тим самим визнав судову практику в якості джерела іноземного права. Суд зобов'язаний застосувати іноземне право так, як воно застосовується «у себе на батьківщині», і судова практика покликана надати допомогу суду в розумінні норм іноземного права, в з'ясуванні їх змісту, в тлумаченні з тим, щоб не допустити неправильного застосування норм іноземного права [5, с. 99].

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. *Чубарев В. Л.* Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. *Фединяк Г. С.* Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.

3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації / В. І. Кисіль. – К.: Україна, 2000. – 400 с.
5. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
7. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
8. *Щокіна О. О.* Правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело міжнародного приватного права: Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03 – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Щокіна Олена Олександрівна. – Х., 2006. – 20 с.
9. *Мережко О.* Теорія джерел міжнародного права // Юридичний журнал. – № 1. – 2009. [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/>
10. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Вкажіть, які існують джерела міжнародного приватного права?
2. Вкажіть приклади кодифікації звичаїв у міжнародному приватному праві.
3. Вкажіть, які основні акти законодавства України регулюють міжнародні приватно-правові відносини з іноземним елементом?
4. Вкажіть основні види міжнародних договорів як джерел міжнародного приватного права.
5. Чи може правова доктрина виступати джерелом правового регулювання в міжнародному приватному праві?

Тестові завдання

1. Основною особливістю джерел у міжнародному приватному праві прийнято вважати їх:

- а) рекомендаційний характер;
- б) подвійний (національний та міжнародний) характер;
- в) незначний рівень кодифікації;
- г) наднаціональний характер.

2. До основних видів джерел у міжнародному приватному праві прийнято відносити:

- а) локальні акти;
- б) матеріально-правові джерела;
- в) міжнародні звичаї;
- г) акти ООН.

3. До національних джерел за походженням у міжнародному приватному праві прийнято відносити:

- а) міжнародні договори;
- б) судову та арбітражну практику;
- в) міжнародні звичаї;
- г) двосторонні договори про правову допомогу.

4. Правова доктрина у міжнародному приватному праві:

- а) виступає самостійним джерелом правового регулювання;
- б) не застосовується взагалі;
- в) враховується при встановленні змісту норм права іноземної держави;
- г) застосовується за згодою учасників відповідних правовідносин.

5. Міжнародний договір України – це:

- а) будь-який міжнародний договір, який зачіпає інтереси України;
- б) міжнародний договір, в якому Україна брала участь раніше або є учасником на даний момент;
- в) міжнародний договір, прийнятий в рамках ООН чи іншої міжнародної організації за участю України;
- г) чинний міжнародний договір України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

6. Якщо міжнародним договором України передбачено інші спеціальні правила, ніж встановлені Законом України «Про міжнародне приватне право», то:

- а) застосовуються правила Закону України «Про міжнародне приватне право»;
- б) застосовуються правила цього міжнародного договору;
- в) застосовуються правила цього міжнародного договору в частині, що не суперечать принципам Закону України «Про міжнародне приватне право»;
- г) застосовуються правила, передбачені відповідними договорами України про правову допомогу.

7. Міжнародні договори з питань міжнародного приватного права в Україні:

- а) застосовуються у будь-якому випадку;
- б) застосовуються, якщо вони не суперечать публічному порядку нашої держави;
- в) застосовуються на засадах взаємності;
- г) застосовуються за умови набуття ними обов'язковості для нашої держави.

8. Колізійні норми в сфері міжнародного приватного права у національному законодавстві переважно містять:

- а) Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність»;
- б) Цивільний кодекс України;
- в) Закон України «Про міжнародне приватне право»;
- г) Закон України «Про особливості регулювання відносин з іноземним елементом».

9. Під судовою та арбітражною практикою як джерелом міжнародного приватного права прийнято розуміти:

- а) судові рішення, яким врегульовується конкретна життєва ситуація;
- б) сукупність усіх судових та арбітражних рішень, винесених відповідними органами за певний проміжок часу на території тієї чи іншої держави;
- в) судові рішення, які набули характеру судового прецеденту і є обов'язковими для вирішення подібних життєвих ситуацій;
- г) судові рішення, що офіційно опубліковані.

10. Під міжнародним звичаєм як джерелом міжнародного приватного права прийнято розуміти:

а) правило поведінки, яке сформувалось внаслідок правозастосовчої діяльності;

б) правило поведінки, яке сформувалось внаслідок його тривалого та одноманітного застосування на міжнародному рівні та визнається обов'язковим;

в) звичаєве правило поведінки, яке отримало своє нормативне закріплення;

г) правило поведінки, яким керується національний суд при вирішенні справи.

Практичні завдання

1. Генеральна Асамблея ООН прийняла резолюцію щодо недопустимості дискримінації іноземних працівників. Обґрунтуйте, чи належить даний акт до джерел міжнародного приватного права?

2. Відповідно до Указу Президента України від 04.10.1994 року № 567/94, при укладанні суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів (контрактів), предметом яких є товари, застосовуються «Міжнародні правила інтерпретації комерційних термінів» («Правила ІНКОТЕРМС»). Вкажіть, яке місце займають вказані правила у системі джерел міжнародного приватного права?

ТЕМА 3. МЕТОДИ РЕГУЛЮВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

- 1. Методи правового регулювання у міжнародному приватному праві: загальна характеристика.*
- 2. Колізійно-правовий метод регулювання.*
- 3. Структура та види колізійних норм.*
- 4. Типи колізійних прив'язок (формул прикріплення).*
- 5. Матеріально-правовий (прямий) метод правового регулювання.*
- 6. Уніфікація і гармонізація норм міжнародного приватного права.*

1. МЕТОДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Правове регулювання суспільних відносин, що складають предмет певної галузі права, здійснюється за допомогою певних методів правового регулювання. При цьому такі методи правового регулювання прийнято поділяти на загальні та спеціальні (галузеві).

Загальний метод правового регулювання – це властива праву в цілому сукупність способів, прийомів і форм використання регулятивних властивостей і функцій норм права.

У МПП використовуються два основні загально-правові методи правового регулювання: цивільно-правовий (диспозитивний) та адміністративно-правовий (імперативний). При цьому таким, що виражає правову природу МПП, виступає цивільно-правовий (диспозитивний) метод, що виступає основним загально-правовим методом правового регулювання в МПП. Проте вказане не виключає достатньо широкого застосування в МПП адміністративно-правового (імперативного) методу

правового регулювання (застереження про публічний порядок, правила про міжнародну підсудність та ін.).

Водночас кожній галузі права властиві свої особливості, обумовлені специфікою об'єкту галузевого правового регулювання, які, в свою чергу, обумовлюють застосування спеціальних методів регулювання даного об'єкту.

Метод галузевого правового регулювання (метод галузі права) – це сукупність прийомів, способів і форм виразу специфічних регулятивних властивостей і функцій, властивих нормам права даної галузі [12, с. 434].

В літературі прийнято виділяти два спеціальні (юридико-технічні) методи правового регулювання, що притаманні МПП та виражають його специфіку: *колізійний* і *матеріально-правовий*. Обидва ці методи доповнюють один одного.

МПП – система правових норм, що регулюють приватно-правові відносини, ускладнені іноземним елементом. При цьому основне завдання МПП – вирішення колізії (зіткнення) між двома чи більше правопорядками, які претендують на регулювання цих відносин. Тому значну частину норм міжнародного приватного права складають т.з. «колізійні норми», які вказують право якої держави повинно бути застосоване до даного правовідношення, тобто містять відсилання до права якої-небудь держави. Іншу частину норм МПП складають норми прямої дії або матеріально-правові норми, які безпосередньо регулюють приватно-правові відносини міжнародного характеру.

Окремі автори виділяють у МПП також ще один спеціально-науковий метод дослідження: *порівняльний* [9, с. 43–49].

На нашу думку, порівняльний метод можна розглядати як метод наукового дослідження в рамках науки МПП, проте він не може розглядатись в якості методу правового регулювання МПП як системи правових норм (галузі права).

2. КОЛІЗІЙНО-ПРАВОВИЙ МЕТОД РЕГУЛЮВАННЯ

Колізійний метод правового регулювання є необхідним при виникненні колізійної проблеми (чи колізійного питання).

Колізійна проблема – це питання, пов'язане з вибором норми права, що підлягає застосуванню до певного правовідношення. Вона завжди виникає при врегулюванні правовідносин з іноземним елементом: необхідно вирішити, який з двох колідуючих (конкуруючих) законів підлягає застосуванню – діючий на території, де знаходиться суд, що розглядає справу, або іноземний закон, тобто закон тієї країни, до якої відноситься іноземний елемент в даній справі [2, с. 75].

Колізії, з точки зору предмета МПП, можуть бути поділені на такі види:

2. Колізійно-правовий метод регулювання

- внутрішні (міжобласні). Даний різновид колізій виникає в межах однієї правової системи, коли необхідно здійснити вибір між різними правовими нормами однієї галузі чи нормами різних галузей національного права, що претендують на врегулювання певного правовідношення;
- зовнішні (міжнародні). Даний різновид колізій виникає за умови, коли необхідно здійснити вибір щодо застосування норм різних національних правових систем.

Слід враховувати, що в даному випадку мова йде про колізії «писаного права», тобто про колізії юридичних норм. В широкому розумінні в літературі виділяють такі види колізій: 1) колізії між нормативними актами або окремими правовими нормами; 2) колізії в правотворчості (безсистемність, дублювання, видання взаємовиключних нормативно-правових актів); 3) колізії в правозастосуванні (різна практика застосування одних і тих же норм різними органами чи в різних місцях); 4) колізії повноважень та статусів суб'єктів, наділених владою [14, с. 429].

Основний спосіб вирішення названої проблеми – це застосування спеціальних норм, що визначають, які правові норми підлягають застосуванню. Цю роль виконують особливі норми – колізійні, які містять правила щодо здійснення такого вибору.

Практиці відомі випадки, коли одні і ті ж колізійні норми застосовуються для розв'язання колізій різних видів. Зокрема американські юристи використовують одні принципи для вирішення як міжнародних, так і міжобласних (міжштатних) колізій [9, с. 51].

Колізійно-правовий спосіб регулювання у МПП здійснюється шляхом застосування колізійних норм, які і містять розпорядження про те, право якої держави треба застосувати. Цей спосіб називають також відсиланням. Колізійна норма, вказуючи компетентний правопорядок, як би відсилає для визначення прав і обов'язків учасників правовідношення до права певної держави. Причому колізійна норма може відіслати як до вітчизняного, так і до іноземного права.

З характером колізійного способу регулювання пов'язана та особливість, що воно здійснюється в дві стадії: 1) вибір права за допомогою колізійної норми (розв'язання колізійного питання); 2) застосування матеріальних норм обраного права для визначення прав і обов'язків сторін. Тому даний спосіб регулювання не прямий, а опосередкований: регулювання по-суті здійснюється матеріальними нормами приватного права тієї держави, яка обрана за допомогою колізійної норми [5, с. 18–19].

Колізійно-правовий – історично перший спосіб регулювання в МПП. Перші правила, а також перші доктрини, що відносяться до сфери МПП, з'явилися тоді, коли стали виникати чисельні правові колізії в результаті розвитку взаємовідносин між державними утвореннями, що мали істотні відмінності в нормах приватного права. Протягом довгого часу МПП існувало і розвивалося тільки як колізійне право. В деяких країнах

(наприклад, в Англії, США, ФРН, Японії) така позиція по відношенню до МПП зберігається і на сьогодні, там воно називається «колізійним правом». Крім того, і в вітчизняній юридичній науці висловлюються погляди щодо обмеження МПП виключно колізійними нормами [2, с. 18–24; 5, с. 19].

Застосування колізійно-правового способу регулювання пов'язане з рядом труднощів юридико-технічного характеру, які можна розглядати як його недоліки:

1) колізійні норми різних держав відрізняються за своїм змістом: вони по-різному вирішують однакові колізійні питання. В результаті вибір права при одній і тій же сукупності фактичних обставин може бути різним залежно від того, згідно з колізійними нормами якої держави він буде здійснюватися. Це явище носить назву «*колізії колізій*», тобто колізії колізійних норм, і є деструктивним фактором в організації міжнародного ділового обороту.

Розбіжності в змісті матеріального і колізійного права різних держав призводить до появи т.з. «*шкунтильгаючих (кульгаючих) правовідносин*». Мова йде про ситуацію, за якої певні відносини за законодавством однієї держави є законними і зумовлюють відповідні правові наслідки, а за законодавством іншої держави розглядаються як незаконні і не породжують жодних юридичних наслідків.

2) застосування колізійно-правового способу регулювання пов'язане з можливим застосуванням іноземного права: колізійна норма може відіслати як до власного права, так і до іноземного. На практиці, встановити зміст і кваліфіковано застосувати норми іноземного права досить складно, оскільки орган, що здійснює застосування іноземного права, як правило, не володіє відповідними знаннями про нього;

3) існує ряд держав, які або взагалі не мають системи колізійних норм, або в них вона слабо розвинута [5, с. 19].

Інтереси розвитку міжнародного ділового обороту вимагають вдосконалення цього способу правового регулювання. З кінця XIX в. почався процес уніфікації, тобто створення однотипних (уніфікованих) колізійних норм. Уніфікація здійснюється у формі міжнародних договорів, що укладають між державами, які беруть на себе зобов'язання застосовувати сформульовані в договорі одноманітні колізійні норми (як приклад – «Конвенція ООН про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів» (1986 р.). Це частково усуває недоліки колізійного способу регулювання. Проте така уніфікація колізійних норм в загальносвітовому масштабі не отримала великого розповсюдження, більш успішними виявились спроби здійснення регіональних уніфікацій.

Прикладом найбільш вдалої уніфікації колізійно-правових норм вважається регіональна уніфікація, зроблена латиноамериканськими країнами: на VI Панамериканській конференції в 1928 р. був прийнятий договір, що отримав назву за іменем його укладача, відомого кубинського юриста – «Кодекс Бустаманте». Вважається, що це єдина досить повна уніфікація колізійно-правових норм, що складається з 437 стат.

Щоправда, навіть в своєму регіоні цей договір не отримав загального застосування: його ратифікували 15 держав Центральної та Південної Америки, а, деякі, зокрема США, не приєдналися до нього [5, с. 19].

Для нашої держави найбільше значення має уніфікація колізійних норм, здійснена в рамках т.з. «Мінської конвенції» – «Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» (м. Мінськ, 1993 р.) та покликаної її замінити «Кишинівської конвенції» – «Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» (м. Кишинів, 2002 р.). Можна також згадати «Угоду про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності» (м. Київ, 1992 р.).

Більш широко уніфікація колізійних норм відбувається на двосторонній основі шляхом укладення міжнародних договорів про надання правової допомоги (це стосується як нашої, так і іноземних держав).

Таким чином, колізійний спосіб регулювання здійснюється в двох правових формах: національно-правовій (за допомогою національних колізійних норм, розроблених кожною державою в своєму праві самостійно) та міжнародно-правовій (за допомогою уніфікованих колізійних норм, розроблених державами спільно в міжнародних договорах).

Незважаючи на вказані недоліки, колізійний метод регулювання все ж є необхідним для застосування, оскільки:

- 1) дозволяє усунути пробіли, що виникають при уніфікації матеріально-правових норм;
- 2) виступає правовою основою для врегулювання відносин в МПП;
- 3) дозволяє здійснювати правове регулювання за умови, коли застосування одноманітних матеріально-правових норм з тих або інших причин є ускладненим [2, с. 80].

В літературі виділяють два способи колізійного регулювання:

- внутрішнє колізійне регулювання, що здійснюється шляхом застосування колізійних норм, вміщених в національному законодавстві;
- уніфіковане колізійне регулювання, що здійснюється шляхом застосування колізійних норм, вміщених в міжнародних договорах. Даний спосіб регулювання є більш ефективним, оскільки, за умови приєднання держав до відповідного договору, не обумовлює виникнення «колізії колізій» [21, с. 30–31].

3. СТРУКТУРА ТА ВИДИ КОЛІЗІЙНИХ НОРМ

Як вже вказувалось, основний способом вирішення «колізійної проблеми» в МПП є застосування колізійних норм, що за своїм змістом визначають, яке право підлягає застосуванню.

Колізійні норми в межах певного національного правопорядку утворюють свою систему з «жорстких» і «гнучких» колізійних норм, причому як загальносвітова тенденція відзначається надання пріоритету останнім. Слід враховувати, що єдиної уніфікованої системи колізійних

норм, як і системи уніфікованих матеріальних норм, в МПП не існує. Процеси їх створення надзвичайно динамічні і мінливі, вони доповнюють один одного [15, с. 27].

Традиційно прийнято вважати, колізійна норма складається з двох основних елементів: обсягу і прив'язки (іноді їх в літературі позначають як «об'єм» та «формула прикріплення»).

Обсяг вказує на склад відносин, для врегулювання яких застосовується норма.

Прив'язка вказує на закон або правову систему, що підлягають застосуванню до конкретного правовідношення (наприклад – *lex fori*: «закон суду»).

Існуючі колізійні норми можна класифікувати за різними критеріями: – **за формою колізійної прив'язки** (формули прикріплення) колізійні норми можуть поділятися на:

а) **односторонні** – прив'язка колізійної норми точно визначає правопорядок, що підлягає застосуванню.

Як приклад, ч. 3 ст. 42 Закону України «Про міжнародне приватне право»: «захист права власності та інших речових прав, які підлягають державній реєстрації в Україні, здійснюється відповідно до права України.»

Слід відзначити певні розбіжності в літературі щодо розуміння односторонніх колізійних прив'язок: якщо одні автори визнають такими прив'язки, які містять в своєму формулюванні назву конкретної країни [1, с. 83], то інші вважають такими і ті прив'язки, які відсилають до закону країни суду, недопускаючи, таким чином, застосування іноземного права [21, с. 63]

б) **двосторонні** – колізійна прив'язка вказує лише принцип вибору права, не називаючи конкретну країну.

Як приклад, ч. 2 ст. 42 Закону України «Про міжнародне приватне право»: «захист права власності та інших речових прав на нерухоме майно здійснюється відповідно до права держави, у якій це майно знаходиться».

– **за характер регулювання** (способом виразу волі законодавця):

а) **імперативні** – заборонено відступ від встановленого в прив'язці правила або не передбачено таку можливість.

б) **диспозитивні** – в нормі встановлено загальне правило, яке діє за відсутності іншої домовленості сторін.

Як приклад, ч. 1 ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право»: «у разі відсутності згоди сторін договору про вибір права, що підлягає застосуванню до цього договору, застосовується право відповідно до частин другої і третьої статті 32 цього Закону...».

в) **альтернативні** – в нормі передбачено декілька різних правил, які можуть застосовуватись для врегулювання відповідного правовідношення.

Як приклад, ч. 1 ст. 42 Закону України «Про міжнародне приватне право»: «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».

Альтернативні норми, в свою чергу, можуть поділятися на *прості альтернативні норми* та *складні альтернативні норми*.

Проста альтернативна колізійна норма – містить дві чи більше колізійних прив'язок, одна з яких застосовується «на вибір» (як приклад – згадана вище ч. 1 ст. 42 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Складна альтернативна колізійна норма – містить дві чи більше колізійних прив'язок, при цьому одна з них є основною, а інші – додатковими, що застосовуються за певних умов, при неможливості застосувати основну колізійну прив'язку [5, с. 123–124].

Як приклад, ч. 1 ст. 60 Закону України «Про міжнародне приватне право»: «правові наслідки шлюбу визначаються спільним особистим законом подружжя, а за його відсутності – правом держави, у якій подружжя мало останнє спільне місце проживання, за умови, що хоча б один з подружжя все ще має місце проживання у цій державі, а за відсутності такого – правом, з яким обидва з подружжя мають найбільш тісний зв'язок іншим чином».

– **за джерелом походження** колізійні норми поділяються на:

а) **внутрішні** – обумовлені волевиявленням національного законодавця і закріплені у внутрішньому законодавстві тієї чи іншої країни;

б) **уніфіковані**, тобто такі, що виникли в результаті домовленості держав чи інших суб'єктів і закріплені в міжнародних договорах чи міжнародних звичаях [21, с. 64].

– **за сферою застосування** колізійні норми поділяються на:

а) **загальнопоширені** – містять колізійні прив'язки, що притаманні законодавству багатьох держав (особистий закон фізичної особи, закон місця знаходження речі, закон місця вчинення акта та ін.);

б) **не мають значного поширення** – містять колізійні прив'язки, які не мають широкого застосування і характерні для права окремих країн чи регіонів (закон валюти боргу, закон прапора та ін.).

– **за пріоритетністю застосування** колізійної прив'язки колізійні норми поділяються на:

а) **основні** – застосовуються «в першу чергу»;

б) **додаткові (субсидіарні)** – застосовуються тоді, коли «не спрацює» основна колізійна норма.

Так, при врегулюванні майнових відносин подружжя основною колізійною нормою виступають положення ч. 1 ст. 61 Закону України «Про міжнародне приватне право», а субсидіарними – положення частин 2 та 3 цієї статті Закону.

4. ТИПИ КОЛІЗІЙНИХ ПРИВ'ЯЗОК (ФОРМУЛ ПРИКРІПЛЕННЯ)

Кожна держава встановлює у своєму національному законодавстві такі правила поведінки, які вважає для себе на даний час найбільш прийнятними. Проте у колізійному регулюванні існують спільні риси, обумовлені взаємним впливом різних правопорядків та обміном досвідом законотворчості. Тому двосторонні колізійні прив'язки різних правових систем вдається узагальнити і розподілити на певні типи.

Найбільш застосовними на практиці є такі формули прикріплення:

1. Особистий закон фізичної особи (lex personalise). За допомогою такої прив'язки встановлюється цивільна правосуб'єктність фізичної особи в межах іноземного правопорядку.

У сучасному МПП ця колізійна прив'язка існує в двох різновидах, а саме:

- закон місця проживання (*lex domicilii*);
- закон громадянства (*lex nationalis, lex patriae*),

Історично держави континентальної правової сім'ї визначали правовий статус фізичних осіб відповідно до законодавства держави громадянства, тоді як країни системи англо-американського права регулювали його правом країни проживання особи. Сучасна тенденція – держави, які нещодавно здобули незалежність, з метою захисту інтересів своїх громадян використовують переважно «закон громадянства», тоді як країни, що у недалекому минулому приймали до себе велику кількість іммігрантів, намагаються підпорядкувати їх дії свого права, застосовуючи «закон місця проживання» [1, с. 86–87; 5, с. 126–128]. Крім того, в ряді держав дані різновиди колізійної прив'язки застосовуються одночасно, зокрема в Україні «закон громадянства» застосовується щодо іноземних громадян, а «закон місця проживання» – щодо осіб без громадянства (ст. 16 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

В ряді випадків в національному законодавстві визначаються критерії, за якими слід встановлювати місце проживання особи: місце постійних занять особи; місце знаходження її майна; місце, де особа постійно перебуває, поселилася і має бажання тривалий час перебувати; місце, де особа працює та ін. [35, с. 56].

2. Особистий закон юридичної особи (lex societatis). Колізійна прив'язка пов'язує вирішення питання про цивільну правосуб'єктність юридичної особи з правопорядком держави її знаходження. При цьому для встановлення місця її знаходження в світовій практиці використовуються наступні критерії:

- місце реєстрації юридичної особи (теорія інкорпорації);
- місце знаходження юридичної особи (теорія осілості).

Різновидами цього підходу виступають:

- місце фактичного знаходження юридичної особи (теорія «статутної» осілості);
- місце знаходження керівних органів юридичної особи (теорія «фактичної» осілості).

4. Типи колізійних прив'язок (формул прикріплення)

- місце здійснення основного виду діяльності (теорія центру експлуатації);
- національність осіб, якими юридична особа контролюється, або її капіталу (теорія контролю)

У випадку з юридичною особою законодавству великої кількості держав світу (в т.ч. України) відомий принцип, що юридична особа має зв'язок з державою реєстрації, тобто тією державою, в якій вона занесена до реєстру юридичних осіб або до торгового реєстру. Альтернативними є підходи, що закріплені в праві багатьох держав континентальної Європи, за якими статус юридичної особи визначається за законодавством держави, де розташовано адміністративний центр даної юридичної особи, або законодавством місця здійснення основної діяльності. Наявність міжнародних корпорацій призвела до виникнення «доктрини контролю», згідно з якою для виявлення «національності» юридичної особи слід встановити, ким конкретно дана компанія контролюється, або кому належить капітал, який цією юридичною особою використовується в процесі її комерційної діяльності [1, 87–89].

3. Закон місця знаходження речі (lex rei sitae). Одна найстаріших форм визначення права, яке підлягає застосуванню для врегулювання відносин, предметом яких є майно, придбане за кордоном або іноземцем на території держави перебування.

Подібні законодавчі рішення можна розглядати як один із проявів дії принципу суверенітету держав, коли будь-який суверен намагається підкорити все, що знаходиться на його території, своїй юрисдикції.

4. Закон, обраний особами, які укладають угоду (lex voluntatis). Дана прив'язка ще має назву «автономія волі» і достатньо поширена у світі. В більшості випадків національні законодавства та міжнародні договори виходять з того, що при вирішенні всіх колізійних питань в сфері міжнародних договірних зобов'язань дана прив'язка є вирішальною [4, с. 47].

5. Закон місця вчинення дії (lex loci actus). Даний тип колізійної прив'язки має наступні самостійні різновиди:

– *закон місця укладання договору (lex loci contractus).* Це формула прикріплення, що передбачає підпорядкування договірних зобов'язань праву держави, в якій укладено договір, має давню історію і у багатьох правопорядках залишається вирішальною.

Проте з розвитком сучасних інформаційних технологій, коли сторони мають можливість укласти контракт «віртуально» (шляхом обміну листами, телеграмами, електронними повідомленнями тощо, безпосередньо не зустрічаючись у певному місці – т.з. «договір між відсутніми») значення цієї колізійної прив'язки послідовно зменшується. У таких випадках постає необхідність використовувати додаткові критерії для встановлення місця укладення договору: місце відправлення акцепту, місце отримання акцепту та ін.

– *закон місця виконання договору (lex loci solutris).* Передбачає застосування до договірних зобов'язань законодавства тієї держави,

в якій вони підлягають виконанню. Застосовується як спеціальна колізійна прив'язка для врегулювання окремих видів договірних зобов'язань (в нашій державі – щодо договорів про нерухоме майно, спільну діяльність або виконання робіт (ч. 2 ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право»);

– *закон місця вчинення угоди, що визначає її форму* (*locus formam regit actum*). Згідно з цією прив'язкою, відносини сторін з питань форми угоди підпорядковуються праву держави її укладення. Вважається, що ця прив'язка залишається непорушною і її обмеження відоме невеликій кількості держав.

З часів середньовіччя вважалось, що даним вибором одночасно вирішується і питання про застосування права щодо договору взагалі, хоча на сьогодні регулювання питань щодо форми та змісту контракту може здійснюватись різними правопорядками [1, с. 90]. Як приклад: на сьогодні ці питання окремо регулюються в розділах III та VI Закону України «Про міжнародне приватне право»).

– *закон місця укладення шлюбу* (*lex loci celebrationis*). Достатньо поширена колізійна прив'язка, яка передбачає підпорядкування форми шлюбу законодавству тієї держави, на території якої такий шлюб укладається. В деяких державах така колізійна прив'язка має більш широке застосування і передбачає врегулювання більш широкого кола питань, пов'язаних з укладенням шлюбу (шлюбний вік, умови вступу в шлюб та ін.);

– *закон місця заподіяння шкоди* (*lex loci delicti commissi*). Згідно з даним колізійним правилом, відповідальність винної сторони регулюється правом держави місця вчинення правопорушення (спричинення шкоди) і до недавніх часів це правило вважалось непорушним. Існувало лише одне загальновизнане обмеження – право іноземної держави не застосовується, якщо дія чи інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди, за національним законодавством не є протиправною.

Однак останнім часом у судовій практиці виникли суттєві проблеми, пов'язані з визначенням місця спричинення шкоди, внаслідок чого на дію даної колізійної прив'язки почали накладатися додаткові обмеження [1, с. 91–92].

– *закон місця виконання роботи* (*lex loci laboris*). Ця прив'язка застосовується для регулювання трудових відносин з іноземним елементом у більшості країн.

6. *Закон держави продавця* (*lex venditoris*). В буквальному розумінні передбачає застосування права тієї держави, до якої належить продавець за договором купівлі-продажу. В широкому розумінні дана

колізійна прив'язка застосовується до договірних зобов'язань в цілому та передбачає застосування законодавства тієї держави, до якої належить сторона, котра здійснює вирішальне виконання для змісту даного договору (такий підхід, зокрема, закріплено в ч. 1 ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Дана колізійна прив'язка є достатньо новою, проте отримала широке розповсюдження як в багатьох національних кодифікаціях з МПП, так і в ряді міжнародних договорів.

7. *Закон суду* (*lex fori*). Зазначена формула прикріплення стосується переважно норм цивільно-процесуального права і за нею суд (або інший компетентний орган) при розгляді справ за участю іноземного елемента застосовує процесуальне законодавство своєї власної держави, навіть у випадках використання положень матеріального іноземного права.

Для даної колізійної прив'язки відрізняється певною абсолютністю і вона застосовується при розгляді будь-якої справи, ускладненої іноземним елементом. За своєю суттю дане правило структурно нагадує односторонню колізійну прив'язку, за якою встановлюється застосування виключно національного права до відповідних відносин [1, с. 93].

8. *Закон найбільш тісного зв'язку* (*proper law*) означає застосування права тієї держави, з якою дане правовідношення найбільш тісно зв'язано. Частіше за все ця формула прикріплення використовується тоді ж, коли і «закон країни продавця» – для вирішення колізійних питань у сфері договірних зобов'язань. Але іноді її використовують в якості загального підходу для регулювання всіх приватно-правових відносин з іноземним елементом [5, с. 134].

9. *Закон прапора* (*lex banderare, lex flagi*). Дана колізійна прив'язка передбачає застосування законодавства держави, прапор котрої несе судно, для врегулювання відносин в сфері торгового мореплавства (рідше – повітряних перевезень).

10. *Закон валюти боргу* (*платежу*) (*lex pecuniae, lex monetae*). Достатньо малопоширена прив'язка, котра все ж застосовується на практиці. Так, німецька та австрійська практика підпорядковують договори, укладені у відповідній валюті, праву держави, валюта якої використовується [1, с. 94].

З поміж інших колізійних прив'язок особливе місце в МПП займають такі як «закон, обраний особами, які укладають угоду» (*lex voluntatis*) та «закон найбільш тісного зв'язку» (*proper law*), які в літературі достатньо часто розглядають як принципи регулювання в сфері МПП.

Закон, обраний особами, які укладають угоду (*lex voluntatis*). Дана колізійна прив'язка (або як ще її називають – «автономія волі») займає

в МПП особливе місце, оскільки сама ідея автономії волі на сьогодні лежить в основі диспозитивних норм МПП [1, с. 94–95].

Зокрема в п. 5 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» «автономія волі» визначено саме як «принцип, згідно з яким учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, що підлягає застосуванню до відповідних правовідносин».

Щодо застосування даної колізійної прив'язки (чи принципу) виникає ряд спірних моментів щодо:

1) меж застосування. Одні дослідники вважають, що сторони можуть обрати для регулювання правовідносин право будь-якої країни світу, у тому числі право країни, яке не має зв'язку з даними правовідносинами. Інші вчені висловлюються більш обережно, вважаючи, що необмежене застосування даного правила може призвести до юридичного абсурду і зазначають, що в ряді держав діє принцип локалізації відповідного договору: сторони можуть вільно обрати право, проте його вибір повинен бути обмежений тими правовими системами, які мають відношення до даного договору [1, с. 95–96].

Вітчизняне законодавство (ст.ст. 5, 10, 43 Закону України «Про міжнародне приватне право») не містить прямих обмежень щодо меж застосування «автономії волі».

2) форми прояву у конкретних правовідносинах. Достатньо загальною є вимога, що воля сторін, яка спрямована на вибір компетентного права, повинна бути явно вираженою або без будь-якого сумніву впливати із обставин справи.

Зокрема, згідно ч. 2 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право», вибір права має бути явно вираженим або прямо впливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, якщо інше не передбачено законом.

3) сфери застосування. Історично такий підхід щодо регулювання застосовувався лише в сфері зобов'язальних відносин, проте у сучасному МПП спостерігається тенденція щодо розширення сфери його застосування, зокрема щодо шлюбних контрактів, спадкування, деліктних зобов'язань, процесуальних відносин («договірна підсудність», укладення арбітражних угод та ін.) [1, с. 96–99], що достатньо неоднозначно сприймається науковцями та законодавством окремих держав.

В національному законодавстві загальні правила щодо застосування «автономії волі» містяться у ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Слід звернути увагу, що національним законодавством підтримано концепцію т. з. «юридичної біотехнології», сутність якої зводиться до можливості «розщеплення» правового регулювання правочину і підпорядкування його частин різним

правовим системам [1, с. 97]: згідно ч. 4 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право», вибір права може бути здійснений щодо правочину в цілому або його окремої частини.

«Закон найбільш тісного зв'язку» (proper law) або «гнучке» колізійне регулювання.

В більшості випадків колізійні прив'язки (формули прикріплення), використання яких складає зміст традиційного (класичного) колізійного методу регулювання у МПП, виступають як засіб пошуку матеріально-правових норм, що підлягають застосуванню щодо врегулювання певних відносин за участю іноземного елемента. При цьому з встановленням відповідних (застосовних) матеріально-правових норм (національних чи іноземних) даний процес припинявся, а питання про те, який саме результат стане наслідком застосування віднайдених норм не брався до уваги. Проте цей наслідок може бути негативним, таким, що ніякою мірою не буде задовольняти сторони, які зацікавлені у врегулюванні своїх відносин чи у належному вирішенні спору, який між ними виник [1, с. 99].

Тому у доктрині МПП досить давно зазначено, що застосування класичних колізійних норм нерідко призводить до незадовільних результатів, оскільки при вирішенні колізійної проблеми практично неможливо врахувати всі національні та міжнародні інтереси. В зв'язку з цим виникає потреба шукати компроміс між конфліктуєчими інтересами: правозастосовуючий орган, визначивши підлягаючі застосуванню конкретні матеріально-правові норми, повинен також, використовуючи нові підходи та концепції, обрати найбільш справедливий і розумний з цих норм, які відповідали б очікуванням сторін та інтересам держави [1, с. 99].

При цьому застосовуються такі поняття як «тісний зв'язок», «переважаючий інтерес» та ін. У доктрині МПП ідея найтіснішого зв'язку не викликала особливих заперечень, оскільки традиційна концепція МПП взагалі виходить з того, що відносини будуть краще врегульовані правом тієї держави, з якою ці відносини найбільшою мірою пов'язані. Однак при цьому зауважується, що міра пов'язаності фактичних відносин з певним правопорядком не повинна визначатися судом чи арбітражем, а має встановлюватися на основі заздалегідь передбачених чітких критеріїв.

Ряд науковців вказує, що в сучасному МПП відбувається поступове зменшення ролі численних класичних колізійних прив'язок і заміну їх на невелику кількість основних принципів, які будуть спрямовувати

пошук суду у справі віднайдення застосовного права і зможуть у віддаленому майбутньому взагалі «витіснити» класичний колізійний метод [1, с. 101–103].

Застосування «гнучкого колізійного регулювання», крім забезпечення більшої адекватності при обранні застосовуваного матеріального права, має ще одну суттєву перевагу, оскільки дає можливість визначити застосовуване матеріальне право при виникненні тупикових колізійних суперечностей, коли застосування традиційних колізійних прив'язок є неможливим або безрезультатним [15, с. 28].

Дана колізійна прив'язка (чи принцип) на міжнародно-правовому рівні знайшла своє закріплення, зокрема, у «Віденській конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.) (ст. 10): «якщо сторона має більше одного комерційного підприємства, її комерційним підприємством вважається те, яке, з урахуванням обставин справи, що були відомі сторонам або щодо яких були припущення у будь-який час до або у момент укладання договору, має найбільш тісний зв'язок з договором або його виконанням»).

У національному законодавстві загальні правила з даного питання закріплені у ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право», а спеціальні правила – у ст. 16, 32 та ін. Закону України «Про міжнародне приватне право».

5. МАТЕРІАЛЬНО-ПРАВОВИЙ (ПРЯМИЙ) МЕТОД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Правове регулювання в рамках МПП на сьогодні не обмежується «колізійним правом», тобто застосуванням виключно колізійно-правового методу регулювання та колізійних норм. Поряд з цим достатньо широко застосовується матеріально-правовий (прямий) метод правового регулювання, який передбачає застосування спеціальних матеріальних норм, спрямованих на безпосереднє врегулювання відносин з іноземним елементом.

Матеріально-правовий метод виражається:

а) в застосуванні міжнародно-правових за свої походженням норм, які безпосередньо спрямовані на врегулювання правовідносини з іноземним елементом;

б) в застосуванні національно-правових за походженням норм, які безпосередньо регулюють правовідносини з іноземним елементом.

В вітчизняній літературі до матеріально-правових норм відносять:

- уніфіковані норми міжнародних договорів;
- норми національного законодавства, які регулюють відносини з участю іноземного елемента;
- міжнародні та торговельні звичаї;

– судова та арбітражна практика (у державах, де вона визнається джерелом права) [4, с. 16; 9, с. 62].

При цьому міжнародні та торговельні звичаї, судова та арбітражна практика є джерелами матеріально-правових норм у державах тією мірою, якою вони їх визнають [9, с. 64].

Матеріально-правові норми міжнародних договорів є уніфікованими правилами, створеними кількома суб'єктами міжнародного права для безпосереднього регулювання правовідносин, що часто виникають у практиці МПП. Здебільшого такі договори укладаються щодо регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності, зовнішньоекономічної діяльності, відшкодування шкоди та ін. [9, с. 62].

При цьому слід розрізняти «уніфікацію» норм МПП шляхом укладання міжнародних договорів та власне «матеріально-правове регулювання» в рамках МПП, оскільки міжнародні договори можуть містити як уніфіковані матеріальні, так і уніфіковані колізійні норми.

Також слід враховувати, що уніфіковані норми міжнародних договорів є основним джерелом матеріально-правового регулювання, оскільки матеріально-правові норми того чи іншого національного законодавства до конкретного правовідношення можуть і не застосовуватись (як приклад – колізійна норма не передбачає застосування норм цього законодавства, відсилаючи до права іншої держави).

Крім матеріально-правових норм міжнародних договорів МПП включає і матеріально-правові норми внутрішнього законодавства, спеціально призначені для регулювання цивільних відносин з іноземним елементом. До таких норм, зокрема, відносяться: а) норми, що регулюють зовнішньоекономічну діяльність; б) норми, що визначають правовий статус підприємств з іноземними інвестиціями; в) норми, що стосуються режиму іноземних інвестицій та інвестиційної діяльності; г) норми, що визначають статус власних громадян за кордоном; д) норми, що визначають права і обов'язки іноземних суб'єктів у сфері цивільного, сімейного, трудового і процесуального права [2, с. 77–78].

Матеріально-правові норми внутрішнього законодавства, які входять до складу МПП, слід відрізнити від інших норм національного законодавства за тим критерієм, що такі норми призначені виключно для регулювання відносин з іноземним елементом, вони не застосовуються щодо регулювання відносин за участю «вітчизняних» суб'єктів, які не охоплюються предметом МПП.

Матеріально-правовий (прямий) метод регулювання має наступні переваги:

1) забезпечується більша адекватність правового регулювання в порівнянні з колізійним регулюванням. Колізійна норма в цілому відсилає до права якоїсь держави, а норми цього права, як правило, формувалися як норми загального характеру, покликані регулювати всі цивільно-правові, сімейні і інші відносини без урахування специфіки «міжнародного

фактичного складу». Іншими словами, при матеріально-правовому методі завжди застосовується спеціальне регулювання, а при колізійному – загальне.

2) забезпечується більша визначеність для учасників відповідних відносин, оскільки для них, а також для відповідних органів, які будуть здійснювати правозастосування, матеріально-правові норми завжди відомі наперед;

3) усувається однобічність в правовому регулюванні, характерна при застосуванні колізійного методу. Матеріально-правові норми МПП, особливо норми міжнародних договорів, спеціально створюються для врегулювання відносин за участю іноземного елемента, а тому в ряді випадків носять «компромісний» характер, враховуючи інтереси іноземної сторони та особливості міжнародно-правових відносин [2, с. 80–81].

Недоліками даного методу регулювання є неможливість охопити матеріально-правовими нормами всі відносини, які належать до сфери МПП: не з усіх питань на сьогодні існують відповідні міжнародні договори чи загальнопоширені звичаї; не всі держави беруть в уже існуючих договорах чи визнають існуючі звичаї; з ряду питань створення загальноприйнятих уніфікованих матеріальних норм є малоімовірним, враховуючи суттєві відмінності між різними національними правовими системами.

6. УНІФІКАЦІЯ І ГАРМОНІЗАЦІЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Однією із закономірностей сучасного життя є інтернаціоналізація всіх сфер життєдіяльності людини і особливо – сфери економіки та її правового регулювання. Інтернаціоналізація або узгодження (зближення) права різних держав проявляється в двох взаємозв'язаних процесах – уніфікації і гармонізації.

Деякі вітчизняні автори виділяють наступні напрями (форми, підходи, способи) узгодження права різних держав: зближення законодавств, гармонізація законодавств та уніфікація законодавства [4, с. 34–36; 9, с. 37]. В свою чергу, не вважаємо достатньо обґрунтованим окремо виділяти «зближення законодавств» та «гармонізацію законодавств» через відсутність принципових відмінностей між ними.

Уніфікація права полягає в створенні однакових, одноманітних норм у внутрішньому праві різних держав. Уніфікація охоплює всі галузі внутрішнього права держав, але найбільш відчутних результатів процес уніфікації досяг в МПП, що, зокрема, пояснюється об'єктивною

зацікавленістю держав в забезпеченні одноманітного правового регулювання в цій сфері. Оскільки не існує наднаціонального «законодавчого» органу, що приймає юридично обов'язкові закони для внутрішнього права держав, то єдиним способом створення уніфікованих норм є співпраця держав. При цьому уніфікація відбувається в двох правових системах – в міжнародному праві і у внутрішньому праві держави [5, с. 101–102].

Процес уніфікації права протікає в двох правових системах – в міжнародному праві, і в національному. На першому етапі досягається згода між державами з приводу одноманітного регулювання певних відносин, що оформлюється міжнародним договором. Будь-який міжнародний договір, незалежно від того, якому конкретному питанню він присвячений, регулює відносини тільки держав-учасників з приводу забезпечення одноманітної регламентації відповідних відносин. Тільки тоді, коли норми, що містяться в міжнародному договорі, стануть частиною національного (внутрішнього) права держав, можна говорити про уніфікацію права як про закінчений процес: у внутрішньому праві держав – учасників договору з'явилися однакові правові норми.

Уніфікація норм МПП як правотворчий процес має два етапи (стадії):

1. На першій стадії створюється комплекс відповідних правових норм у формі міжнародного договору і держави беруть на себе міжнародно-правові зобов'язання забезпечити їхнє застосування. Оскільки норми, що містяться в договорах, ще не уніфіковані, але призначені стати такими, їх пропонується називати «уніфікуючими нормами». По своїй природі це міжнародно-правові норми, які обов'язкові тільки для держав – сторін відповідного договору.

2. На другій стадії відбувається сприйняття міжнародно-правових норм національним правом. В результаті в національному праві різних держав з'являються «уніфіковані норми», тобто однакові, повністю співпадаючі за змістом. Ці норми мають силу національного права, включають і відповідні національно-правові заходи їхнього примусового виконання. В такій якості названі норми юридично обов'язкові для всіх суб'єктів національного права, як учасників приватно-правових відносин, так і правозастосовних органів [5, с. 102–103].

Процес включення міжнародно-правових норм (норм міжнародних договорів і міжнародних звичаїв) в національну праву систему в літературі називається «трансформацією» або «національною імплементацією». Цей процес здійснюється за допомогою відповідних національно-правових механізмів (підписання міжнародних договорів главою держави, приєднання, ратифікація та ін.) [5, с. 103].

Процес уніфікації міжнародно-правових норм здійснюється за безпосередньої участі держав та відповідних міжнародних організацій.

На сьогодні діяльність щодо уніфікації норм МПП здійснюють:

- організації, які виникли історично та завдяки своїй діяльності в сфері кодифікації МПП здобули загальне визнання;
- організації, що створені та діють в рамках чи під егідою ООН;
- окремі міжнародні організації.

Стосовно організацій, які виникли історично та займаються питаннями кодифікації норм МПП слід виділити наступні:

- «Гаазька конференція з міжнародного приватного права.»

Перша «Гаазька конференція» була офіційно скликана у 1893 р. урядом Нідерландів у столиці цієї держави, у зв'язку з чим Конференція і отримала назву Гаазької. У 1955 р. було прийнято Статут даної Конференції, згідно з яким «Гаазьку конференцію з міжнародного приватного права» було перетворено на міжурядову міжнародну організацію, в яку нині входить 62 країни. Наша держава прийняла Статут цієї Конференції згідно із Законом України від 15.05.2003 р. «Гаазька конференція» має на меті здійснення уніфікації норм міжнародного приватного права шляхом розробки проектів конвенцій або вивчення питань міжнародного приватного права. Функціонування Конференції забезпечується нідерландською постійною урядовою комісією. За час свого існування під егідою Конференції прийнято понад тридцять конвенцій, зокрема «Гаазька конвенція з питань цивільного процесу» (1954 р.), «Гаазька конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах» (1970 р.), «Гаазька конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах» (1965 р.), «Гаазька конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів» (1961 р.) та ін. [1, с. 66].

- «Міжнародний інститут з уніфікації приватного права» (УНІДРУА).

Його було засновано у 1926 р. на основі двосторонньої угоди між урядом Італії і Радою Ліги Націй як допоміжний орган Ліги Націй. Після прийняття Статуту УНІДРУА (1940 р.), він перетворений на міжурядову міжнародну організацію, що сьогодні налічує 59 країн-членів, до складу яких Україна не входить. Метою цієї організації є вивчення засобів гармонізації та зближення приватного права держав або груп держав і підготовка до прийняття різними державами законодавства, що містило б уніфіковані норми приватного права. З цієї метою «Інститут» готує проекти законів і конвенцій, здійснює порівняльні дослідження норм приватного права, організує конференції та публікує дослідження з МПП та ін. УНІДРУА підготував понад 70 проектів міжнародних угод у різних галузях МПП [1, с. 66–67].

Щодо міжнародних організацій, створених або діючих в рамках ООН чи під її егідою для врегулювання питань міжнародного права, то, насамперед, слід вказати «Комісію ООН з права міжнародної торгівлі» (ЮНСІТРАЛ), головною метою якої є сприяння гармонізації права міжнародної торгівлі. За сприянням цієї організації розроблено та прийнято цілий ряд конвенцій, зокрема «Віденську конвенцію про договори міжнародну купівлі-продажу товарів» (1980 р.), «Нью-Йоркську конвенцію про міжнародні переказні векселі та міжнародні прості векселі» (1988 р.) тощо [1, с. 67–68].

Серед інших спеціалізованих установ ООН велика уніфікаційна робота у сфері МПП проводиться «Конференцією ООН з торгівлі та розвитку» (ЮНКТАД), «Всесвітньою організацією інтелектуальної власності» (ВОІВ), «Міжнародною морською організацією» (ІМО), а також деякими іншими структурами.

Серед інших організацій, що в певній мірі приймають участь у кодифікації МПП, можна відзначити «Міжнародну торгову палату», а також деякі інші міжнародні організації («Всесвітня федерація торгових палат», «Світова організація торгівлі» та ін.).

«Міжнародна торгова палата» (International Chamber of Commerce), або скорочено (ICC) – це міжнародна організація, яка має на меті підтримку й розвиток міжнародної торгівлі й глобалізації. Членами цієї організації є країни, до яких МТП має доступ через свої національні комітети. В Україні діє «Торгово-промислова палата України». МТП була заснована у 1919 році і мала на меті слугувати світовому бізнесу через розвиток торгівлі й інвестицій, відкритого ринку товарів і послуг, вільного руху капіталу. В 1923 році було створено «Міжнародний Арбітражний суд при Міжнародній торговій палаті». Зараз МТП налічує понад 130 країн-учасниць. Для розв'язання проблем, які можуть виникнути з нечітким викладенням у контрактах їх умов, «Міжнародна торгова палата» опублікувала у 1936 році перше зведення міжнародних правил для точного тлумачення торгових термінів, які стали відомі як «Incoterms 1936» (ІНКОТЕРМС 1936). Їх можна вважати чи не найбільш популярним документом даної організації. Поправки й доповнення до цих правил були пізніше зроблені у 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 та 2000 роках. Зараз діє остання версія «ІНКОТЕРМС» від 2010 року. Основною причиною редакцій цих правил була необхідність приведення їх у відповідність до сучасної комерційної практики.

В літературі уніфікації норм МПП пропонується класифікувати на види за певними критеріями. Зокрема можна виділити класифікації за:

- **за видом правових норм, які підлягають уніфікації:** уніфікації колізійних норм (як приклади – «Гаазька конвенція про право, застосоване до аліментних зобов'язань» (1956 р.), «Гаазька конвенція про колізію законів, що стосуються форми заповідальних розпоряджень» (1961 р.), уніфікації матеріальних норм («Женевська конвенція про одноманітний закон про простий і перевідний вексель» (1930 р.), «Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.), змішані уніфікації («Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів» (1886 р.), «Всесвітня конвенція про авторське право» (1952 р.);

– **за предметом правового регулювання.** Комплекси уніфікованих колізійних і матеріальних норм призначаються для врегулювання окремих видів відносин. Найбільш успішно здійснюється уніфікація норм МПП з питань зобов'язального права, права інтелектуальної власності, міжнародного комерційного арбітражу, цивільного процесу, в той же час чи не найменшими є досягнення в сфері регулювання шлюбно-сімейних та спадкових відносин;

- **за сферою застосування уніфікованих норм.** Міжнародні договори, що містять відповідні уніфіковані норми, за сферою дії можуть

бути багатосторонні – всесвітні (відкриті для приєднання для всіх країн світу) або регіональні (відкриті для країн певного регіону чи учасників міждержавного об'єднання (СНД, Ради Європи та ін.) – та двосторонні.

При цьому характерно, що результати регіональної і двосторонньої уніфікації, як правило, більш є більш істотними, ніж всесвітні.

Гармонізація права – процес, спрямований на зближення права різних держав, на усунення або зменшення відмінностей в ньому. Гармонізація і уніфікація – взаємозв'язані процеси.

Коли йде мова про гармонізацію МПП різних країн слід розрізняти гармонізацію права в широкому розумінні, яка охоплює також уніфікацію, та гармонізацію права у вузькому розумінні, відмінну від уніфікації. Головна відмінність гармонізації права (у вузькому розумінні) від уніфікації – відсутність в цьому процесі міжнародно-правових зобов'язань держав, закріплених міжнародним договором.

Весь історичний процес розвитку внутрішнього права держав супроводжувався елементами гармонізації, оскільки формуючи свою правову систему, держави запозичували іноземний досвід один одного.

Гармонізація права здійснюється стихійно і цілеспрямовано. Суть стихійної гармонізації полягає в тому, що в процесі взаємодії між державами виникає схоже або одноманітне регулювання. При цілеспрямованій гармонізації в національне право втілюються положення, передбачені типовими законами або іншими міжнародними актами [5, с. 114].

Одним із способів гармонізації права є рецепція – одностороннє запозичення однією державою в іншій значних масивів права. Історично відома великомасштабна рецепція римського права європейськими державами, що привело до формування єдиної системи (школи) континентального права.

Рецепція широко поширена і у наш час. Йдеться, перш за все, про колишні соціалістичні країни, які використовують рецепцію для перебудови своїх правових систем відповідно до вимог ринкової економіки, запозичуючи досвід найбільш розвинутих правових систем.

Іноді основою гармонізації стає міжнародний договір – йдеться про держави, що не беруть участь у ньому, проте включають його положення в своє національне право. У цьому випадку договір діє в якості не юридично обов'язкового акту, а типової моделі.

В результаті процесу гармонізації до національної правової системи, включаються норми, які нічим не відрізняються від інших норм національного права і застосовуються в загальному порядку.

Щодо нашої держави питання гармонізації українського законодавства регулюються Законом України «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 21.11.2002 р.

та Законом України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004 р. (із змінами від 14.01.2009 р.), Постановою Кабінету Міністрів України «Деякі питання адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 15.10.2004 р. № 1365, Постановою Кабінету Міністрів України «Про утворення Державного департаменту з питань адаптації законодавства» від 24.12.2004 р. № 1742 та ін.

Гармонізація може бути односторонньою або взаємною. При односторонній гармонізації право однієї держави пристосовується до права іншої держави.

При взаємній гармонізації учасники процесу роблять спільні кроки до зближення права. Це переважно здійснюється за допомогою міжнародних механізмів, шляхом прийняття резолюцій міжнародних організацій, створення модельних або типових законів [5, с. 115–116].

Прикладом подібної гармонізації на універсальному рівні може бути підготовлений Комісією ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) «Типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж», що був схвалений резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 11.12.1985 р. та рекомендований державам для ухвалення відповідних національних законів. На його основі ряд держав прийняли національні закони про міжнародний комерційний арбітраж: Австралія, Болгарія, Угорщина, Канада, Україна, Росія і ін. [1, с. 520–521].

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. *Чубарев В. Л.* Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. *Фединяк Г. С.* Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. *Кудашкин В. В.* Актуальные вопросы международного частного права / В. В. Кудашкин. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 160 с.
4. *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації / В. І. Кисіль. – К.: Україна, 2000. – 400 с.
5. *Международное частное право: Учебник* / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. *Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло.* – Х.: Право, 2011. – 320 с.
7. *Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону* – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
8. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Вкажіть, які методи правового регулювання застосовуються в міжнародному приватному праві?
2. В чому полягає зміст матеріально-правового регулювання в міжнародному приватному праві?
3. Назвіть, які основні недоліки колізійного регулювання, яке застосовується у міжнародному приватному праві?
4. Вкажіть складові елементи колізійно-правової норми.
5. В чому полягає зміст принципу «автономія волі» у міжнародному приватному праві?

Тестові завдання

1. До спеціальних методів правового регулювання в міжнародному приватному праві належать:
 - а) діалектико-правовий;
 - б) імперативно-правовий;
 - в) приватно-правовий;
 - г) колізійно-правовий.
2. До переваг матеріально-правового методу правового регулювання в міжнародному приватному праві належить те, що:
 - а) відповідні відносини регулюються по-суті;
 - б) визначається право, яке повинне врегулювати відповідні відносини;
 - в) усуваються правові прецеденти;
 - г) він сприяє формуванню міжнародних звичаїв.
3. До установ, що здійснюють уніфікацію норм міжнародного права належать:
 - а) Рада Європи;
 - б) Міжнародна економічна комісія;
 - в) Арбітражний інститут при Торгово-промисловій палаті міста Стокгольм.
 - г) Гаазька конференція з міжнародного приватного права.

4. Колізійна норма в міжнародному приватному праві за своїм змістом є:
 - а) правилом, яке відсилає до положень певного міжнародного договору;
 - б) правилом, яке визначає права та обов'язки учасників відповідних правовідносин;
 - в) правилом, яке регулює відповідні відносини відповідно до існуючих міжнародних звичаїв;
 - г) правилом, яке визначає право, що підлягає застосуванню для врегулювання певних приватних відносин, ускладнених іноземним елементом.
5. Складовими елементами колізійної норми є:
 - а) відсилання;
 - б) гіпотеза;
 - в) прив'язка;
 - г) резолюція.
6. Односторонні формули прикріплення колізійної норми:
 - а) точно називають країну, суд якої компетентний розглядати відповідний спір;
 - б) точно називають країну, право якої підлягає застосуванню;
 - в) точно називають право, колізійні норми якого підлягають застосуванню;
 - г) точно називають право, матеріальні норми якого підлягають застосуванню.
7. Різновидами колізійної прив'язки «особистий закон фізичної особи» є:
 - а) закон держави громадянства;
 - б) закон держави суду;
 - в) закон держави здійснення комерційної діяльності;
 - г) закон держави, в якій мав місце відповідний юридичний факт.
8. За своїм змістом принцип «автономія волі сторін» передбачає, що:
 - а) правозастосовчий орган визначає право, що підлягає застосуванню до відповідних правовідносин;
 - б) до відповідних правовідносин застосовується право, яке з ними найтісніше пов'язане;
 - в) учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, що підлягає застосуванню до відповідних правовідносин;

г) до відповідних правовідносин застосовуються лише диспозитивні норми права відповідної держави.

9. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», вибір права стосовно правочину відповідно до принципу «автономія волі сторін»:

- а) здійснюється одноразово та в подальшому не може бути змінений;
- б) повинен бути здійснений до моменту укладення правочину;
- в) може бути здійснений на різних стадіях виконання правочину і не підлягає зміні;
- г) може бути здійснений або змінений на різних стадіях виконання правочину.

10. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», вибір права відповідно до принципу «автономія волі сторін» не може здійснюватись:

- а) у спадкових правовідносинах;
- б) якщо у правовідносинах беруть участь особи без громадянства;
- в) якщо відсутній іноземний елемент у правовідносинах;
- г) у зобов'язальних правовідносинах.

Практичні завдання

1. Рядом держав було прийнято багатосторонній міжнародний договір про правову допомогу, який містив виключно колізійні норми з питань речового, зобов'язального та сімейного права. Обґрунтуйте, застосування якого спеціального методу правового регулювання мало місце в даному випадку?

2. Згідно ст. 568 ЦК УРСР (1963 р.), форма зовнішньоторговельних угод, які укладаються радянськими організаціями, і порядок їх підписання, незалежно від місця укладення цих угод, визначались законодавством СРСР. Вкажіть, застосування якого виду колізійних прив'язок мало місце в даному випадку і в чому полягає їх особливість?

ТЕМА 4. ЗАСТОСУВАННЯ КОЛІЗІЙНИХ НОРМ ТА ІНОЗЕМНОГО ПРАВА

1. *Загальні положення щодо правового регулювання відносин за участю іноземного елемента.*
2. *Застосування колізійних норм.*
3. *Зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни.*
4. *Обхід закону у міжнародному приватному праві.*
5. *Застосування норм іноземного права.*
6. *Застереження про публічний порядок та застосування імперативних норм законодавства.*
7. *Взаємність і правові режими у міжнародному приватному праві.*

1. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ЩОДО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЗА УЧАСТЮ ІНОЗЕМНОГО ЕЛЕМЕНТУ.

Правове регулювання фактичних відносин за участю іноземного елемента, що охоплюються МПП, проходить три стадії:

- встановлення підсудності – вибір юрисдикційного органу, який буде врегульовувати дане право відношення (у разі необхідності звернення до такого органу);
- визначення за допомогою колізійних норм держави суду матеріального права, що підлягає застосуванню;
- застосування цього матеріального права [1, с. 105–106].

Слід враховувати, що перша з вказаних стадій відсутня, якщо врегулювання відбувається без участі суду чи іншого правозастосовного органу, а друга – при наявності уніфікованих матеріально-правових норм міжнародних договорів або міжнародних звичаїв, які одразу ж, без застосування колізійних норм, врегульовують відповідне правовідношення по-суті.

В літературі друга та третя стадії даного процесу достатньо часто позначаються як «первинна кваліфікація» та «вторинна кваліфікація».

Необхідно звернути увагу, що чинний Закон України «Про міжнародне приватне право» не містить терміни «первинна кваліфікація» та «вторинна кваліфікація», використовуючи замість цього терміни «правова кваліфікація» (п. 6 ст. 1) та «встановлення змісту норм права іноземної держави (ст. 8). При цьому під “правовою кваліфікацією” розуміється визначення права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом (п. 6 ст. 1).

Таким чином, необхідно розрізнити питання, пов’язані з визначенням компетентного органу щодо врегулювання даного правовідношення, застосуванням колізійних норм щодо визначення компетентного правопорядку та питання щодо застосування норм компетентного правопорядку.

Що стосується визначення підсудності, то вона встановлюється за допомогою спеціальних правил, які не є колізійними прив’язками, хоча і дещо схожі на них. По своїй суті вони виступають положеннями імперативного характеру, які містяться в процесуальному законодавстві відповідної держави.

Згідно з колізійною нормою національного права суддя має знайти вказівку на те, право якої саме держави підлягає застосуванню щодо даного фактичного складу. Питання полягає у тому, щоб чітко визначити характер відповідних відносин – спадкові, майнові відносини між подружжям тощо. І тільки після того, як буде встановлено, що фактичні обставини відповідної справи охоплюються обсягом національної колізійної норми, застосовуються її прив’язка – згідно з формулою прикріплення відповідної норми встановлюється іноземне право, що підлягає застосуванню. Застосування норм іноземного права полягає у тлумаченні їх змісту та з’ясуванні волі іноземного законодавця щодо врегулювання відповідних відносин [1, с. 105–106].

На кожній з цих стадій виникають специфічні проблеми. На стадії первинної кваліфікації виникають проблеми у зв’язку із застосуванням колізійних норм, зокрема серед них: проблема кваліфікації, зворотне відсилання і відсилання до права третьої держави, обхід закону та ін.

На стадії вторинної кваліфікації специфічні проблеми виникають тоді, коли в якості застосовного обрано іноземне, а не вітчизняне право. Серед них: віднайдення норм іноземного права, встановлення змісту і тлумачення іноземного права, обмеження щодо застосування іноземного права та ін.

Для вирішення цих проблем в доктрині і практиці міжнародного приватного права склалися певні правила [5, с. 138–139].

2. ЗАСТОСУВАННЯ КОЛІЗІЙНИХ НОРМ

В процесі застосування колізійних норм постає питання про кваліфікацію юридичних понять, використовуваних в самому формулюванні правової норми, як в обсязі, так і прив’язці, а також фактичних обставин справи.

Для того, щоб застосувати колізійну норму, необхідно, по-перше, розкрити зміст юридичних понять, що в ній містяться, а по-друге, співвіднести їх з фактичними обставинами, при яких ця норма повинна бути застосована, з тим щоб переконатися, що фактичні обставини відповідають обсягу і прив’язці колізійній нормі. Інакше кажучи, необхідно дати тлумачення колізійній нормі в нерозривному зв’язку з фактичними обставинами, при яких вона повинна бути застосована, або здійснити правову кваліфікацію [5, с. 151].

Складність даного питання обумовлена тим, що в праві різних держав поняття, що використовуються при формулюванні правової норми («юридична особа», «доміцилій», «форма договору», «рухоме і нерухоме майно» і т.д.) не співпадають за своїм змістом. Наприклад, позовна давність розглядається у Франції та в переважній більшості інших держав як поняття цивільного права, а у Великобританії, США і Фінляндії – як поняття процесуального права [2, с. 89].

Проблема «конфлікту кваліфікації» полягає у наявності розбіжностей при визначенні одних і тих же понять різними правовими системами, що претендують на врегулювання відповідних відносин. Так, для прикладу, юридичні поняття, з яких складаються обсяг і прив’язка колізійних норм різних держав, можуть словесно, за формою співпадати, але мати різний зміст. Тому виникає питання, яким же чином правозастосовчий орган повинен здійснювати правову оцінку обставин та встановлювати зміст правила, що міститься в колізійній нормі.

Практиці МПП відомі різні підходи щодо кваліфікації обставин справи чи норм права, які підлягають застосуванню. Розрізняють декілька основних способів кваліфікації:

- за законом суду (*lege fori*);
- за системою права тієї держави, до якого відсилає колізійна норма (*lex cause*);
- за принципом автономної кваліфікації.

В літературі зазначається, що в цілому в доктрині МПП переважає точка зору, згідно якої «первинна кваліфікація» здійснюється за «законом суду» (*lege fori*), а «вторинна» – за принципом (*lex cause*) [1, с. 112–113].

1. Теорія кваліфікації за законом суду означає, що суд, застосовуючи колізійну норму, кваліфікує її поняття керуючись визначеннями

та категоріями свого права. При цьому, в силу даної теорії, суд вправі тлумачити за допомогою «власних» понять та визначень і іноземне матеріальне право.

Вказана теорія на сьогодні є однією з найбільш поширених: як у доктрині, так і в судовій практиці більшості країн Західної Європи питання кваліфікації вирішується за законом суду.

До недоліків даного підходу, крім, власне, можливого «перекручення» іноземного права, можна віднести також те, що іноді необхідно здійснити тлумачення інституту іноземного права, який взагалі відсутній у вітчизняному праві.

При цьому в літературі вважається, що кваліфікація за законом суду є допустимою для вирішення питання, право якої держави слід застосовувати («первинна кваліфікація»). Якщо колізійну проблему розв'язано на користь іноземного закону, то подальша кваліфікація називається «вторинною» і цілком логічним є її здійснення на основі принципів і понять тієї правової системи, до якої відіслала колізійна норма [1, с. 112; 9, с. 68].

2. Теорія кваліфікації згідно з принципами, поняттями того права, до якого відповідна колізійна норма відсилає. Зазначена теорія не знайшла широкого схвалення, оскільки фахівцями, правовий світогляд якого формується під впливом положень власної правової системи, складно зрозуміти іноземне право так, як воно розуміється у країні свого походження. Крім того, достатньо нелогічним є використання понять та положень іноземного права, застосування якого на підставі відповідної колізійної норми ще слід встановити (тобто – при «первинній кваліфікації»).

Цей спосіб кваліфікації представляється достатньо цінним і розумним, оскільки він спрямований на те, щоб не допустити можливі перекручення щодо застосовного іноземного права шляхом здійснення кваліфікації з погляду понять свого власного права, здійсненими ще до вибору права. Проте на практиці використати такий спосіб, частіше за все, неможливо, оскільки проблема розв'язується до того, як стане відомо, яке право буде застосоване. Проте все ж існують ситуації, коли кваліфікація «lex causae» цілком прийнятна. Зокрема, коли всі фактичні обставини спірного правовідношення пов'язані з правом однієї держави, а спір із яких-небудь причин розглядається в суді іншої держави. В такій ситуації ніщо не заважає суду при виборі права скористатися поняттями, властивими іноземному праву, з яким правовідношення пов'язане. Наступна ситуація виникає, коли відоме право, якому підпорядковується відношення в цілому, а зі всього комплексу відносин виділилося питання, щодо якого виникла необхідність вибору права, а значить, і необхідність в кваліфікації відповідних фактів. Ще одна ситуація: іноземне право містить юридичні поняття, які не відомі вітчизняному праву [5, с. 156–157].

Цю концепцію відтворено у ч. 1 ст. 8 Закону України «Про міжнародне приватне право» як підхід щодо здійснення «вторинної кваліфікації»: «при застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі».

3. Теорія «автономної кваліфікації». Її зміст зводиться до того, що суд, розглядаючи спір з «іноземним елементом», повинен здійснити кваліфікацію понять норми права не через звернення до конкретних існуючих правових систем, а на основі загальних правових понять, що утворюються завдяки порівняльному правознавству.

В результаті застосування цієї теорії можуть бути сформовані поняття, до яких повинен звертатися суддя будь-якої держави у разі виникнення «конфлікту кваліфікацій». Проте порівняльне правознавство може створити загальні правові поняття лише там, де відмінності права різних країн є мінімальними або взагалі відсутніми. Водночас проблема виникає тоді, коли окремі поняття, інститути взагалі відсутні у певних правових системах [9, с. 69–70].

Сама ідея створити колізійні норми, що складаються з юридичних понять, загальних для права різних держав, не викликає ніяких заперечень, бо тільки таким чином вони зможуть виконати свою функцію вибору компетентного правопорядку найкращим чином. Але відразу ж виникає питання, хто повинен здійснювати порівняльний аналіз права різних держав і формулювати «загальні» поняття? Звичайно цією діяльністю займаються вчені-правознавці. Але їхні висновки не мають юридично обов'язкового характеру, це думка окремого вченого. Юридично така кваліфікація можлива тільки в рамках міжнародних договорів, спрямованих на уніфікацію матеріального і колізійного права [5, с. 158–160].

В цілому ж, узагальнюючи викладене, слід ще раз зазначити, що серед всіх трьох розглянутих вище способів вирішення конфлікту кваліфікацій найбільш реальним і найчастіше використовуваним є підхід «за законом суду.»

3. ЗВОРОТНЕ ВІДСИЛАННЯ ТА ВІДСИЛАННЯ ДО ПРАВА ТРЕТЬОЇ КРАЇНИ

Питання відсилання в МПП виникає в ситуації, коли колізійна норма зобов'язує застосувати право іншої держави, а законодавство іноземної держави визначає себе некомпетентним з даного питання.

При цьому, якщо іноземне законодавство, до якого відсилає національна колізійна норма, не вирішуючи питання по-суті, відсилає до закону попередньої держави, має місце «зворотне відсилання» (*renvoi* або *remissin*), а якщо відсилає до права іншої держави – має місце «відсилання до права третьої держави» або «трансмисія» (*transmission*).

У абстрактному вигляді ситуацію можна уявити собі так: право держави А містить колізійну норму, що відсилає до іноземного права

держави В, а право держави В проголошує себе компетентним з даного питання відсилає нас назад до права держави А або відсилає до права держави С.

В Законі України «Про міжнародне приватне право» вміщено наступні визначення:

– зворотне відсилання – повторне відсилання колізійної норми права іноземної держави до правопорядку держави, колізійна норма якого відслала до даного іноземного правопорядку (п. 7 ст. 1 Закону);

– відсилання до права третьої держави – відсилання колізійної норми права іноземної держави, визначеної відповідно до цього Закону, до права третьої держави (п. 8 ст. 1 Закону).

Сутність проблеми «відсилання» полягає в тому, що обидва заінтересованих у розв'язанні питання правопорядки визнають себе некомпетентним щодо його вирішення, що позначається як *колізія колізійних норм*.

Колізії колізійних норм можуть бути двох видів: позитивні колізії і негативні. Позитивні колізії означають, що дві або більше держав розглядають конкретне правовідношення з іноземним елементом як предмет регулювання свого власного права. Негативні колізії означають, що жодна держава, з якою пов'язане правовідношення, не розглядає його як «своє», яке повинне регулюватися її правом.

При цьому як в доктрині, так і в законодавстві різних держав відсутній єдиний підхід щодо вирішення проблеми відсилання у МПП.

Суто теоретично питання інституту відсилання зводиться до того, що слід розуміти під «правом іноземної держави», до якого відсилає колізійна норма:

- виключно матеріальне право відповідної іноземної держави;
- іноземне право в цілому, включаючи і його колізійне право;
- тільки колізійні норми права певної держави.

Найпростішою буде ситуація, за якою під правом іноземної держави буде розумітись лише її матеріальне право.

В інших двох випадках проблемних питань не виникає, якщо: в іноземному праві, до якого відсилає національна колізійна норма, взагалі не існує колізійного права, що мало ймовірно; у колізійному праві відповідної держави відсутні приписи стосовно порядку застосування права до даних конкретних відносин [1, с. 124–126].

В літературі найбільш проблемним вважається питання зворотного відсилання, тобто його прийняття або неприйняття правозастосовчим органом. Зокрема, достатньо логічним виходом з подібної ситуації є прийняття зворотного відсилання, проте ставлення доктрини та національних законодавств до такого відсилання є суперечливим [5, с. 143–145].

Зокрема противники даної концепції вказують, що відсилання національної норми до іноземного права є остаточним, оскільки в іншому випадку суд безпідставно надає перевагу нормі іноземній колізійній нормі над колізійною нормою власної держави. В той же час один з аргументів прихильників даної концепції – прийняття відсилання здійснюється з принципу поваги до суверенітету держав (принцип «міжнародної ввічливості»).

Відповідно, не відзначаються односторонністю ні існуючі в практиці рішення з даного питання, ні розв'язання цього питання на рівні міжнародних договорів. Водночас на практиці більш-менш сталим є правило, за яким законодавці визнають можливість прийняття відсилання з питань особистого та сімейного статусу фізичної особи. При цьому найбільш стійке неприйняття зворотного відсилання спостерігається у сфері договірних відносин.

Щодо спроб розробки уніфікованих рішень цієї проблеми то, для прикладу, за «Женевською конвенцією про врегулювання колізійних питань вексельного права» (1930 р.) зворотне відсилання визнається правомірним і приймається, а за «Гаазькою конвенцією про колізії законів, що стосуються форми заповітних розпоряджень» (1961 р.) або за «Римською конвенцією про право, що застосовується до договірних зобов'язань» (1980 р.), зворотне відсилання виключається.

Остаточне рішення щодо прийняття чи неприйняття зворотного відсилання у більшості випадків залишено на розсуд судових органів, які достатньо часто керуються не стільки теоретичними, скільки прагматичними міркуваннями, вбачаючи у прийнятті такого відсилання можливість незастосування іноземного права [1, с. 128–130].

В українському законодавстві питання відсилання в МПП вирішено наступним чином. Згідно п. 1 ст. 9 Закону України «Про міжнародне приватне право», 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.

При цьому суттєво, що в науці і практиці МПП виходять з того, що, за загальним правилом, відсилання до права іноземної держави не розглядається також як відсилання до норм процесуального права, оскільки в цивільних процесуальних питаннях суд, розглядаючи справи з іноземним елементом, в принципі застосовує тільки право своєї країни [16, с. 32–36].

Згідно п. 2 ст. 9 Закону, «у випадках, що стосуються особистого та сімейного статусу фізичної особи, зворотне відсилання до права України приймається.»

Таким формулюванням вирішується ряд питань стосовно відсилання в МПП, однак якщо колізійна норма відсилає безпосередньо до матеріального права іноземної країни, може виникнути ситуація, коли винесене українським судом рішення не буде виконане за кордоном, оскільки колізійне право іноземної держави не визнає свій правопорядок компетентним на вирішення справи [1, с. 130].

4. ОБХІД ЗАКОНУ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

У літературі обхід закону трактується як «усвідомлене створення хоча б однією стороною правовідносин підстав для застосування закону тієї правової системи, яка лояльніше регулює певні відносини» [1, с. 137] чи «такі дії учасників відносин, за яких сторонами свідомо створюється прив'язка до іноземного права з метою уникнення застосування до цих правовідносин примусового закону, якому вони підпорядковані (як правило, закону своєї країни)» [4, с. 55].

В цілому мова йде про ситуацію, за якої коли імперативна норма не відповідає певним інтересам і зацікавлені особи намагаються обійти цю норму, створюючи для цього у якийсь спосіб такий фактичний склад справи, при якому ця норма стає незастосовною.

Згідно визначення, вміщеного в п. 9 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», «обхід закону» – застосування до правовідносин з іноземним елементом права іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством.

Дане правило відоме досить великій кількості законодавств світу. Прийнято вважати, що «обхід закону» як колізійне явище має місце лише у випадках свідомого порушення колізійного припису, а не тоді, коли зміна правопорядків відбулась як результат виконання колізійних правил.

В тих правопорядках, де існує дане застереження, необхідно довести, що зміна правопорядків здійснена навмисно і штучно. Проте доведення умислу у випадку обходу закону зробити важко, якщо взагалі можливо. Особа, що здійснила обхід закону, завжди може заявити, що змінила місце проживання чи громадянство не для того, щоб обійти вітчизняні норми матеріального права, а з об'єктивних причин [1, с. 140–141].

Водночас слід вказати, що в доктрині МПП відсутнє єдине розуміння «обходу закону». Так, деякі науковці вважають «обхід закону» одним з різновидів застосування застереження про публічний порядок. На думку інших, обхід закону є випадком легального ухилення від дії закону і кваліфікація його як протиправної дії суперечить загальним принципам правового регулювання в МПП [4, с. 55–56]. Крім того, у законодавстві ряду держав відсутня правова регламентація «обходу закону», як приклад – радянське законодавство та законодавство нашої держави до прийняття Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р.

Дане питання ускладнюється тим, що, для прикладу, в сучасному світі існує ряд територій з наданим їм відповідними державами офіційним статусом «податкових гаваней», «податкового раю», «офшорних юрисдикцій» та ін. Це істотно міняє підходи до вибору їх в якості зон для створення юридичних осіб. Метою одних учасників

міжнародного господарського обороту – держав – є залучення іноземного капіталу, а інших – фізичних і юридичних осіб – можливість скористатися наданими перевагами і пільгами. В сучасному житті з'явився навіть особливий термін – «податкове планування», що передбачає використовувати всі дозволені відповідним порядком засобів щодо економії і мінімізації комерційних витрат. Типовим прикладом сучасного «обходу закону» виступає описана в літературі схема, що використовувалась концерном «Філіпс». Її суть полягає в наступному: на Бермудських островах вказаним концерном було створено дочірнє підприємство – страхову компанію – єдиним клієнтом якого став сам концерн «Філіпс». За високими ставками було застраховано майно голландського концерну, у тому числі таке, яке звичайно в страховому бізнесі не страхується, оскільки шанси його псування або загибелі нікчемні. Відповідні суми страхових премій були переведені за межі Голландії – на Бермуди. Звідти кошти у вигляді позик були надані материнському підприємству. Економія тільки за один річний період склала декілька мільйонів доларів [5, с. 237].

Відповідно до ст. 10 Закону України «Про міжнародне приватне право», правочини та інші дії учасників приватно-правових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, в обхід його положень, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм цього Закону.

5. ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА

Призначенням «вторинної кваліфікації» є знайти і застосувати конкретні норми відповідного іноземного права, які мають бути застосованими для врегулювання спірних відносин виходячи з положень колізійних норм. В зв'язку з цим виникає питання:

- 1) як віднайти відповідні норми іноземного права;
- 2) як встановити зміст (здійснити тлумачення) цих норм іноземного права [1, с. 113].

Подібних питань не виникає в тому разі, коли відповідні колізійні норми визначають компетентним (таким, що підлягає застосуванню) вітчизняне право. Більш складною є ситуація, коли застосуванню підлягає іноземне право. В цьому випадку необхідно враховувати наступне:

1. іноземне право на території відповідної держави застосовується тільки в випадках, передбачених її національним законодавством (як нормами внутрішнього права, так і міжнародними договорами);
2. національне законодавство визначає умови та межі застосування іноземного права (зокрема, через встановлення застереження про публічний порядок, механізмів пошуку норм іноземного права, а також встановлення їх змісту та ін.).

При пошуку відповідної норми іноземного права одне з основних питань полягає в тому, де саме віднайти відповідну норму іноземного

права. Структура законодавства різних держав може бути різною. Крім того, одні і ті ж питання можуть регулюватись в межах різних правових інститутів. Відповідно, достатньо часто суд може просто не знайти відповідної норми.

У розпорядженні судді держави суду, як правило, вкрай мало або повністю відсутня інформація щодо відповідного іноземного законодавства. У зв'язку з цим у літературі висловлено думку, за якою як зазначений пошук, так і тлумачення іноземного права може здійснюватись наступним чином [1, с. 113–116]:

- власне відшукування судді;
- використання експертних висновків.

Практика залучення експертів для з'ясування змісту іноземного закону відома багатьом законодавствам і тепер запроваджена в Україні. П. 2 ст. 8 Закону України «Про міжнародне приватне право» надає право суду чи іншому органу залучити експертів з метою встановлення змісту норм права іноземної держави.

– отримання довідок через систему правової допомоги та обмін правовою інформацією.

У ч. 2 ст. 8 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначено, що з метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може звернутися в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів.

Російська практика вказує, що звернення до органів юстиції – найменш ефективний спосіб отримання такої інформації. У ряді випадків суди отримують відповіді, з яких випливає, що міністерство не має відповідних текстів законів іноземної держави або ж що надання відомостей про іноземне право не є його обов'язком.

Більш реальна інституція – «Європейська конвенція про інформацію щодо іноземного законодавства» (1968 р.), в якій беруть участь 42 держави, та «Додатковий протокол» до неї (1978 р.), що були прийняті під егідою Ради Європи. Ця конвенція передбачає спеціальний механізм, покликаний полегшити процес встановлення змісту іноземного права. Кожна договірна держава створює на своїй території Спеціальний орган (його обов'язки можуть бути покладені на будь-яку існуючу організацію). У разі необхідності суди однієї держави через Спеціальний орган своєї держави звертаються до Спеціального органу іншої держави за інформацією про його право. Спеціальний орган або сам готує відповідь, або передає запит до іншого офіційного органу, компетентного відповісти на поставлені питання. Інформація передається безвідплатно.

Також можна відзначити існування систем обміну інформацією, що ґрунтуються на двосторонніх та багатосторонніх договорах про правову допомогу.

– встановлення іноземного права сторонами.

Згідно ч. 3 ст. 8 Закону України «Про міжнародне приватне право», особи, що 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.

Водночас слід обережно підходити до оцінки наданих стороною приватних висновків чи міркувань іноземних адвокатів, оскільки сторони не завжди інформують про несприятливі чи сприятливі для них аспекти застосування іноземного права.

Що стосується встановлення змісту (тлумачення) норм іноземного права при їх застосування, то теоретично в різних державах може використовуватись один з існуючих підходів, який застосовується щодо кваліфікації колізійних норм (за законом суду (*lege fori*), за системою права тієї держави, до якого відсилає колізійна норма (*lex cause*) чи за принципом автономної кваліфікації).

Проте в вітчизняній правовій науці прийнято вважати, що іноземне право слід тлумачити та застосовувати так, як це передбачено законодавством, практикою та правовою доктриною відповідної іноземної держави, тобто за принципом *lex cause* (за системою права тієї держави, до якого відсилає колізійна норма).

У ч. 1 ст. 8 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що при застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі».

В практиці багатьох держав прийнято, що у випадках, коли застосовне іноземне право належним чином не визначається, суд у переважній більшості випадків здійснює тлумачення (кваліфікацію) за законодавством країни суду. Таке правило міститься і в ч. 4 ст. 8 Закону України «Про міжнародне приватне право»: «якщо зміст права іноземної держави в розумні строки не встановлений, незважаючи на вжиті згідно з цією статтею заходи, застосовується право України» [1, с. 122–124].

В літературі виділяють ряд проблемних питань, що можуть виникнути при застосуванні іноземного права, зокрема такі як:

– інтерлокальні колізії. Вони мають місце в тому випадку, коли в певній державі діє декілька відмінних правових систем (зокрема, це має місце в державах з федеративним устроєм) і необхідно обрати для застосування одну із них. Вважається, що вирішення цієї проблеми повинно здійснюватись відповідно до норм права цієї іноземної держави. В українському законодавстві це питання регулюється положеннями ст. 15 Закону України «Про міжнародне приватне право»;

– інтєртемпоральні колізії. Вони мають місце в тому випадку, коли в певній державі діє одночасно декілька правових норм, які по-різному регулюються одне і теж правовідношення. Також вважається, що дана колізія повинна вирішуватись відповідно до норм права цієї іноземної держави;

– взаємність. Категорія, що передбачає застосування чи незастосування норм іноземного права на своїй території в залежності від застосування чи незастосування вітчизняного права в відповідній іноземній державі. Це питання потребує окремого розгляду, проте в доктрині МПП прийнято вважати, що застосування іноземного права не повинно залежати від взаємності. В українському законодавстві це питання регулюється положеннями ст. 11 Закону України «Про міжнародне приватне право» [5, с. 171–178].

6. ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ПРО ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК ТА ЗАСТОСУВАННЯ ІМПЕРАТИВНИХ НОРМ ЗАКОНОДАВСТВА

В ситуації, коли колізійна норма однієї держави підпорядковує певні фактичні відносини іноземному праву, виникає питання, чи є дане зобов'язання для суду абсолютним, тобто чи у всіх, без винятку, випадках суд зобов'язаний визначити іноземне право застосовувати.

Необхідність розгляду подібного питання обумовлена тим, що колізійна норма здатна відіслати до такого іноземного правопорядку, який засновується на принципах, що суперечать загальним принципам побудови відповідного національного правопорядку.

Як приклад в літературі наводиться наступна ситуація: коли свого часу виникла радянська держава і було встановлено радянський правопорядок, який засновувався, зокрема, на законах про націоналізацію, суди багатьох держав світу опинились в ситуації, коли, згідно з колізійним правом своїх держав, вони мали б не тільки визнавати, а й застосовувати радянське право, зокрема ті ж закони про націоналізацію.

Інститут застереження про публічний порядок відомий законодавству практично всіх держав і сягає доби римського права, коли виникла думка про незастосування іноземного закону у випадках, коли останній суперечить моралі чи «добрим звичаям» [1, с. 130–131].

Застосовувані норми іноземного права не повинні порушувати основні принципи місцевого правопорядку – це важливий принцип міжнародного приватного права. Національне право допускає застосування іноземного права, встановлює порядок його застосування і одночасно окреслює допустимі межі його застосування на своїй території. Цій меті служить інститут міжнародного приватного права, який має назву «застереження про публічний порядок» (*ordre public* або *public policy*) і спрямований на усунення можливих негативних наслідків дії колізійної норми [5, с. 178–179].

В літературі виділяють «позитивний» та «негативний» різновиди застереження про публічний порядок.

Позитивна концепція застереження про публічний порядок («франко-італійська») передбачає виділення сукупності імперативних положень іноземного права, які застосовуються у будь-якому випадку, навіть якщо національна колізійна норма з даного питання відправляє до іноземного права. В цій частині іноземне право застосуванню не підлягає і застосовуються виключно відповідні вітчизняні норми в силу їх основоположного, принципного характеру.

Проблемним моментом застосування цієї концепції було те, що в ряді держав, які її втілювали в своє законодавство, було відсутнє чітке визначення категорії «публічного порядку», що надавало судам достатньо широкі можливості на свій розсуд відхиляти застосування норм іноземного права. В цілому, як відзначається в літературі, на сьогодні дана концепція в практиці правого регулювання застосовується достатньо рідко.

Негативна концепція застереження про публічний порядок («германська») за походженням передбачає незастосування окремих норм іноземного права, які принципово суперечать відповідному національному правопорядку. При цьому незастосування іноземного права обумовлюється не загальним змістом цього права, а лише випадками, коли застосування конкретної норми іноземного права призведе до очевидно неприйнятних наслідків.

Як «різновид» теорії «негативної концепції» можна розглядати положення про неприпустимість застосування правових норм та інститутів іншої держави, що невідомі національній правовій системі.

На сьогодні негативна концепція застереження про публічний порядок в МПП витісняє позитивну концепцію та відома законодавству більшості держав [4, с. 58–59; 9, с. 71–73].

В цілому ж об'єктивним наслідком застосування інституту застереження про публічний порядок є анулювання дії власної колізійної норми. При цьому більшість науковців схиляються на користь того, що в цьому разі застосуванню підлягають норми національного законодавства.

Проте існують і інші точки зору з даного питання. Зокрема в німецькій доктрині рекомендується реалізувати дещо інший підхід: якщо певна норма іноземного права не застосовується через суперечність публічному порядку, прогалину заповнюють зверненням до інших норм того ж іноземного права, і тільки якщо це неможливо, застосовується право суду [1, с. 134–135].

Що стосується законодавства нашої держави, то у ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право» закріплено негативний варіант концепції застереження про публічний порядок.

Згідно ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», норма права іноземної держави не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (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.

Роз'яснення щодо поняття «публічний порядок» міститься у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» від 24.12.1999 року № 12.

П. 12 абз. 9 Постанови: «під публічним порядком ... належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо).»

Як вказується в літературі, необхідно відзначити ще одну сучасну тенденцію щодо розвитку інституту застереження про публічний порядок. Вище наголошувалося, що в більшості держав утвердилась в законодавстві і застосовується негативна концепція застереження про публічний порядок. Проте в даний час ряд держав, які традиційно застосовували «негативне» застереження, стали паралельно застосовувати і його позитивну форму. Мова йде про виділення ряду норм національного права, які «застосовуються завжди», навіть поряд з нормами іноземного права, обраними згідно колізійної норми [5, с. 188–189]. Це має місце і в нашій державі.

Згідно ч. 1 ст. 14. Закону України «Про міжнародне приватне право», правила цього Закону не обмежують дії імперативних норм права України, що регулюють відповідні відносини, незалежно від права, яке підлягає застосуванню.

Більш того, в силу національного законодавства можуть захищатись імперативні норми іноземного законодавства. Ця новація пов'язана із загальною концепцією про застосування «права, що має найбільш тісний зв'язок» (Proper law), згідно якого, якщо за всіма ознаками очевидно, що суспільне відношення знаходиться в більшому зв'язку з іншим правом, а не з тим, на яке вказує колізійна норма, то слід застосувати це інше право [5, с. 189–190].

Згідно ч. 1 ст. 14. Закону України «Про міжнародне приватне право», суд, незалежно від права, що підлягає застосуванню відповідно до цього Закону, може застосовувати імперативні норми права іншої держави, які мають тісний зв'язок з відповідними правовідносинами, за винятком, встановленим частиною першою цієї статті. При цьому суд повинен брати до уваги призначення та характер таких норм, а також наслідки їх застосування або незастосування.

7. ВЗАЄМНІСТЬ І ПРАВОВІ РЕЖИМИ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Взаємність вважається однією з принципових засад МПП тому, що завдяки їй взагалі можливим стає правове регулювання тих відносин, що становлять предмет регулювання даної сфери права. У МПП принцип взаємності розуміється як «надання іноземним суб'єктам не меншого обсягу прав, ніж обсяг прав, якими користуються вітчизняні суб'єкти на території відповідної іноземної держави» [1, с. 144].

Категорія взаємності відіграє велику роль в МПП, особливо при визначенні правового положення іноземних фізичних і юридичних осіб, при правовому регулюванні іноземних інвестицій, відносин, пов'язаних з інтелектуальною власністю, а також у сфері міжнародного цивільного і арбітражного процесу. Взаємність відіграє принципову роль в МПП щодо визнання і застосування іноземного права. Питання ставиться наступним чином: чи повинні національні суди визнавати і застосовувати іноземне право, якщо в цій іноземній державі не визнається і не застосовується «наше» право. Інакше кажучи, чи є наявність взаємності обов'язковою умовою застосування іноземного права чи іноземне право застосовується в силу юридично обов'язкового розпорядження вітчизняної колізійної норми? В будь-якому разі на практиці взаємність має важливе значення для стимулювання держави до застосування іноземного права [5, с. 176].

Взаємність у МПП може проявлятися у двох формах: позитивній та негативній.

Позитивна взаємність – держави встановлюють сукупність певних прав та свобод, якими можуть користуватися на їх території громадяни та організації іншої держави або певної кількості держав.

Негативна взаємність – держава вводить обмеження для фізичних або юридичних осіб іншої держави у відповідь на введення таких же обмежень для вітчизняних суб'єктів у цій державі. Метою таких заходів (реторсій) є скасування іноземною державою обмежень, ведених нею щодо вітчизняних суб'єктів.

Взаємність у МПП стосується тільки норм матеріального і процесуального права та не стосується колізійного права.

В цілому, у доктрині МПП прийнято вважати, що юридичний обов'язок для держави допускати застосування іноземного права не повинен залежати від взаємності [5, с. 176]. Цей підхід закріплено і в українському законодавстві.

Згідно ст. 11 Закону України «Про міжнародне приватне право», 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.

В доктрині МПП виділяють два види взаємності: *матеріальна* та *формальна*.

Матеріальна взаємність – це надання іноземним суб'єктам того ж самого обсягу прав та покладання на них таких же обов'язків, які вони мають у своїй власній державі.

Формальна взаємність – це надання іноземним суб'єктам того ж обсягу прав і обов'язків, якими користуються вітчизняні суб'єкти. При цьому іноземний суб'єкт в державі перебування може як отримати такі права, якими він у «своїй» державі не наділений, так і не користуватись в цій державі окремими правами, гарантованими йому державою гро-

мадянства, якщо такими правами не користуються громадяни держави перебування [1, с. 148–149].

У практиці правового регулювання в багатьох випадках досягнення «повної» формальної взаємності неможливо, оскільки з тих чи інших причин іноземні та вітчизняні суб'єкти неможливо повністю зрівняти в правах.

Для визначення правового статусу іноземців у національному законодавстві часто використовується формулювання, яке, зокрема, закріплено в Конституції України (ст. 26): іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України [1, с. 149].

В зв'язку з цим в доктрині МПП широко застосовується поняття «правовий режим», під яким пропонується розуміти засади, принципи, на яких будується правосуб'єктність іноземців та осіб без громадянства у державі перебування. Правовий статус іноземців встановлюється державою перебування самостійно або на підставі міжнародних договорів.

У МПП виділяють три види правових режимів, що можуть встановлюватись для іноземних суб'єктів:

- національний;
- найбільшого сприяння
- спеціальний [1, с. 151].

Окремі автори виділяють також недискримінаційний правовий режим [6, с. 42].

При формуванні національного режиму іноземним суб'єктам надаються ті ж права і обов'язки, якими користуються національні фізичні та юридичні особи. У чистому вигляді цей режим практично ніколи не використовується: його застосування на практиці завжди супроводжується встановленням тих чи інших обмежень (іноземці не мають права доступу до державної служби, виборчих прав та ін.).

Зміст режиму найбільшого сприяння зводиться до надання іноземним суб'єктам такого ж обсягу прав та обов'язків, якими користується певна категорія іноземних суб'єктів, що перебуває у цій державі у найбільш вигідному, «привілейованому» становищі.

В зв'язку з невідповідністю цього принципу сучасним уявленням щодо заборони дискримінації найчастіше використовується спрощений варіант режиму найбільшого сприяння за формулою: держава перебування зобов'язується надати особам іншої заінтересованої держави режим не менш сприятливий, ніж той, що надається чи буде наданий цією державою особам будь-якої третьої держави. Юридичний зміст режиму найбільшого сприяння, таким чином, полягає у поступовому зведенні становища іноземців у державі перебування до одного (найкращого) рівня.

Спеціальний режим – це режим, який відрізняється як від національного, так і від режиму найбільшого сприяння. Причому за спеціальним

режимом для іноземців–фізичних осіб, як правило, встановлюються обмеження більші, ніж передбачено за режимом, встановленим для інших категорій іноземців (на вільне пересування в межах території держави, щодо можливості займатися певними видами діяльності тощо). А для юридичних осіб за цим режимом, навпаки, достатньо часто встановлюються додаткові пільги, навіть порівняно з національним режимом [1, с. 151–154].

В літературі як спеціальний пропонується розглядати правовий режим, який надається працівникам дипломатичних і консульських установ [6, с. 42].

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
5. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
6. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
7. «Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» (м. Мінськ, 1993 р.).
8. «Європейська конвенція про інформацію щодо іноземного законодавства» (1968 р.).
9. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Розкрийте поняття та види «правової кваліфікації» в міжнародному приватному праві.

2. Яким чином визначається право, що підлягає застосуванню до врегулювання приватно-правових відносин з іноземним елементом?

3. Вкажіть основні підходи щодо тлумачення та застосування норм іноземного права.

4. Вкажіть, в який спосіб правозастосовчий орган може отримувати інформацію про іноземне право?

5. Розкрийте поняття та види «відсилання» в міжнародному приватному праві.

Тестові завдання

1. Під правовою кваліфікацією в міжнародному приватному праві слід розуміти:

а) визначення права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом;

б) визначення галузі права, що регулює правовідносин з іноземним елементом;

в) визначення характеру та міри відповідальності іноземного суб'єкта;

г) визначення державної належності іноземного суб'єкта.

2. Право, що підлягає застосуванню до приватно-правових відносин з іноземним елементом, за загальним правилом, визначається:

а) на розсуд суду;

б) згідно з колізійними нормами;

в) самостійно учасниками правовідносин;

г) основним законом держави.

3. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», з метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може:

а) залучати експертів;

б) керуватись Конституцією України;

в) звертатись за роз'ясненнями до вищестоящего органу;

г) звертатись до відповідної комісії ООН.

4. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», зворотне відсилання це:

а) відсилання колізійної норми права іноземної держави, визначеної відповідно до цього Закону, до права третьої держави;

б) відсилання учасників спору до суду іноземної держави;

в) повторне відсилання колізійної норми права іноземної держави до правопорядку держави, колізійна норма якого відіслала до даного іноземного правопорядку;

г) відсилання національного законодавства до положень міжнародних договорів.

5. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», відсилання до права іноземної держави має розглядатися як відсилання:

а) до норм матеріального права, яке регулює відповідні правовідносини, виключаючи застосування його колізійних норм;

б) до норм колізійного права іноземної держави, виключаючи застосування його матеріальних норм;

в) до норм права іноземної держави в цілому;

г) до норм міжнародних договорів з питань міжнародного приватного права за участю цієї іноземної держави.

6. Застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві передбачає:

а) незастосування норм нератифікованих відповідною державою міжнародних договорів;

б) незастосування норм права тих іноземних держав, що належать до інших правових систем;

в) незастосування норм права іноземних держав з відмінною правовою, політичною або економічною системою;

г) незастосування норм іноземного права, що суперечать публічному порядку відповідної держави.

7. Обхід закону у міжнародному приватному праві це:

а) зміна особистого закону особи;

б) застосування до правовідносин з іноземним елементом права іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством;

в) укладення фіктивних правочинів;

г) застосування принципу «автономія волі сторін».

8. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», при застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм:

а) згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі;

- б) згідно з колізійними нормами;
- в) згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у державі суду;
- г) згідно з основним законом держави.

9. Матеріальна взаємність у міжнародному приватному праві передбачає:

а) надання іноземним суб'єктам того обсягу прав і обов'язків, якими користуються громадяни та юридичні особи в державі перебування іноземця;

б) надання іноземним суб'єктам того обсягу прав і обов'язків, що передбачений міжнародними договорами про правову допомогу;

в) надання іноземним суб'єктам того ж самого обсягу прав та покладання на них таких же обов'язків, які вони мають у своїй власній державі;

г) надання іноземним суб'єктам того ж самого обсягу прав та покладання на них таких же обов'язків, який надається іноземцям у їх власній державі.

10. У міжнародному приватному праві для іноземних суб'єктів може встановлюватись:

- а) дозвільний режим;
- б) загальний режим;
- в) винятковий режим;
- г) режим найбільшого сприяння.

Практичні завдання

1. Під час розгляду спору за участю іноземного суб'єкта суд встановив, що застосуванню підлягає право тієї іноземної держави, до якої цей суб'єкт належить. Оскільки суд не володів знаннями про відповідне іноземне право, виникло питання, чи вправі він брати до уваги пояснення торгового представника відповідного іноземного посольства та правовий висновок іноземної торгово-промислової палати. Вирішіть дане питання.

2. Громадянин іноземної держави постійно проживав та навчався в Україні. Після звернення ним до органів РАГС щодо реєстрації шлюбу з громадянкою України виникло питання, законодавством якої держави повинні регулюватись питання щодо його шлюбного віку, оскільки положення Закону України «Про міжнародне приватне право» з цього питання відсилали до законодавства держави громадянства, а законодавство відповідної іноземної держави – до законодавства держави місця постійного проживання. Вирішіть дане питання.

ТЕМА 5. ФІЗИЧНІ ОСОБИ ЯК СУБ'ЄКТИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

- 1. Загальні засади правового статусу фізичних осіб як суб'єктів міжнародного приватного права.*
- 2. Поняття та колізійні питання громадянства.*
- 3. Правосуб'єктність та правовий режим іноземців в Україні.*
- 4. Категорії та правовий статус іноземців в Україні.*
- 5. Особливості правового статусу громадян України за кордоном.*

1. ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ФІЗИЧНИХ ОСІБ ЯК СУБ'ЄКТІВ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА.

Серед суб'єктів МПП найбільш чисельна категорія – фізичні особи, правовий статус яких може бути різним.

Правовий статус фізичних осіб як суб'єктів МПП – це сукупність усіх належних їм прав, свобод та обов'язків, визначених законодавством відповідної держави. Особливість правового статусу фізичної особи полягає в тому, що, перебуваючи в іншій державі, вона підпорядковується двом правопорядкам:

– своєму вітчизняному правопорядку, оскільки зберігає правовий зв'язок з державою свого громадянства чи постійного місця проживання, користується її захистом та, в певній мірі, продовжує підпорядковуватись її законодавству;

– правопорядку держави перебування – тієї держави, на території якої фізична особа перебуває у конкретний момент.

Для МПП характерний диференційований підхід до фізичних осіб, що знаходяться в межах юрисдикції конкретної держави, заснований, по-перше, на розділенні їх на відповідні категорії, а по-друге,

встановленні певного правового режиму відносно кожної з них. Таких категорій, як правило, три: перш за все, це власні (вітчизняні) громадяни даної держави; далі слідує іноземні громадяни і особи без громадянства. Останнім часом стає все більш актуальним виділення в окрему категорію ще однієї групи осіб – біженців [5, с.195].

У доктрині, законодавстві та на практиці до фізичних осіб-негромадян достатньо часто застосовують загальне поняття «іноземці», що включає вужчі за значенням поняття: «іноземний громадянин», «особа без громадянства» (апатрид), «особа з кількома громадянствами» (біпатрид), «іммігрант» та ін.

Вітчизняне законодавство – Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22.09.2011 р., використовує дещо іншу термінологію: «іноземець» – особа, яка не перебуває у громадянстві України і є громадянином (підданом) іншої держави або держав; «особа без громадянства» – особа, яку жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином (ст. 1).

Сукупність прав, свобод та обов'язків іноземців у державі перебування утворюють їхній правовий статус, який залежить від:

1) виду правового зв'язку особи з державою (іноземні громадяни, особи без громадянства, особи з кількома громадянствами, біженці та ін.);

2) терміну перебування у державі (постійно проживають, тимчасово перебувають);

3) мети перебування у іноземній державі (виконання службових обов'язків, підприємницька діяльність, виконання певної роботи, навчання, лікування, знаходження у приватних справах тощо);

4) наявності в особи імунітетів чи привілеїв (працівники дипломатичних і консульських установ) [9, с. 81].

Основоположними для визначення правового становища фізичних осіб в певній державі, крім національного законодавства, є загальновизнані принципи й норми міжнародного права стосовно прав і обов'язків людини, що містяться у міжнародно-правових документах: «Загальній декларації прав людини» (1948 р.), «Міжнародному пакті про громадянські й політичні права» (1966 р.), «Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права» (1966 р.), «Європейській конвенції про захист прав людини та основних свобод» (1950 р.) та ін.

Крім загальних принципів міжнародного права, які стосуються фізичних осіб (рівність людей; рівноправ'я чоловіків та жінок; заборона дискримінації за ознаками раси, національності, статі та ін.), кожна держава при визначенні правового статусу іноземців зобов'язана враховувати спеціальні правові принципи, що загальноприйняті в сфері МПП:

– поширення на іноземців юрисдикції держави перебування (ст. 13 «Міжнародного пакту про громадянські й політичні права»);

– право іноземців на захист з боку держави, громадянами якої є чи місце проживання (місцеперебування) у якій вони мають (ст.ст. 7, 8 «Загальної декларації прав людини», ст.ст. 3, 6–9, 11–13, 15 «Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права»; ст. 16 «Міжнародного пакту про громадянські й політичні права»);

– право на визнання правосуб'єктності людини (ст. 16 «Міжнародного пакту про громадянські й політичні права»);

– принцип свободи виїзду іноземця з території держави перебування (ст. 13 «Загальної декларації прав людини», ст. 12 «Міжнародного пакту про громадянські й політичні права») та ін. [4, с. 63–64; 9, с. 81–83].

Питання щодо правосуб'єктності фізичної особи у МПП, за загальним правилом, регулюються *особистим законом фізичної особи*. При цьому як в доктрині МПП, так і національних законодавствах різних держав відсутній єдиний підхід щодо критеріїв визначення особистого закону фізичної особи: в одних державах він визначається за ознакою держави громадянства, в інших – за ознакою держави постійного місця проживання. В деяких державах ці два критерії застосовуються одночасно, що, зокрема, має місце і в Україні (ч. 1, 3 та 4 ст. 16 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Держава перебування для визначення правового статусу іноземців в межах своєї юрисдикції надає їм певний правовий режим (національний, найбільшого сприяння чи спеціальний). Сучасною тенденцією розвитку національних законодавств щодо правового статусу іноземців, відповідно до міжнародно-правових документів щодо прав людини, є надання іноземцям національного правового режиму, тобто зрівняння їх в правах з власними громадянами.

В таких випадках можливе виникнення ситуації, за якої іноземці в «чужій» державі можуть користуватись більшим обсягом прав, ніж у своїй власній державі. При цьому загальноприйнятою практикою в МПП є те, що перебуваючи на території іншої держави іноземець не може посилається на права та свободи, якими він користувався у себе на батьківщині, якщо вони не надаються йому у державі перебування.

Разом з тим, національний режим для іноземців не буває повним. Практично у всіх державах іноземні громадяни не можуть посідати вищі державні посади, обирати і бути обраними до представницьких органів влади, виконувати військовий обов'язок, бути суддями, прокурорами, нотаріусами та ін. [5, с. 198].

Водночас, крім обмежень прав для іноземців, що безпосередньо випливають з відсутності у них громадянства, для них можуть встановлюватись і спеціальні обмеження – реторсії. Під ними слід розуміти обмежувальні заходи, які вживаються державою щодо іноземних громадян у відповідь на аналогічні дії іншої держави щодо її власних громадян. Метою таких заходів є скасування дискримінаційних обмежень, встановлених в іноземній державі [4, с. 65].

2. ПОНЯТТЯ ТА КОЛІЗІЙНІ ПИТАННЯ ГРОМАДЯНСТВА

В літературі під громадянством прийнято розуміти певний правовий зв'язок держави та фізичної особи, що проявляється у їх взаємних правах та обов'язках.

В Україні дані питання регулюються Конституцією України та Законом України «Про громадянство України» від 18.01.2001 р.

На міжнародному рівні питання громадянства регулюються за допомогою ряду нормативно-правових актів, серед яких:

- «Конвенція, що регулює деякі питання, пов'язані з колізією законів про громадянство» (1930 р.) (Україна не бере участі в даній Конвенції);
- «Конвенція про громадянство одруженої жінки» (1957 р.) (ратифікована Президією Верховної Ради Української РСР 25.09.1958 р.);
- «Конвенція про скорочення випадків безгромадянства» (1961 р.) (Україна не бере участі в даній Конвенції);
- «Конвенція про скорочення випадків багатогромадянства та про військову повинність у випадках багатогромадянства» (1963 р.) (Україна не бере участі в даній Конвенції);
- «Конвенція щодо спрощеного порядку набуття громадянства громадянами держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав» (1996 р.) (чинна для нашої держави);
- «Європейська конвенція про громадянство» (1997 р.) (діє щодо держав-членів Ради Європи. Україною дану Конвенцію ратифіковано із застереженням та заявою відповідно до Закону України від 20.09.2006 року № 163–16: зокрема, виключено главу VII Конвенції щодо військової обов'язку у випадках множинного громадянства)
- двосторонні міжнародні договори за участю України про усунення випадків подвійного громадянства (наприклад, «Договір між Україною та Республікою Узбекистан про запобігання виникненню випадків подвійного громадянства» (1996 р.), «Договір між Україною та Грузією про запобігання виникненню випадків подвійного громадянства та усунення вже існуючого подвійного громадянства» (1997 р.) та ін.).

Кожна держава самостійно визначає належність особи до свого громадянства.

Підставами для набуття громадянства можуть бути походження, територіальний принцип, прийняття до громадянства, поновлення у громадянстві, усиновлення, встановлення опіки чи піклування над дитиною тощо.

У деяких випадках фізична особа на законних підставах може мати подвійне (множинне) громадянство, що означає одночасну належність особи до громадянства двох або більше держав (таких осіб прийнято називати біпатридами); або ж не мати громадянства жодної держави, – тоді йдеться про особу без громадянства (апатрида) [4, с. 65–66].

Згідно ст. 1 Закону України «Про громадянство України», фізичні особи за ознакою громадянства поділяються на громадян України, іноземних громадян (підданих), осіб з подвійним громадянством (біпатридів) та осіб без громадянства (апатридів). В Законі закріплені принципи, на яких базується законодавство України про громадянство (ст. 2).

До них належать наступні принципи:

- 1) єдиного громадянства – громадянства держави Україна, що виключає можливість існування громадянства адміністративно-територіальних одиниць України;
- 2) запобігання виникненню випадків безгромадянства;
- 3) неможливості позбавлення громадянина України громадянства України;
- 4) визнання права громадянина України на зміну громадянства;
- 5) неможливості автоматичного набуття громадянства Україною іноземцем чи особою без громадянства внаслідок укладення шлюбу з громадянином України або набуття та припинення громадянства України фізичною особою внаслідок одруження чи припинення шлюбу або припинення громадянства України в зв'язку з такими обставинами другим з подружжя;
- 6) рівності перед законом громадян України незалежно від підстав, порядку і моменту набуття ними громадянства України;
- 7) збереження громадянства України незалежно від місця проживання громадянина України.

Одним із визначальних принципів законодавства України про громадянство є принцип єдиного громадянства. Громадянин України, що набув громадянство (підданство) іншої держави або держав, у правових відносинах з Україною визнається лише громадянином України; якщо ж іноземець набув громадянство України, то у правових відносинах з Україною він також визнається лише громадянином України (п. 1 ст. 2 Закону).

Закон України «Про громадянство України» (п. 1 ст. 19) містить винятки, що допускають виникнення подвійного громадянства.

До яких, зокрема, віднесено випадки, коли:

- а) діти при народженні одночасно з громадянством України набувають також громадянство іншої держави;
- б) діти, які є громадянами України і усиновлені іноземцем, набувають громадянство усиновителя;
- в) громадянин України автоматично набув громадянство іншої держави внаслідок одруження з іноземцем;
- г) згідно із законодавством іншої держави її громадянство надано громадянину України автоматично без його добровільного волевиявлення і він не отримав добровільно документ, який би підтверджував наявність у нього громадянства іншої держави [4, с. 67].

В зв'язку з тим, що кожна держава в односторонньому порядку визначає «своїх» громадян та вирішує різноманітні колізійні питання в даній сфері (громадянство дітей, громадянство осіб при зміні їх сімейного статусу, встановлення опіки та піклування тощо), як правило, на користь власного громадянина, то у фізичних осіб часто виникає подвійне громадянство, що складає основну колізійну проблему у міжнародному приватному праві.

У п. 1 ст. 2 Закону України «Про громадянство України» вміщено положення щодо біпатридів, відповідно до якого така особа у правових відносинах з Україною визнається лише громадянином України. Але проблема все ж існує і це проявляється у випадку, коли біпатрид перебуває на території третьої країни, громадянином якої він не є, оскільки виникає колізія з питання визначення особистого закону такої особи.

На її вирішення спрямовані положення ч. 2 ст. 16 Закону України «Про міжнародне приватне право»: «якщо фізична особа є громадянином двох або більше держав, її особистим законом вважається право тієї з держав, з якою особа має найбільш тісний зв'язок, зокрема, має місце проживання або займається основною діяльністю.»

3. ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ТА ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ІНОЗЕМЦІВ В УКРАЇНІ

Правосуб'єктність (правоздатність, дієздатність та деліктоздатність) фізичної особи у МПП прийнято визначати за допомогою колізійної прив'язки «особистий закон фізичної особи».

У сучасному МПП ця колізійна прив'язка – особистий закон фізичної особи (*lex personalise*) – широко застосовується для встановлення правосуб'єктності фізичної особи в межах іноземного правопорядку та існує в двох різновидах: закон місця проживання (*lex domicilii*) та закон громадянства (*lex nationalis, lex patriae*). Історично держави континентальної правової сім'ї визначали правовий статус фізичних осіб відповідно до законодавства держави громадянства, тоді як країни системи англо-американського права регулювали його правом країни проживання особи [1, с. 86–87; 5, с. 126–128].

Як вказується в літературі, критерій «громадянства» щодо критерію «доміцилію» має як переваги, так і недоліки. Переваги полягають у тому, що: поняття «громадянство» не потребує тлумачення, оскільки концепція громадянства отримала належне теоретичне опрацювання; громадянство легко визначити; при використанні цього критерію ускладнюються можливості щодо обходу закону. Щодо недоліків, то: особа може належати до громадянства держави, з якою реально втратила правовий зв'язок; існує певна криза даного критерію, оскільки особа може пов'язуватись з певною спільнотою держав або нацією [35, с. 55].

На практиці слід враховувати, що в ряді держав дані різновиди колізійної прив'язки застосовуються одночасно, зокрема в Україні колізійна прив'язка «закон громадянства» застосовується щодо іноземних громадян, а «закон місця проживання» – щодо осіб без громадянства (ст. 16 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Згідно ч. 1 ст. 17 Закону України «Про міжнародне приватне право», виникнення і припинення цивільної правоздатності фізичної особи визначається її особистим законом. Правила щодо встановлення особистого закону фізичної особи встановлені у ст. 16 Закону.

Особистим законом фізичної особи вважається право держави, громадянином якої вона є. Якщо фізична особа є громадянином двох або більше держав, її особистим законом вважається право тієї з держав, з якою особа має найбільш тісний зв'язок, зокрема, має місце проживання або займається основною діяльністю. Особистим законом особи без громадянства вважається право держави, у якій ця особа має місце проживання, а за його відсутності – місце перебування. Особистим законом біженця вважається право держави, у якій він має місце перебування.

В законодавстві нашої держави встановлено, що іноземці та особи без громадянства мають цивільну правоздатність в Україні нарівні з громадянами України, крім випадків, передбачених законом або міжнародними договорами України (ч. 2 ст. 17 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Прикладом обмеження дієздатності іноземців в Україні є положення Земельного кодексу України, що передбачають неможливість для них набути у власність земельні ділянки сільськогосподарського призначення (ч. 2, 4 ст. 81 Земельного кодексу України).

Колізії щодо дієздатності фізичної особи у МПП виникають у зв'язку з тим, що законодавства окремих держав по-різному вирішують питання її настання та обмеження, тобто встановлюють різний вік, з якого настає повна дієздатність, різні умови, підстави та обсяг її обмеження тощо.

Так, повна цивільна дієздатність фізичної особи за законодавством Німеччини та Англії настає з 18 років, у Швейцарії та Японії – з 20 років, в Аргентині – з 22 років.

Водночас законодавством багатьох держав передбачено обставини, за яких вік настання повної дієздатності може бути знижений (реєстрація шлюбу та ін.). Також можуть мати місце відмінності стосовно обмеження дієздатності повнолітніх осіб, оскільки не всі держави визнають обмеження дієздатності через марнотратство чи фізичні вади та ін.

В основному в практиці МПП колізійні питання дієздатності вирішуються за особистим законом фізичної особи. Загальновизнаним у міжнародних приватно-правових відносинах є застосування особистого закону для визначення дієздатності фізичної особи: особа, яка є

дієздатною за особистим законом, повинна вважатися такою і в інших державах [4, с. 83–84].

При цьому у більшості держав «сім'ї континентального права» дієздатність іноземних громадян визначається за законом їх громадянства, а щодо осіб без громадянства – за законом місця їх проживання. У державах «сім'ї загального права» у всіх випадках застосовується закон постійного місця проживання; ці держави не визнають принципів визначення дієздатності за законодавством іншої правової системи [4, с. 84].

Що стосується нашої держави, то відповідно до ст. 18 Закону України «Про міжнародне приватне право», цивільна дієздатність фізичної особи визначається її особистим законом; цивільна дієздатність фізичної особи щодо правочинів та зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди, може визначатися також правом держави місця вчинення правочинів або виникнення зобов'язань у зв'язку із завданням шкоди, якщо інше не передбачено законом.

В ст. 19 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначено, що право фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності визначається правом держави, у якій фізична особа зареєстрована як підприємець. За відсутності в державі вимог щодо обов'язкової реєстрації застосовується право держави основного місця здійснення підприємницької діяльності.

Також загальноприйнятим у багатьох країнах є положення, за яким питання визнання іноземця недієздатним чи обмежено дієздатним вирішуються за законодавством тієї держави, до якої особа належить.

Проте особа, яка є недієздатною за особистим законом, не завжди вважається такою в інших державах. Зокрема, колізійне право держав «сім'ї загального права» обмежує дію особистого закону фізичної особи, оскільки невідомі праву держави суду іноземні обмеження дієздатності не беруться до уваги [4, с. 84].

В нашій державі діє положення, згідно якого «підстави та правові наслідки визнання фізичної особи недієздатною або обмеження цивільної дієздатності фізичної особи регулюються особистим законом цієї особи» (ч. 2 ст. 18 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Угодами України про правову допомогу переважно встановлюється, що у справах про визнання особи недієздатною або про обмеження дієздатності компетентним вважається суд тієї держави, громадянином якої є відповідна особа, при цьому суд застосовує своє національне законодавство [4, с. 85–86].

Питання щодо підстав та правових наслідків визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою регулюються положеннями ст. 20 Закону України «Про міжнародне приватне право»: в такому випадку застосовується останній з відомих особистих законів цієї особи. Угодами України про правову допомогу, насамперед

двосторонніми, більш детально регламентується порядок і наслідки визнання іноземців безвісно відсутніми чи оголошення їх померлими.

Слід також вказати, що праву окремих держав взагалі невідомий інститут визнання безвісно відсутньої особи померлою. У таких країнах можливе лише оголошення особи безвісно відсутньою у порядку судової ухвали, що має обмежені майнові наслідки (тимчасове введення у володіння «спадковим майном»), але не розірвання шлюбу безвісно відсутнього. Праву Великобританії та США невідомий інститут безвісної відсутності: можливим є лише встановлення для даної конкретної справи презумпції факту смерті особи, щодо якої не було відомостей протягом семи років. Вказані суттєві відмінності в матеріальному праві окремих держав можуть стати підґрунтям для виникнення такого небажаного у правовому регулюванні явища, як «кульгаючі» правовідносини (особа буде визнана померлою за правом однієї держави, а за правом іншої вона вважатиметься живою) [4, с. 87].

В Україні, за загальним правилом, іноземцям надається національний правовий режим. Згідно зі ст. 26 Конституції України, іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються такими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України.

Подібні положення містять і інші нормативно-правові акти (ст. 17 Закону України «Про міжнародне приватне право», ст. 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» та ін.). Проте існуючі в вітчизняному законодавстві виключення щодо правоздатності іноземців, в порівнянні з правоздатністю українських громадян, дають підстави розглядати наданий іноземцям в Україні правовий режим як «національний режим з обмеженнями» чи «спеціальний правовий режим» [1, с. 165].

Законодавством України встановлюються певні виключення щодо правоздатності іноземців.

Так, їм не можуть передаватися у власність землі сільськогосподарського призначення (ст. 22 Земельного кодексу України); вони не мають виборчих прав; вони не можуть призначатися на окремі посади або займатися певною трудовою діяльністю, якщо відповідно до законодавства України призначення на ці посади або зайняття такою діяльністю пов'язане з належністю до громадянства України; на них не поширюється загальний військовий обов'язок (п. 6 ст. 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25.03.1992 р.) тощо.

Необхідно також відзначити існування певних відмінностей у правовому статусі іноземців, які постійно проживають в Україні (іммігрантів), та іноземців, що перебувають в Україні тимчасово.

Так, згідно із Законом України «Про зайнятість населення» від 05.07.2012 року, тільки іноземці та особи без громадянства, які постійно проживають в Україні, яких визнано в Україні біженцями, яким надано притулок в Україні, яких визнано особами, що потребують додаткового захисту, яким надано тимчасовий захист, а також ті, що одержали дозвіл на імміграцію в Україну, мають право на зайнятість на підставах і в порядку, встановлених для громадян України.

4. КАТЕГОРІЇ ТА ПРАВОВИЙ СТАТУС ІНОЗЕМЦІВ В УКРАЇНІ

Відповідно до положень ст. 1 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22.09.2011 року, в нашій державі *іноземцем* визнається особа, яка не перебуває у громадянстві України і є громадянином (підданим) іншої держави або держав, а *особою без громадянства* – особа, яку жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином.

В багатьох державах іноземці диференційовані на декілька категорій залежно від цілей і термінів перебування.

Так, у Франції існують «відвідувачі» – тимчасово перебуваючі іноземці: туристи, студенти, сезонні працівники, комерсанти; «звичайні резиденти» – іноземці, що отримали дозвіл на проживання протягом 3 років; особи-резиденти – іноземці, що мають 10-річне посвідчення – дозвіл на проживання. До числа «привілейованих» іноземців належать громадяни країн ЄС.

Законодавство Іспанії передбачає розмежування іноземних громадян за категоріями і підрозділяє їх на: туристів (з оформленням візи, що допускає перебування до 90 днів); студентів (з оформленням учбової візи); працівників по найму (з оформленням візи для отримання посвідки на проживання); особи, що здійснюють діяльність в Іспанії без контракту (підприємці, інвестори) і мають посвідку на проживання; особи, що проживають в Іспанії без права отримання прибутків (з оформленням візи для отримання дозволу на проживання); особи, що живуть на пенсію або ренту (з оформленням відповідної візи і посвідки на проживання) [5, с. 199].

Питання в'їзду в Україну та виїзду з України іноземних громадян регулюються положеннями Розділу II Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Правилами оформлення віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію», затвердженими Постановою Кабінету Міністрів України від 01.06.2011 року № 567, та «Порядком продовження строку перебування та продовження або скорочення строку тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства на території України», затвердженими Постановою Кабінету Міністрів України від 15.02.2012 року № 150.

Зокрема встановлено, що іноземці та особи без громадянства в'їжджають в Україну за наявності визначеного законодавством чи міжнародним договором України паспортного документа та одержаної у встановленому порядку візи, якщо інше не передбачено законодавством чи міжнародними договорами України. Це правило не поширюється на іноземців та осіб без громадянства, які перетинають державний кордон України з метою визнання їх біженцями або особами, які потребують додаткового або тимчасового захисту чи отримання притулку (ст. 9 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»).

Залежно від підстав та терміну перебування на території України можна виділити кілька категорій іноземних громадян та осіб без гро-

мадянства, яким чинне законодавство надає окремий правовий статус [1, с. 162–171]:

1. *Іммігранти*. Згідно визначення, вміщеного в ст. 1 Закону України «Про імміграцію», іммігрант – це іноземець чи особа без громадянства, який отримав дозвіл на імміграцію і прибув в Україну на постійне проживання, або, перебуваючи в Україні на законних підставах, отримав дозвіл на імміграцію і залишився в Україні на постійне проживання.

Право на імміграцію іноземців в Україну встановлено ст. 4 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», а умови і порядок імміграції в Україну – Законом України «Про імміграцію» від 07.06.2001 р.

Особі, яка постійно проживає за межами України і отримала дозвіл на імміграцію, дипломатичне представництво чи консульська установа України за її зверненням оформляють імміграційну візу, що є чинною протягом року з дня її оформлення. Зазначена особа в'їжджає на територію України в порядку, встановленому законодавством України (ч. 1 ст. 11 Закону України «Про імміграцію»). Дозвіл на імміграцію надається в межах квоти імміграції, що встановлюється Кабінетом Міністрів України у визначеному ним порядку по категоріях іммігрантів, або поза квотою імміграції у встановлених випадках (ст. 4 Закону). Для отримання такого дозволу особа подає відповідну заяву у встановленому порядку (ст. 9 Закону).

Після прибуття іммігранта в Україну він повинен звернутися протягом п'яти робочих днів до спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань імміграції за місцем проживання із заявою про видачу йому посвідки на постійне проживання. Відповідний орган протягом тижня з дня прийняття заяви видає іммігранту посвідку на постійне проживання (ч. 2, 3 ст. 11 Закону України «Про імміграцію»).

Більш детально вказані питання регулюються Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку формування квоти імміграції, Порядку провадження за заявами про надання дозволу на імміграцію і поданнями про його скасування та виконання прийнятих рішень, Порядку оформлення і видачі посвідки на постійне проживання» від 26.12.2002 р. № 1983.

Дозвіл на міграцію може бути скасований, а особа видворена за межі України на підставах та в порядку, встановлених ст.ст. 12 та 13 Закону.

Після постійного проживання на території України протягом не менш як п'яти років іммігранта може бути прийнято до громадянства України (натуралізовано) (ст. 16 Закону України «Про громадянство України»).

Правовий статус іммігрантів визначається Конституцією України, Законом України «Про імміграцію», Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» та іншими актами законодавства. При цьому іммігранти наділені правовим режимом, що найбільшій мірі наближений до національного, оскільки, на відміну

від інших категорій іноземних суб'єктів, вони мають право постійно проживати в Україні.

Слід вказати, що прийняття нової редакції Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22.09.2011 року, яка замінила попередню редакцію від 04.02.1994 року, звузило права іммігрантів і зменшило відмінності в правовому статусі різних категорій іноземних суб'єктів-фізичних осіб. Так, в новій редакції Закону уже відсутні положення, що іммігранти на рівні з громадянами України користуються правом на охорону здоров'я, на житло, на освіту та ін.

2. Іноземці, які тимчасово перебувають на території України.

Статус іноземних громадян та осіб без громадянства, що тимчасово перебувають на території України, залежить від мети та терміну їх перебування. Відповідно до цього іноземцям оформляються візи – позначки у паспортному документі, що засвідчують право іноземців або осіб без громадянства на в'їзд в Україну і транзитний проїзд через її територію.

Загальні умови та порядок видачі візових документів іноземцям встановлено «Правилами оформлення віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію», затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 01.06.2011 року № 567, та «Інструкцією про порядок оформлення іноземцям та особам без громадянства віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію», затвердженою наказом Міністерства закордонних справ України від 26.07.2011 року № 196.

Згідно «Правил оформлення віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію», затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 01.06.2011 року № 567, візи, залежно від мети поїздки, поділяються на такі типи:

1) транзитна віза. Оформляється іноземцям та особам без громадянства у разі транзитного проїзду через територію України до третьої держави, а також здійснення транзитного перевезення вантажів і пасажирів автомобільним транспортом.

Транзитна віза оформляється як разова, дво- та багаторазова на період, зазначений у документах, що є підставою для оформлення такої візи, але не більш як на один рік, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України. При цьому строк перебування на території України під час кожного транзитного проїзду через її територію не повинен перевищувати п'яти діб.

2) короткострокова віза. Оформляється іноземцям та особам без громадянства для в'їзду в Україну, якщо строк їх перебування в Україні не перевищує 90 днів протягом 180 днів з дати першого в'їзду.

Короткострокова віза оформляється як разова, дво- та багаторазова на шість місяців або період, зазначений у документах, що є підставою для оформлення такої візи, але не більш як на п'ять років.

3) довгострокова віза. Видається іноземцям та особам без громадянства для в'їзду в Україну з метою оформлення документів, що дають

право на перебування або проживання в Україні на строк, що перевищує 90 днів.

Статтею 11 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» визначено підстави, коли в наданні візи може бути відмовлено. Також візу може бути скасовано у встановлених законодавством випадках (12 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», пп. 15, 16 «Правил оформлення візових документів для в'їзду в Україну»).

Як уже вказувалося, за загальним правилом, іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України (ст. 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»). Проте в порівнянні з іншими категоріями іноземців (іммігрантами та біженцями), обсяг їх прав є значно меншим: вони вважаються такими, що тимчасово перебувають у державі та не користуються на рівні з громадянами України правами на медичну допомогу, на житло, на отримання безоплатної освіти ін. Право на працю в Україні мають лише іноземці та особи без громадянства, які прибули в Україну для працевлаштування на визначений термін, і відповідно до одержаного у встановленому порядку дозволу на працевлаштування (ст. 3 Закону України «Про зайнятість населення» від 05.07.2012 року).

3. Біженці. Правовий статус біженців на території України визначено Законом України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» від 08.07.2011 року, «Конвенцією про статус біженців» (1951 р.) та «Протоколом щодо статусу біженців» (1967 р.) (Україна приєдналась до даних міжнародно-правових документів Законом України від 10.01.2002 р. № 2942-III).

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», біженець – особа, яка не є громадянином України і внаслідок обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознаками раси, віросповідання, національності, громадянства (підданства), належності до певної соціальної групи або політичних переконань перебуває за межами країни своєї громадянської належності та не може користуватися захистом цієї країни або не бажає користуватися цим захистом внаслідок таких побоювань, або, не маючи громадянства (підданства) і перебуваючи за межами країни свого попереднього постійного проживання, не може чи не бажає повернутися до неї внаслідок зазначених побоювань.

Законом України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» від 08.07.2011 р. було визнано таким, що втратив чинність, Закон України «Про біженців» від 21.06.2001 р. і водночас введено два нових для вітчизняного законодавства поняття: «особа, яка потребує додаткового захисту» та «особи, які потребують тимчасового захисту».

Особа, яка потребує додаткового захисту, – особа, яка не є біженцем відповідно до «Конвенції про статус біженців» (1951 р.) і «Протоколу щодо статусу біженців» (1967 р.) та цього Закону, але потребує захисту, оскільки така особа змушена була прибути в Україну або залишитися в Україні внаслідок загрози її життю, безпеці чи свободі в країні походження через побоювання застосування щодо неї смертної кари або виконання вироку про смертну кару чи тортур, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання (п. 13 ч. 1 ст. 1 Законом України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту»);

Особи, які потребують тимчасового захисту, – іноземці та особи без громадянства, які постійно проживають на території країни, що має спільний кордон з Україною, які масово вимушені шукати захисту в Україні внаслідок зовнішньої агресії, іноземної окупації, громадянської війни, зіткнень на етнічній основі, природних чи техногенних катастроф або інших подій, що порушують громадський порядок у певній частині або на всій території країни походження (п. 14 ч. 1 ст. 1 Законом України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту»).

Оформлення документів для вирішення питання щодо визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, проводиться на підставі відповідної заяви особи (ст. 7 Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту»).

Особа, яка з наміром бути визнаною біженцем в Україні або особою, яка потребує додаткового захисту, перетнула державний кордон України в порядку, встановленому законодавством України, повинна протягом п'яти робочих днів звернутися до відповідного органу міграційної служби із відповідною заявою. Особа, яка з наміром бути визнаною біженцем в Україні або особою, яка потребує додаткового захисту, під час в'їзду в Україну незаконно перетнула державний кордон України, повинна без зволікань звернутися із заявою до відповідного органу міграційної служби. Особа, яка на законних підставах тимчасово перебуває в Україні, і під час такого перебування в країні її громадянської належності чи попереднього постійного проживання виникли умови, внаслідок яких вона не може повернутися до країни свого походження і має намір бути визнаною біженцем в Україні або особою, яка потребує додаткового захисту, повинна звернутися із відповідною заявою до закінчення строку перебування на території України (ст. 5 Закону)

Рішення за заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, у тому числі стосовно перебуваючих з ним на території України неповнолітніх дітей (членів сім'ї заявника або таких, які знаходяться під його опікою чи піклуванням), приймається спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань міграції протягом місяця з дня отримання особою справи заявника та письмового висновку органу міграційної служби, який розглядав заяву. Строк прийняття рішення може бути продовжено, але не більш як до трьох місяців. Отримане посвідчення біженця чи посвідчення

особи, яка потребує додаткового захисту, є підставою для реєстрації в органі міграційної служби за місцем проживання біженця або особи, яка потребує додаткового захисту; таке посвідчення видається строком на 5 років (ст. 10 Закону).

Статтею 11 Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» передбачено підстави та порядок втрати і позбавлення статусу біженця та додаткового захисту і скасування рішення про визнання особи біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту.

Розділом III Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» визначено права та обов'язки біженців та осіб, які потребують додаткового захисту.

При цьому ст. 13 Закону визначає права та обов'язки особи, стосовно якої прийнято рішення про оформлення документів для вирішення питання щодо визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, а ст.ст. 14, 15, 16 – правовий статус, права та обов'язки осіб, яким відповідний статус надано. Крім того, ст. 17 Закону визначає права та обов'язки особи, якій відмовлено в оформленні документів для вирішення питання щодо визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, у визнанні біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, а також яка втратила чи позбавлена статусу біженця або додаткового захисту

Особа, стосовно якої прийнято рішення про оформлення документів для вирішення питання щодо визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, має право на: тимчасове працевлаштування, навчання, медичну допомогу в порядку, встановленому законодавством України; проживання у родичів, у готелі, піднаймання житлового приміщення або користування житлом, наданим у пункті тимчасового розміщення біженців; безоплатну правову допомогу в установленому порядку; конфіденційне листування з УВКБ ООН та право на відвідання співробітниками УВКБ ООН; інші права, передбачені законодавством України для іноземців та осіб без громадянства, які законно перебувають на території України. Водночас така особа зобов'язана: подати відповідному органу міграційної служби відомості, необхідні для вирішення питання щодо визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту; відбути до визначеного місця тимчасового проживання у разі одержання направлення органу міграційної служби; проходити медичне обстеження на вимогу органів міграційної служби; з'являтися до відповідного органу міграційної служби у визначений ним строк; повідомляти органу міграційної служби, до якого було подано заяву про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, про свої поїздки за межі адміністративно-територіальної одиниці України, на яку поширюються повноваження цього органу (ст. 13 Закону).

Особа, стосовно якої прийнято рішення про відмову в оформленні документів для вирішення питання щодо визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, про відмову у визнанні біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, втрату чи позбавлення статусу біженця або додаткового захисту, скасування рішення про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, а також яка оскаржує відповідне рішення до спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань міграції або до суду, до прийняття

рішення за скаргою має права та обов'язки, передбачені статтею 13 цього Закону. У разі залишення такої скарги без задоволення особа повинна залишити територію України в установленний строк, якщо вона не має інших встановлених Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» законних підстав для перебування в Україні.

За загальним правилом біженцям та особам, які потребують додаткового захисту, як і іммігрантам, надається національний правовий режим за винятками, встановленими законодавством.

Особи, яких визнано біженцями в Україні, вважаються такими, що постійно проживають в Україні, з дня прийняття рішення про визнання їх біженцями, а особи, яких визнано особами, які потребують додаткового захисту, вважаються такими, що безстроково на законних підставах перебувають на території України (ст. 14 Закону).

Особа, яку визнано біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, має рівні з громадянами України права на: пересування, вільний вибір місця проживання, вільне залишення території України, крім обмежень, встановлених законом; працю; провадження підприємницької діяльності, не забороненої законом; охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування; відпочинок; освіту; свободу світогляду і віросповідання; направлення індивідуальних чи колективних письмових звернень або особисте звернення до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб цих органів; володіння, користування і розпорядження своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності; оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб; звернення за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; безоплатну правову допомогу в установленому порядку.

Особа, яку визнано біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, має рівні з громадянами України права у шлюбних та сімейних відносинах; право на одержання грошової допомоги, пенсії та інших видів соціального забезпечення в порядку, встановленому законодавством України, та користування житлом, наданим у місці проживання; користується іншими правами і свободами передбаченими Конституцією та законами України.

Що стосується обов'язків таких осіб, то вони зобов'язані: повідомляти протягом десяти робочих днів органу міграційної служби за місцем проживання про зміну прізвища, складу сім'ї, сімейного стану, місця проживання, набуття громадянства України або іншої держави, надання притулку або дозволу на постійне проживання в іншій державі; зняти з обліку і стати на облік у відповідному органі міграційної служби за новим місцем проживання у разі зміни місця проживання і переїзду до адміністративно-територіальної одиниці України, на яку поширюється повноваження іншого органу міграційної служби; проходити щорічну перереєстрацію у строки, встановлені органом міграційної служби за місцем проживання.

Важливо, що вказаним особам українським законодавством надається право на воз'єднання сімей. Так, згідно ст. 4 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», члени сім'ї особи, яку визнано біженцем в Україні або особою, яка потребує додаткового захисту або якій надано тимчасовий захист в Україні, мають право з метою воз'єднання сім'ї в'їхати на територію України і бути визнаними біженцями або особами, які потребують додаткового захисту, або отримати тимчасовий захист за відсутності перешкоджаючих цьому умов.

Виходячи з положень чинного законодавства, можна виділяти і інші категорії іноземців в Україні, зокрема: осіб, яким надано політичний притулок; закордонних українців, осіб, яким надано тимчасовий захист, та ін.

Щодо перших, то відповідно до ст. 26 Конституції України та ст. 7 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», іноземцям і особам без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому законом. На сьогодні такого спеціального закону в Україні не прийнято, а внутрішнім законодавством це питання не врегульоване, відповідно – правовий статус даної категорії іноземців не визначено.

Право фізичної особи на отримання притулку закріплено також у ст. 14 «Загальної декларації прав людини» (1948 р.), відповідно до якої кожна людина має право шукати притулок від переслідувань в інших країнах і користуватися цим притулком. Це право не може бути використане у разі переслідування, заснованого на вчиненні не політичного злочину або діяння, що суперечить цілям і принципам Організації Об'єднаних Націй. Зазвичай рішення про надання політичного притулку приймається в індивідуальному порядку главою відповідної держави або уповноваженим ним органом щодо осіб, переслідуваних за свою громадянсько-політичну діяльність.

Згідно ст. 1 Закону України «Про правовий статус закордонних українців» від 04.03.2004 року, закордонний українець – це особа, яка є громадянином іншої держави або особою без громадянства, а також має українське етнічне походження або є походженням з України.

Особа, яка бажає набути статусу закордонного українця, подає письмову заяву про надання статусу закордонного українця: на території України – до Міністерства закордонних справ України, а за кордоном – до дипломатичних установ України за формою, встановленою Кабінетом Міністрів України (ст. 4 Закону). Статус закордонного українця посвідчується спеціальним посвідченням, що не замінює паспорт (ст. 5 Закону). В'їзд в Україну та виїзд з України закордонних українців здійснюються відповідно до Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»; закордонний українець може іммігрувати в Україну для постійного проживання за умови отримання в установленому законом порядку дозволу на імміграцію для постійного проживання поза межами квот на імміграцію (ст. 8 Закону). Закордонний українець, який перебуває в Україні на законних підставах, користується такими самими правами і свободами, а також несе такі самі обов'язки, як і громадянин України, за винятками, встановленими законодавством (ст. 9 Закону України «Про правовий статус закордонних українців»).

Що стосується осіб, яким надано тимчасовий захист, то їх правовий статус визначено розділом IV Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту».

У разі якщо на територію України з країни, яка має спільний кордон з Україною, масово прибувають особи у зв'язку з відповідними подіями за поданням спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань міграції Кабінет Міністрів України приймає постанову про надання таким особам тимчасового за-

хисту. Тимчасовий захист особам надається КМУ на строк до припинення обставин у країнах їх походження, у зв'язку з якими вони змушені були прибути на територію України, але не більш як на один рік. Строк тимчасового захисту може бути продовжено, але не більш як на один рік. Іноземцям та особам без громадянства, яким надано тимчасовий захист, видається посвідчення особи, якій надано тимчасовий захист в Україні, що діє протягом періоду надання тимчасового захисту.

Особи, яким надано тимчасовий захист, мають право на: безоплатне проживання у придатних для тимчасового перебування місцях; забезпечення достатнім харчуванням, ліками, одягом; отримання роботи в Україні на строк, на який надано тимчасовий захист; отримання грошової допомоги, якщо в них немає інших доходів в Україні; свободу пересування територією України на тих самих умовах, що визначаються законами України для іноземців та осіб без громадянства, які перебувають на території України на законних підставах; безоплатну невідкладну медичну допомогу в державних закладах охорони здоров'я; добровільне повернення в країну походження; подання заяви про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, у порядку, встановленому цим Законом; отримання інформації про свої права та обов'язки рідною або зрозумілою їм мовою; користування іншими правами, які їм гарантуються відповідно до міжнародних договорів, законів та інших нормативно-правових актів України.

5. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ ЗА КОРДОНОМ

Правовий статус громадян України за кордоном визначається:

- 1) законодавством держави їх перебування;
- 2) законодавством України;
- 3) нормами міжнародних угод;
- 4) загальними та спеціальними принципами міжнародного права;
- 5) міжнародними звичаями.

Згідно ст. 33 Конституції України, кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законом. Громадянин України не може бути позбавлений права в будь-який час повернутися в Україну.

Порядок виїзду громадян України за кордон і повернення в Україну врегульовано Законом України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» від 21.01.1994 р., Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил перетинання державного кордону громадянами України» від 27.01.1995 року № 57 та іншими підзаконними актами.

У Законі України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» закріплено перелік підстав для тимчасових обмежень у праві виїзду громадян України за кордон.

Згідно із ст. 6 Закону, громадянинові України може бути тимчасово відмовлено у видачі паспорта у випадках, якщо:

- 1) він обізнаний з відомостями, які становлять державну таємницю, – до закінчення терміну, встановленого законодавством;
- 2) діють нерегульовані аліментні, договірні чи інші невиконані зобов'язання – до виконання зобов'язань, або до розв'язання спору за погодженням сторін у передбачених законом випадках, або до забезпечення зобов'язань заставою, якщо інше не передбачено міжнародним договором України;
- 3) проти нього порушено кримінальну справу – до закінчення провадження у справі;
- 4) він засуджений за вчинення злочину – до відбуття покарання або до звільнення від покарання;
- 5) він ухиляється від виконання зобов'язань, покладених на нього судовим рішенням, – до виконання зобов'язань;
- 6) він свідомо сповістив про себе неправдиві відомості – до з'ясування причин і наслідків подання неправдивих відомостей;
- 7) він підлягає призову на строкову військову службу – до вирішення питання про відстрочку від призову;
- 8) щодо нього подано цивільний позов до суду – до закінчення провадження у справі;
- 9) він за вироком суду визнаний особливо небезпечним рецидивістом чи перебуває під адміністративним наглядом міліції – до погашення (зняття) судимості чи припинення нагляду.

Громадяни України за кордоном користуються захистом з боку України у різних сферах діяльності. Згідно ст. 25 Конституції України, держава гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами.

Даний принцип відображений і в Консульському статуті України, затвердженому Указом Президента України «Про Консульський статут України» від 02.04.1994 р. № 127/94: «консульські установи України захищають за кордоном права та інтереси України, юридичних осіб і громадян України» (ст. 1).

Територія зарубіжної держави поділяється на консульські округи, в кожному з яких діє відповідна консульська установа. Консульський статут України закріплює обов'язок консула вживати заходів для того, щоб громадяни України користувалися в повному обсязі всіма правами, наданими їм законодавством держави перебування і міжнародними договорами, учасниками яких є Україна і держава перебування, а також міжнародними звичаями [4, с. 89].

Для виконання цього обов'язку консул:

– веде облік громадян України, які постійно проживають або тимчасово перебувають у його консульському окрузі (ст. 22 Консульського статуту України);

– інформує громадян України, які тимчасово перебувають в його окрузі, про законодавство держави перебування, а також про місцеві звичаї (ст. 25);

– має право без окремого доручення представляти в установах держави перебування громадян України, якщо вони є відсутніми і не доручили ведення справ якійсь особі або не можуть захищати свої інтереси з інших причин (ст. 26).

– виконує ряд інших функцій: провадить реєстрацію та розірвання шлюбу, приймає рішення про встановлення батьківства, усиновлення дитини-громадянина України, реєструє акти громадянського стану, вживає заходів для охорони майна, що залишилося після смерті громадянина України, вчиняє нотаріальні дії, передбачені законодавством України, видає паспорти громадян України для виїзду за кордон, продовжує строк їх дії, видає та погашає візи на в'їзд в Україну, виїзд з України, легалізує документи і акти, складені за участю владних органів консульського округу тощо.

Згідно ст. 23 Закону України «Про міжнародне приватне право», «реєстрація актів цивільного стану громадян України, які проживають поза межами України, може здійснюватися в консульській установі або дипломатичному представництві України. При цьому застосовується право України.»

Ст. 24 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що опіка (піклування), встановлена над громадянами України, які проживають за межами України, визнається дійсною в Україні, якщо проти встановлення опіки (піклування) або проти її визнання немає законних заперечень відповідної консульської установи або дипломатичного представництва України.

Громадяни України також можуть звертатися за захистом порушених прав до компетентних органів держави перебування.

В інтересах громадян України, з метою удосконалення системи захисту їхніх законних прав й інтересів на території третіх країн нашою державою укладаються спеціальні міжнародні договори з даного питання – консульські конвенції. В більшості випадків вони є двосторонніми, проте, зокрема, можна відзначити багатосторонню «Конвенцію держав-учасниць ГУУАМ про взаємне надання допомоги з консульських питань», яку було підписано 07.06.2001 р. за участю Азербайджанської Республіки, Грузії, Республіки Молдова, Республіки Узбекистан та України. Україною цю Конвенцію ратифіковано 12.09.2002 р.

Також необхідно відзначити участь нашої держави у «Віденській конвенції про консульські зносини» (1963 р.).

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Фединак Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединак, Л. С. Фединак. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник / М. М. Богуславский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2005. – 604 с.
5. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
7. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
8. Самойлов М. О. Цивільно-правове становище громадян України в республіці Польща: Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03 – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Самойлов Максим Олександрович. – Х., 2003. – 20 с.
9. Соколицька К. М. Особливості цивільно-правового положення іноземних громадян в Україні: Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03 – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Соколицька, Клавдія Михайлівна. – Х., 2004. – 19 с.
10. Чорнолуцький Р. В. Проблеми правосуб'єктивності осіб у колізійному праві України: Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03 – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Чорнолуцький Руслан Васильович. – О., 2006. – 20 с.
11. «Конвенція про статус біженців» (1951 р.).

12. «Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (м. Мінськ, 1993 р.).
13. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.
14. Закон України «Про громадянство України» від 18.01.2001 року.
15. Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 04.02.1994 р.
16. Закон України «Про імміграцію» від 07.06.2001 року.
17. Закон України «Про біженців» від 21.06.2001 року.
18. Закон України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» від 21.01.1994 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Вкажіть, які критерії щодо встановлення «особистого закону» фізичної особи застосовуються в міжнародному приватному праві?
2. Вкажіть, які колізійні питання виникають при встановленні правосуб'єктності фізичної особи?
3. Вкажіть категорії іноземців, які можна виділити виходячи з положень чинного законодавства нашої держави?
4. В чому полягає особливість правового статусу іммігрантів в нашій державі в порівнянні з іншими категоріями іноземців?
5. Якими нормативними актами регулюється правовий статус іноземців та осіб без громадянства у нашій державі?

Тестові завдання

1. В нашій державі особистим законом фізичної особи вважається право держави:
 - а) до громадянства якої ця особа належить;
 - б) в якій вона має постійне місце проживання;
 - в) в якій вона перебуває в даний момент;
 - г) в якій вона має місце реєстрації.
3. Якщо особа без громадянства має постійне місце проживання в Республіці Польща, проте на даний момент перебуває в Україні, її особистим законом буде:

- а) польське право;
 - б) українське право;
 - в) право держави, до громадянства якої вона в останнє належала;
 - г) українське або польське право за її вибором.
4. В нашій державі особистим законом біженця вважається право:
 - а) держави, до громадянства якої він востаннє належав;
 - б) держави, у якій він має місце перебування;
 - в) держави, у якій він має місце постійне місце проживання.
 - г) держави, з якої він прибув.
 5. При наявності у особи декількох громадянств, її особистим законом вважається право країни:
 - а) з якої вона прибула;
 - б) в якій вона на даний момент знаходиться;
 - в) до якої вона прямує;
 - г) з якою вона має найбільш тісний зв'язок.
 6. В нашій державі іноземці та особи без громадянства мають цивільну правоздатність:
 - а) за принципом взаємності;
 - б) відповідно до міжнародних договорів України;
 - в) нарівні з громадянами України, крім випадків, передбачених законом або міжнародними договорами України;
 - г) спеціальну.
 7. Згідно українського законодавства, право особи займатись підприємницькою діяльністю визначається правом держави:
 - а) у якій вона зареєстрована як суб'єкт підприємницької діяльності;
 - б) у якій вона здійснює підприємницьку діяльність;
 - в) до громадянства якої вона належить;
 - г) у якій особа має постійне місце проживання.
 8. В нашій державі підстави та правові наслідки визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою регулюються:
 - а) міжнародними договорами про правову допомогу;
 - б) Цивільним кодексом України;
 - в) «Конвенцією про статус біженців» (1951 р.);
 - г) останнім з відомих особистих законів цієї особи.

9. В нашій державі іноземцям та особам без громадянства, за загальним правилом, надається:

- а) національний правовий режим;
- б) спеціальний правовий режим;
- в) режим найбільшого сприяння;
- г) змішаний правовий режим.

10. Правовий статус біженців в Україні регулює:

- а) Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р.;
- б) Закон України «Про громадянство України» від 18.01.2001 р.;
- в) «Конвенція про статус біженців» (1951 р.);
- г) Закон України «Про імміграцію» від 07.06.2001 р.

Практичні завдання

1. Після заподіяння фізичною особою внаслідок ДТП шкоди на території Республіки Білорусь виникло питання, законодавством якої держави повинні регулюватись питання її деліктоздатності, оскільки було встановлено, що вона одночасно є громадянином Російської Федерації та Болгарії. Вирішіть дане питання.

2. При реєстрації шлюбу в органі РАГС виникло питання, яким чином встановити шлюбну дієздатність особи без громадянства, яка щойно прибула в Україну і немає на даний момент жодного зареєстрованого місця проживання. Вирішіть дане питання.

ТЕМА 6. ЮРИДИЧНІ ОСОБИ ТА ДЕРЖАВА ЯК СУБ'ЄКТИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

1. *Особистий закон юридичної особи в міжнародному приватному праві.*
2. *Особливості правового статусу юридичних осіб в іноземних державах.*
3. *Види юридичних осіб в міжнародній практиці.*
4. *Держава як суб'єкт міжнародного приватного права.*

1. ПРАВОВИЙ СТАТУС ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Під юридичною особою в правовій доктрині прийнято розуміти організацію, що не залежить від її учасників та володіє властивими тільки їй майновими правами. Навести вичерпне визначення юридичної особи у МПП складно. Законодавство деяких країн не містить легального визначення юридичної особи і вказує лише основні її ознаки або наводить класифікацію юридичних осіб. З юридико-технічної точки зору основними ознаками юридичних осіб вважаються: їх організаційна відособленість від інших (фізичних або юридичних) осіб, що входять до їх складу; відособленість їхнього майна; право виступати в обороті від свого імені; самостійна майнова відповідальність [17, с. 52].

Одним з головних щодо юридичної особи є питання її правосуб'єктності. Правосуб'єктність юридичної особи визначається за правопорядком держави, з яким ця особа пов'язана.

Правове становище (статус) юридичної особи в МПП водночас визначається різними правопорядками:

- правопорядком, в межах якого відповідна юридична особа набула правосуб'єктності (особистий закон юридичної особи);
- правопорядком, у межах якого дана юридична особа фактично здійснює свою діяльність [1, с. 172–173].

Виходячи з положень чинного українського законодавства, цивільна правоздатність та дієздатність юридичної особи визначається її особистим законом (ст. 26 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

В Законі України «Про міжнародне приватне право» використовується термін «особистий закон юридичної особи». Водночас в літературі різними авторами для позначення в даному випадку компетентного правопорядку можуть використовуватись також такі терміни як «національність юридичної особи», «закон юридичної особи», «особистий статут юридичної особи» та ін. [9, с. 108–110].

В доктрині МПП та національних законодавствах різних держав для встановлення «особистого закону юридичної особи» використовуються наступні критерії:

– місце реєстрації юридичної особи (теорія інкорпорації).

Спірний момент даного підходу полягає у тому, що засновники юридичної особи можуть довільно обрати державу місця реєстрації і не здійснювати в ній ніякої діяльності, тому вимога зв'язку юридичної особи з правопорядком держави реєстрації виконується не завжди. Крім того, в наш час заінтересовані особи мають достатньо широкі можливості для обходу закону шляхом реєстрації юридичних осіб в «офшорних зонах». Тим не менше, це чи не найбільш поширений підхід, що закріплений в законодавстві багатьох країн.

– місце знаходження юридичної особи (теорія осілості).

Різновидами цього підходу виступають:

- місце фактичного знаходження юридичної особи (теорія «статутної» осілості);
- місце знаходження постійно діючого органу управління юридичної особи (теорія «фактичної» осілості).

В обох цих випадках зв'язок юридичної особи з певним правопорядком посилюється, тому багато науковців схильні надавати перевагу цьому підходу порівняно попереднім. Однак в різних державах законодавці використовують критерії «статутної» чи «фактичної» осілості що призводить до колізій. Крім того, в національних законодавствах даний підхід використовується в меншій мірі, ніж попередній.

– місце здійснення основного виду діяльності (теорія центру експлуатації).

У цьому випадку зв'язок між юридичною особою та відповідним правопорядком, як правило, є реальним, відповідно роль цього критерію поступово збільшується і він все частіше використовується в уніфікаціях. Так, його використано як основу визначення закону, якому підпорядковується юридична особа, у «Конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.), «Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг» (1988 р.) і деяких інших.

– національність осіб, якими юридична особа контролюється, або національна приналежність капіталу юридичної особи (теорія контролю).

Даний критерій здебільшого застосовувався в часи світових війн, коли важливо було розрізнати «своїх» і «ворожих» юридичних осіб, до яких зачислялися юридичні особи, контрольовані представниками відповідних держав. На практиці застосування критерію контролю для визначення національності юридичних осіб у чистому вигляді ускладнене, оскільки у багатьох випадках склад керівництва юридичної особи може бути багатонаціональним.

Що стосується встановлення національності капіталу юридичної особи, то частими є випадки, коли одна юридична особа утворює дочірні підприємства, які функціонують в межах різних правопорядків і, маючи статус «вітчизняних» юридичних осіб, фактично керуються материнською компанією. Даний критерій широкого розповсюдження не знайшов. Так, у випадку акціонерних товариств, які вийшли на світовий ринок, встановлення національної приналежності капіталу стає складною проблемою [1, с. 175–176]. Проте в наш час питання про застосування даного критерію залишається актуальним з огляду на необхідність встановлення приналежності формально самостійних юридичних осіб до структури певної ТНК.

Що стосується вітчизняного законодавства з даного питання, то у ч. 1 ст. 25 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначено, що «особистим законом юридичної особи вважається право держави місцезнаходження юридичної особи.» При цьому, згідно ч. 2 ст. 25 Закону, «місцезнаходженням юридичної особи є держава, у якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави.» Такий критерій щодо визначення особистого закону юридичної особи відповідає положенням «теорії інкорпорації.»

В ч. 3 ст. 25 Закону, в свою чергу, передбачено, що «за відсутності таких умов або якщо їх неможливо встановити, застосовується право держави, у якій знаходиться виконавчий орган управління юридичної особи.» Таким чином, у разі неможливості встановити особистий закон юридичної особи виходячи з «теорії інкорпорації» в нашій державі застосовуються критерії, передбачені теорією «фактичної» осілості.

Згідно статті 26 Закону України «Про міжнародне приватне право», «цивільна правоздатність та дієздатність юридичної особи визначається особистим законом юридичної особи». При цьому дещо суперечливим видається положення ст. 27 Закону: «особистим законом іноземної організації, яка не є юридичною особою відповідно до права держави, у якій така організація створена, вважається право цієї держави. Якщо така організація діє на території України, до її діяльності застосовується законодавство України, яке регулює діяльність юридичних осіб, якщо інше не впливає з вимог законодавства чи суті правовідносин.»

У ст. 28 Закону вміщено положення, яке можна розглядати як застереження про публічний порядок в сфері діяльності юридичних осіб: «юридична особа не може посилатися на обмеження повноважень її органу або представника на вчинення правочину, яке не відоме праву держави, у якій інша сторона має місце перебування або знаходження, крім випадків, коли інша сторона знала або за всіма обставинами не могла не знати про такі обмеження.»

2. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВАХ

Як вже вказувалось, правове становище (статус) юридичної особи, яка створена згідно законодавства однієї держави, а діє на території іноземної держави, водночас визначається різними правопорядками:

– правопорядком, в межах якого відповідна юридична особа виникла;

– правопорядком, у межах якого дана юридична особа фактично здійснює свою діяльність.

За загальним правилом, правопорядком, в межах якого відповідна юридична особа виникла, регулюються питання її право- та дієздатності. При цьому прийнято вважати, що іноземний правопорядок не може надавати іноземній юридичній особі більше прав, ніж це надається її особистим законом [18, с. 70].

Правопорядком держави, у межах якого дана юридична особа фактично здійснює свою діяльність, визначаються питання щодо допуску юридичної особи до здійснення господарської діяльності на цій території та про умови проведення такої діяльності, поділ юридичних осіб на «своїх» і «чужих» (резидентів та нерезидентів), надання іноземним юридичним особам певного правового режиму та ін. [1, с. 172–173]. В деяких випадках ці питання можуть регулюватись на рівні міжнародних договорів.

Як зазначається у літературі, у більшості країн світу визнання іноземної юридичної особи суб'єктом права та її допуск до здійснення господарської діяльності здійснюється без видання будь-якого спеціального акта з боку відповідної держави [1, с. 178–179]. Зокрема держави ЄС схиляються до автоматичного визнання іноземних юридичних осіб [9, с. 136].

В цілому ж на практиці існують наступні підходи щодо врегулювання даного питання: 1) визнання іноземної юридичної особи лише у випадку набуття нею такого статусу у «приймаючій» державі; 2) визнання іноземних юридичних осіб лише на підставі міжнародних договорів; 3) визнання іноземних юридичних осіб на принципах взаємності; 4) автоматичне визнання іноземних юридичних осіб.

Крім того, можливість визнання іноземних юридичних осіб у ряді держав безпосередньо пов'язується з відсутністю колізій щодо вста-

новлення особистого закону юридичної особи між законодавством держави, до якої відносить себе юридична особа, та законодавством «приймаючої» держави [9, с. 132–134].

Слід враховувати, що в нашій державі передбачено спеціальну процедуру реєстрації представництв іноземних суб'єктів до здійснення господарської діяльності на території України.

Згідно положень Господарського кодексу України (ст. 378) та Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», іноземні суб'єкти господарської діяльності (суб'єкти господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання за межами України) для здійснення діяльності на території України можуть реєструвати свої представництва в порядку, визначеному ст. 5 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та «Інструкцією про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні», яка затверджена Наказом Міністерства зовнішньоекономічних зв'язків і торгівлі України від 18.01.1996 р. № 30.

Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15.05.2003 р. передбачено, що представництва, філії іноземних компаній в Україні підлягають акредитації на території України в порядку, встановленому законом (ч. 5 ст. 4 Закону). Окремого порядку такої акредитації на рівні закону не прийнято. Однак відповідно до існуючої редакції «Положення про Єдиний державний реєстр підприємств та організацій України», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 22.01.1996 р. № 118, всі представництва нерезидентів підлягають включенню до відповідного реєстру ЄДРПОУ і їм присвоюються ідентифікаційні коди [1, с. 179].

Іноземним юридичним особам для здійснення їх діяльності на території іншої держави надається певний правовий режим (національний, найбільшого сприяння, спеціальний), що встановлюється відповідно до норм внутрішнього законодавства держави, в деяких випадках – міжнародних договорів.

Що стосується нашої держави, то за загальним правилом, іноземним юридичним особам в Україні надається національний правовий режим: підприємницька та інша діяльність іноземних юридичних осіб в Україні регулюється законодавством України щодо юридичних осіб України, якщо інше не встановлено законом (ст. 29 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Проте в ряді випадків іноземним суб'єктам може надаватись спеціальний правовий режим, зокрема на території спеціальних (вільних) економічних зон на підставі окремого закону (ст.ст. 4, 15 Закону України «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон»).

3. ВИДИ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В МІЖНАРОДНІЙ ПРАКТИЦІ

В світовій практиці існують різні види юридичних осіб. Це пояснюється як національними особливостями юридичних осіб і специфікою окремих «сімей правових систем», так і використовуваними критеріями класифікації. Крім того, у світі утворилися певні організаційно-правові форми юридичних осіб, які можуть мати різні назви в різних країнах, але мати при цьому приблизно однаковий правовий статус.

Так, право ФРН передбачає поділ юридичних осіб на союзи (господарські та негосподарські) та установи (приватні та публічні); право Франції – товариства і асоціації; право Англії передбачає виокремлення в самостійні види юридичних осіб, інкорпорованих на основі акту парламенту (або королівської хартії), компанії з обмеженою або необмеженою відповідальністю; право США розрізняє корпорації, що мають або не мають на меті отримання прибутку, а також різного роду урядові корпорації [17, с. 52]. В Швейцарії юридичні особи приватного права діляться на об'єднання осіб (корпорації) і установи; у свою чергу, корпорації підрозділяються на господарські союзи і негосподарські союзи [19, с. 80–81].

Проте можна виділити класифікації, що дають загальне уявлення про систему юридичних осіб. Так, достатньо поширеним є поділ юридичних осіб на види залежно від:

– *підстав створення та характеру діяльності: юридичні особи публічного права та юридичні особи приватного права.*

В законодавстві і доктрині багатьох країн, перш за все, розрізняються юридичні особи саме даних видів. Для відмежування юридичних осіб публічного права від юридичних осіб приватного права використовуються різні критерії. Одним з таких критеріїв є природа акту, що став підставою для виникнення того або іншого суб'єкта права. Якщо юридичні особи публічного права виникають на підставі публічно-правового акту (закону, адміністративного акту), то юридичні особи приватного права виникають на підставі приватно-правового акту. До характерних ознак юридичних осіб публічного права відносять також публічний характер переслідуваних цілей, наявність владних повноважень, особливий характер членства. Питання організації, сфери діяльності, представництва юридичної особи публічного права регулюються нормами публічного права. До юридичних осіб публічного права відносяться держава, адміністративно-територіальні одиниці, державні установи, торгові і промислові палати. У формі юридичних осіб публічного права у ряді країн діють окремі державні підприємства [19, с. 78–79].

– *мети діяльності: комерційні та некомерційні.*

– *кількості учасників (засновників): одноосібні та колективні.*

До початку ХХ ст. юридичні особи на момент створення виступали як колективні утворення, оскільки законодавство передбачало мінімум засновників [19, с. 75–76]. На сьогодні у ряді держав законодавство передбачає можливість створення юридичних осіб однією особою («компанія однієї особи»). Одноосібні підприємства є власністю однієї особи чи родини, що несе відповідальність за зобов'язаннями підприємства його капіталом і усім своїм майном, якщо це майно не відособлене від капіталу підприємства.

– *характеру об'єднання: об'єднання осіб або об'єднання капіталів.*

Об'єднання осіб передбачають особисту участь учасників юридичних осіб у їх діяльності, в той час як об'єднання капіталів, як випливає з самої назви, об'єднують лише майнові внески учасників (засновників).

– *ступеня відповідальності учасників за зобов'язаннями юридичної особи: усім своїм майном або виключно у межах внеску в статутний капітал.*

На сьогодні провідне місце у сфері комерційної діяльності серед юридичних осіб займають акціонерні товариства та товариства з обмеженою відповідальністю. Обмежена майнова відповідальність дозволила використання юридичних осіб даного виду в якості дієвого засобу концентрації і централізації капіталу [19, с. 75–76].

В міжнародній практиці достатньо поширеним є розглядати юридичні особи, учасники яких несуть повну відповідальність, як товариства або партнерства (partnership), а юридичні особи, учасники яких несуть відповідальність лише в межах своїх внесків – корпорації (corporation) [4, с. 93].

У більшості країн континентальної Європи існують такі види комерційних юридичних осіб як командитне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю та акціонерне товариство («повне» або «просте» товариство у деяких державах юридичною особою не вважається). При цьому в сучасних умовах акціонерні товариства (компанія з обмеженою відповідальністю за англійським правом, підприємницька корпорація за правом США тощо) виступають основною організаційно-правовою формою ведення бізнесу. Щодо них часто проблемним є питання про те, юридичною особою саме якого права вони виступають: коли акції того чи іншого товариства вільно продаються на національному чи світовому ринку цінних паперів, національна приналежність капіталу, на якому ця особа засновується, може постійно змінюватись. Внаслідок цього держави намагаються підпорядковувати вирішення питань щодо діяльності акціонерних товариств виключно своєму національному законодавству [1, с. 180–181].

Специфічними видами юридичних осіб у МПП виступають:

– міжнародні юридичні особи;

– транснаціональні корпорації (ТНК).

Протягом останніх десятиріч в науковій і учбовій літературі з МПП активно обговорюються питання «міжнародних юридичних осіб.» В більшості випадків вказується, що про міжнародних юридичних осіб слід вести мову тоді, коли вони створені відповідною міжнародною угодою (договором), як приклад – Міжнародний банк реконструкції і розвитку, Міжнародний валютний фонд, Європейський банк реконструкції і розвитку, Міждержавне євразійське об'єднання вугілля і металу країн СНД та ін.

Водночас окремими авторами зазначається, що свого часу створення юридичних осіб подібного роду за допомогою укладення міждержавного договору було нетиповим явищем і практично завжди супроводжувалося вилученням їх з-під дії

норм національного законодавства відповідної держави, унаслідок чого правовий статус таких утворень міг відрізнятись від статусу будь-яких інших юридичних осіб, діючих в конкретній країні. В сьогоденні ж умови створення відповідних структур шляхом укладення міжурядового договору отримало достатній розмах і немає потреби встановлювати які-небудь спеціальні умови для їх функціонування. Тому підпорядкування юридичної особи національному правопорядку відповідної держави (як правило, держави місцезнаходження головного офісу організації) знімає необхідність, крім як з метою уточнення походження, в окрему категорію виділяти «міжнародні юридичні особи» [5, с. 233–234].

Щодо питання про ТНК, то у міжнародному приватному праві прийнято розрізняти наступні їх види:

1. великі національні компанії, трести, корпорації і т. ін., що мають за кордоном численні філії, які самі являють собою самостійні юридичні особи. Інакше кажучи, це монополії, які є національними за капіталом, але міжнародними за сферою своєї діяльності (японська фірма «Соні», американські корпорації «Майкрософт», «Ренк-Ксерокс» тощо).

2. ТНК, які є міжнародними не тільки за сферою своєї економічної діяльності, а й за своїм капіталом (наприклад, англо-голландський концерн «Роял-Датч-Шелл» чи менш відомий «Данлоп-Піреллі»).

3. ТНК як об'єднання виробничого та науково-технічного характеру, які формально являючи собою просту сукупність самостійних юридичних осіб, проте керуються з одного центру.

Більшість інститутів національного права, призначених для регулювання діяльності «місцевих» підприємств, виявилися неефективними щодо ТНК, а в міжнародному праві відповідні механізми ще на стадії формування. Як приклад міжнародних рекомендаційних норм можна назвати розроблений в рамках ООН проект «Кодексу поведінки транснаціональних корпорацій», який поки що широкого розповсюдження на практиці не знайшов.

На регіональному рівні заслуговує на увагу «Конвенція про транснаціональні корпорації», укладена дванадцятьма державами СНД 06.03.1998 р. у м. Москві. Дана Конвенція ратифікована нашою державою Законом України від 13.07.1999 р. Згідно зі ст. 2 Конвенції, Сторони – учасники Конвенції домовились розуміти під поняттям «транснаціональна корпорація» юридичну особу (сукупність юридичних осіб), яка:

- має у власності, господарському віданні або в оперативному управлінні відокремлене майно на територіях двох чи більше Сторін;
- створена юридичними особами двох чи більше Сторін;
- зареєстрована як корпорація згідно з цією Конвенцією.

В Україні спеціальне регулювання діяльності ТНК відсутнє [1, с. 181–183].

4. ДЕРЖАВА ЯК СУБ'ЄКТ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

В системі міжнародних відносин центральне місце займає держава як головний суб'єкт в системі публічно-правових відносин. Але держава може бути також суб'єктом приватно-правових відносин, які характеризуються незалежністю і рівноправністю суб'єктів, свободою їх волевиявлення та недоторканністю приватної власності.

Тому, коли мова йде про участь держави у певних міжнародних правовідносинах, необхідно чітко розрізняти відносини, які регулюються міжнародним публічним правом, та відносини, які регулюються міжнародним приватним правом.

Держава в якості суб'єкта приватно-правових відносин часто стає учасником таких відносин міжнародного характеру, ускладнених іноземним елементом (наприклад, орендує або купує ділянку землі для облаштування дипломатичної місії, набуває у власність або буде будівлі на території іноземної держави, фрахтує іноземне судно для перевезення своїх вантажів, укладає договір підряду з іноземною фірмою та ін.). Причому з розвитком і ускладненням міжнародних економічних зв'язків відбувається значне збільшення ролі держави в управлінні економічними процесами, а разом з тим збільшується безпосередня участь держави в міжнародних приватно-правових відносинах. З одного боку, участь держави не міняє суті приватно-правових відносин, але, з іншого – владна природа і суверенітет держави не можуть не позначитися на її правовому положенні. Адже при цьому держава користується особливим правовим режимом, згідно якого сама держава, її власність, операції з її участю не підпорядковуються владі іншої іноземної держави, тобто її юрисдикції.

Юрисдикція здійснюється державою в основному в межах своєї території: виходячи з свого суверенітету держава підпорядковує своїй владі всіх, хто знаходиться, і все, що знаходиться на його території

Таким чином, особливість правового статусу держави як учасника міжнародних приватно-правових відносин полягає в її імунітеті від іноземної юрисдикції [5, с. 248–249].

В доктрині МПП існують декілька підходів щодо розуміння держави як суб'єкта приватно-правових відносин. Одні науковці розглядають державу як особливий суб'єкт права, що наділений суверенітетом, не підпорядковується владі інших суб'єктів і може брати участь як в публічно-правових, так і в приватно-правових відносинах. На противагу цьому існує теорія «розщеплення» держави, відповідно до якої держава розпадається на дві особи, діючи або як суб'єкт влади, або як учасник приватно-правових відносин, що прирівнюється до інших юридичних осіб [9, с. 152].

В будь-якому випадку, беручи участь у приватно-правових відносинах держава користується імунітетом, що випливає із її державного суверенітету. У МПП під *імунітетом держави* розуміють непідлеглість однієї держави законодавству та юрисдикції іншої держави [9, с. 155].

Вказане випливає з принципу «рівний над рівним не має влади» [6, с. 64].

Складовими елементами імунітету держави виступають:

- юрисдикційний імунітет (імунітет від дії законодавства іноземної держави);
- імунітет державної власності;
- імунітет від пред'явлення позову в іноземному суді;
- імунітет від попереднього забезпечення позову;
- імунітет від примусового виконання іноземного судового рішення.

Останні три складові в літературі іноді позначаються єдиним поняттям «судовий імунітет держави».

Юрисдикційний імунітет (імунітет від дії законодавства іноземної держави) передбачає неможливість врегулювання відносин за участю держави законодавством іншої держави і обумовлює незастосування колізійного методу регулювання щодо відносин за участю держави. Також юрисдикційний імунітет може тлумачитись як непідлеглість правовідносин за участю держави компетенції іноземних органів.

Імунітет державної власності означає недоторканість майна держави, що знаходиться за кордоном. На таке майно не розповсюджуються ніякі примусові заходи судового або адміністративного характеру, а органи іншої держави не мають права розглядати питання щодо приналежності майна відповідній іноземній державі.

При цьому в міжнародній практиці імунітет державної власності прийнято розглядати як безумовний, тобто такий, що існує незалежно від наявності чи відсутності судового розгляду, а також в тому випадку, коли державне майно перебуває у володінні особи, не наділеної імунітетом чи недоторканістю. Крім того, органи іноземної держави не вправі здійснювати перевірку заяви про належність майна державі, що здійснена її уповноваженим представником [5, с. 258–259].

Імунітет від пред'явлення позову в іноземному суді означає, що судовий позов до держави не може бути заявлено інакше, ніж в її національному суді, а у випадку подання – не повинен розглядатися іноземним судом.

Імунітет від попереднього забезпечення позову полягає в тому, що забороняється без попередньої згоди відповідної держави застосування будь-яких примусових заходів стосовно майна цієї держави.

Імунітет від примусового виконання іноземного судового рішення передбачає неможливість вчинення будь-яких заходів щодо держави чи її майна.

Держава має право відмовитися від імунітету як в цілому, так і від якого-небудь його елемента, що достатньо часто відбувається на практиці для полегшення співпраці з іноземними громадянами і юридичними особами. Щодо відмови держави від імунітету в доктрині МПП висуваються наступні вимоги:

1) відмова повинна бути явно вираженою (*expressis verbis*) у письмовій формі відповідним органом держави в односторонньому порядку, при укладенні правочину в його тексті, в міжнародному договорі, в акті законодавства та ін.;

2) відмова не може впливати з обставин справи чи конклюдентних дій;

3) відмова від імунітету не може тлумачитися розширювально (як приклад, якщо відмова здійснена по конкретній справі, то це не може розглядатися як відмова від імунітету взагалі чи по такій же категорії справ) [5, с. 260–261].

Наявність у держави як учасника приватно-правових відносин імунітету порушує принцип рівності учасників таких відносин та ставить державу у більш вигідне становище, в порівнянні з фізичними та юридичними особами. Це обумовило формування в доктрині МПП нових підходів щодо розуміння імунітету держави. На сьогодні прийнято виділяти дві концепції імунітету держави – *абсолютного* та *функціонального* (обмеженого).

Історично принцип імунітету держави сформувався як прояв «міжнародної ввічливості» у міждержавних відносинах, тобто одна держава як носій суверенітету проявляла повагу до суверенітету іншої держави. Поступово принцип імунітету іноземної держави закріпився як міжнародна звичаєва норма, знайшов своє закріплення в міжнародних договорах, судовій практиці, національних законодавствах. До XIX ст. взаємовідносини держав носили переважно офіційний характер, відповідно, під сумнів не ставився абсолютний характер імунітету держави. Проте з пожевленням міжнародних економічних відносин, а також зростанням участі держави у цих відносинах постало питання про необхідність перегляду статусу держави у випадку здійснення нею комерційної діяльності та її участі у приватно-правових відносинах. Особливо це стало актуальним після створення СРСР та соціалістичних держав, які, встановивши домінування державної власності на своїй території, по-суті і виступали учасниками міжнародних торговельних та інших економічних операцій. Було сформовано концепцію «функціонального» імунітету держави, зміст якої полягає в тому, що коли держава здійснює комерційну або іншу приватно-правову діяльність, вона тим самим втрачає право за вимогами, які з цієї діяльності випливають, посилатися на свої імунітети.

Абсолютний імунітет держави означає право держави користуватися імунітетом в повному обсязі; він розповсюджується на будь-яку діяльність держави і будь-яку її власність. Спочатку імунітет держави у МПП склався і застосовувався як абсолютний і його обмеження були можливі тільки при наявності прямо вираженої згоди держави [5, с. 262–263].

Функціональний імунітет держави ґрунтується на розмежуванні функцій держави на публічно-правові і приватно-правові. Якщо держава діє як суверен і виступає як носій суверенної влади, то вона завжди користується імунітетом, у тому числі і в приватно-правовій сфері. Якщо ж держава виступає в якості приватної особи, займається комерційною діяльністю, то тоді вона імунітетом не володіє. Отже, залежно від здійснюваних функцій, держава може виступати або в якості суверена, носія публічної влади або в якості приватної особи [5, с. 264].

На даний час дана доктрина функціонального імунітету держави відтворена у багатьох національних законах про імунітети іноземних держав, зокрема у США (1976), Великій Британії (1978), Сінгапурі (1979), Канаді (1981), Австралії (1981), Пакистані (1981), Південно-Африканській Республіці (1981) тощо. Законодавство цих держав виходить з того, що необхідно захищати інтереси фізичних і юридичних осіб, які вступають у цивільно-правові відносини з іноземною державою. Тенденція щодо обмеження імунітету держав у міжнародному приватному праві знайшла своє відображення і на універсальному рівні. У 1926 р. у Брюсселі було підписано «Міжнародну конвенцію про уніфікацію деяких правил щодо імунітету державних морських суден»: морські судна, що належать державі або експлуатуються нею, вантажі, що перевозяться на таких суднах, стосовно вимог щодо операцій цих суден та вантажів, що перевозяться, підкоряються тому ж режиму власності і несуть ті ж зобов'язання, що і приватні судна та вантажі.

Більш поширеною є «Європейська конвенція про імунітет держав» (1972 р.) (Україна в цій конвенції участі не бере), в якій визначено випадки, коли держава не користується імунітетом [1, с. 187–188].

У літературі зазначається, що на даний час інститут імунітету держав перетворився на одну з найбільш спірних проблем як міжнародного публічного права, так і МПП.

Що стосується вітчизняного законодавства, то поступово проявляється тенденція щодо відходу від концепції абсолютного імунітету держави.

Зокрема в ст. 32 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (1991 р.) передбачено: «якщо Україна бере участь у зовнішньоекономічній діяльності як суб'єкт такої діяльності ..., вона несе відповідальність на загальних та рівноправних засадах з іншими суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності у випадку, коли українська держава виступає суб'єктом зазначеної діяльності».

У ст. 47 «Кодексу торгового мореплавства України» (1995 р.) міститься правило, за яким положення про арешт суден, застосовується також до суден, що перебувають у державній власності, коли вони займаються виключно комерційною діяльністю.

У ст. 30 Закону України «Про міжнародне приватне право» закріплено положення: «до приватно-правових відносин з іноземним елементом

за участю держави та юридичних осіб публічного права застосовуються правила цього Закону на загальних підставах, якщо інше не передбачено законом» [1, с. 188].

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Федуняк Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Федуняк, Л. С. Федуняк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник / М. М. Богуславский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2005. – 604 с.
5. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
7. Транснаціональні корпорації: навчальний посібник / [В. Рокоча, О. Плотніков, В. Новицький та ін.] – К.: Таксон, 2001. – 304 с.
8. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
9. Клименко Оксана Михайлівна. Особливості правового становища держави як суб'єкта приватного (цивільного) права: Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03 – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Клименко Оксана Михайлівна. – К., 2006. – 19 с.
10. Ніколаєв І. С. Держава Україна як суб'єкт міжнародного приватного права: Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03 – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Ніколаєв Ігор Станіславович. – Х., 2006. – 20 с.
11. «Конвенція про транснаціональні корпорації» (м. Москва, 1998 р.).

12. «Європейська конвенція про імунітет держав» (1972 р.).
13. «Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (м. Мінськ, 1993 р.).
14. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.
15. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Правом якої держави визначається правоздатність та дієздатність юридичної особи в міжнародному приватному праві, згідно положень вітчизняного законодавства?
2. Вкажіть, які критерії щодо встановлення «особистого закону» фізичної особи застосовуються в міжнародному приватному праві?
3. Вкажіть найбільш поширені класифікації юридичних осіб у міжнародному приватному праві.
4. Розкрити поняття та види імунітету держав в міжнародному приватному праві.
5. В чому полягає зміст доктрини «функціонального імунітету» держави в міжнародному приватному праві?

Тестові завдання

1. Цивільна правоздатність та дієздатність юридичної особи, згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», визначається:
 - а) законодавством України;
 - б) правом держави, згідно якого складено установчі документи юридичної особи;
 - в) особистим законом юридичної особи;
 - г) особистим законом засновника юридичної особи.
2. Особистим законом юридичної особи в нашій державі є право держави:
 - а) у якій юридична особа здійснює основну діяльність;
 - б) згідно якого складено установчі документи юридичної особи;

- в) у якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави;
 - г) у якій знаходиться виконавчий орган управління юридичної особи.
3. Теорія «фактичної» осілости юридичної особи як критерій визначення її особистого закону передбачає врахування:
 - а) місця фактичного знаходження юридичної особи;
 - б) місця реєстрації юридичної особи;
 - в) місця здійснення основної діяльності;
 - г) місця знаходження постійно діючого органу управління.
 4. Підприємницька та інша діяльність іноземних юридичних осіб в Україні регулюється:
 - а) міжнародними договорами України;
 - б) законодавством України щодо юридичних осіб України, якщо інше не встановлено законом;
 - в) законодавством відповідної іноземної держави;
 - г) законодавством України щодо інвестиційної діяльності.
 5. В нашій державі додатковою колізійною прив'язкою щодо встановлення особистого закону юридичної особи є право держави:
 - а) місця здійснення основної діяльності;
 - б) місця фактичного знаходження юридичної особи;
 - в) місця знаходження постійно діючого органу управління;
 - г) місця реєстрації юридичної особи.
 6. До найбільш поширених різновидів юридичних осіб у міжнародному приватному праві належать:
 - а) повні товариства;
 - б) юридичні особи публічного права;
 - в) колективні підприємства;
 - г) компанії однієї особи.
 7. До приватно-правових відносин з іноземним елементом за участю держави та юридичних осіб публічного права застосовуються:
 - а) правила Закону України «Про міжнародне приватне право» на загальних підставах, якщо інше не передбачено законом;
 - б) положення Господарського кодексу України;
 - в) положення міжнародних договорів України;

г) правила Закону України «Про міжнародне приватне право» в субсидіарному порядку.

8. Видами імунітету держави в міжнародному приватному праві виступають:

- а) спеціальний імунітет;
- б) майновий імунітет;
- в) абсолютний імунітет;
- г) позовний імунітет.

9. В міжнародному приватному праві складовими елементами імунітету держави прийнято вважати:

- а) національний імунітет;
- б) державний імунітет;
- в) імунітет від судового захисту;
- г) юрисдикційний імунітет.

10. Концепція функціонального імунітету держави передбачає, що:

- а) всі держави є суверенно рівними;
- б) державні установи користуються імунітетом у відповідних відносинах, якщо інше не передбачено міжнародними договорами;
- в) пред'явлення позову до іноземної держави, його забезпечення та застосування виконання на майно іноземної держави можливо лише за згодою компетентних органів відповідної держави;
- г) держава та її структури не користуються імунітетом у відповідних відносинах в разі здійснення комерційної чи іншої приватно-правової діяльності.

Практичні завдання

1. Яким чином можна встановити особистий закон іноземної юридичної особи, яка діє на території України, якщо держава, в якій вона була створена та зареєстрована, на даний момент припинила своє існування?

2. Іноземна юридична особа звергнулась до господарського суду з позовом про визнання недійсним договору з українським суб'єктом господарювання, оскільки в відповідній іноземній державі відбулись зміни законодавства і юридичні особи позбавлені права без спеціального урядового дозволу укладати такі договори з представниками немусульманських держав. Яким чином слід вирішити дані справу?

ТЕМА 7. РЕЧОВІ ПРАВА В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

1. Загальні положення речового права.
2. Колізійні питання права власності.
3. Колізійні норми речового права у внутрішньому законодавстві України.
4. Правове регулювання іноземних інвестицій в Україні.

1. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ РЕЧОВОГО ПРАВА

У кожній державі однією з найважливіших сфер правового регулювання є сфера майнових відносин. Правове регулювання цих відносин багато в чому визначає зміст та спрямованість правового регулювання суспільних відносин в цілому в межах даної правової системи.

Майнові відносини у їх «статичному аспекті» регулюються за допомогою норм речового права, котрі регламентують права конкретних суб'єктів використовувати певні майнові об'єкти своєю владою та у своїх інтересах на підставі і в межах встановленого в державі правопорядку.

В цивільному праві ряді держав відсутнє законодавче визначення речових прав, але воно формулюється в літературі на основі аналізу їх змісту. Речове право – сукупність норм, регулюючих такі майнові відносини, в яких уповноважені особи можуть здійснювати свої права на майно (річ) самостійно, без вчинення позитивних дій з боку інших осіб. В доктрині підкреслюється, що речове право дозволяє безпосередньо впливати на майно. До речового права відносяться норми, спрямовані на те, щоб закріпити за правомочною особою юридичну можливість володіти майном і використовувати його, незалежно від дій яких-небудь інших осіб [19, с. 192–194].

Речові права характеризуються трьома основними рисами, що відрізняють їх від прав зобов'язальних:

а) речовими правами визнаються тільки такі, які прямо передбачені нормами даної національного цивільного права (замкнуте коло речових прав); особа не може за своєю волею створювати які-небудь інші різновиди речових прав;

б) речові права відносяться за характером своєї дії до «абсолютних прав», при яких правомочностям носія права відповідає обов'язок всіх інших осіб визнавати його право і утримуватися від порушення;

в) об'єктом речового права завжди є індивідуально визначена річ [19, с. 194–195].

В літературі окремими авторами вказується, що до виключної особливості речових прав, крім їх абсолютного характеру, належать такі ознаки як «право слідування» та «право переваги» [1, с. 191]. Право слідування означає, що речове право не припиняючись «слідує» за річчю при її передачі від однієї особи до іншої [22, с. 35–38]. Право переваги розглядається як певний пріоритет речових прав перед зобов'язальними правами при виникненні колізії цих прав [23, с. 35–38].

Регулювання майнових відносин в більшості держав залежить від об'єкта цих відносин. Найбільш типовими можна вважати наступні класифікації об'єктів майнових прав:

а) тілесні і безтілесні речі.

Однією з сучасних тенденцій розвитку речового права є розробка і використання концепції «безтілесного майна». Під ним розуміють права, що мають грошову цінність, але представляють собою «ідеальний» майновий об'єкт (облігації, векселі, чеки, паї, коносаменти та ін.). Розщеплювання майна на матеріальне і ідеальне знаходить своє віддзеркалення в праві більшості країн у вигляді визнання двох видів об'єктів права власності: матеріальних і нематеріальних [19, с. 197–198].

б) залежно від можливості брати участь у цивільному обороті, речі поділяються на: необмежені в обороті, обмежені в обороті та вилучені з вільного обороту.

в) рухомі і нерухомі речі.

До рухомих речей належать такі, які можна вільно переміщувати у просторі. Нерухомими визнаються такі, що міцно пов'язані із земельною ділянкою, а також сама земельна ділянка. Правовий режим рухомих і нерухомих речей є різним. Причому правовий режим нерухомих речей може бути поширений законом і на такі речі, які фактично є рухомими (наприклад, повітряні та морські судна).

г) подільні і неподільні речі.

Подільною визнається річ, внаслідок користування якою кожна її частина зберігає свої властивості цілого та не втрачає при цьому свого господарського призначення. У іншому разі річ стає неподільною.

д) прості і складні речі.

Якщо різномірні речі утворюють єдине ціле, що дає змогу використовувати його за призначенням, яке визначається сутністю з'єднання, вони вважаються за одну річ. Всі інші речі, з цієї точки зору, вважаються простими. У складних речах з часів Стародавнього Риму розрізняють головну річ та приналежності до неї. Головною річчю визнається самостійна річ, пов'язана з іншою річчю (приналежністю), що покликана слугувати головній речі та пов'язана з нею спільним господарським призначенням.

е) споживні і неспоживні речі.

Споживними визнаються речі, які внаслідок одноразового їх використання знищуються або припиняють своє існування в первісному стані, в той час як неспоживні призначені для неодноразового використання, зберігаючи при цьому свій первісний вигляд протягом тривалого часу [1, с. 191–193].

Що стосується способів набуття речових прав, то їх прийнято поділяти на:

1. Первинні. Під первинними мають на увазі такі способи, при яких право власності виникає вперше, оскільки об'єкт не знаходився раніше в чийй-небудь власності, або ж виникає самостійно, незалежно від права і волі попереднього власника, яка не береться до уваги. Тому такий порядок придбання визначається тільки законом, але не угодою сторін або ж односторонніми вольовими діями колишнього власника.

До таких юридичних способів відносяться: виробництво речі, переробка (або специфікація) речей, придбання плодів власниками або добросовісними володільцями речі, приріст (з'єднання або змішування) речей, привласнення безгосподарних речей, набувальна давність володіння (в літературі її іноді зараховують до похідних способів). Практична значущість цих способів в цивільному обігу неоднакова, але правила регулювання кожного з них в національних системах права дуже близькі за змістом, хоча у ряді випадків і розрізняються [19, с. 219–220].

2. Похідні. Під похідними розуміють такі способи, при яких право власності набувальника виникає через його перехід від попереднього власника, тобто в порядку правонаступництва. Цей перехід права відбувається в більшості випадків за волею колишнього власника, але в деяких випадках – і всупереч його волі.

Похідними способами придбання власності за волею попереднього власника є договір і односторонні правочини. До способів придбання власності, здійснюваних всупереч волі попереднього власника відносять націоналізацію, конфіскацію і ревізіцію. Ці способи визнаються тільки за державою [19, с. 220–221].

Що стосується способів захисту речових прав, то у країнах континентальної Європи (включаючи Україну) для захисту порушеного права власності прийнято, в першу чергу, застосовувати виндикаційні та негаторні позови.

Виндикаційний позов – вимога власника щодо повернення майна з чужого незаконного володіння; негаторний позов – позов про припинення неправомірних дій, що порушують права власника.

В країнах з англо-саксонською правовою системами для цього розроблено спеціальні види позовів.

Для ринкової системи господарювання характерним є те, що в її основу покладено принцип захисту власності, кому б вона не належала – вітчизняному чи іноземному суб'єкту права власності; іноземним суб'єктам практично у всіх державах надається національний режим щодо захисту права власності.

Якщо говорити про міжнародно-правове регулювання відносин власності, то основні стандарти в цій сфері визначають «Загальна декларація прав людини» (1948 р.) та «Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод» (1950 р.). Стаття 17 «Загальної декларації прав людини» проголошує право приватної власності як основне і невідчужуване право людини. Статтю 1 «Протоколу № 1» (1952 р.) до «Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод»: «Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна, інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Попередні положення, однак, ніяким чином не обмежують право держави запроваджувати такі закони, які, на її думку, необхідні для здійснення контролю за використанням майна відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків або інших зборів чи штрафів» [24].

Колізійно-правові норми з питань власності містять «Мінська конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» (1993 р.) (ст. 38) та двосторонні договори України про правову допомогу.

Серед міжнародних договорів про захист власності чи не найбільшу кількість становлять договори про регулювання та захист іноземних інвестицій. Це, зокрема, «Вашингтонська конвенція про порядок розв'язання інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» (1965 р.) та «Сеульська конвенція про заснування Багатостороннього Агентства по гарантіям інвестицій» (1985 р.). Значну питому вагу серед договорів про іноземні інвестиції мають двосторонні угоди про сприяння і взаємний захист інвестицій. Україна уклала такі угоди з Великобританією, Вірменією, В'єтнамом, Ізраїлем, Казахстаном, Киргизстаном, КНР, Литвою, Монголією, Польщею, США, Францією, ФРН, Чехією та іншими державами.

Питання права власності регулюють й інші міжнародні договори. Так, 11.09.1994 р. було підписано «Угоду між Урядом України і Урядом Республіки Молдова про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності» (з змінами від 15.03.1999 р.). Відповідно до «Конвенції ООН з морського права» (1982 р.) визнається повний імунітет у відкритому морі суден, які перебувають лише на некомерційній державній службі (ст. 96). Питання права власності також врегулюються у консульських конвенціях [9, с. 185–186].

2. КОЛІЗІЙНІ ПИТАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Правове регулювання майнових відносин в цілому та права власності зокрема містить широке коло питань, які по-різному можуть регламентуватись в різних правових системах:

– поняття та зміст права власності.

Мова йде про те, чи відомо правопорядку відповідної держави таке право і якщо так, то яким є його зміст. Так, система речових прав в Англії і США відрізняється певною своєрідністю, що несе відбиток правових форм регулювання власності в епоху феодалізму. Всі права майнового змісту ототожнюються з правом власності (property) і розглядаються як його різновиди. В рамках цього права виділяються право власності, аналогічне континентальному (ownership), і інші майнові права, певною мірою тотожні з «правами на чужі речі» романо-германської системи права, – право застави, сервітуту та ін. [19, с. 195–196].

– коло об'єктів права власності.

Вже вказувалось про поширеність в правовій доктрині положень щодо визнання об'єктами речових прав «безтілесних» речей, зокрема корпоративних прав, цінних паперів та товаророзпорядчих документів. Проте в деяких країнах, наприклад у Німеччині, практичне застосування таких положень ускладнене з формально-юридичних міркувань, оскільки, згідно § 90 Німецького цивільного уложення, об'єктом права можуть бути тільки матеріальні речі. В інших країнах, зокрема у Франції, така можливість допускається чинним законодавством [19, с. 195–196].

– порядок та підстави виникнення і припинення права власності.

Як приклад, у вітчизняному законодавстві положення про можливість виникнення права власності на земельну ділянку за набувальною давністю з'явилися лише після прийняття нового Земельного кодексу України від 25.10.2001 р. (ст. 119). Інший аспект даного питання – питання про умови та строки виникнення права власності на нерухоме майно за набувальною давністю по-різному регулюються в національних законодавствах. Так, у Франції для набуття у власність нерухомості за давністю встановлено три терміни: 30 років – після закінчення цього терміну власник (навіть недобросовісний) не зобов'язаний вказувати підставу придбання майна; 20 років – якщо власник отримав майно на законній підставі і проживає за межами округу апеляційного суду, в якому знаходиться нерухомість; 10 років – якщо той же власник проживає в окрузі вказаного суду. Для придбання права на нерухомість за давністю володіння в Англії встановлений 12-річний термін. На відміну від Англії, Франції і деяких інших країн, у Німеччині право власності за давністю володіння можна набути тільки на рухоме майно [17, с. 77–78].

– момент переходу права власності від однієї особи до іншої.

– правовий режим різного майна.

– обмеження права власності.

В літературі відомі тій чи іншій правовій системі обмеження права власності класифікують за різними підставами. Так, залежно від цілей виділяють, зокрема, обмеження, спрямовані на забезпечення «суспільного спокою» (протипожежні заходи, вимоги техніки безпеки, запобігання забруднення навколишнього середовища), на примусове вилучення права власності в публічних інтересах (будівництво шосейних і залізних доріг, підтримка в порядку річок, прокладання ліній електропередач), на розвиток певної галузі економіки (наприклад, гірничодобувної), на збереження певних культурних цінностей та ін.

– захист права власності (повернення майна з чужого володіння, відшкодування втрат, безпідставне збагачення внаслідок неправомірного використання чужих прав тощо).

Особливістю права Англії, США і інших країн «загального права» є відсутність віндикаційного і негативного позовів. Право власності захищається в Англії окремими видами позовів з правопорушень, перш за все – позовом щодо порушення володіння нерухомим майном (як примусове заволодіння чужою земельною ділянкою, так і просто вхід на обгороджену територію, в чужу квартиру тощо.). Порушення володіння можуть торкатися і рухомих речей, у тому числі утримання їх без наміру звернути в свою власність. Розглядаючи подібні позови, суди або вилучають речі в порушників, або забороняють володіння ними, або накладають на порушників штраф [17, с. 80].

Щодо нерухомого майна найбільш часто виникають питання щодо:

1. належності окремих об'єктів нерухомого майна до тих, що допущені до цивільного обігу.

Наприклад, земля у більшості держав світу є предметом вільного обігу, хоча існує певна кількість країн, де вона є предметом обмеженого обігу, а в деяких – практично вилучена з обігу.

2. складу майна, яке визнається нерухомим.

Загальноновизнаним у законодавстві всіх держав світу є поділ речей на рухомі та нерухомі. Проте, і у цьому випадку категорія нерухомих речей не є ідентичною у різних правових системах (зокрема, такі рухомі за своєю природою речі, як морські, річні, повітряні судна за законодавством Російської Федерації розглядаються як нерухомі речі).

Щодо рухомих речей, що перебувають у вільному обігу, виникають свої колізійні питання. Так, при переміщенні рухомих речей з території однієї держави на територію іншої можуть постати питання, пов'язані з законністю виникнення права власності та щодо змісту і обсягу прав власника на неї.

Це питання особливо гостро постає у випадках, коли в одній правовій системі певне майно допущено до обігу, а в іншій – обмежене або вилучене з обігу.

За сучасними уявленнями, якщо право власності на річ в тій чи іншій державі виникло на законних підставах, воно зберігається і визнається за власником навіть тоді, коли подібний порядок придбання речі у власність у відповідній державі взагалі є неможливим. У багатьох випадках колізійні норми, які відсилають до закону місця знаходження речі, доповнюються застереженням: права на рухоме майно приписуються визначити за законом країни, де майно знаходилося в момент виникнення таких прав.

На сьогодні не існує єдності з питання, якому правопорядку повинен підпорядковуватись перехід права власності на річ, яку було придбано за кордоном. В одних правових системах (як в Україні) мова йде про застосування принципу «закон держави перебування майна», в інших (США, Велика Британія тощо) перевага віддається особистому закону власника.

Що стосується змісту та обсягу права власності, то якщо переміщення речі в іншу державу не скасовує факт власності, воно все ж може впливати на зміст цього права, оскільки при зміні місця знаходження речі змінюється її правовий режим (оборотоздатність речі, правомочності власника, способи захисту права власності тощо). У цьому відношенні принцип «закон держави перебування речі» стає вирішальним засобом розв'язання даної проблеми [1, с. 195–197].

Довгий час в Європі права на рухомі речі (права вимоги, цінні папери, особисті речі, транспортні засоби та ін.) регулювались особистим законом власника, виходячи з принципу «рухомість слідує за особою» (*mobilia personam sequuntur*). Даний принцип застосовувався до середини XIX в. Потім сфера його застосування звужилася і була обмежена випадками правонаступництва внаслідок смерті власника відносно рухомості і режиму подружнього майна.

В наш час практично у всіх країнах Європи відносно рухомого майна діє принцип *lex rei sitae* – «закон держави перебування речі». Таким чином, за міжнародною практикою: а) річ, правомірно набута у власність особою, зберігається за її власником при зміні місця знаходження речі (тим самим признається право власності на річ, придбану за кордоном); б) обсяг прав власника визначається законом місця знаходження речі і він може змінюватись при переміщенні речі з однієї держави в іншу [5, с. 276].

Особливу категорію рухомого майна становлять товари, що знаходяться в дорозі, оскільки у таких випадках місце знаходження товару при транспортуванні є тимчасовим. У таких випадках сторони самі можуть визначити право держави, що підлягає застосуванню до їхньої угоди. За відсутності цього визначення та коли до права власності на товари не застосовується право місця укладення угоди, можливе застосування однієї з таких колізійних прив'язок:

- право держави відправлення вантажу;
- право держави призначення цього вантажу;
- право держави зупинки;
- право держави перевізника.

У доктрині МПП найбільш широке розповсюдження отримала точка зору, за якою компетентним у такому випадку повинно бути визнане право держави місця призначення вантажу [1, с. 197–198].

В нашій державі діє норма, згідно якої 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 (ст. 41 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Колізійні питання права власності на рухоме майно виникають і у випадках, коли майно важко локалізувати. Як приклад – судно знаходиться у відкритому морі, внаслідок чого взагалі відсутнє підпорядковане певному правопорядку, або об'єктом правовідношення є «безтілесна» річ. В таких випадках застосовують додаткові колізійні прив'язки: закон прапора, право держави походження автора чи самого «безтілесного» об'єкта та ін. [1, с. 199].

Велика кількість колізійних питань, що постають у випадках з власністю, обумовила спроби їх уніфікації. З цією метою була прийнята «Гаазька конвенція про закон, що застосовується до переходу права власності на рухомі матеріальні речі» (1958 р.), однак ця Конвенція не набула широкого розповсюдження [1, с. 199].

Переважним способом правового регулювання відносин власності в МПП є колізійно-правовий, оскільки при всьому різноманітті існуючих проблем практично не існує конвенцій, що містять уніфіковані матеріально-правові норми речового права. Про міжнародно-правове регулювання відносин власності дає підстави говорити наявність колізійних норм, закріплених в міжнародних договорах. Прикладом таких міжнародних колізійних норм є норми, закріплені в ст. 38 «Мінської конвенції про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах» (1993 р.) та двосторонніх договорах України про правову допомогу [5, с. 274].

Згідно ст. 38 «Мінської конвенції» (1993 р.), право власності на нерухоме майно визначається за законодавством Договірної Сторони, на території якої знаходиться нерухоме майно. Питання про те, яке майно є нерухомим, вирішується відповідно до законодавства країни, на території якої знаходиться це майно. Право власності на транспортні засоби, що підлягають внесенню в державні реєстри, визначається за законодавством Договірної Сторони, на території якої знаходиться орган, що здійснив реєстрацію транспортного засобу.

Виникнення і припинення права власності або іншого речового права на майно визначається за законодавством Договірної Сторони, на території якої майно знаходилося в момент, коли мала місце дія або інша обставина, що послужила підставою виникнення або припинення такого права. Виникнення і припинення права власності або іншого речового права на майно, що є предметом угоди, визначається за законодавством місця здійснення угоди, якщо інше не передбачено угодою Сторін.

3. КОЛІЗІЙНІ НОРМИ РЕЧОВОГО ПРАВА У ВНУТРІШНЬОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

У вітчизняному законодавстві колізійні норми речового права розміщені в розділі V Закону України «Про міжнародне приватне право» (ст.ст. 38–42).

Вихідним правилом для формулювання в законодавстві України колізійних норм речового права є положення ст. 38 Закону, за якими:

– право власності та інші речові права на нерухоме та рухоме майно визначаються правом держави, у якій це майно знаходиться, якщо інше не передбачено законом;

– належність майна до нерухомих або рухомих речей, а також інша класифікація майна визначаються правом держави, у якій це майно знаходиться.

Аналогічним чином (з використанням цього ж підходу – «закон держави перебування майна») у статті 39 Закону врегульовано питання щодо виникнення та припинення права власності та інших речових прав: виникнення та припинення права власності та інших речових прав визначається за правом держави, у якій відповідне майно перебувало в момент, коли мала місце дія або інша обставина, яка стала підставою для виникнення або припинення права власності та інших речових прав, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України.

В такому ж порядку визначається право, яким регулюються питання виникнення та припинення речових прав: право, яке застосовується до виникнення та припинення права власності та інших речових прав, що є предметом правочину, визначається відповідно до частини першої ст. 39 Закону, якщо інше не встановлено за згодою сторін.

Згідно ч. 3 ст. 39 Закону, виникнення права власності внаслідок набувальної давності визначається правом держави, у якій майно знаходилося на момент спливу строку набувальної давності [1, с. 199–200].

Таким чином, в вітчизняному законодавстві щодо врегулювання речово-правових відносин використано єдиний підхід – колізійна прив'язка «закон держави перебування майна».

Закон України «Про міжнародне приватне право» містять спеціальні колізійні прив'язки для окремих видів речей:

– право власності та інші речові права, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів, визначаються правом держави, у якій це майно зареєстровано (ст. 40);

– право власності та інші речові права на рухоме майно, що за правомочинном перебуває в дорозі, визначається правом держави, з якої це майно відправлено, якщо інше не встановлено за згодою сторін (ст. 41).

Ст. 42 Закону України «Про міжнародне приватне право» містить колізійні норми щодо вибору праву, яким повинен регулюватись захист права власності та інших речових прав: на вибір заявника може застосовуватись право держави, у якій майно знаходиться, або право держави суду (ч. 1 ст. 42).

При цьому захист права власності та інших речових прав на нерухоме майно здійснюється відповідно до права держави, у якій це майно знаходиться (ч. 2 ст. 42), а захист речових прав, які підлягають державній реєстрації в Україні, здійснюється відповідно до права України (ч. 3 ст. 42 Закону).

4. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ В УКРАЇНІ

Під іноземними інвестиціями прийнято розуміти матеріальні і нематеріальні цінності, що належать юридичним або фізичним особам однієї держави, але знаходяться на території іншої держави з метою отримання прибутку чи іншого результату. На практиці інвестиції можуть проявлятися у формі капітальних вкладень, внесків у спільні підприємства, та також інших видів інвестування, які здійснюються на основі контрактів з розподілом одержаного прибутку між учасниками та ін. [5, с. 278–279].

У Законі України «Про режим іноземного інвестування» іноземні інвестиції визначено «як цінності, що вкладаються іноземними інвесторами в об'єкти інвестиційної діяльності відповідно до законодавства України з метою отримання прибутку або досягнення соціального ефекту» (п. 2 ст. 1 Закону). При цьому іноземні інвестиції можуть здійснюватися у вигляді: іноземної валюти; валюти України; будь-якого рухомого і нерухомого майна та пов'язаних з ним майнових прав; акцій, облігацій, інших цінних паперів, а також корпоративних прав; грошових вимог та права на вимоги виконання договірних зобов'язань; будь-яких прав інтелектуальної власності; прав на здійснення господарської діяльності (ст. 2).

Коли мова йде про інвестиції як форму вкладання в економіку іноземних держав певних ресурсів, що належать іноземному інвестору, то їх можна класифікувати за різними підставами. З точки зору МПП, найбільш важливим є поділ інвестицій на державні (які є предметом регулювання міжнародного економічного права) та приватні, тобто інвестиції, які належать іноземним фізичним та юридичним особам, а тому становлять об'єкт регулювання МПП [1, с. 201].

Правове регулювання іноземних інвестицій здійснюється національним законодавством, на яке впливають міжнародно-правові норми. В Україні іноземні інвестиції регулюються Господарським кодексом України (глава 38), а також спеціальними нормативно-правовими актами: Законами України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р., «Про захист іноземних інвестицій на Україні» від 10.09.1991 р., «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.1996 р. та ін.

Правове регулювання міжнародних інвестицій здійснюється шляхом поєднання механізмів національного та міжнародно-правового регулювання, завдяки чому виникло таке явище, яке отримало назву «інвестиційний клімат». Його складовими є:

– режим прийому та захисту інвестицій на території держави-імпортера;

4. Правове регулювання іноземних інвестицій в Україні

– режим гарантій інвестицій, що встановлений у державі-експортері;
– міжнародно-правове регулювання питань, пов'язаних з інвестиційною діяльністю [1, с. 203].

Що стосується режиму прийому інвестицій, то існує два принципово різних підходи до регулювання участі фінансового капіталу в економіці будь-якої країни: зазначена участь або обмежується (шляхом запровадження державного контролю, націоналізації і т.д.), або заохочується (наданням пільг, різних гарантій тощо). Часто політика держави у цьому питанні коливається, а інколи зовсім різко змінює свій напрям.

Як приклад – наша країна заінтересована у залученні зовнішніх іноземних ресурсів, проте національне законодавство щодо іноземних інвестицій є достатньо суперечливим. Зокрема, протягом 1997 року Верховна Рада України тричі переглядала законодавство про оподаткування іноземних компаній (22 травня, 18 листопада та 16 грудня). Ситуація ускладнюється і тим, що нерідко змінам у законодавстві надається зворотна дія [1, с. 201–202].

Інвестиції можуть не тільки сприяти розвитку національних економік, а й, за певних умов, здатні гальмувати розвиток відповідної національної економіки або взагалі привести державу до економічної залежності. Тому практикою вироблено ряд засобів як щодо заохочення, так і щодо обмеження інвестиційної діяльності.

Заохочення іноземних інвестицій в економіку держав здійснюється шляхом законодавчого надання певних пільг або переваг, зокрема таких, як:

- звільнення від митних зборів обладнання та сировини, що ввозяться для потреб виробництва, в яке вкладаються інвестиції;
- повне або часткове звільнення протягом певного часу від податку на прибуток;
- безподатковий вивіз готової продукції на іноземні ринки;
- право повного або часткового вивозу прибутку за кордон;
- надання гарантій на випадок націоналізації тощо.

Обмеження інвестиційної діяльності досягається шляхом:

- встановлення особливого державного контролю за дозволем на допуск іноземного капіталу до розробки надр та природних ресурсів;
- виключення можливості допуску до певних, найбільш важливих галузей народного господарства;
- встановлення обов'язкової долі участі національного державного або приватного капіталу у змішаних підприємствах, що створюються завдяки залученню іноземних інвестицій;
- вжиття заходів щодо використання частини прибутку іноземних підприємств для внутрішніх потреб шляхом оподаткування, обмеження переказу прибутків за кордон тощо [1, с. 201–202].

Для визначення правового становища іноземних інвесторів можливе встановлення наступних правових режимів:

– національний режим – такий самий, як і для вітчизняних інвесторів;

На території України щодо іноземних інвестицій встановлюється національний режим інвестиційної діяльності, за винятками, передбаченими законами і чинними міжнародними договорами (ст. 394 Господарського кодексу України).

– режим найбільшого сприяння – передбачає надання іноземним інвесторам додаткових прав, преференцій та пільг щодо митних стягнень, податків та зборів, гарантій щодо здійснення ними інвестиційної діяльності;

– обмежувальний режим – забороняє, або обмежує іноземні інвестиції.

Що стосується гарантій, які надаються державою іноземним інвесторам, то вони залежать від загальної політики держави у цій сфері. Причому, як правило, це гарантії «політичні» (чи «некомерційні»), які передбачають надання захисту від націоналізації, зміни законодавства, політичної нестабільності та ін.

В літературі відзначається, що головним принципом стосовно охорони іноземної власності є т. з. “мінімальний міжнародний стандарт”, який зводиться до дотримання трьох принципів, а саме:

– націоналізація, експропріація або реквізиція іноземних інвестицій повинні ґрунтуватися на підставах чи причинах публічної необхідності, безпеки або національного інтересу;

– заходи, що застосовуються державою, що приймає інвестиції, не можуть бути дискримінаційними стосовно іноземців;

– швидка, адекватна та ефективна компенсація повинна бути сплаченою у всіх випадках експропріації, націоналізації або реквізиції [1, с. 204].

Так, ст. 397 Господарського кодексу України визначає, що з метою забезпечення стабільності правового режиму іноземного інвестування встановлюються такі гарантії для іноземних інвесторів:

- застосування державних гарантій захисту іноземних інвестицій у разі зміни законодавства про іноземні інвестиції;
- гарантії щодо примусового вилучення, а також від незаконних дій органів влади та їх посадових осіб;
- компенсація і відшкодування збитків іноземним інвесторам;
- гарантії у разі припинення інвестиційної діяльності;
- гарантії переказу прибутків та використання доходів від іноземних інвестицій;
- інші гарантії здійснення інвестиційної діяльності.

Міжнародно-правове регулювання питань, пов’язаних з інвестиційною діяльністю, складають такі багатосторонні угоди:

– «Вашингтонська конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» (1965 р.).

Набула загальної чинності 14.10.1966 р., в ній бере участь близько 140 держав світу. Україна ратифікувала дану Конвенцію 16.03.2000 р. і вона є чинною для нашої держави з 07.07.2000 р.

Конвенцією встановлені правила розгляду таких спорів та засновано Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів при Міжнародному банку реконструкції

та розвитку (ІКСІД). До компетенції цього Центру належить розв’язання правових спорів, що виникають безпосередньо з відносин, пов’язаних з інвестиціями між Договірною державою і особою іншої Договірної держави, за умови, що існує письмова угода учасників про передачу такого спору на розгляд Центру. Сторони такої угоди не мають права в односторонньому порядку відмовитись від неї.

– «Сеульська конвенція про заснування Багатостороннього агентства з гарантій інвестицій» (1985 р.).

Сеульська конвенція набула загальної чинності 12.04.1988 р. і в ній беруть участь більш як 100 держав. Україна приєдналась до цієї Конвенції згідно із Законом України від 03.06.1992 р.

Даною Конвенцією запроваджену «Вашингтонською конвенцією» систему державного і приватного страхування інвестицій доповнено міжнародною системою страхування некомерційних ризиків, пов’язаних з інвестиційною діяльністю. Конвенцією передбачено створення Багатостороннього агентства з гарантій інвестицій (БАГІ), до компетенції якого належить укладання договорів страхування та перестрахування некомерційних ризиків, здійснення додаткових асигнувань з метою розширення інвестицій у країнах, що розвиваються, та сприяння мирному вирішенню спорів між інвесторами та державами, що приймають інвестиції.

– Угода про пов’язані з торгівлею інвестиційні заходи (ТРИМС) (1994 р.).

Угоду прийнято за результатами Уругвайського раунду багатосторонніх торговельних переговорів, діє лише між державами – членами Світової організації торгівлі і має на меті протистояти перешкодам здійсненню інвестицій у світових масштабах [1, с. 206–207].

Дещо відрізняється правове регулювання міжнародних інвестицій у вільних економічних зонах. Міжнародній практиці відомі такі їх види:

- вільні митні зони;
- зони вільної торгівлі;
- промислово-виробничі зони;
- техніко-запроваджувальні зони (технополіси);
- інші сервісні зони (наприклад, туристично-рекреаційні);
- офшорні зони.

Загальна особливість інвестування в цих зонах зводиться до того, що частіш за все, в них нерезидентам надаються спеціальні пільги. Крім того, в ряді випадків державою для певної вільної економічної зони окремо встановлюється правовий режим [1, с. 207].

У ст. 2 Закону України «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон» від 13.10.1992 р. зазначено, що статус і територія спеціальної (вільної) економічної зони, а також строк, на який вона створюється, визначається Верховною Радою України шляхом прийняття окремого закону для кожної спеціальної (вільної) економічної зони.

Конкретні особливості інвестування, таким чином, можуть суттєво відрізнитися залежно від виду вільної економічної зони. Так, в офшор-

них зонах податкові та інші пільги встановлюються для нерезидентів у випадках, коли вони реєструють на території офшорних зон свої фірми, проте не здійснюють на цій території промислову діяльність та не отримують на ній прибутку [1, с. 207].

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник / М. М. Богуславский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристь, 2005. – 604 с.
5. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. Гражданское и торговое право капиталистических государств / [кол. авторов] / под ред. Е. А. Васильева – М.: Международные отношения, 1993. – 554 с.
7. Пятин С. Ю. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / С. Ю. Пятин. – М.: Дашков и К, 2008. – 260 с.
8. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
9. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
10. «Вашингтонська конвенція про порядок розв'язання інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» (1965 р.)
11. «Сеульська конвенція про заснування Багатостороннього Агентства по гарантіям інвестицій» (1985 р.).
12. «Мінська конвенція про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах» (1993 р.).

13. Цивільний кодекс України.
14. Господарський кодекс України.
15. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.
16. Закон України «Про захист іноземних інвестицій на Україні» від 10.09.1991 року.
17. Закон України «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.1996 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Вкажіть, які основні колізійні питання відносин власності виділяють в міжнародному приватному праві?
2. Які колізійні прив'язки для врегулювання відносин власності на нерухоме майно застосовуються у міжнародному приватному праві?
3. Вкажіть, в чому полягають колізійні питання щодо правового режиму рухомого майна в міжнародному приватному праві?
4. Які колізійні прив'язки щодо визначення правового режиму рухомого майна застосовуються в міжнародному приватному праві?
5. Які правові режими можуть надаватись іноземним інвесторам в міжнародному приватному праві?

Тестові питання

1. До колізійних питань, що виникають у сфері відносин власності в міжнародному приватному праві, належать питання щодо:
 - а) правового режиму певного майна;
 - б) поділу нерухомого майна;
 - в) власності на нерухоме майно;
 - г) правоздатності власників нерухомого майна.
2. До колізійних питань щодо права власності на об'єкти нерухомого майна в міжнародному приватному праві належать питання щодо:
 - а) складу майна, яке визнається нерухомим;
 - б) правоздатності власників нерухомого майна;
 - в) власності на нерухоме майно;
 - г) охорони нерухомого майна.

3. В міжнародному приватному праві під правом країни, в якій знаходиться майно, прийнято розуміти:

- а) право країни, в якій фактично знаходиться майно;
- б) право країни, в якій знаходиться власник майна;
- в) право країни, в якій видано правовстановлюючі документи;
- г) право країни, в якій майно взято на облік або зареєстровано.

4. За основною колізійною прив'язкою, згідно українського законодавства, право власності та інші речові права на нерухоме та рухоме майно визначаються:

- а) правом держави до якої належить власник майна;
- б) правом держави, у якій це майно зареєстровано;
- в) правом держави, у якій це майно знаходиться;
- г) особистим законом власника.

5. Згідно українського законодавства, належність майна до нерухомих або рухомих речей, а також інша класифікація майна визначаються:

- а) правом держави, в якій виникло право власності на майно;
- б) правом держави, у якій це майно зареєстровано;
- в) правом держави, у якій це майно знаходиться;
- г) правом держави, у якій це майно створено.

6. Згідно українського законодавства, виникнення та припинення права власності та інших речових прав на рухоме майно визначається:

- а) особистим законом власника;
- б) правом держави до якої належить власник майна;
- в) правом держави, у якій це майно востаннє було зареєстровано;
- г) правом держави, у якій майно перебувало на момент виникнення відповідного юридичного факту.

7. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», право власності та інші речові права, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів, визначаються правом:

- а) найбільш зацікавленої держави;
- б) держави до якої належить власник майна;
- в) держави, у якій це майно зареєстровано;
- г) держави, у якій майно перебувало на момент виникнення відповідного права.

8. За основною колізійною прив'язкою, згідно Закону України «Про міжнародне приватне право», право власності та інші речові права на рухоме майно, що за правочином перебуває в дорозі, визначаються правом:

- а) держави, з якої це майно відправлене;
- б) держави, до якої це майно відправлене;
- в) держави, в якій це майно перебуває на даний момент;
- г) держави, до якої належить перевізник.

9. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», захист права власності та інших речових прав здійснюється:

- а) відповідно до права держави, у якій майно знаходиться;
- б) на вибір заявника відповідно до права держави будь-якої держави;
- в) відповідно до права найбільш зацікавленої держави;
- г) на вибір заявника відповідно до права держави, у якій майно знаходиться, або відповідно до права держави суду.

10. Захист права власності та інших речових прав, які підлягають державній реєстрації в Україні, здійснюється:

- а) відповідно до права України;
- б) відповідно до права на вибір заявника;
- в) відповідно до права держави суду;
- г) на вибір заявника відповідно до права держави, у якій майно знаходиться, або відповідно до права держави суду.

Практичні завдання

1. Під час продажу канадською фірмою грецькій компанії вантажного морського судна виникло питання, законодавством якої держави повинні регулюватись питання переходу права власності на нього, оскільки за законодавством Канади таке майно визнається нерухомими, в той час як за законодавством Греції – рухомим. Яким чином врегулюється дане питання згідно українського законодавства?

2. Громадянин України, проживаючи в іноземній державі, на протязі тривалого терміну часу відкрито та добросовісно користувався жилим будинком. Виявивши, що цей будинок не має власника, він звернувся за роз'ясненнями, чи можливе визнання його права власності на це майно за набувальною давністю згідно українського законодавства?

ТЕМА 8. ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

1. *Поняття та види міжнародних договорів цивільно-правового характеру.*
2. *Міжнародно-правове регулювання правочинів з іноземним елементом.*
3. *Особливості правового регулювання зовнішньоекономічних договорів (контрактів) в Україні.*
4. *Колізійні питання форми міжнародного цивільно-правового договору.*
5. *Колізійні питання змісту міжнародного цивільно-правового договору.*
6. *«Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.): загальні положення.*

1. ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ

Правове регулювання договірних зобов'язань займає істотне місце в цивільному праві будь-якої держави. Відповідно, норми, що регулюють договірні зобов'язання, займають важливе місце і в МПП. За допомогою цих норм регулюється широке коло цивільно-правових відносин, ускладнених іноземним елементом [5, с. 335].

З точки зору МПП, міжнародним слід вважати будь-який правочин, що містить іноземний елемент, оскільки він може обумовлювати застосування колізійних норм для його врегулювання [4, с. 163]. При цьому суттєвим буде одразу ж поділяти такі договори за їх характером на два основні різновиди: комерційні та некомерційні (споживчі).

1. Поняття та види міжнародних договорів цивільно-правового характеру

В міжнародній практиці історично основна увага приділялась саме питанням договорів комерційного характеру, що опосередковували міжнародний товарообмін. Такі договори здебільшого позначаються як «міжнародна комерційна операція» або «міжнародний комерційний договір». При цьому якогось уніфікованого визначення даного поняття не існує, а різного роду міжнародно-правові документи містять лише критерії, за якими ті чи інші договори можна відносити до даної категорії [5, с. 359–360].

Так, «Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.) вміщує положення, згідно яких ця Конвенція застосовується до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких перебувають у різних державах (ст. 1); водночас Конвенція не застосовується до продажу товарів, придбаних для особистого, сімейного чи домашнього використання (ст. 2).

У літературі робились спроби створити єдине визначення міжнародного комерційного правочину, котре б мало б універсальний міжнародний характер, а не відображало точку зору певного національного законодавця. Проте зазначається, що «оскільки різні види міжнародних комерційних правочинів розрізняються за своїм змістом між собою, то неможливо сформулювати загальне визначення для всіх міжнародних правочинів, що включало б їх змістовну сторону». Відповідно, визначення даного поняття «зводиться до відповіді на запитання, за наявності яких обставин цивільно-правовий правочин набуває міжнародного характеру». Тому за узагальненим визначенням, що впливає з ряду міжнародних конвенцій, міжнародного характеру набуває договір, укладений між сторонами, комерційні підприємства яких розміщені в різних державах [4, с. 163; 5, с. 388].

У вітчизняному законодавстві та літературі сферу господарських (комерційних) відносин, що носять міжнародний характер завдяки наявності іноземного елемента, прийнято позначати як «зовнішньоекономічна діяльність», а договори, що в цій сфері укладаються – «зовнішньоекономічні договори»

Згідно ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», зовнішньоекономічна діяльність – діяльність суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, побудована на взаємовідносинах між ними, що має місце як на території України, так і за її межами.

Згідно законодавчого визначення, «зовнішньоекономічний договір (контракт)» – це матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності (ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»).

До обов'язкових ознак зовнішньоекономічних договорів (контрактів) належать:

- 1) господарський характер таких договорів;
- 2) учасниками договору виступають українські та іноземні суб'єкти господарювання.

Інші ознаки, що можуть бути притаманні зовнішньоекономічним договорам (контрактам), слід розглядати як факультативні (необов'язкові): складання тексту договору на іноземній мові або двох чи більше мовах; перетинання предметом договору митного кордону України; здійснення розрахунків за договором в іноземній валюті; наявність в договорі арбітражного застереження та ін.

Що стосується нашої країни, то до 90-х років держава була монополістом у сфері зовнішньоекономічної діяльності, яка носила у той час переважно торговий характер, а кількість та обсяг правочинів, що уклалися приватними особами, був настільки незначний, що з точки зору законодавця не вимагав спеціального регулювання. Тому навіть сьогодні, при вибухоподібному зростанні кількості різноманітних правочинів з іноземним елементом, включаючи споживчі (побутові), увага вчених у галузі МПП традиційно зосереджена на проблемах зовнішньоекономічної діяльності, і більшість підручників не містять взагалі розділу щодо правочинів в МПП в цілому, а розпочинаються одразу з розгляду зовнішньоекономічних договорів (контрактів). Між тим, в судах України поступово зростає кількість справ щодо договорів з іноземним елементом, які не є зовнішньоекономічними, але потребують відповідного регулювання [4, с. 159].

Іншим різновидом міжнародних правочинів цивільно-правового характеру є договори некомерційні. В літературі такі договори можуть позначатись як «споживчі», «побутові», «неторгові» та ін.

Під такими договорами пропонується розуміти договори, в яких одна сторона є суб'єктом підприємницької діяльності, а інша – споживачем, а також договори, в яких жодна сторона не є юридичною особою або підприємцем. Такі договори, незважаючи на наявність іноземного елемента, не відносяться до категорії зовнішньоекономічних договорів (контрактів), оскільки, відповідно до ч. 2 ст. 5 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», стороною зовнішньоекономічного договору (контракту) можуть бути лише фізичні особи, зареєстровані в Україні як підприємці, або фізичні особи, що є суб'єктами господарської діяльності за законом держави, в якій вони мають постійне місце проживання чи громадянства якої вони є [4, с. 164].

На нашу думку, крім суб'єктного складу, на некомерційний характер договору вказує також мета його укладення – цей договір не пов'язаний із здійсненням господарської (підприємницької, комерційної) діяльності.

Так, згідно положень ст. 2 «Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.), ця Конвенція не застосовується до продажу товарів, придбаних для особистого, сімейного чи домашнього використання.

2. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОЧИНІВ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

На сьогодні правове регулювання міжнародних договорів цивільно-правового характеру в МПП здійснюється дещо по-різному щодо комерційних та споживчих (некомерційних) договорів.

Питання споживчих (некомерційних) договорів в основному регулюються відповідним національним законодавством, що підлягає застосуванню згідно колізійних норм.

Регулювання міжнародних комерційних правочинів (зовнішньоекономічних договорів) здійснюється з використанням двох методів: матеріального і колізійного. При цьому переважним методом регулювання виступає матеріально-правовий і все більше матеріальних норм набувають уніфікованого характеру, одержуючи закріплення в міжнародних договорах та інших міжнародних правових актах [4, с. 165].

Центральне місце серед міжнародних комерційних договорів займає договір міжнародної купівлі-продажу. Свого часу він був єдиною правовою формою, що опосередковувала міжнародні господарські зв'язки, які зводилися до торгівлі, і до цього часу залишається найпоширенішою формою. Тому і в практиці, і в доктрині його поняття часто застосовується в якості загального, такого, що охоплює всі види міжнародних комерційних правочинів. Це обумовлено рядом факторів: договори купівлі-продажу чисельно переважають інші договори в світових економічних зв'язках; всі інші міжнародні операції або прямо пов'язані з купівлею-продажем, або є її різновидами, або містять в більшій чи меншій мірі елементи купівлі-продажу. Крім того, міжнародно-правова уніфікація норм зобов'язального права досягла найбільш відчутних результатів саме щодо виду договорів. В результаті норми, призначені для регулювання купівлі-продажу, за аналогією часто застосовуються до інших міжнародних комерційних операцій [5, с. 360–361].

До міжнародних договорів, що регулюють зовнішньоекономічні договори (контракти), належать:

- «Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів» (1974 р.) (набула чинності для України 01.05.1994 р.);
- «Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.) (набула чинності для України 01.02.1991 р.);
- «Конвенція про представництво в міжнародних договорах купівлі-продажу товарів» (1983 р.) (Україна не бере участі);

– «Конвенція про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів» (1986 р.) (Україна не бере участі);

– «Конвенція про міжнародний факторинг» (1988 р.) (Україна не бере участі);

– «Конвенція про фінансовий лізинг» (1988 р.) (Україна не бере участі).

Щодо міжнародних комерційних договорів на практиці достатньо широко застосовуються також джерела недержавного регулювання – т.з. «комерційне (торгове) право» або «звичаї міжнародного торгового та ділового обороту» (*lex mercatoria*) такі як:

– «Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА» (принципи UNIDROIT) (1994 р.).

Ці «Принципи», за загальним правилом, мають факультативну дію, тобто застосовуються тоді, коли про це існує спеціальна домовленість сторін. При цьому дані «Принципи» містять лише матеріально-правові норми стосовно укладення, виконання, а також припинення договору, внаслідок чого без вирішення залишається питання про уніфікацію колізійних норм в сфері договірних зобов'язань.

– «Принципи європейського контрактного права».

Ці «Принципи» були розроблені «Комісією з європейського контрактного права» («Комісією Ландо»), яка за підтримки Комісії Європейських співтовариств розпочала у 1982 р. свою роботу, маючи на меті створення проекту «Європейського зводу контрактного права» (*European Restatement of Contract Law*) на зразок «Американського зводу контрактного права». Засновником і головою комісії став датський учений професором Оле Ландо, комісія складалася з вчених-юристів і практиків, що працювали автономно. За своїм статусом «Комісія Ландо» є неурядовою установою, яка фінансується з різних джерел [25, с. 274–276].

– уніфіковані правила і звичаї, що публікуються Міжнародною торговельною палатою (найбільш відомими є «Правила ІНКОТЕРМС», «Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів», «Уніфіковані правила по договірних гарантіях» та ін.);

– типові контракти і рекомендації з складання міжнародних комерційних договорів, що розробляються різними міжнародними організаціями (наприклад, «Асоціація з торгівлі зерном і кормами» (ГАФТА) пропонує для використання понад 70 типових контрактів, «Європейська економічна комісія (ЄЕК) ООН» опублікувала понад 30 типових контрактів тощо) та ін. [4, с. 165–166].

Більшість з цих документів може розглядатись як торгові звичаї, кодифіковані недержавними організаціями (МТП, УНІДРУА, ЮНСІТРАЛ та ін.). На сьогодні можливість застосування звичаїв міжнародного комерційного та ділового обороту у сфері зовнішньоекономічних відносин санкціоновано рядом норм вітчизняного законодавства: ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ст. 4 ГПК України та ін.

Крім того, в нашій державі існує практика санкціонування окремих торгових звичаїв і зводів правил за допомогою спеціальних нормативно-правових актів, як приклад – Указ Президента України «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» від 04.10.1994 р. № 567/94 («Правила ІНКОТЕРМС»); Указ Президента України «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» від 04.10.1994 р. № 566/94 («Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів» та «Уніфіковані правила з інкасо Міжнародної торгової палати» та ін. При цьому, на нашу думку, слід погодитись з висловленою в літературі думкою про нецільність такого «спеціального» санкціонування звичаїв міжнародного торгового та ділового обороту [4, с. 167].

3. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИХ ДОГОВОРІВ (КОНТРАКТІВ) В УКРАЇНІ

Як вже вказувалось, на сьогодні в українському законодавстві питання зовнішньоекономічної діяльності в цілому та зовнішньоекономічних договорів (контрактів) зокрема регулюються в рамках спеціального законодавства. При цьому характерною особливістю правового регулювання зовнішньоекономічних договорів є взаємодія норм різних галузей національного права (цивільного, господарського, фінансового, адміністративного та ін.) з використанням, головним чином, приписів імперативного характеру.

На національно-правовому рівні питання форми, порядку укладення та виконання зовнішньоекономічних контрактів регламентуються, зокрема, такими нормативно-правовими актами:

- Цивільний кодекс України;
- Господарський кодекс України;
- Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р.;
- Закон України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» від 23.09.1994 р.;
- Закон України «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах» від 15.09.1995 р. (в редакції від 04.10.2001 р.);
- Закон України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» від 23.12.1998 р.;
- Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р.;
- Декрет Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 р.;
- Указ Президента України «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» від 04.10.1994 р. № 566/94;

– Указ Президента України «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» від 04.10.1994 р. № 567/94;

– Постанова Кабінету Міністрів і Національного банку України «Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті» від 21.06.1995 р. № 444;

– «Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)», затверджене наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 06.09.2001 р. № 201 [9, с. 199–200] та ін.

Як зазначається в літературі, така посилена увага законодавця до відокремлення зовнішньоекономічних договорів пояснюється міркуваннями регулятивного характеру, оскільки договори, що визнаються в Україні зовнішньоекономічними, підпадають під дію цілої низки імперативних норм вітчизняного законодавства, що мають переважно публічний характер і належать до зовнішньоекономічного, валютного, податкового або митного законодавства. Практика свідчить, що такий підхід є характерним для країн з досить низьким рівнем економічного розвитку, які намагаються вирішити певні фінансові проблеми запровадженням жорсткого контролю та ряду обмежень щодо укладення й виконання зовнішньоекономічних договорів (квотування, ліцензування, обов'язкова реєстрація, необхідність отримання спеціальних дозволів, спеціальна звітність, обмеження щодо предмета договору, ціни товару (робіт, послуг), валюти й порядку розрахунків тощо). Враховуючи досвід інших країн, можна припустити, що з перебігом часу та поліпшенням економічної ситуації в Україні такий підхід буде зміненій в бік значної лібералізації [4, с. 162–163].

Можна виділити наступні суттєві моменти, пов'язані з правовим регулюванням зовнішньоекономічних договорів (міжнародних комерційних договорів):

1) законодавство нашої держави вимагає обов'язкового дотримання простої письмової форми для зовнішньоекономічних договорів (контрактів).

Такі вимоги містять, зокрема, ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. З відповідним застереженням – щодо дотримання простої письмової форми для договорів за участю українських суб'єктів господарювання – нашою державою було ратифіковано «Віденську конвенцію ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.), яка, відповідно до світової практики, не висуває конкретних вимог щодо форми міжнародного комерційного договору [1, с. 265–266].

2) в законодавстві нашої держави має місце регламентація змісту та окремих умов зовнішньоекономічних договорів.

Типову модель зовнішньоекономічного договору закріплено в «Положенні про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)», затверджене наказом Мі-

ністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 06.09.2001 р. № 201. Згідно преамбули, воно «застосовується при укладанні договорів купівлі/продажу товарів (надання послуг, виконання робіт) та товарообмінних договорів між українськими суб'єктами підприємницької діяльності та іноземними суб'єктами підприємницької діяльності від форм власності та видів діяльності.»

Дане «Положення» встановлює перелік умов, «які повинні бути передбачені в договорі (контракті), якщо сторони такого договору (контракту) не погодилися про інше щодо викладення умов договору і така домовленість не позбавляє договір предмета, об'єкта, мети та інших істотних умов, без погодження яких сторонами договір може вважатися таким, що неукладений, або його може бути визнано недійсним внаслідок недодержання форми згідно з чинним законодавством України» (всього 13 пунктів) та «додаткові умови, що можуть визначатися у договорі (контракті) за домовленістю сторін».

В літературі з приводу даного «Положення» вказується, що воно все ж має характер рекомендації щодо форми контракту», а істотними умовами для зовнішньоекономічних договорів є, виходячи з положень ст. 180 Господарського кодексу України, «умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода; при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору» [26, с. 95–97].

Що стосується правового регулювання окремих умов зовнішньоекономічних договорів, то можна, зокрема, згадати про Указ Президента України «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» від 04.10.1994 р. № 567/94, який передбачає застосування «Правил ІНКОТЕРМС» суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів, а також Указ Президента України «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» від 04.10.1994 р. № 566/94, що передбачає застосування при укладанні та виконанні зовнішньоекономічних договорів «Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати» та «Уніфікованих правил по інкасо Міжнародної торгової палати»; на виконання Указу Президента України від 04.10.1994 р. № 566/94 прийнято Постанова КМУ і НБУ «Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті» від 21.06.1995 р. № 444.

3) законодавством передбачено спеціальна реєстрація зовнішньоекономічних договорів, укладених суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України, предметом яких є окремі групи товарів.

Така реєстрація була передбачена Указом Президента України «Про облік окремих видів зовнішньоекономічних договорів (контрактів) в Україні» від 17 листопада 1994 р. № 659/94, яким було запроваджено облік (реєстрацію) окремих видів зовнішньоекономічних договорів, укладених суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України всіх форм власності, предметом яких є товари, зазначені у переліках, що затверджуються в установленому порядку Міністерством економіки України. Відповідно до нього було видано наказ Міністерства економіки України від 29.06.2000 року № 136 «Про порядок реєстрації та обліку зовнішньоекономічних договорів (контрактів)». На сьогодні ці нормативні акти втратили чинність.

Проте діють, зокрема, наказ Міністерства економіки України «Про порядок обліку (реєстрації) зовнішньоекономічних контрактів, предметом яких є операції з давальницькою сировиною українського замовника, коли контрактом передбачена реалізація

готової продукції в країні виконавця або вивезення її до іншої країни» від 16.03.2006 року № 98, наказ Міністерства економіки України «Про порядок реєстрації (обліку) зовнішньоекономічних контрактів (договорів) на здійснення експортних операцій з металобрухтом» від 15.12.2005 року № 505 та ін.

4) велику роль в регулюванні зовнішньоекономічних договорів відіграють міжнародні договори, що містять уніфіковані колізійні і матеріально-правові норми.

Так, ряд міжнародних конвенцій містять уніфіковані норми, які застосовуються лише до договорів, що оформляють комерційну діяльність: «Віденська конвенція ООН про міжнародну купівлі-продажу» (1980 р.), «Нью-Йоркська конвенція про позовну давність в міжнародній купівлі-продажу товарів» (1974 р.), «Гаазька конвенція про право, застосовне до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів» (1986 р.), «Оттавська конвенція про міжнародний фінансовий лізинг» (1988 р.) та ін.

5) у сфері міжнародних комерційних договорів широко застосовуються звичаї міжнародної торгівлі та міжнародного ділового обороту («*lex mercatoria*»), що завдяки їх неофіційним кодифікаціям здобули значну популярність в міжнародній практиці;

6) в світовій практиці склався особливий механізм розгляду спорів за зобов'язаннями, що впливають з міжнародних комерційних договорів – система міжнародного комерційного арбітражу, що включає в себе інституційні (постійно діючі) арбітражні суди та арбітражні суди *ad hoc* (створюються для розгляду конкретної суперечки) [5, с. 358–359].

4. КОЛІЗІЙНІ ПИТАННЯ ФОРМИ МІЖНАРОДНОГО ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

Необхідність розгляду цих питань обумовлюється тим, що у разі визнання контракту недійсним у зв'язку з недотриманням форми його всі інші можливі колізійні питання втрачають будь-який інтерес [1, с. 264].

На сьогодні головною колізійною прив'язкою, яка вирішує питання, пов'язані з формою контракту, є правило «закон місця вчинення угоди» (*locus format regit actum*). Згідно з цим правилом, відносини сторін у питаннях форми угоди підпорядковуються праву держави її укладення. Вважається, що цей принцип залишається непорушним і його обмеження відоме невеликій кількості держав [1, с. 90].

В МПП здавна склалося правило, що форма договору (а в ширшому аспекті – будь-якого цивільно-правового акту) підпорядковується праву місця вчинення договору (акту) – «*locus regit format actus*». У зв'язку з тим, що місце укладення договору

може носити випадковий характер, в XIX ст. сформувалося правило, яке передбачає підпорядкування форми договору праву країни, яке регулює зміст договору – «*lex causae*». В даний час застосування до форми договору колізійної прив'язки «*lex causae*» отримало широке розповсюдження [5, с. 393].

Проте, у випадках з міжнародними договорами цивільно-правового характеру виникає ще одна специфічна складність, пов'язана з укладанням «договору між відсутніми» (укладення договору за допомогою телетайпу, факсу, телефону і т.д.). У зв'язку з цим у національних законодавствах вироблені різні модифікації застосування даної колізійної прив'язки. Так, у ряді країн для таких випадків запропоновано використовувати такий різновид зазначеного правила, як місце вчинення «останньої дії», тобто такої, без якої сам контракт вважається неможливим (неіснуючим). Але з цього питання також виникають розбіжності, пов'язані з відмінністю регулювання оферти та акцепту в різних національних законодавствах.

Ще одним колізійним питанням щодо форми контракту є питання про обов'язковість письмової форми міжнародних цивільно-правових договорів. За загальним правилом, прикладом якого є положення ст. 11 «Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.), не вимагається, щоб такий міжнародний договір укладався чи підтверджувався в письмовій формі або підпорядковувався іншій вимозі щодо форми. Він може доводитися будь-якими засобами, включаючи усні свідчення. Як зазначається в літературі, в цій нормі «Віденської конвенції» (1980 р.) знайшла відображення практика міжнародної торгівлі – не висувати до форми договору будь-яких формальних вимог [1, с. 264–266; 5, с. 397].

Одночасно вказана Конвенція передбачила компромісний варіант для держав, які виходять з обов'язковості письмової форми. Суть його в тому, що держава, законодавство якого вимагає обов'язкового дотримання письмової форми для договору міжнародної купівлі-продажу, може зробити при приєднанні до Конвенції застереження про незастосування ст. 11 якщо хоча б одна сторона договору має комерційне підприємство в цій державі (ст. 96 Конвенції) [5, с. 397].

У національних законодавствах дане питання здебільшого вирішується встановленням вимог щодо дотримання простої письмової форми (так, контракт, укладений за допомогою телетайпу або факсу, відповідає вимогам про письмову форму). Що стосується українського законодавства, то згідно ч. 1 ст. 639 Цивільного кодексу України, договір може бути укладеним у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Згідно ч. 2 ст. 671 ЦК України, договір у письмовій формі може бути укладений шляхом складання одного документа, підписаного сторонами, або шляхом обміну листа-

ми, телеграмами, телетайпограмами, телефонограмами, за допомогою факсимільного, електронного чи іншого зв'язку або іншим способом, який дозволяє достовірно встановити, що документ виходить від сторони за договором.

Складнішою стає ситуація в тих випадках, коли щодо міжнародних цивільно-правових договорів вимагається спеціальна форма, зокрема нотаріальне посвідчення та/або державна реєстрація. Подібні норми, які мають імперативний характер, відомі всім правовим системам і недотримання їх вимог призводить до нікчемності договору [1, с. 266–267].

В вітчизняному законодавстві колізійні норми щодо форми правочину за участю іноземного елемента містяться в ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право. Згідно ч. 1 даної статті Закону, якщо інше не передбачено законом, форма правочину має відповідати вимогам права, яке застосовується до змісту правочину, але достатньо дотримання вимог права місця його вчинення, а якщо сторони правочину знаходяться в різних державах, – права місця проживання сторони, яка зробила пропозицію, якщо інше не встановлено договором.

При цьому форма правочину щодо нерухомого майна визначається відповідно до права держави, у якій знаходиться це майно, а щодо нерухомого майна, право на яке зареєстроване на території України, – права України (ч. 2 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Зовнішньоекономічний договір (контракт), 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 (ч. 3 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

5. КОЛІЗІЙНІ ПИТАННЯ ЗМІСТУ МІЖНАРОДНОГО ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

Оскільки міжнародний договір цивільно-правового характеру – це договір, що є результатом спільного волевиявлення двох або більше суб'єктів різної державної належності, то виникає питання про встановлення права, яким повинен регулюватись зміст такого договору.

На сьогодні загально визнаним у доктрині МПП є підхід щодо надання сторонам договору можливості самим визначити право, яке буде

регулювати зміст правочину – «автономія волі» учасників договору (lex voluntatis).

Колізійне право більшості держав дозволяє сторонам цивільно-правового договору, ускладненого іноземним елементом, у тому числі і сторонам міжнародного комерційного договору, підпорядкувати його обраному ними компетентному правопорядку. Автономія волі як колізійна формула прикріплення (lex voluntatis) отримала свій розвиток в законодавстві багатьох держав і закріплена у всіх міжнародних договорах, що стосуються даного питання [5, с. 377–378].

Як вказується в літературі, застосування принципу автономії волі сторін обумовлює ряд питань теоретичного та практичного характеру, зокрема щодо того:

1. наскільки широкою є свобода учасників договору щодо можливості обрання певного правопорядку? Мова йде про те, чи можуть вони обирати таким чином право будь-якої держави світу чи їх вибір обмежено лише тими правовими системами, що мають відношення до даного правочину. Як вказується в літературі, єдиний підхід до вирішення даного питання відсутній, проте законодавство багатьох держав, а також міжнародні договори, що уніфікують колізійне регулювання договірних зобов'язань, не обмежують волю сторін [1, с. 96; 5, с. 381]. Цей же підхід збережений і в вітчизняному законодавстві (ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право»);

2. чи вправі сторони протягом періоду дії договору змінювати обране право, котре регулює зміст даного договору? З цього приводу в літературі переважає точка зору, яка передбачає ствердну відповідь на дане запитання. Проте в ряді випадків законодавством встановлюються обмеження щодо можливості зміни обраного права щодо недопущення можливих зловживань: зокрема, при цьому не повинні порушуватись права та інтереси третіх осіб. Як приклад – положення ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право»;

3. чи може мати зворотну силу волевиявлення сторін щодо зміни раніше обраного права? Як вказується в літературі з цього питання, відповідно до поширеної в світі практики, такий вибір має зворотну силу і вважається дійсним з моменту укладення договору, але при цьому не повинні ущемлятися права третіх осіб [5, с. 382]. Такі ж положення містить ч. 5 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право»;

4. чи у всіх випадках допускається можливість застосування принципу «автономії волі» у даній сфері? На практиці обмеження автономії волі існують і вони обумовлені змістом договірних зобов'язань [5, с. 382]. Для окремих видів договорів встановлюються спеціальні колізійні правила, зокрема в нашій державі вони передбачені для договорів про нерухоме майно; про спільну діяльність або виконання робіт; щодо договорів, укладених на аукціоні, за конкурсом або на біржі (ч. 2 ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Крім того, певне обмеження принципу «автономії волі» щодо вибору права іноземної держави пов'язане з інститутом застереження про публічний порядок: обране сторонами право не повинне застосовуватися, якщо його застосування призведе до наслідків, несумісних з відповідним правопорядком (публічним порядком) [5, с. 384];

5. чи повинне розповсюджуватися обране сторонами право на всі відносини щодо даного договірного зобов'язання в цілому і чи сторони мають право підпорядкувати обраному праву на свій розсуд окремі питання з договірного зобов'язання або групи питань? На сьогодні в МПП достатньо поширеним є підхід щодо «розщеплення» правового регулювання відносин в сфері договірних зобов'язань, тобто допускається можливість обрання сторонами різних правопорядків щодо врегулювання окремих

питань, що випливають з одного і того ж договірною зобов'язання [1, с. 97–98; 5, с. 383]. Такий підхід, зокрема, вміщено в ч. 3 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право.»

Коли сторони не скористалися принципом «автономії волі» або скористалися ним неналежним чином (здійснений ними вибір визначено недійсним), то виникає ряд проблемних питань, оскільки у національних законодавствах правове регулювання змісту міжнародного договору цивільно-правового характеру є різним, як різними є колізійні прив'язки з цього приводу (закон найбільш тісного зв'язку, закон держави продавця, закон місця виконання договору, закон місця укладення договору та ін.).

В нашій державі, як і ряді інших держав сім'ї «континентального (романо-германського) права», діє своєрідне поєднання колізійних прив'язок «закон найбільш тісного зв'язку» (*proper law*) та «закон держави продавця» (*lex venditoris*).

Витоки такого способу вибору права для врегулювання відносин в сфері МПП як «закон найбільш тісного зв'язку» лежать в англійському праві, згідно якого, якщо сторони не вибрали право, то суд ставить питання про «передбачувану» волю сторін: яке б право вибрали «розумні особи» чи «хороший батько сімейства» в даних обставинах? Такий підхід був сприйнятий в континентальній судово-арбітражній практиці і законодавстві, оскільки в умовах ускладнення міжнародного економічного обороту та появи нових контрактів з нетрадиційним змістом використання «жорстких» колізійних прив'язок, заснованих на якому-небудь одному формальному критерії, не завжди приведе до оптимального вибору права.

Проте, сприйнявши ідею найбільш тісного зв'язку, закони європейських країн і міжнародні договори надали їй дещо інший зміст. Передбачивши застосування закону найбільш тісного зв'язку в якості субсидіарної прив'язки (за відсутності угоди сторін про застосовне право), законодавець формулює конкретні прив'язки, які, із його точки зору, встановлюють презумпцію найбільш тісного зв'язку. В більшості випадків ця презумпція передбачає найбільш тісний зв'язок правочину з «законом країни продавця» в широкому його значенні, а в окремих випадках – «законом місця знаходження майна» (для правочинів з нерухомістю), «законом місця проживання споживача» (для споживчих договорів), «законом місця виконання зобов'язання» (для договорів про виконання робіт) та ін. [5, с. 387–391].

Згідно положень ст. 32 Закону України «Про міжнародне приватне право», зміст правочину може регулюватися правом, яке обрано сторонами, якщо інше не передбачено законом, а у разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином. При цьому, 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.

В свою чергу, ч. 1 ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає, що при цьому стороною, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, є: продавець – за договором купівлі-продажу; дарувальник – за договором дарування; одержувач ренти – за договором ренти та ін.

В цьому плані спеціальними правилами виступають положення, передбачені ч. 2 ст. 44 та ст. 46 Закону України «Про міжнародне приватне право», які не ґрунтуються на колізійній прив'язці «закон держави продавця»: 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;

4) до засновницького договору, що є установчим документом юридичної особи з іноземною участю, застосовується право держави, у якій буде створена юридична особа.

Ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає сферу дії права, що застосовується до договору. Воно регулює такі питання як: 1) дійсність договору; 2) тлумачення договору; 3) права та обов'язки сторін; 4) виконання договору; 5) наслідки невиконання або неналежного виконання договору; 6) припинення договору; 7) наслідки недійсності договору; 8) відступлення права вимоги та переведення боргу згідно з договором.

Якщо при визначенні способів та порядку виконання договору, а також заходів, які мають бути вжиті в разі невиконання або неналежного виконання договору, неможливе застосування права, зазначеного в ч. 1 ст. 47 Закону, може бути застосоване право держави, у якій здійснюється виконання договору (ч. 2 ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Спеціальне правове регулювання некомерційних (споживчих) договорів пов'язане з необхідністю забезпечення прав і законних інтересів споживача. Зокрема в нашій державі передбачено, що «вибір права сторонами договорів споживання не може обмежити захист прав споживача, який надається йому імперативними нормами права держави, у якій є його місце проживання, перебування або місцезнаходження...»

(ч. 2 ст. 45 Закону України «Про міжнародне приватне право»), а «у разі відсутності вибору права сторонами щодо договору споживання ... застосовується право держави, у якій споживач має місце проживання або місцезнаходження» (ч. 3 ст. 45 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

6. «ВІДЕНСЬКА КОНВЕНЦІЯ ООН ПРО ДОГОВОРИ МІЖНАРОДНОЇ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ТОВАРІВ» (1980 р.): ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

Як вже вказувалось, центральне місце серед міжнародних комерційних договорів займає договір міжнародної купівлі-продажу. Це, зокрема, пов'язано з тим, що міжнародно-правова уніфікація норм зобов'язального права досягла найбільш відчутних результатів саме щодо цього договору. В результаті норми, призначені для регулювання купівлі-продажу, за аналогією часто застосовуються до інших міжнародних комерційних операцій [5, с. 360–361].

Розбіжності в національному законодавстві різних держав з питань міжнародної торгівлі є істотною перешкодою щодо її розвитку. Суттєві відмінності у національно-правових засобах регулювання питань, пов'язаних зі змістом контрактів, визначенням права, що підлягає застосуванню до них, та неоднозначність колізійного регулювання вказаних питань призводять до того, що контрагенти намагаються регламентувати свої відносини контрактом якнайдетальніше, що вкрай ускладнює процес укладання контрактів.

З іншого боку, намагання держав спростити ситуацію шляхом укладання відповідних міжнародних угод не завжди вирішує весь комплекс пов'язаних питань. Процес уніфікації правових норм щодо міжнародної купівлі-продажу товарів знайшов своє відтворення у таких конвенціях як «Гаазька конвенція про право, застосовне до міжнародної купівлі-продажу товарів» (1955 р.) (інколи до її назви додають словосполучення «рухомих матеріальних речей», а в цілому ж – дана конвенція широкого розповсюдження не знайшла), «Гаазька конвенція про уніфікований закон щодо укладення договорів міжнародної купівлі-продажу товарів» (1964 р.) та «Гаазька конвенція про уніфікований закон щодо міжнародної купівлі-продажу товарів» (1964 р.). При цьому Україна в цих конвенціях участі не бере [1, с. 269].

Найбільш вдала спроба – у 1980 р. на конференції Генеральної Асамблеї ООН за участю делегатів з 62 країн у Відні було прийнято «Конвенцію про договори міжнародної купівлі-продажу товарів», що набула чинності з 01.01.1988 р. [4, с. 178–179]. Її учасниками сьогодні є більш, ніж 170 держав, вона вважається «конституцією» міжнародного торгового права. При цьому ст. 99 цієї конвенції передбачає, що держави, які до неї приєдналися, одночасно беруть на себе зобов'язання денонсувати обидві «Конвенції» 1964 р., якщо вони є їх учасниками. Україна приєдналася до цієї

Конвенції у 1989 р. і з 01.02.1991 р. вона є чинною для нашої держави. Але слід враховувати, що дана конвенція не врегульовує колізійні питання в сфері міжнародних комерційних договорів [1, с. 269–270].

Конвенція складається зі 101-ї статті, що згруповані в 4 розділи: «Сфера застосування і загальні положення», «Укладення договору», «Купівля-продаж товарів» та «Заклучні положення». При цьому дана Конвенція практично не містить колізійних норм, більшість її положень є матеріально-правовими.

Сфера застосування Конвенції: вона застосовується до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких розміщені в різних державах:

- а) коли ці держави є учасницями Конвенції;
- б) коли відповідно до норм МПП застосовується право держави-учасниці Конвенції (ст. 1).

Ст. 2 Конвенції визначає випадки купівлі-продажу, щодо яких норми Конвенції не застосовуються.

Це стосується випадків продажу:

- товарів, що придбаваються для особистого, сімейного чи домашнього використання, окрім випадків, коли продавець у будь-який час до або в момент укладення договору не знав і не повинен був знати, що товари придбаваються для такого використання;
- з аукціону;
- у порядку виконавчого провадження або іншим способом в силу закону;
- фондових паперів, акцій, забезпечувальних паперів, оборотних документів і грошей;
- суден водного й повітряного транспорту, а також суден на повітряній подушці;
- електроенергії.

Ст. 3 Конвенції, передбачаючи можливість застосування її положень до договорів поставки, водночас виключає їх застосування до договорів підряду і договорів на надання послуг.

Договори на поставку товарів, які потребують подальшого виготовлення або виробництва, вважаються договорами купівлі-продажу, якщо сторона, що замовляє товар, не бере на себе зобов'язання поставити істотну частину матеріалів, необхідних для виготовлення або виробництва таких товарів. Конвенція не застосовується до договорів, у яких зафіксовано, що зобов'язання сторони, яка поставляє товари, полягають переважно у виконанні роботи або в наданні інших послуг.

Конвенція також не регулює такі питання, як: а) дійсність договору; б) перехід права власності на товар; в) відповідальність продавця за заподіяні товаром ушкодження здоров'я або смерть будь-якої особи.

На підставі ст. 6 Конвенції, сторони можуть виключити для себе застосування Конвенції цілком або в частині чи відступити від її положень, зазначивши про це в договорі. Таким чином, дана Конвенція носить дис-

позитивний характер: більшість її положень діє, якщо сторони договору не домовилися про інше. Однак спеціального посилання на Конвенцію в тексті договору не потрібно – вона діє автоматично як частина національного законодавства країн, що її підписали [4, с. 180].

Водночас слід враховувати, що Україна при ратифікації даної Конвенції зробила застереження про незастосовність будь-якого її положення, яке допускає вчинення договору не у письмовій формі, якщо хоча б одна з сторін договору має комерційне підприємство в Україні.

При тлумаченні норм Конвенції необхідно враховувати її міжнародний характер та необхідність сприяти досягненню однакового її застосування й додержання сумлінності в міжнародній торгівлі. Питання, що стосуються предмета регулювання цієї Конвенції, які безпосередньо в ній не вирішені, підлягають вирішенню згідно із загальними принципами, на яких вона ґрунтується, а за умови відсутності таких принципів – згідно з правом, застосовним відповідно до норм міжнародного приватного права (ст. 7).

У другій частині Конвенції «Укладення договору» докладно врегульовано порядок укладення договору: направлення оферти, акцепт, вступ договору в дію.

Пропозиція про укладення договору є офертою, якщо вона (ст. 14):

- 1) адресована одному або кільком конкретним особам;
- 2) достатньо визначена, тобто вказано товар і прямо чи побічно встановлюються кількість і ціна або передбачається порядок їхнього визначення;
- 3) виражає намір оферента бути пов'язаним у разі акцепту.

Ст. 19 закріплює «принцип дзеркальності акцепту» – він не повинен істотно змінювати умови оферти.

Договір вважається укладеним з моменту одержання оферентом акцепту. Дане положення є важливим, оскільки правові системи держав континентального й англо-американського права дотримуються різних позицій у цьому питанні: перші – «теорії одержання» (вступ акцепту в силу пов'язується з одержанням його оферентом), другі – «теорії поштової скриньки» (акцепт набирає сили після його відправлення) [4, с. 181].

У частині третій Конвенції «Купівля-продаж товарів» детально визначаються обов'язки продавця і покупця, а також встановлюються засоби правового захисту у випадку порушення сторонами договору своїх зобов'язань. Визначаються також такі питання як:

- 1) момент переходу ризиків від продавця до покупця;

- 2) поняття істотного порушення договору;
- 3) порядок відшкодування збитків від неналежного виконання або невиконання договору;
- 4) умови звільнення сторін від відповідальності;
- 5) наслідки розірвання договору.

При вирішенні питання про дію принципу реального виконання договору застосовують закон країни суду (ст. 28). Суд може винести рішення про виконання зобов'язання в натурі тільки за умови, що його національне законодавство передбачає це [4, с. 181].

Суттєво, що відповідно до «Віденської конвенції» контракт, для того щоб він був визнаний укладеним, повинен містити мінімум умов: сторони, найменування товару, його кількість і ціну або порядок їх визначення [28, с. 9–10]. Зокрема ст. 55 Конвенції містить положення про те, що ціна не є необхідною умовою договору: якщо ціна не зазначена в договорі прямо чи непрямо і не встановлений порядок її визначення, то вважається, що сторони, у разі відсутності будь-якої вказівки про інше, мали на увазі посилання на ту ціну, яка на момент укладення договору звичайно стягувалася за такі товари, що продавалися при порівнянних обставинах у відповідній галузі торгівлі. Слід враховувати, що національне законодавство з даного питання, передбачає, що ціна є обов'язковою умовою будь-якого господарського договору (ст. 180 Господарського кодексу України).

У ст.ст. 71, 72 Конвенції закріплено поняття «передбачуваного порушення договору». Порушення є передбачуваним, якщо до настання дати виконання договору стає зрозумілим, що одна із сторін допустить істотне порушення договору (не виконає своїх зобов'язань). У такому разі контрагент вправі призупинити виконання своїх зобов'язань за договором або заявити про розірвання договору [4, с. 182].

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
4. Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи: Современная практика заключения; Разрешение споров / М. Г. Розенберг. – Изд. 5-е. – М., Книжный мир, 2007. – 1040 с.
5. Поєдинок В. В. Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навч. посібник / В. В. Поєдинок. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 288 с.

6. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
7. *Пятин С. Ю.* Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / С. Ю. Пятин. – М.: Дашков и К, 2008. – 260 с.
8. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
9. *Смітюх, Андрій Володимирович.* Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та *lex mercatoria* в контексті міжнародного приватного права: Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03 – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Смітюх Андрій Володимирович. – О., 2004. – 19 с.
10. *Жеков В. І.* Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України: Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03 – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Жеков Володимир Іванович. – О., 2006. – 20 с.
11. «Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів» (1974 р.).
12. «Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.).
13. «Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА» (1994 р.).
14. «Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (м. Мінськ, 1993 р.).
15. Цивільний кодекс України.
16. Господарський кодекс України.
17. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.
18. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Чим характеризуються міжнародні правочини приватно-правового характеру і як вони співвідносяться з поняттям зовнішньоекономічного договору?
2. Які колізійні питання виникають при укладенні міжнародних договорів приватно-правового характеру?
3. Які колізійні прив'язки щодо регулювання форми міжнародних договорів приватно-правового характеру передбачені українським законодавством?
4. В чому полягають особливості правового регулювання укладення та виконання зовнішньоекономічних договорів?
5. Яким чином встановлюється «право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином»?

Тестові завдання

1. До колізійних питань, що виникають при укладенні міжнародних договорів приватно-правового характеру, належать питання щодо:
 - а) реєстрації договорів;
 - б) форми договорів;
 - в) відповідальності за невиконання договорів;
 - г) правоздатності учасників договору.
2. Критеріями для виокремлення зовнішньоекономічного договору серед інших правочинів є:
 - а) суб'єктний склад його учасників;
 - б) форма договору;
 - в) мета договору;
 - г) цивільний характер.
3. «Розщеплення» правового регулювання договірних відносин у міжнародному приватному праві передбачає можливість:
 - а) на свій розсуд визначати умови договору;
 - б) укласти договір в довільній формі;
 - в) відповідальності за невиконання договорів;
 - г) застосовування різних національних правопорядків для врегулювання окремих частин договору.

4. Згідно чинного законодавства, за загальним правилом форма правочину має відповідати вимогам права:

- а) яке встановлює більш високі вимоги до форми правочину;
- б) яке передбачає обов'язкову письмову форму правочину;
- в) яке застосовує одна з сторін правочину;
- г) яке застосовується до змісту правочину.

5. Згідно чинного законодавства, форма правочину щодо нерухомого майна визначається відповідно до права:

- а) держави, у якій знаходиться це майно;
- б) яке передбачає нотаріальне посвідчення правочину;
- в) держави продавця;
- г) яке застосовується до змісту правочину

6. Згідно чинного законодавства, за загальним правилом зовнішньоекономічний договір за участю вітчизняних суб'єктів укладається:

- а) в довільній формі;
- б) в письмовій формі незалежно від місця його укладення;
- в) в формі, що визначається правом держави за місцем його укладення;
- г) в формі відповідно до вимог права, яке застосовується до змісту правочину.

7. Головною колізійною прив'язкою щодо регулювання договірних відносин в міжнародному приватному праві є:

- а) принцип автономії волі сторін;
- б) право, що має найбільш тісний зв'язок із правочином;
- в) право місця укладення договору;
- г) право сторони, що здійснює вирішальне виконання за договором.

8. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», у разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке:

- а) відповідає суті правочину;
- б) визначає форму правочину;
- в) має найбільш тісний зв'язок із правочином;
- г) регулює правочин.

9. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», у разі укладення «договору між відсутніми» (сторони правочину знаходяться в різних державах), форма правочину визначається правом:

а) місця проживання сторони, яка зробила пропозицію, якщо інше не встановлено договором;

б) місця укладення договору;

в) місця проживання сторони, яка прийняла пропозицію, якщо інше не встановлено договором;

г) місця виконання договору.

10. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», до засновницького договору, що є установчим документом юридичної особи з іноземною участю, застосовується:

а) право держави, у якій буде створена юридична особа;

б) право держави, у якій укладено договір;

в) право держави, у якій зареєстровано договір;

г) право держави, обране у самому договорі.

Практичні завдання

1. Законодавством якої держави повинні регулюватись відносини щодо продажу громадянином Російської Федерації українській фірмі нерухомого майна, що знаходиться на території Республіки Болгарія?

2. В процесі судового розгляду господарського спору між українською та російською фірмами щодо виконання договору поставки виникло питання, яким законодавством повинен регулюватись даний договір, оскільки суд визнав недійсними умови договору щодо застосування до спірних відносин німецького законодавства. Як слід врегулювати дане питання?

ТЕМА 9. ДЕЛІКТНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

1. *Загальна характеристика деліктних зобов'язань в міжнародному приватному праві.*
2. *Колізійні прив'язки в сфері деліктних зобов'язань.*
3. *Правове регулювання деліктних зобов'язань з іноземним елементом в міжнародних договорах та внутрішньому законодавстві України.*

1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

В літературі вважається загально визнаним, що деліктними чи по-задоговірними виступають зобов'язання, які виникають внаслідок вчинення протиправної дії (бездіяльності), що спричинила шкоду особі або майну потерпілого. Крім того, принципово в даному випадку виступає вимога, що така протиправна дія повинна бути винною [19, с. 429].

Важливим є розмежування деліктної і договірної відповідальності, оскільки одна і та ж дія може представляти собою як делікт, так і порушення договірних зобов'язань. В теоретичному плані, якщо шкода настала в результаті невиконання або неналежного виконання договору, то наявна договірна відповідальність, а якщо ж шкода виникла в результаті дії, не пов'язаної з договірними відносинами між сторонами – настає деліктна відповідальність.

Проте часто на практиці досить складно встановити, пов'язана та або інша протиправна дія з виконанням договору чи ні, як, наприклад, у разі спричинення шкоди пасажиру в процесі виконання договору перевезення. З іншою стороною, в останні десятиріччя в законодавстві Франції, Швейцарії, Англії і деяких інших країнах сформувалась тенденція до уніфікації правового регулювання договірної і деліктної відповідальності. Відзначена тенденція проявилася і на міжнародному рівні: «Варшавська конвенція про міжнародні повітряні перевезення» 1929 р. (в редакції 1971 р.) та «Брюссельська конвенція про уніфікацію деяких положень, що відносяться до перевезень пасажирів по морю» (1961 р.) підпорядковують всі позови, незалежно від їхньої підстави, єдиним правилам [19, с. 432–433].

В якості умов виникнення зобов'язань з делікту прийнято розглядати наступні:

1. Загальна характеристика деліктних зобов'язань в міжнародному приватному праві

- 1) заподіяння шкоди особі чи майну;
- 2) протиправність діяння (дії чи бездіяльності);
- 3) наявність причинного зв'язку між протиправною поведінкою особи та заподіяною шкодою;
- 4) вина особи.

В окремих випадках відповідальність за делікт може наставати за відсутності однієї з вказаних вище умов [9, с. 359; 17, с. 120; 19, с. 429].

Що стосується поняття шкоди, то її трактування не є однозначним та однакою для всіх правових систем. Традиційно під нею розуміють несприятливі, негативні наслідки, які настають із порушенням чи зменшенням належних потерпілому майнових чи особистих немайнових прав.

Для правових систем «сім'ї континентального права» характерним є розглядати під шкодою прямі збитки, упущену вигоду, а також немайнову шкоду. Також достатньо поширеною в цих державах є практика відшкодування моральної шкоди.

Така моральна шкода може бути заподіяна внаслідок: приниження особистої гідності; зменшення ділового авторитету, престижу фірми; дифамації (поширення відомостей, які відповідають дійсності, проте ганьблять особу; порушення таємниці особистого життя); страждань та надмірних хвилювань, викликаних втратою речі – пам'ятки про близьку людину, яка померла, та ін.

Водночас законодавство майже всіх правових систем даної «сім'ї» не наводить чітких критеріїв, за якими суд повинен визначати право відшкодувати немайнові збитки позивачеві, що обумовлює застосування ним оціночних критеріїв [9, с. 360].

У країнах «сім'ї загального права» розуміння поняття «майнова шкода» є практично таким самим, як і в «сім'ї континентального права». Водночас тут відоме поняття «номінальна шкода», яке використовується судом у випадках, коли позивач не зазнав реальних збитків. В таких випадках «номінальна» винагорода присуджується незалежно від суми дійсно завданих збитків. У державах «сім'ї загального права» суди уникають розгляду питань про відшкодування моральної шкоди, оскільки це пов'язано з використанням досить складних методик розрахунків розміру відшкодування.

У правових системах сім'ї мусульманського права відшкодовуються шкода, заподіяна майну та особі, прямі збитки та упущена вигода. Для зобов'язань, що виникають із деліктів, цим правовим системам відома «майбутня шкода» (негативні наслідки, що можуть виявлятися через деякий час). Немайнова, в т.ч. моральна, шкода почала компенсуватися після впливу на цю систему законодавства держав «сім'ї континентального права» [9, с. 360–363].

Протиправність діяння як умова виникнення зобов'язань з делікту відома у всіх правових системах і передбачається цивільним законодавством. У деяких правових системах протиправність діяння може визначатися також судовою практикою, прецедентами, доктриною, звичаями, нормами моралі.

Протиправність може виявлятися у двох формах: дії та бездіяльності. Останнє поняття іноді позначається іншим терміном, наприклад – «упущення». В усіх правових системах на протиправний характер дій вказується або безпосередньо в нормі права, або це впливає з принципів законодавства. Що ж до бездіяльності, то часто при формулюванні умов деліктного зобов'язання цей термін не використовується. Проте майже всі правові системи визнають протиправну бездіяльність умовою виникнення зобов'язання. Вважається, що її протиправний характер визначається невиконанням обов'язку, покладеного на особу законом [9, с. 363–364].

Для правових систем «сім'ї континентального права» характерним є законодавче закріплення загального формулювання протиправності діяння (т. з. «генерального делікту»), що застосовується до будь-яких фактичних складів деліктів, на зразок: «протиправною визнається будь-яка дія, що спричиняє шкоду іншій особі». Водночас в деяких державах законодавство при цьому містить формулювання окремих складів деліктів [9, с. 363–364; 19, с. 429–430].

У державах «сім'ї загального права» застосовується система сингулярних (окремих) деліктів, тобто в законодавстві чи практиці передбачено самостійні фактичні протиправні діяння, які викликають настання зобов'язання з протиправного заподіяння шкоди. При цьому у доктрині цих держав існують дві протилежні теорії протиправності. Згідно з першою (традиційною) існує чітко визначене число правопорушень, за межами яких деліктна відповідальність виключається. Згідно з другою теорією (еволюційною), відповідальність за протиправне діяння настає завжди, крім випадків, коли воно дозволене законом [9, с. 365].

При цьому у всіх правових системах не вважаються протиправними дії, які спричинили шкоду, проте вчинені в стані необхідної оборони, крайньої необхідності або при правомірній реалізації свого права [19, с. 429]. Водночас ряд правових систем як вид окремий вид протиправних дій виділяють випадки зловживання правом: обов'язок відшкодувати шкоду виникає у разі, якщо суб'єктивне право здійснюється саме з метою заподіяння шкоди (*abus du droit*, *schikane*, *abuse of rights*) [9, с. 364; 19, с. 429].

У мусульманській правовій системі категорія протиправності не отримала чіткого нормативного визначення, протиправність діяння розуміють як неправомірність чи недозволеність. В основному діяння вважаються протиправними, якщо вони порушують релігійні норми, право власності й особисті права. Суди самостійно встановлюють протиправність, керуючись нормами моралі та етики.

Причинний зв'язок як умову виникнення деліктного зобов'язання визнають усі національні правові системи, але цивільне законодавство жодної з них не визначає цього поняття, його змісту й порядку встановлення. Ці питання вирішуються судовою практикою. Вважається, що відшкодуванню підлягає лише така шкода, яка є причинно обумовлена протиправним діянням. Проте існує кілька правових теорій причинного зв'язку. На судову практику більшості національних правових систем впливають теорії еквівалентного (рівноцінної й необхідної умови) та адекватного (типового) причинного зв'язку.

Відповідно до теорії еквівалентності протиправна дія повинна бути обов'язковою умовою заподіяння шкоди і в разі її відсутності шкода не настає. Згідно з теорією адекватного причинного зв'язку, такий зв'язок констатується, якщо протиправна дія суттєво збільшує можливість настання шкідливих наслідків, ця теорія є більш поширеною у судовій практиці держав [9, с. 366; 19, с. 431].

В доктрині і практиці вважається загально визнаним, що настання шкоди в результаті віддалених наслідків протиправного діяння відшкодуванню не підлягає за відсутністю необхідного причинно-наслідкового зв'язку.

Для судової практики держав «сім'ї загального права» характерним є встановлення каузальності, з огляду на те, умисно чи необережними діями заподіяно шкоду. Вважається, що в разі навмисного заподіяння шкоди дії завжди перебувають у достатньому причинному зв'язку з наслідками. При цьому особа, яка допустила недбалість, не повинна відповідати за наслідки, яких жодна передбачлива людина не може передбачити. Тому в країнах загального права не відшкодовується т. з. «віддалена шкода» [9, с. 367].

У системі мусульманського права питання причинного зв'язку недостатньо досліджено. В доктрині перевага надається теорії адекватності причинного зв'язку: результат повинен бути логічним наслідком діяння [9, с. 367–368].

Вина у більшості правових систем «сім'ї континентального права» вважається суб'єктивною умовою деліктного зобов'язання й виражає психічне ставлення особи до своєї протиправної поведінки та її результатів. Найчастіше вина за законодавством правових систем цієї групи

держав має дві форми: умисел та необережність. При цьому в одних державах вина презумується, а в інших – її доведення покладається на потерпілу особу [9, с. 368].

Сучасною тенденцією розвитку правового регулювання деліктної відповідальності є численні виключення з принципу відповідальності за вину. При цьому перелік випадків відповідальності без наявності вини («об'єктивної відповідальності») постійно розширюється. Ця тенденція особливо виразно проявилася у зв'язку з розвитком транспорту, механізацією виробництва, використанням нових видів енергії, тобто з появою все більшого числа т.з. «джерел підвищеної небезпеки.» Встановлення об'єктивної відповідальності за шкоду, заподіяну в небезпечних сферах діяльності, привело до появи в правовій науці тези про те, що принцип вини як підстави деліктної відповідальності витісняється поняттям ризику [19, с. 431–432].

Для країн «сім'ї континентального права» та «сім'ї загального права» характерним є виділення двох форм вини: умисел та необережність.

При цьому для законодавства деяких країн «сім'ї континентального права» має значення наявність чи відсутність вини під час виконання професійних обов'язків певними працівниками (особами медичного персоналу, адвокатами та ін.). В окремих випадках законодавство передбачає також обставини, за яких відповідальність із делікту не виникає (шкода настала внаслідок нерозумних дій самої потерпілої особи, внаслідок випадку чи непереборної сили та ін.).

У країнах «сім'ї загального права» під виною заподіювача шкоди розуміють вину «соціальну», яка може не збігатися з особистим уявленням про правомірність певної дії та її наслідки, зокрема для визначення форми вини використовується поняття «розсудливої» людини. Для цієї правової «сім'ї» також характерним є розширення кола випадків безвинної відповідальності.

У системі мусульманського права вина не завжди є обов'язковою умовою настання зобов'язання з делікту. Це зумовлено впливом ісламу, що не визнає вину підставою відповідальності. Тому для настання зобов'язання з делікту в деяких державах (Ірак, Йорданія) використовують теорію відповідальності за ризик. Водночас законодавство тих держав, на яких найбільше вплинули інші правові системи, все ж передбачає вину як умову настання деліктного зобов'язання (наприклад, Єгипет, Ліван, Сирія) [9, с. 368–370].

2. КОЛІЗІЙНІ ПРИВ'ЯЗКИ В СФЕРІ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Головним колізійним правилом для врегулювання деліктних зобов'язань в МПП традиційно виступає колізійна прив'язка «закон місця заподіяння шкоди» (*lex loci delicti*), яка передбачає підпорядкування делікту правопорядку місця його вчинення.

Тим не менше, вона не виступає загальновизнаною головною колізійною прив'язкою. Залежно від того, якою мірою використовується формула прикріплення «закон місця заподіяння шкоди», в літературі правові системи пропонуються поділяти на три групи. Перша – це правові системи, що повністю її дотримують; у другій групі правових систем цей принцип діє кумулятивно з іншими; у третій – як виняток.

До першої групи належить більшість правових систем, насамперед – правові системи «сім'ї континентального права», при цьому частина з цих держав (Греція, Італія, Німеччина, Польща, Угорщина, Франція) встановлюють винятки з вказаної прив'язки чи певні її обмеження. У другій групі правових систем принцип застосування закону місця заподіяння шкоди використовується, здебільшого, з додатковими колізійними прив'язками, а іноді зустрічається кумуляція прив'язок, внаслідок чого виникає необхідність врахування вимог законодавства декількох правових систем. Так, право Єгипту, Колумбії, Німеччини, Сирії поєднує принцип закону місця заподіяння шкоди та закону суду. До третьої групи правових систем належать такі, що в основному відхиляють закон місця заподіяння шкоди, використовуючи його тільки як виняток. В цих державах при визначенні прав і обов'язків сторін у справах за позовами з правопорушень, вчинених за кордоном, посилаються на закон суду (*lex fori*) (Великобританія, Австралія, Канада, Японія) [5, с. 510; 9, с. 379–380].

Проте в сучасній доктрині МПП ця формула прикріплення зустрічає заперечення, обумовлені як теоретичними, так і практичними міркуваннями. В значній мірі заперечення зводяться до того, що у деліктних зобов'язаннях подібна колізійна прив'язка опосередковує не волю сторін, а об'єктивну ситуацію, в якій вчинюється делікт. «Жорсткість» цієї прив'язки ускладнює пошук справедливого у кожному окремому випадку рішення. Зокрема, не всі правопорядки розглядають певні дії як протиправні або однаково оцінюють їх протиправність [1, с. 369–370].

Так, англійська доктрина та судова практика пішли у цьому питанні шляхом використання принципу «подвійної позовної сили». Відповідно до нього, для подання позову в Англії, що впливає із завдання шкоди за кордоном, необхідно, щоб: 1) діяння було протиправним з точки зору англійського права, якщо тільки воно мало б місце в Англії, і має бути забороненим за правом тієї держави, на території якої воно реально було вчинене; 2) таке правопорушення має надавати зацікавленій особі можливість пред'явлення цивільно-правових вимог як за правом місця завдання шкоди, так і за законом суду [1, с. 370–371].

Ще одним проблемним питанням є випадки вчинення делікту за межами територіальних юрисдикцій (наприклад – відкрите море або повітряний простір над ним), коли відсилання до закону місця вчинення делікту взагалі не спрацьовує. Крім того, можлива ситуація, коли місце вчинення делікту не збігається з місцем, де реально настали шкідливі наслідки відповідної дії.

Так, німецьке право розрізняє такі поняття, як «місце дії» і «місце результату». Якщо місце дії і місце результату знаходяться в різних державах, німецький суд (суддя) за своєю ініціативою застосує правопорядок, який в найбільшій мірі сприятливий для захисту потерпілої сторони. Потерпіла сторона може і сама вибирати той або інший з двох законів [5, с. 509].

Необхідність вирішення цих та інших подібних питань привели до виникнення нових підходів щодо колізійного регулювання деліктної відповідальності, сутність яких зводиться до комбінованого застосування колізійних прив'язок, коли в законі передбачаються або певні альтернативи використання формул прикріплення делікту до відповідних правових систем, або одна з них використовується як головна, а інша (або інші) – як додаткові [1, с. 371–372].

З цього питання в літературі наголошується, що з одного боку, інтереси держави та цивільного обороту вимагають, щоб для попередження чи компенсації шкоди, застосовувались норми деліктного права того правопорядку, де ця шкода була спричинена, а з іншого боку – заслужують також на увагу й інтереси учасників делікту, які бажають керуватися власним правом. У зв'язку з цим висловлюється навіть припущення, за яким колізійна прив'язка «закон місця заподіяння шкоди» у довгостроковій перспективі відступить в цілому (а не тільки в тому, що стосується дорожньо-транспортних пригод) на користь прив'язки «закон спільного місця проживання учасників делікту».

Так, якщо сторонами деліктного відношення, що виникло за кордоном, виступають громадяни однієї держави, то в багатьох державах застосовується закон громадянства цих осіб. Відповідно, для вирішення питання про право, що застосовується до деліктних правовідносин за участю юридичних осіб, використовується критерій місцезнаходження їх адміністративного центру або відділення.

Якщо дія або бездіяльність мали місце на морському або повітряному судні, що перебувало за межами національної юрисдикції, то відповідні правовідносини підпорядковуються праву держави, прапор якої у момент спричинення шкоди несло дане судно [5, с. 507–508].

Складніша ситуація виникає у випадках, коли шкідлива дія вчиняється в одній державі, а результат настає в іншій державі (забруднення навколишнього середовища, аварія на атомній електростанції). За відсутності міжнародної угоди в потерпілих, що знаходяться в різних країнах, залишається лише можливість звертатися з позовами про відшкодування шкоди в свої вітчизняні суди, що по ряду причин не може реалізовано.

Багатосторонні міжнародні договори («Паризька конвенція про відповідальність відносно третіх осіб в області атомної енергетики» (1960 р.), «Брюссельська угода про відповідальність власників атомних суден» (1962 р.) і «Віденська угода про цивільно-правову відповідальність за ядерну шкоду» (1963 р.) виходять з принципу компетентності судів країни, в якій відбулася відповідна дія. При цьому повинне застосовуватися право країни суду [2, с. 247].

Стосовно випадку, коли у місці здійснення делікту та в місці настання його наслідків діють різні правопорядки, то згідно з пануючою точкою зору компетентним є право, найбільш сприятливе у конкретному випадку для потерпілого. У подібних випадках, на думку ряду авторів, потерпілий є компетентним у судовому процесі зробити вибір права на свій розсуд [1, с. 372–373].

В середині ХХ в. американські юристи запропонували свій підхід щодо визначення права в деліктних відносинах, заснований на оцінці зацікавленості держави («врахування інтересу») при застосуванні свого або чужого правопорядку. При цьому до уваги бралось, який правопорядок найбільшою мірою порушувався у разі незастосування його положень в даній ситуації. Система, запропонована американською школою міжнародного приватного права, хоча й не змогла замінити на континенті старий колізійний принцип *lex loci delicti commissi*, разом з тим здійснила значний вплив на появу виключень з нього в європейських і деяких інших країнах. Одні виключення стосувались особливого характеру дій (наприклад, необґрунтоване збагачення або розповсюдження неправдивих відомостей), інші були обумовлені тим, що дана колізійна прив'язка не вказує на найбільш тісно пов'язане з даним відношенням право. В останніх випадках особистий закон учасників правовідношення або право, що регулює договірні відносини по-суті, якщо делікт пов'язаний з яким-небудь контрактом, виступають в якості більш доцільної альтернативи [5, с. 507].

Таким чином, крім «закону місця заподіяння шкоди» для врегулювання деліктних зобов'язань у національних законодавствах, а також у доктрині використовуються також такі колізійні прив'язки як «закон місця проживання (або громадянства) потерпілого», «закон місця реєстрації транспортного засобу», «закон прапора судна», «закон суду», «закон, що найбільш сприятливий для потерпілого», «закон спільного місця проживання учасників делікту» та ін.

3. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ В МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРАХ ТА ВНУТРІШНЬОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Якщо вести мову про правове регулювання деліктних зобов'язань у МПП на рівні багатосторонніх міжнародних договорів, то ними переважно регулюються питання відповідальності за спеціальні види деліктів. Це, зокрема, питання цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану під час здійснення міжнародних перевезень, а також внаслідок використання ядерних матеріалів та інших небезпечних речовин:

- «Віденська конвенція про цивільну відповідальність за ядерну шкоду» (1963 р.);
- «Міжнародна конвенція про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою» (1969 р.);
- «Базельська конвенція про контроль за транскордонними перевезеннями небезпечних відходів та їх видаленням» (1989 р.);
- «Конвенція про цивільну відповідальність за шкоду, завдану під час перевезення небезпечних вантажів автомобільним, залізничним та внутрішнім водним транспортом» (1990 р.);
- «Конвенція ООН про відповідальність операторів транспортних терміналів у міжнародній торгівлі» (1991 р.);
- «Міжнародна конвенція про відповідальність і компенсацію за шкоду у зв'язку з перевезенням морем небезпечних та шкідливих речовин» (1996 р.);
- «Римська конвенція про шкоду, заподіяну іноземними повітряними суднами третім особам на поверхні» (1952 р.) та Монреальський протокол до неї (1978 р.) та ін. [9, с. 390–391].

В даній сфері існують і інші багатосторонні міжнародні договори, проте наша держава в них участі не бере, а деякі з них не набули загальної чинності: «Брюссельська конвенція про відповідальність операторів ядерних суден» (1962 р.), «Конвенція про цивільну відповідальність у сфері морських перевезень ядерних матеріалів» (1971 р.), «Конвенція про цивільну відповідальність за шкоду, завдану під час перевезення небезпечних вантажів автомобільним, залізничним та внутрішнім водним транспортом» (1990 р.), «Конвенція ООН про відповідальність операторів транспортних терміналів у міжнародній торгівлі» (1991 р.), «Міжнародна конвенція про відповідальність і компенсацію за шкоду у зв'язку з перевезенням морем небезпечних та шкідливих речовин» (1996 р.) та ін. [1, с. 357].

В цілому ж в літературі відзначають формування в сфері МПП групи норм, які регулюють питання відповідальності за спричинення транскордонних деліктів на засадах «абсолютної вини», коли відповідальність за заподіяну шкоду настає без вини заподіювача шкоди. У сучасній практиці такі норми створюють шляхом укладення універсальних міжнародних договорів, що дає можливість вести мову про міжнародне деліктне право. При цьому в більшості випадків такими міжнародними договорами закріплюються матеріально-правові норми і тільки інколи розглядаються колізійні питання [1, с. 374–375].

Серед міжнародних договорів, які регулюють спеціальні види деліктів, можна також згадати «Конвенцію про право, що застосовується до дорожньо-транспортних пригод» (1971 р.), до якої наша держава приєдналась згідно Закону України від 15.06.2011 року № 3513-VI (3513–17).

Ця Конвенція визначає право, що застосовується до цивільної позадоговірної відповідальності, яка виникає внаслідок дорожньо-транспортних пригод, незалежно від того, який вид провадження використовується для забезпечення цієї відповідальності. Для цілей цієї Конвенції дорожньо-транспортна пригода означає пригоду, до якої причетні один чи більше транспортних засобів, незалежно від того, чи є вони моторними, чи ні, та яка пов'язана з рухом на дорогах загального користування, територіях, відкритих для громадськості, або приватних територіях, право доступу до яких мають окремі особи (ст. 1). За загальним правилом, правом, що застосовується, є внутрішнє право держави, у якій відбулася пригода (ст. 3). Водночас ст. 4 та 5 Конвенції містять ряд винятків із цього правила.

Що ж стосується норм загального характеру, котрі б регулювали питання деліктних зобов'язань в сфері МПП, то вони містяться в чинних для нашої держави регіональному багатосторонньому договорі про правову допомогу – «Мінській конвенції» (1993 р.) – та двосторонніх договорах нашої держави про правову допомогу. При цьому в даних міжнародно-правових актах містяться переважно колізійні норми.

У ст. 42 «Мінської конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.) вміщено колізійні норми щодо відшкодування шкоди у деліктних зобов'язаннях.

Ст. 42 Конвенції: «1. Зобов'язання про відшкодування шкоди, крім тих, що випливають з договорів і інших правомірних дій, визначаються за законодавством Договірної Сторони, на території якої мало місце дія або інша обставина, що послужила підставою для вимоги про відшкодування шкоди. 2. Якщо особа, що спричинила шкоду і потерпілий є громадянами однієї Договірної Сторони, застосовується законодавство цієї Договірної Сторони. 3. По справах, згаданих у пунктах 1 і 2 цієї статті, компетентний суд Договірної Сторони, на території якої мало місце дія або інша обставина, що послужила підставою для вимоги про відшкодування шкоди. Потерпілий може пред'явити позов також у суді Договірної Сторони, на території якої має місце проживання відповідач.»

Подібні положення містить і ст. 45 «Кишинівської конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (2002 р.), яка покликана замінити «Мінську конвенцію» (1993 р.)

Що стосується двосторонніх договорів України з іншими державами про правову допомогу, то основною колізійною прив'язкою в них є «закон місця заподіяння шкоди». Цей принцип може мати різне формулювання: «місце дії чи іншої обставини, що послужила підставою для вимоги про відшкодування шкоди», «законодавством держави, на території якої мала місце подія, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди», «законодавство держави, на території якої мав місце випадок, що є джерелом зобов'язання, "законодавство держави, на території якої мав місце вчинок або інші обставини, що стали підставою для вимоги про відшкодування збитків" та ін. У всіх договорах передбачається прив'язка до закону громадянства, якщо потерпілий та заподіювач шкоди є громадянами однієї договірної держави. Також зазначається, що у справах про відшкодування шкоди, заподіяної деліктом, компетентними визнаються суди держави – учасниці угоди, на території якої було заподіяно шкоду чи мали місце інші обставини, які стали підставою для вимоги про відшкодування збитків. Компетентним в окремих договорах визнається також суд договірної держави: 1) на території якої проживає відповідач; 2) на території якої має місце проживання або юридичну адресу позивач, якщо на цій території знаходиться майно відповідача; 3) законодавство якої підлягає застосуванню [9, с. 390].

На національно-правовому рівні колізійні питання деліктних зобов'язань врегульовано в ст.ст. 49 та 50 Закону України «Про міжнародне приватне право».

За загальним правилом, права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди, визначаються правом держави, у якій мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди (ч. 1 ст. 49 Закону). Таким чином, до уваги береться саме такий критерій як «місце вчинення дії», а не «місце настання шкідливих наслідків».

Виключенням з даного правила є випадки, передбачені ч. 3 ст. 49 Закону: «права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди за кордоном, якщо сторони мають місце проживання або місцезнаходження в одній державі, визначається за правом цієї держави».

Диспозитивним моментом щодо колізійного правового регулювання даних відносин виступає правило, встановлене в ч. 4 ст. 49 Закону: «сторони зобов'язання, що виникло внаслідок завдання шкоди, у будь-який час після його виникнення можуть обрати право держави суду.»

Свого роду застереженням про публічний порядок виступає положення ч. 2 ст. 49 Закону: «право іноземної держави не застосовується в Україні, якщо дія чи інша обставина, що стала підставою для вимоги

про відшкодування шкоди, за законодавством України не є протиправною.»

В ст. 50 Закону України «Про міжнародне приватне право» окремо врегульовано питання про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг). В такому разі до вимоги про відшкодування шкоди на вибір потерпілого застосовується:

- 1) право держави, у якій знаходиться місце проживання або основне місце діяльності потерпілого;
- 2) право держави, у якій знаходиться місце проживання або місцезнаходження виробника або особи, яка надала послугу;
- 3) право держави, у якій споживач придбав товар або в якій йому була надана послуга.

Спеціальним міжнародним договором з даного питання є «Гаазька конвенція про право, що застосовується до відповідальності виробника» (1973 р.) (Україна участі не бере), яка закріплює подібний підхід [6, с. 158].

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. *Чубарев В. Л.* Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. *Фединяк Г. С.* Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединак, Л. С. Фединак. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
5. *Богуславский М. М.* Международное частное право: Учебник / М. М. Богуславский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2005. – 604 с.
6. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
7. *Пятин С. Ю.* Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / С. Ю. Пятин. – М.: Дашков и К, 2008. – 260 с.
8. Гражданское и торговое право капиталистических государств / [кол. авторов] / под ред. Е. А. Васильева – М.: Международные отношения, 1993. – 554 с.

9. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерг А.С., Кисіль В.І., Серьогін О.Ю., Калакура А.Я. та ін.] / За ред. Довгерга А.С. – К., 2008. – 352 с.
10. «Мінська конвенція про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах» (1993 р.).
11. «Конвенція про цивільну відповідальність за ядерну шкоду» (1963 р.).
12. «Міжнародна конвенція про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою» (1969 р.).
13. «Конвенція про цивільну відповідальність за шкоду, завдану під час перевезення небезпечних вантажів автомобільним, залізничним та внутрішнім водним транспортом» (1990 р.).
14. «Конвенція ООН про відповідальність операторів транспортних терміналів у міжнародній торгівлі» (1991 р.).
15. «Міжнародна конвенція про відповідальність і компенсацію за шкоду у зв'язку з перевезенням морем небезпечних та шкідливих речовин» (1996 р.).
16. «Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (м. Мінськ, 1993 р.).
17. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Які основні колізійні питання виникають в сфері деліктних зобов'язань в міжнародному приватному праві?
2. Вкажіть основні колізійні прив'язки в сфері деліктних зобов'язань в міжнародному приватному праві.
3. Які існують договори щодо міжнародно-правового регулювання деліктної відповідальності за участю нашої держави?
4. В яких випадках право іноземної держави щодо відшкодування шкоди не застосовується в Україні?
5. Які спеціальні колізійні прив'язки передбачені щодо відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) в міжнародному приватному праві?

Тестові завдання

1. Згідно Закону України «Про міжнародне приватне право», до зобов'язань, що виникають з односторонніх дій, застосовується право:
 - а) держави, до якої належить особа, що вчинила дію;
 - б) держави, згідно законодавства якої вчинено дію;
 - в) держави, на користь якої вчинено дію;
 - г) держави, у якій мала місце така дія.

2. До колізійних питань деліктних зобов'язань за участю іноземного елемента належать питання щодо визначення:
 - а) валюти відшкодування шкоди;
 - б) правопорядку, що регулює відповідні відносини;
 - в) форми відшкодування шкоди;
 - г) національності заподіювача шкоди.

3. Найбільш загальноприйнятою у міжнародному приватному праві з питань деліктних зобов'язань за участю іноземного елемента є колізійна прив'язка:
 - а) особистий закон заподіювача шкоди;
 - б) право держави, інтереси якої найбільшою мірою постраждали;
 - в) право держави місця вчинення делікту;
 - г) право, найбільш сприятливе у конкретному випадку для потерпілого.

4. До додаткових колізійних прив'язок з питань деліктних зобов'язань за участю іноземного елемента у міжнародному приватному праві належать:
 - а) особистий закон особи;
 - б) право, найбільш сприятливе у конкретному випадку для потерпілого;
 - в) право держави місця вчинення делікту;
 - г) право держави арбітражного розгляду.

5. У сучасному міжнародному приватному праві на рівні багатосторонніх міжнародних договорів у сфері деліктних зобов'язань врегульовано переважно питання:
 - а) деліктів, відповідальність за які настає незалежно від вини заподіювача шкоди;

- б) деліктів, що виникають у сфері міжнародного туризму;
- в) деліктів, що виникають з позадоговірних зобов'язань;
- г) деліктів, що виникають у сфері міжнародних переказів.

6. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди, визначаються правом держави:

- а) до якої належить потерпіла сторона;
- б) яка найбільшою мірою зацікавлена в врегулюванні даних відносин;
- в) до якої належить заподіювач шкоди;
- г) у якій мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди.

7. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди за кордоном, якщо сторони мають місце проживання або місцезнаходження в одній державі, визначаються правом:

- а) держави, на території якої заподіяно шкоду;
- б) держави, у якій відбувається судовий розгляд даної справи;
- в) держави, у якій настали шкідливі наслідки;
- г) цієї ж держави.

8. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», зобов'язання, що виникли внаслідок завдання шкоди, регулюються правом держави суду:

- а) у будь-якому випадку;
- б) якщо шкода заподіяна нерухомому майну;
- в) якщо суд прийняв рішення про це;
- г) якщо сторони обрали право держави суду.

9. Згідно українського законодавства, відповідальність за шкоду, заподіяну за кордоном, не настає, якщо:

- а) таке спричинення шкоди за законодавством України не є протиправним;
- б) про це існує домовленість держав;
- в) винна сторона заперечує проти відшкодування шкоди;
- г) шкода є незначною.

10. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», до вимоги про відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт чи послуг на вибір потерпілого застосовується:

- а) право будь-якої держави;
- б) право тієї держави, яке передбачає максимальну відповідальність заподіювача шкоди;
- в) право держави, у якій споживач придбав товар або в якій йому була надана послуга;
- г) право держави суду.

Практичні завдання

1. Український громадянин, поїхавши в туристичну подорож на власному автомобілі, вчинив ДТП на території Республіки Польща, внаслідок якого було пошкоджено автомобіль громадянина Республіки Білорусь. Виникло питання, законодавством якої держави повинні регулюватись питання відшкодування шкоди і чи можуть учасники ДТП самі обрати відповідне законодавство на свій розсуд. Надайте відповідні роз'яснення.

2. Внаслідок розлиття нафтопродуктів турецьким судном у нейтральних водах було забруднено земельну ділянку на морському узбережжі в межах території України, що належить російській туристичній фірмі. Обґрунтуйте, законодавством якої держави повинні регулюватись відносини щодо відшкодування шкоди?

ТЕМА 10. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНО-СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

1. *Особливості правового регулювання шлюбно-сімейних відносин в міжнародному приватному праві.*
2. *Колізійні питання оформлення шлюбу в міжнародному приватному праві.*
3. *Правове регулювання відносин подружжя в міжнародному приватному праві.*
4. *Колізійні питання припинення шлюбних відносин в міжнародному приватному праві.*

1. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНО-СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Інститут шлюбу породжує цілий комплекс різноманітних особистих та майнових прав, що виникають внаслідок його укладення або розірвання і несе на собі відбиток історичних, економічних, етнографічних, культурних, релігійних та інших традицій, які притаманні тому чи іншому суспільству. Процеси міграції населення, розвиток ділових, культурних, наукових та інших відносин між представниками різних держав призводять до частих випадків укладення змішаних шлюбів. В таких випадках гостро постають питання щодо шлюбної дієздатності, кола прав і обов'язків подружжя та низки інших аспектів [1, с. 399].

Зокрема в світовій практиці різним є саме розуміння шлюбу. Так, існує договірна концепція шлюбу, яка ґрунтується на вимогах, що висуваються законом до порядку укладення будь-яких договорів (Англія, США, Японія, Франція). Шлюб-партнерство –

1. Особливості правового регулювання шлюбно-сімейних відносин в міжнародному...

концепція, характерна для держав «східно-континентального» і частково «загально-го права», її змістом є чіткий розподіл функцій між подружжям. Розуміння шлюбу як союзу двох незалежних і рівноправних партнерів характерне для країн східної Європи. В мусульманських державах шлюб трактується як союз чоловіка й жінки, освячений Богом, підставою для реєстрації якого є попередня домовленість (договір) між родичами майбутніх наречених [4, с. 259; 9, с. 242].

В літературі вказується, що сфера шлюбно-сімейних відносин лише частково входить в об'єкт регулювання МПП. Це пояснюється тим, що дані відносини мають не тільки цивільно-правову, але і адміністративно-правову природу. Такі питання як порядок державної реєстрації актів цивільного стану, порядок і терміни зберігання книг державної реєстрації і аналогічні відносини мають адміністративно-правовий характер та регулюються виключно нормами національного права. При цьому необхідно враховувати, що чіткої диференціації інститутів сімейного права на публічно-правові і приватно-правові не існує.

До шлюбно-сімейних відносин в МПП відносять питання укладення і розірвання шлюбу, визнання шлюбу недійсним, визначення режиму майна подружжя, регулювання аліментних зобов'язань, усиновлення і пов'язані з ними інші питання, що мають цивільно-правову природу та ускладнені іноземним елементом. При цьому, для того щоб можна було говорити про міжнародний характер сімейних відносин, достатньо, щоб будь-який елемент в правовідношенні (суб'єкт, об'єкт або юридичний факт) мав іноземну характеристику [5, с. 572–573].

Іншою особливістю шлюбно-сімейних відносин є те, що їх правове регулювання в кожній державі здійснюється на підставі правових норм, що мають своє давнє історичне і релігійне коріння, відображають специфіку кожної народності і певної спільноти людей. При цьому відмінності правового регулювання виявляються практично у всіх інститутах сімейного права, навіть в державах з однаковим віросповіданням і правовими системами, які належать до однієї «правової сім'ї». Ця обставина є істотною перешкодою для уніфікації матеріальних і, в меншій мірі, колізійних норм в сімейному праві [5, с. 572–573].

Необхідно також звернути увагу, що регулювання ряду відносин, що безпосередньо відносяться до сфери сімейного права і здійснюється на рівні міжнародних конвенцій, традиційно розглядається в курсі міжнародного публічного права при вивченні загальних прав та свобод людини. Мова, зокрема, йде про «Конвенцію про громадянство одруженої жінки» (1957 р.), «Конвенцію про згоду на вступ у шлюб, мінімальний шлюбний вік, реєстрацію шлюбу» (1962 р.), «Конвенцію про цивільні аспекти міжнародного викрадення дітей» (1980 р.), «Конвенцію про

права дитини» (1989 р.), «Конвенцію про захист дітей і співпрацю відносно іноземного усиновлення» (1993 р.) та ін. [5, с. 575–576].

Оскільки умови укладення шлюбу в різних державах не співпадають, а створення матеріально-правових уніфікацій є достатньо мало ймовірним, у МПП здійснюється уніфікація колізійного регулювання, спрямована на впорядкування регулювання окремих інститутів сімейного права. При цьому уніфікація сімейного права обмежується, в основному, створенням колізійних норм, кількість матеріальних міжнародних норм в сфері шлюбно-сімейних відносин дуже незначна.

Однією з таких спроб стало ухвалення в 1902–1905 рр. серії Гаазьких конвенцій: про шлюб, розлучення і судове розлучення подружжя, про особисті і майнові відносини між подружжям, про опіку над неповнолітніми, піклуванні над повнолітніми, які не отримали широкого визнання.

Можна виділити наступні конвенції в сфері сімейного права:

- «Гаазька конвенція про закон, застосовний до аліментних зобов'язань на користь дітей» (1956 р.);
- «Нью-Йоркська конвенція про громадянство одруженої жінки» (1957 р.) (чинна для України з 1958 р.);
- «Гаазька конвенція про визнання і виконання рішень у справах про аліментні зобов'язання відносно дітей» (1958 р.);
- «Гаазька конвенція про компетенцію і застосовуване право відносно захисту неповнолітніх» (1961 р.);
- «Нью-Йоркська конвенція про згоду на вступ у шлюб, мінімальний шлюбний вік, реєстрацію шлюбу» (1962 р.);
- «Гаазька конвенція про визнання розлучень і рішень про роздільне проживання подружжя» (1970 р.);
- «Гаазька конвенція про право, застосовуване до аліментних зобов'язань (1973 р.);
- «Гаазька конвенція про право, застосовне до режимів власності подружжя» (1978 р.);
- «Гаазька конвенція про укладення шлюбу та визнання дійсності шлюбів» (1978 р.);
- «Гаазька конвенція про цивільні аспекти міжнародного викрадення дітей» (1980 р.) (чинна для України з 2006 р.) та ін.

Універсальна уніфікація не стала ефективним регулятором шлюбно-сімейних відносин міжнародного характеру. Значно результативнішою виявилася регіональна уніфікація [5, с. 574–575].

Щодо нашої держави, то питання сімейного права регулюються «Мінською конвенцією про правову допомогу та правові відносини

у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.), а також двосторонніми договорами про правову допомогу з іншими державами (однак не всі з таких договорів містять норми в сфері сімейного права).

2. КОЛІЗІЙНІ ПИТАННЯ ОФОРМЛЕННЯ ШЛЮБУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Коли мова йде про укладення шлюбу, слід, насамперед, розрізнити *матеріальні вимоги щодо вступу до шлюбу та формальні умови дійсності шлюбу* [1, с. 400].

Під матеріальними вимогами щодо вступу до шлюбу розуміються вимоги, дотримання або недотримання яких обумовлює дійсність шлюбу, такі як шлюбна дієздатність, а також існуючі в певних правових системах обмеження щодо можливості укладення шлюбу та ін. Такі вимоги встановлюються у національних законодавствах імперативно, що ускладнює регулювання даних відносин в МПП і особливо актуально постає у випадках визнання у певній державі шлюбів, укладених за участю іноземців за кордоном

В літературі виділяють наступні матеріальні вимоги щодо вступу до шлюбу, які висуваються національними правовими системами та породжують колізії в сфері МПП.

1. Досягнення шлюбного віку.

Проблемність даного питання полягає у тому, що різних правових системах встановлено різний шлюбний вік, а крім того – законодавство ряду держав передбачає можливість його зниження за певних обставин, що здійснюється в порядку спеціальної процедури [4, с. 260].

2. Неперебування в іншому шлюбі.

Мова йде про те, що особи, які мають намір його укласти, не повинні знаходитися у іншому законному (зареєстрованому) шлюбі. Це одна з найбільш поширених вимог, яка формулюється майже в усіх правопорядках однаково [1, с. 401]. Тим не менше, в державах, де офіційно визнаються полігамні шлюби, перебування в шлюбі не є перепорою для взяття нового. Насамперед мова йде про держави, в яких шлюбно-сімейні відносини регулюються нормами шаріату (як приклад – законодавство Алжиру надає чоловікові право одночасно мати чотири дружини) [9, с. 243–244].

3. Відсутність певного рівня споріднення між особами щодо вступу у шлюб.

Практично у всіх законодавствах містяться вимоги про те, що, особи, які укладають шлюб, не повинні перебувати у певних родинних відносинах. Тим не менше,

в національних законодавствах по-різному визначається ступінь споріднення, що перешкоджає вступу в шлюб (в одних випадках – тільки прямі родичі, в інших – як прямі, так і побічні родичі, неоднозначним є відношення національних законодавців до відносин свояцтва) [1, с. 401; 9, с. 244].

4. Вільна згода обох сторін щодо вступу в шлюб.

Законодавство великої кількості держав, як і окремі міжнародні договори, зокрема «Гаазька конвенція про згоду на вступ до шлюбу, шлюбний вік і реєстрацію шлюбів» (1962 р.), як безумовну вимогу для укладення шлюбу розглядають добровільну і належним чином висловлену згоду на його укладення. Проте в окремих державах, зокрема мусульманських, наявність чи відсутність згоди жінки на вступ до шлюбу не має значення [4, с. 261; 9, с. 245].

5. Допустимість шлюбу між особами однієї статі.

Різностатевість сторін до недавнього часу була традиційною умовою для вступу в шлюб. Питання про допустимість таких шлюбів постало порівняно недавно і норми, які дозволяють такі шлюби, на сьогодні містяться в законодавстві окремих держав сім'ї «континентального» права [4, с. 261; 9, с. 245].

6. Специфічні вимоги щодо укладення шлюбу, які містяться в законодавствах окремих держав. Мова, зокрема, йде про такі вимоги як:

– задовільний стан здоров'я осіб, які прагнуть узяти шлюб.

У ряді держав встановлено певне коло захворювань, за наявності яких заборонено вступати в шлюб. Крім того, в деяких державах при укладенні шлюбу вимагається подання спеціального медичного свідоцтва про стан здоров'я (Франція) [1, с. 401; 9, с. 245].

– заборона взяття нового шлюбу на протязі певного періоду часу.

За законодавством деяких держав встановлено «траурний строк», протягом якого жінка не може вийти заміж після смерті чоловіка чи розірвання шлюбу з ним (у Франції він дорівнює 300 днів, у Німеччині – 10 місяців тощо) [1, с. 401; 9, с. 245–246].

– заборона вступу в шлюб для певних категорій осіб (священнослужителів, засуджених, іноземців тощо) та ін.

Так, за законодавством Іспанії не можуть укладати шлюб особи, які визнані винними у смерті подружжя [1, с. 401].

В цілому ж, відсутність одноманітності щодо регулювання матеріальних вимог щодо вступу до шлюбу на рівні національних законодавств породжує т. з. «шкунтильгаючі шлюби» – шлюби, що визнаються в одній державі і не визнаються в іншій [2, с. 289; 5, с. 574].

Під формальними умовами дійсності шлюбу розуміються вимоги, які є обов'язковими для процедури його здійснення (оформлення). За цими умовами всі держави світу можуть бути розподілені на такі групи [1, с. 402]:

– держави, в яких офіційно визнається тільки шлюб, зареєстрований у державних органах (Франція, Бельгія, Голландія тощо);

– держави, в яких офіційно визнається як громадянський, так і церковний шлюб, коли право вибору форми укладення шлюбу залишено на розсуд осіб, що укладають шлюб (Австралія, Англія, Бразилія та ін.);

– держави, в яких укладення шлюбу можливе лише у церковній формі (Греція, Кіпр та деякі інші);

– держави, в яких визнаються фактичні шлюби (деякі штати США, ряд провінцій Канади). У цьому випадку достатньо добровільного волевиявлення стати чоловіком і жінкою та фактичного початку виконання шлюбних обов'язків.

Також у окремих державах діють спеціальні правила укладення шлюбу, які передбачають проведення певних процедур (попереднє подання заяви про реєстрацію шлюбу, розміщення оголошення про майбутній шлюб, проведення заручин, попереднє медичне обстеження, отримання дозволу органів державної влади на шлюб з іноземцем та ін.)

Оскільки положення щодо шлюбу в різних державах не співпадають, а створення матеріально-правових уніфікацій з даного питання мало ймовірно, у міжнародному приватному праві здійснюється уніфікація колізійного регулювання відповідних питань.

Так, можна назвати такі універсальні конвенції як «Нью-Йоркська конвенція про згоду на вступ у шлюб, мінімальний шлюбний вік, реєстрацію шлюбу» (1962 р.) та «Гаазьку конвенцію про укладення і визнання дійсності шлюбів» (1978 р.), які, однак, не знайшли широкого розповсюдження і Україна в них участі не бере. З-поміж регіональних уніфікацій наша держава бере участь у «Мінській конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.)

В ст. 26 даної Конвенції встановлено, що умови укладання шлюбу визначаються для кожного з майбутнього подружжя окремо за законодавством тієї Договірної Сторони, громадянином якої він є, а для осіб без громадянства – законодавством Договірної Сторони, яка є місцем їх постійного проживання. Крім того, стосовно перешкод на укладення шлюбу повинні бути дотриманні вимоги законодавства Договірної Сторони, на території якої укладається шлюб.

Що стосується національних законодавств, то практиці МПП відомо застосування наступних колізійних прив'язок щодо регулювання укладення шлюбу з іноземним елементом:

1) закон місця укладення шлюбу.

Один з найстаріших і найбільш поширених підходів, головні принципи якого зводяться до наступного:

– шлюб, дійсний у місці його укладення, є дійсним у будь-якому іншому місці (ряд національних законодавств містять застереження з даного питання);

– шлюб, недійсний у місці його укладення, повинен бути визнаним недійсним будь-де.

2) особистий закон особи, що укладає шлюб.

Оскільки у випадку змішаних шлюбів виникає питання, який саме закон повинен застосовуватись, національні законодавці формують правило: якщо особисті закони осіб, які укладають шлюб, є різними, шлюб буде дійсним лише у тому випадку, коли дотримані матеріально-правові умови його укладення за особистим законом кожної з цих осіб. Що стосується формальних вимог дійсності шлюбу, то вони визначаються за правом, яке є дійсним у місці та під час укладення шлюбу.

3) змішана система визнання шлюбу – застосовним вважається або закон громадянства, або закон місця проживання, або комбінація одного з цих законів та закону місця укладення шлюбу.

Прикладом застосування цієї системи є так звана «шкала Кегеля», що запроваджена в німецькому цивільному законодавстві. Ця шкала передбачає прив'язки в такій послідовності: спільне дійсне громадянство подружжя; за його відсутності – останнє спільне громадянство, якщо один з подружжя його зберіг; за відсутності такого – останнє сумісне місце проживання, якщо один з подружжя мешкає там і зараз; за відсутності всіх цих елементів – найтісніший зв'язок із правом певної держави [1, с. 402–404].

Окремо в законодавстві багатьох держав регулюються питання визнання шлюбів, укладених за кордоном – мова йде як про шлюби іноземців, так і про шлюби за участю власних громадян. Як правило, такі шлюби з тими чи іншими застереженнями визнаються, проте в таких випадках достатньо гостро постає питання про застосування застереження про публічний порядок в сфері сімейного права.

Так, законодавство Франції вимагає дотримання його положень в частині застереження про публічний порядок щодо матеріальних умов оформлення шлюбу у разі відсилання до іноземної правової системи [9, с. 259].

Також окремо регламентуються випадки укладання т.з. «консульських шлюбів», тобто шлюбів, що оформляються в дипломатичних чи консульських установах певної держави за кордоном.

Як вказується в літературі, за загальним правилом укладення на території певної держави шлюбів між іноземними громадянами в дипломатичних представництвах і консульствах цих іноземних держав визнається за умови: 1) якщо у відносинах між іноземною державою і даною державою існує «взаємність» з даного питання; 2) якщо подружжя на момент вступу в шлюб належало до громадянства держави, що призначила посла або консула. Більш складним є питання про реєстрацію в консульському порядку «змішаних» шлюбів (один з подружжя не належить до громадянства держави, що призначила консула) – як правило, такого не допускається.

В цілому ж питання такого оформлення шлюбних відносин регулюються на рівні консульських конвенцій між відповідними державами [1, с. 405; 15, с. 174–175].

Що стосується колізійного регулювання питань, пов'язаних з укладенням шлюбу, в національному законодавстві України, то ст. 55 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначено, 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.

Форма і порядок укладення шлюбу в Україні між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, а також між іноземцями або особами без громадянства визначаються правом України (ст. 56 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Шлюб між громадянами України, якщо хоча б один з них проживає за межами України, може укладатися в консульській установі або дипломатичному представництві України згідно з правом України. Укладення шлюбу між іноземцями в консульській установі або дипломатичному представництві відповідних держав в Україні регулюється правом акредитуючої держави (ст. 58 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Окремо в ст. 58 Закону України «Про міжнародне приватне право» регулюються питання дійсності шлюбу, укладеного за межами України. Згідно положень даної статті, шлюб між громадянами України, шлюб між громадянином України та іноземцем, шлюб між громадянином України та особою без громадянства, що укладений за межами України відповідно до права іноземної держави, є дійсним в Україні за умови додержання щодо громадянина України вимог Сімейного кодексу України щодо підстав недійсності шлюбу. Шлюб між іноземцями, шлюб між іноземцем та особою без громадянства, шлюб між особами без громадянства, що укладені відповідно до права іноземної держави, є дійсними в Україні.

3. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ПОДРУЖЖЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Укладення змішаного шлюбу породжує ряд питань щодо правового статусу та регулювання відносин подружжя. В літературі, зокрема, виділяють наступні:

– вибір громадянства у шлюбі.

На універсальному рівні це питання знайшло своє вирішення у «Нью-Йоркській конвенції про громадянство одруженої жінки» (1957 р.), учасником якої з 1959 р.

була УРСР. Згідно положень цієї конвенції, ні укладення шлюбу, ні його розірвання, ні зміна громадянства чоловіком протягом шлюбу не будуть автоматично впливати на громадянство жінки. Проте, у випадку подання прохання щодо зміни жінкою у таких шлюбах громадянства, у національних законодавствах буде передбачено спрощений порядок натуралізації [1, с. 408].

– становище осіб, що перебувають у шлюбі.

Згідно ст. 16 «Загальної декларації прав людини» (1949 р.), чоловіки і жінки користуються однаковими правами як під час укладення шлюбу, так і під час знаходження в шлюбі або при його розірванні. Між тим, дане положення не є беззаперечним з точки зору різних правових систем. Так, у досить великій кількості держав главою сім'ї вважається чоловік, який, наприклад, у Франції має право контролювати листування своєї дружини [1, с. 408]. У державах «сім'ї загального права» особисті відносини подружжя ще й досі характеризуються привілейованою роллю особистого імені чоловіка (Англія, США, окремі провінції Канади). Виявом привілейованої ролі особистості чоловіка є «консорціум», тобто обов'язок спільного подружнього життя з можливим спільним веденням господарства, що включає і обов'язок дружини слідувати за чоловіком, проживати в обраному ним місці. Порушення дружиною останнього може стати підставою для звернення до суду з позовом про розлучення. Водночас в літературі вказується, що останнім часом значення цього інституту в шлюбно-сімейних відносинах істотно зменшилось [9, с. 251].

– особисті немайнові відносини подружжя.

Особистим відносинам у законодавстві держав відводиться менше уваги, ніж майновим, адже в багатьох правових системах діє принцип невтручання в суто особисті справи подружжя. Переважна частина особистих відносин між подружжям регулюється звичаями, нормами моралі, шлюбним договором (контрактом). Законодавство в цій сфері обмежується регулюванням питань вибору прізвища подружжя, їх обов'язку сумісного проживання, досягнення повноліття на час реєстрації шлюбу, права анулювати шлюбний договір (контракт), укладеного між подружжям та деякими іншими питаннями. Також слід враховувати, що регулювання даних відносин залежить від визнання чи невизнання принципу рівності подружжя у шлюбі [9, с. 250–251].

– майнові відносини подружжя.

На відміну від особистих немайнових відносин, відносини подружжя майнового характеру достатньо детально регламентуються більшістю національних законодавств. У світовій практиці виділяють наступні підходи щодо регулювання правового режиму майна подружжя:

– система роздільного майна чоловіка та жінки (діє переважно у державах англо-американського права та деяких інших країнах – Австрія, Італія).

– управління всім майном чоловіком (Німеччина, Швейцарія, Японія тощо).

– система спільного майна подружжя (Нідерланди, ПАР, Португалія, Бразилія та ін.).

– система спільного майна нажитого у шлюбі майна (Іспанія, латиноамериканські країни).

– система спільного рухомого та спільно нажитого у шлюбі майна (Франція, Бельгія, Люксембург) [1, с. 409–410].

На міжнародному рівні спроба уніфікації цих питань була зроблена в «Гаазькій конвенції про право, застосовне до режимів власності подружжя» (1978 р.), в якій Україна участі не бере. Згідно з Конвенцією режим власності подружжя регулюється внутрішнім правом, яке визначене подружжям до шлюбу. Подружжя може визначити лише одне з таких прав:

– право будь-якої держави, громадянином якої є один з подружжя під час такого визначення;

– право тієї держави, у якій один з подружжя має своє звичайне місце проживання під час такого визначення;

– право першої з держав, в якій один з подружжя придбає нове звичайне місце проживання після шлюбу.

Якщо подружжя до укладення шлюбу не визначило застосовне право, режим їх власності регулюється внутрішнім правом держави, в якій обоє з подружжя придбали своє перше звичайне місце проживання після укладення шлюбу. Якщо подружжя не має свого звичайного місця проживання в одній і тій же державі та спільного громадянства, режим їх власності регулюється внутрішнім правом тієї держави, з якою, беручи до уваги всі обставини, вона найбільш тісно пов'язана. Під час шлюбу подружжя може підпорядкувати режим їх власності внутрішньому праву іншому, ніж те, що застосовувалось раніше.

Що стосується нашої держави, то вона бере участь у «Мінській конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.), в якій цим питанням присвячено ст. 27 «Правовідносини подружжя».

Як альтернативу вказаним підходам пропонують розглядати інститут шлюбного контракту, який знаходить все більш широке розповсюдження у національних законодавствах [1, с. 410].

Також законодавством ряду держав передбачено положення щодо умов утримання подружжя. При цьому в одних правових системах передбачаються обов'язки подружжя із взаємного утримання (Україна, Іспанія), в інших цей обов'язок покладається на одного з подружжя (Франція). У правових системах, де передбачено укладення шлюбного контракту, питання утримання подружжя переважно ним і регламентується [9, с. 253–254].

Колізійне регулювання зазначених питань в національному законодавстві України здійснюється положеннями розділу Х «Колізійні норми сімейного права» Закону України «Про міжнародне приватне право».

Ст. 60 Закону встановлює, що правові наслідки укладення шлюбу визначаються спільним особистим законом подружжя, а за його відсутності – правом держави, у якій подружжя мало останнє спільне місце проживання, за умови, що хоча б один з подружжя все ще має місце проживання у цій державі, а за відсутності такого – правом, з яким обидва з подружжя мають найбільш тісний зв'язок іншим чином. Подружжя, яке не має спільного особистого закону, може обрати право, що буде

застосовуватися до правових наслідків шлюбу, якщо подружжя не має спільного місця проживання або якщо особистий закон жодного з них не збігається з правом держави їхнього спільного місця проживання. Зазначений вибір права обмежений лише правом особистого закону одного з подружжя, а договір про вибір права припиняється, якщо особистий закон подружжя стає спільним.

Що стосується правового режиму майна подружжя, то, згідно ч. 1 ст. 59 цього Закону, при укладенні шлюбного договору сторони шлюбного договору можуть обрати право, що застосовується до шлюбного договору, відповідно до частини першої ст. 61 цього Закону, яка, в свою чергу, передбачає наступне: подружжя може обрати для регулювання майнових наслідків шлюбу право особистого закону одного з подружжя або право держави, у якій один з них має звичайне місце перебування, або, стосовно до нерухомого майна, право держави, у якій це майно знаходиться.

У ч. 2 ст. 59 Закону України «Про міжнародне приватне право» уточнено, що право, вибране згідно з ч. 1 цієї статті, припиняє застосовуватися або змінюється за згодою сторін у разі зміни особистого закону або звичайного місця перебування того з подружжя, до особистого закону або звичайного місця перебування якого було прив'язане обране право. Нове право застосовується до правових відносин з моменту укладення шлюбу, якщо інше письмово не встановлено подружжям. Причому, відповідно до ст. 62 даного Закону, вибір права має бути здійснений у письмовій формі або явно впливати з умов шлюбного договору. Угода сторін про вибір права, що укладена в Україні, має бути нотаріально посвідчена.

У разі відсутності вибору права подружжям (ч. 3 ст. 61 Закону) майнові наслідки шлюбу визначаються правом, яке застосовується до правових наслідків шлюбу.

Що стосується регулювання особистих немайнових відносин подружжя, то Закон України «Про міжнародне приватне право» конкретних вказівок з даного питання не містить. За загальним ж правилом, закріпленим у ст. 22 Закону, до особистих немайнових прав застосовується право держави, у якій мала місце дія чи інша обставина, що стала підставою для вимоги про захист таких прав, якщо інше не передбачено законом [1, с. 409].

4. КОЛІЗІЙНІ ПИТАННЯ ПРИПИНЕННЯ ШЛЮБНИХ ВІДНОСИН В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Коли йде мова про припинення шлюбних відносин, необхідно розрізняти випадки недійсності шлюбів та розірвання шлюбів.

Що стосується першого, то порушення чисельних матеріальних вимог щодо укладення шлюбу, а також деяких з формальних умов мають своїм наслідком недійсність шлюбу. Оскільки широко визнаних уніфікацій щодо зазначених вимог або умов не досягнуто, проблема недійсності шлюбів розв'язується на рівні національних законодавств, а у МПП – шляхом застосування колізійного методу [1, с. 412].

Щодо розірвання шлюбів, то в світовій практиці виділяють три основні підходи з даного питання [1, с. 412–413]:

- розірвання шлюбу неможливе (Аргентина, Ірландія та ін.).
- розірвання шлюбу можливе, проте лише за наявності передбачених в законі підстав.

При цьому в деяких країнах взаємна згода подружжя не розглядається як підстава для розірвання шлюбу, як приклад – Італія. В цій державі підставами для розірвання вважаються засудження одного з подружжя до серйозного кримінального покарання, окреме проживання протягом не менше п'яти років на умовах сепарації, нездатність до шлюбного життя, отримання одним із подружжя розлучення за кордоном.

У більшості країн розірвання шлюбу допускається за наявності більш значного кола підстав, в тому числі за взаємною згодою подружжя.

Відповідно до мусульманського права, для жінок встановлено мінімальне коло підстав для розлучення з їх ініціативи, вони впливають з релігійних і морально-етичних норм. При цьому розсуд чоловіка щодо розірвання шлюбу у ряді держав законодавчо не обмежено, він вправі у будь-який час за власним бажанням розлучитися з жінкою. За законодавствами Єгипту, Лівану, країн Південно-Східної Азії право розривати шлюб в судовому порядку має тільки жінка, оскільки чоловік може розірвати шлюб і без суду [4, с. 273].

- розірвання шлюбу можливе без формальних перешкод. Вважається, що шлюб є особистою справою подружжя і якщо він фактично не існує, відсутні будь-які розумні причини вважати його існуючим юридично.

У більшості держав для розірвання шлюбу встановлено судовий порядок, іноді це може бути позасудовий або спеціальний порядок (за рішенням глави держави, парламенту тощо).

У деяких країнах розлучення є досить простою процедурою. Так, у кількох штатах Мексики особиста присутність при розлученні подружжя не вимагається: свою заяву вони можуть відправити поштою, і в такий самий спосіб отримати рішення

суду. Відповідно до законодавства Швеції, шлюб може бути розірваний за заявою однієї із сторін; при цьому позивач не повинен пояснювати суду причини розлучення, а суд – перевіряти, чи дійсно мав місце розпад шлюбу. Якщо друга сторона не заперечує проти розлучення, то шлюб розривається без призначення будь-яких строків. Такий підхід зумовлений концепцією невтручання держави в особисте життя своїх громадян [4, с. 274].

Окремим правовим системам сучасності відомим є інститут сепарації (роздільного проживання подружжя), що може виступати як проміжна ланка для розлучення або застосовуватись у тих випадках, коли чоловік чи дружина не бажають остаточно розривати подружні відносини. Окреме проживання подружжя може бути встановлено в судовому порядку чи за угодою сторін. Для встановлення окремого проживання подружжя суд бере за основу підстави, що передбачені правовою системою для розлучення [9, с. 257–258].

Спроби знайти розв'язання проблеми «шкутильгаючих розлучень» на уніфікованому рівні успіху не мали. Як наслідок – колізії законодавств різних держав щодо розірвання шлюбів з іноземцями обумовлюють явище, що отримало назву «шкутильгаюче розірвання шлюбу» (розлучення, здійснене в одній державі, не визнається в іншій).

З огляду на це, судова практика виробила рішення, за яким розірвання змішаного шлюбу можливе лише у випадках, коли воно задовольняє вимоги обох національних правопорядків. Цей підхід навіть отримав спеціальне позначення – кумулятивне застосування колідуючих законів.

Іноді в регіональних уніфікаціях чи національних законодавствах закріплюється більш жорсткий варіант цього правила: подружжя може звернутись з позовом про судове розлучення лише у тому випадку, коли це розлучення дозволяється як за особистим законом кожного з подружжя, так і за законом суду [1, с. 414].

Згідно національного законодавства (ст. 63 Закону України «Про міжнародне приватне право»), припинення шлюбу та правові наслідки припинення шлюбу визначаються правом, яке діє на цей час щодо правових наслідків шлюбу (необхідно звертатись до положень ст. 60 Закону).

У ст. 64 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлено правило, за яким недійсність шлюбу, укладеного в Україні або за її межами, визначається правом, яке застосовувалося відповідно до статей 55 (право на шлюб) і 57 (укладення шлюбу в консульській установі або дипломатичному представництві) цього Закону.

За «Мінською конвенцією про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.) у справах про розірвання шлюбу застосовується законодавство держави, громадянами якої є подружжя у момент подання заяви (ст. 28). Якщо один з подружжя є громадянином однієї держави, а другий – іншої, застосовується законодавство тієї держави, установа якої розглядає справу про розірвання шлюбу (ст. 29). По справах про визнання шлюбу недійсним застосовується законодавство держави, що застосовувалося при укладенні шлюбу (ст. 30).

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Фединак Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединак, Л. С. Фединак. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник / М. М. Богуславский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2005. – 604 с.
5. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
7. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
8. «Конвенція про громадянство одруженої жінки» (1957 р.).
9. «Конвенція про згоду на вступ у шлюб, мінімальний шлюбний вік, реєстрацію шлюбу» (1962 р.).
10. «Гаазька конвенція про визнання розлучень і рішень про роздільне проживання подружжя» (1970 р.).
11. «Гаазька конвенція про право, застосовне до режимів власності подружжя» (1978 р.).
12. «Гаазька конвенція про укладення шлюбу та визнання дійсності шлюбів» (1978 р.).
13. «Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (м. Мінськ, 1993 р.).
14. Цивільний кодекс України.
15. Сімейний кодекс України.
16. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Вкажіть основні колізійні питання щодо врегулювання шлюбно-сімейних відносин у міжнародному приватному праві?
2. Яким законодавством регулюються питання шлюбної правоздатності іноземців в Україні?
3. Чи визнаються в Україні шлюби українських громадян з іноземцями, укладені за кордоном відповідно до вимог іноземного права?
4. Законодавство якої держави застосовується в Україні щодо врегулювання майнових відносин подружжя, один з яких є іноземцем?
5. Які підходи щодо розірвання шлюбів відомі у міжнародному приватному праві?

Тестові завдання

1. До матеріальних вимог щодо вступу в шлюб в міжнародному приватному праві належать питання:
 - а) деліктоздатності;
 - б) реєстрації шлюбу;
 - в) шлюбного віку;
 - г) місця укладення шлюбу.
2. Згідно національного законодавства, право на шлюб визначається:
 - а) законодавством держави, у якій укладається шлюб;
 - б) законодавством, обраним особами, що вступають у шлюб;
 - в) законодавством, встановленим договорами про правову допомогу;
 - г) особистим законом кожної з осіб, які подали заяву про укладення шлюб.
3. Шлюб між громадянами України, якщо хоча б один з них проживає за межами України, може укладатися в консульській установі або дипломатичному представництві України згідно з правом:
 - а) України;
 - б) приймаючої держави;
 - в) держави місця знаходження;
 - г) держави, визначеної особами, що вступають у шлюб.

4. Шлюб між громадянами України, шлюб між громадянином України та іноземцем, шлюб між громадянином України та особою без громадянства, що укладений за межами України відповідно до права іноземної держави, в Україні:
 - а) не визнається дійсним;
 - б) потребує легалізації в органах РАГС;
 - в) визнається дійсним на засадах взаємності;
 - г) є дійсним за умови додержання щодо громадянина України вимог Сімейного кодексу України щодо підстав недійсності шлюбу.
5. За загальним правилом, в міжнародному приватному праві форма укладення шлюбу визначається:
 - а) правом держави спільного громадянства подружжя;
 - б) правом держави, у якій укладається шлюб;
 - в) спільним особистим законом подружжя;
 - г) правом, яке регулює шлюбну правоздатність подружжя.
6. Під «шкунтильгаючим» розірванням шлюбу у теорії міжнародного приватного права розуміють:
 - а) юридичне розірвання шлюбу за умови збереження фактичного спільного проживання;
 - б) фактичне розірвання шлюбу;
 - в) розірвання шлюбу за умови відсутності згоди батьків подружжя;
 - г) розірвання шлюбу, яке не визнається в державі, до якої належить один з подружжя, проте визнається в державі, до якого належить інший з подружжя.
7. Згідно національного законодавства, правові наслідки укладення шлюбу за участю іноземців за відсутності спільного особистого закону подружжя регулюються:
 - а) правом держави, у якій укладено шлюб;
 - б) спільним особистим законом подружжя;
 - в) правом держави, яке є найбільш сприятливим для кожного з подружжя;
 - г) правом держави, у якій подружжя мало останнє спільне місце проживання, за умови, що хоча б один з подружжя все ще має місце проживання у цій державі.
8. Укладення шлюбів іноземцями в іноземних консульствах на території України регулюється:

- а) законодавством України;
- б) відповідним іноземним законодавством;
- в) спільним особистим законом подружжя;
- г) міжнародними договорами.

9. Шлюби іноземців, укладені та дійсні за кордоном:

- а) в Україні не визнаються;
- б) в Україні не визнаються, якщо вони суперечать законодавству України;
- в) в Україні визнаються;
- г) в Україні визнаються, якщо вони укладені з дотриманням вимог законодавства України щодо умов дійсності шлюбу.

10. Майнові відносини подружжя, один з яких є іноземцем, згідно українського законодавства, при відсутності відповідного вибору права самим подружжям регулюється:

- а) правом, яке застосовується до правових наслідків шлюбу;
- б) особистим законом кожного з подружжя;
- в) правом держави укладення шлюбу;
- г) правом держави, у якій знаходиться відповідне майно.

Практичні завдання

1. Громадян України та громадянка іноземної держави уклали між собою шлюб на території іноземної держави відповідно до місцевого законодавства. Через деякий час громадянин України звернувся до суду з позовом про визнання шлюбу недійсним, оскільки його було оформлено шляхом проведення церковної церемонії та видачі виписки з церковної книги про реєстрацію шлюбу. Чи може такий шлюб бути визнаний недійсним в Україні?

2. Після укладення шлюбу між громадянином Німеччини та громадянкою України виникло питання, законодавством якої держави повинні регулюватись їх майнові та особисті немайнові відносини, оскільки подружжя з даного питання згоди не досягло. Надайте відповідні роз'яснення.

ТЕМА 11. СПАДКУВАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

1. *Колізійні питання в сфері спадкових відносин.*
2. *Міжнародно-правове регулювання спадкових відносин.*
3. *Колізійне регулювання в сфері спадкових відносин.*
4. *Перехід спадщини до держави.*

1. КОЛІЗІЙНІ ПИТАННЯ В СФЕРІ СПАДКОВИХ ВІДНОСИН

В будь-якому суспільстві спадкові відносини складають найбільш консервативну сферу цивільного права. Будучи тісно пов'язаними з етичними уявленнями, що склалися в суспільстві, сімейними закладами і національними традиціями, спадкове право кожної країни відрізняється значною своєрідністю і достатньо складно піддається зміні [15, с. 186].

Число спадкових справ з іноземним елементом в другій половині ХХ століття весь час збільшувалося, що є непрямым результатом міграції населення у всьому світі. Так, з Європи в період 1901–1910 рр. виїхали 12377 тис., а в період 1911–1920 років – 8852 тис. осіб. Переселенці часто зв'язані родинними відносинами з окремими громадянами країни свого походження, що і служить основою для виникнення справ про спадкоємство. Різноманітність практики в цій сфері і складності, що виникають при вирішенні конкретних спадкових справ, пояснюються значними відмінностями у внутрішньому законодавстві різних країн в питаннях спадкового права. Це виявляється в тому, що неоднаково визначається коло спадкоємців за законом і за заповітом; встановлюються різні вимоги щодо форми заповіту; існують різні системи розподілу спадкового майна та ін. [2, с. 316–317].

В літературі виділяють наступні колізійні питання, що виникають у процесі спадкування:

– здатність особи до складання заповіту. Законодавства різних держав встановлюють різні вимоги щодо набуття такої здатності. Так, з набуттям повноліття (18 років) можливе складання заповіту у Франції, Швейцарії, більшості штатів США, з 16 років – у Німеччині, деяких

штатах США, з 14 років можуть складати заповіт військові та моряки за законодавством Англії. Законодавство ряду держав не наділяє здатністю до складання заповіту душевнохворих, осіб з фізичними вадами, марнотратників та ін.

Дане питання ускладнюється і тим, що в практиці правового регулювання відсутня єдина колізійна прив'язка з даного питання: за законом громадянства заповідальна здатність визначається в Чехії, Туреччині, Таїланді, законодавство Естонії надає пріоритет закону країни перебування на час оформлення заповіту, законодавство Швейцарії – передбачає можливість альтернативного застосування прив'язки до місця проживання, звичайного перебування чи громадянства особи на момент складання розпорядження [4, с. 196].

– склад спадщини. Мова йде про визначення, з чого саме складається спадщина, оскільки у різних законодавствах це питання вирішується по-різному. Так, у багатьох законодавствах цей об'єкт позначається як все майно, що залишилось після померлого.

Зокрема, в нашій державі до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті (ст. 1218 ЦК України); при цьому, згідно ст. 1219 ЦК України, не входять до складу спадщини права та обов'язки, що нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, такі як особисті немайнові права; право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їх установчими документами; право на відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; права на аліменти, пенсію, допомогу або інші виплати, встановлені законом; права та обов'язки особи як кредитора або боржника, якщо вони є нерозривно пов'язаними з особою спадкодавця і у зв'язку з цим не можуть бути виконані іншою особою.

Особлива ситуація з визначенням складу спадщини має місце в англо-американському праві, якому відомий інститут т.з. «перших грошей»: один з подружжя, що пережив іншого, успадковує все майно померлого, якщо воно не перевищує встановлені законодавством суми [1, с. 428].

– правовий режим спадкування різного майна у складі спадщини. У більшості держав світу у складі спадщини рухоме та нерухоме майно має різний режимом успадкування: нерухомість підкоряється закону місця її знаходження, тим часом як успадкування рухомого майна підпорядковується особистому закону спадкодавця (Франція, Бельгія, Англія, США, КНР та ін.). В деяких державах (Австрія, Греція, Італія, Португалія, Японія та ін.) регулювання спадкових відносин засновується на принципі єдності всіх компонентів, що складають спадщину, і до неї в цілому застосовується одна колізійна прив'язка [1, с. 429].

В умовах класифікації спадкового майна на рухоме і нерухоме виникає явище, яке називають «розщеплюванням статуту спадкування». Йдеться про відмінності в колізійно-правовому регулюванні відносин щодо успадкування двох категорій речей (рухомих та нерухомих) і диференціацію відповідних правових режимів для них, що здійснюється на основі двох різних самостійних колізійних прив'язок – закону місця проживання спадкодавця і закону місця знаходження речі [5, с. 529].

Ще одним спірним моментом є те, що поняття нерухомого майна має неоднаковий зміст у різних державах, і у таких випадках виникає питання, яким чином повинно здійснюватись тлумачення даного поняття. Вважається, що це повинно здійснюватись відповідно до принципів первинної кваліфікації [9, с. 305];

– форма спадкового розпорядження. Існує два головних різновиди спадкового розпорядження – успадкування за законом або за заповітом. У різних правових системах ці різновиди використовуються одночасно, поодиноці (або тільки успадкування за законом, або тільки за заповітом) чи альтернативно (на вибір спадкодавця).

Деяким законодавствам відома така форма спадкового розпорядження як договір про успадкування. Подібні договори відрізняються один від одного залежно від того, хто їх виконує (всі спадкоємці, один з них, спеціальна особа – «душеприказник», «адміністратор» тощо) [1, с. 429–430];

– форма заповіту. Під заповітом розуміється волевиявлення спадкодавця, спрямоване на визначення юридичної долі його майна після смерті, що складене у формі, яка приписана законом. Він виступає одностороннім цивільно-правовим правочином, до форми якого у різних державах висуюються різні вимоги [1, с. 430].

Національні законодавства встановлюють різні форми заповіту:

а) публічний заповіт, що складається за участю офіційної особи, як правило – нотаріуса. В окремих державах до процедури оформлення заповіту залучаються також свідки (Німеччина, Франція, Японія та ін.);

б) проста письмова форма заповіту, що передбачає матеріальне закріплення тексту заповіту та наявність підпису заповідача (Канада);

в) власноручний заповіт (т.з. «олографічна форма»), коли заповідач «від руки» викладає сам текст заповіту та його підписує, в окремих випадках – в присутності свідків. В світовій практиці він вважається найбільш поширеною формою заповіту.

При цьому законодавством однієї держави може передбачатись існування декількох форм заповітів. Також може передбачатись спрощена процедура складання заповіту за спеціальних обставин чи спеціальні види заповітів (таємний, спільний заповіт подружжя та ін.) [4, с. 197–198; 9, с. 290–292];

– визначення спадкоємців. Одне з найбільш складних питань в сфері спадкування, оскільки в різних правових системах по-різному вирішуються питання про коло родичів, які мають право брати участь в успадкуванні. Крім того, не існує єдності у питанні, той із подружжя, що пережив покійного, входить до цього кола спадкоємців чи виокремлюється з нього, отримуючи спеціальний статус. Також по-різному визначаються черги спадкоємців, порядок і процедура їх призову до успадкування. Крім того, в різних правових системах не завжди співпадають системи розподілу спадщини між спадкоємцями в цих класах [1, с. 430].

2. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СПАДКОВИХ ВІДНОСИН

Складність та актуальність відносин спадкування в МПП обумовили ряд спроб здійснити їх уніфіковане правове регулювання на рівні міжнародних договорів. Однак наявність суттєвих розбіжностей у національному правовому регулюванні спадкових відносин в різних державах зумовлює незначну кількість міжнародних договорів у цій сфері. Зокрема можна вказати наступні:

– «Гаазька конвенція про колізію законів, що стосуються форми заповітів» (1961 р.).

З поміж інших конвенцій в сфері спадкових відносин ця Конвенція вирізняється тим, що вступила в силу та набрала значну кількість держав-учасниць. Наша держава з застереженнями приєдналась до цієї Конвенції згідно із Законом України від 17.12.2009 року № 1772-VI.

Дана Конвенція включає біля тридцяти держав-учасниць і розглядає питання щодо застосування існуючих видів колізійних прив'язок, які регламентують форму заповіту. Зокрема, заповіт є дійсним стосовно форми, якщо вона відповідає внутрішньому законодавству: а) місця, де заповідач його склав, або б) громадянства заповідача на момент складення заповіту чи на момент його смерті, або с) постійного місця проживання заповідача на момент складення заповіту чи на момент його смерті, або d) звичайного місця проживання заповідача на момент складення заповіту чи на момент його смерті, або е) наскільки це стосується нерухомості – її місцезнаходження [1, с. 431; 5, с. 531].

Застереження нашої держави щодо приєднання до цієї Конвенції включають в себе право визначати місце постійного проживання заповідача згідно із законом суду (*lex fori*), не визнавати заповіти, вчинені громадянами України в усній формі, крім як за виняткових обставин, та не застосовувати цю Конвенцію до будь-яких положень заповітів, які згідно із законодавством України не стосуються спадкування.

2. Міжнародно-правове регулювання спадкових відносин

– «Конвенція про запровадження системи реєстрації заповітів» (1972 р.).

Ця Конвенція чинна для держав-членів Ради Європи. Україною її ратифіковано згідно із Законом № 2490-VI (2490–17) від 10.07.2010 року.

Держави-учасники Конвенції зобов'язались встановити відповідно до її положень систему реєстрації заповітів для сприяння після смерті заповідача виявленню існування заповіту. Відповідно, кожна держава-учасник засновує чи призначає один орган чи більше органів, відповідальних за реєстрацію заповітів та за надання відповідей на запити про надання інформації з цих питань. Національним органом для виконання в Україні функцій, передбачених цією Конвенцією, є Міністерство юстиції України.

– «Вашингтонська конвенція про одноманітний закон про форму міжнародного заповіту» (1973 р.).

Ця конвенція спрямована на створення одноманітних матеріально-правових норм, що встановлюють форму заповіту, її розглядають як єдиний приклад універсальної уніфікації матеріальних норм спадкового права [15, с. 187]. Незважаючи на те, що вона не набула чинності, ця Конвенція вибрала в себе прогресивні положення доктрини МПП з даного питання. Вона містить ряд вимог для держав-учасників: держави вносять в своє законодавство передбачені Конвенцією правила складання міжнародного заповіту та зобов'язані створити інститут уповноважених осіб, які компетентні складати міжнародні заповіти.

Згідно «Вашингтонської конвенції» (1973 р.), заповіт повинен бути власноручно виконаний спадкодавцем і ним же підписаний. Спадкодавцю ставиться в обов'язок зробити про це заяву у присутності двох свідків і уповноваженої особи. При цьому свідкам і уповноваженій особі не обов'язково знати про зміст заповіту [5, с. 531–532].

– «Гаазька конвенція щодо міжнародного управління майном померлих осіб» (1973 р.).

Дана Конвенція чинності не набула, не набравши необхідного числа ратифікацій [1, с. 431]. Конвенцією передбачено запровадження спеціального документа – міжнародного сертифіката, що видається компетентним органом держави місця звичайного проживання померлого і надає право його володільцю вчиняти зазначені в ньому дії стосовно управління спадковим майном.

– «Гаазька конвенція про право, що застосовується до майна, розпорядження яким здійснюється на засадах довірчої власності, та його визнання» (1985 р.).

Ця Конвенція пропонує дещо інший порядок встановлення права, яке підлягає застосуванню, уникаючи застосування колізійних прив'язок, передбачених Гаазькими конвенціями 1961 та 1989 рр. Особі, що передає успадковане майно, рекомендується самостійно обрати право, яке підлягає застосуванню, і сформулювати мотиви свого вибору в спеціально підготовленому акті. Якщо вибір права не здійснено, то застосовуються положення тієї правової системи, з якою спадкування довірчої власності найбільш тісно пов'язане, згідно критеріїв, визначених Конвенцією [5, с. 533].

– «Гаазька конвенція про право, що підлягає застосуванню до спадкування нерухомого майна» (1989 р.).

Цей міжнародний документ по ряду моментів аналогічний «Гаазькій конвенції» (1961 р.). Проте, на відміну від «Конвенції» (1961 р.), яка передбачає право особи

на вибір певного правопорядку для врегулювання спадкових правовідносин, дана «Конвенція» вимагає також і юридичного оформлення такого вибору шляхом складання відповідної заяви [9, с. 316].

Слід вказати, що у вказаних вище Конвенціях, за винятком «Гаазької конвенції про колізію законів, що стосуються форми спадкових розпоряджень» (1961 р.) та «Конвенції про запровадження системи реєстрації заповітів» (1972 р.), наша держава участі не бере.

З причин, вказаних вище, регіональна і двостороння уніфікація спадкового права в МПП отримала більш широке розповсюдження. Проте і вони обмежуються, в основному, уніфікацією колізійних норм про спадкування, а також встановленням деяких одноманітних адміністративних правил охорони спадкового майна. При цьому найбільша кількість уніфікованих норм МПП, що стосуються спадкування, міститься в двосторонніх міжнародних договорах [15, с. 187].

До уніфікацій регіонального масштабу за участю нашої держави належить «Мінська конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.).

В ній встановлено принцип рівності успадкування громадян Договірних Сторін як за законом, так і за заповітом, на територіях інших Договірних Сторін (принцип національного режиму) (ст. 44). Право на успадкування рухомого майна визначається за законодавством держави, на території якої спадкодавець мав своє останнє постійне місце проживання, а щодо нерухомого майна – законодавством держави, на території якої це майно знаходиться (ст. 45).

Здатність особи до укладення та скасування заповіту, а також форма заповіту та його скасування визначаються правом тієї країни, де спадкодавець мав місце проживання в момент складення акту. Проте, заповіт чи його скасування не можуть бути визнані недійсними через недотримання форми, якщо вона відповідає вимогам права місця його складення (ст. 47). У справах про успадкування рухомого майна компетентними є установи Договірної Сторони, на території якої мав місце проживання спадкодавець у момент смерті, а щодо нерухомого майна – установи Договірної Сторони, на території якої це майно знаходиться (ст. 48).

Практично аналогічні положення містить частина V «Спадкування» «Кишинівської конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (2002 р.), в якій, на даний момент, Україна участі не бере.

Для України чинними також є двосторонні договори про взаємну правову допомогу, частина з яких містить положення стосовно спадкування. Однак положення з питань спадкування у цих договорах не відрізняються одноманітністю, внаслідок чого у кожному окремому випадку потребують спеціального вивчення [1, с. 436–437].

Так, незважаючи на участь України і Молдови у «Мінській конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.), ці держави уклали між собою договір про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 27.05.1993 р., у ст. 37 якого міститься правило щодо успадкування рухомого майна, яке відрізняється від правила

«Мінської конвенції» (1993 р.): правові відносини в галузі успадкування рухомого майна регулюються законодавством тієї держави, громадянином якої був заповідач в момент смерті. Аналогічно, таку ж норму (успадкування рухомого майна регулюється законодавством держави, громадянином якої був спадкодавець на момент своєї смерті) містить ст. 34 «Договір між Україною та Румунією про правову допомогу та правові відносини в цивільних справах» (2002 р.)

3. КОЛІЗІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ В СФЕРІ СПАДКОВИХ ВІДНОСИН

За відсутності широко визнаних уніфікацій правове врегулювання відносин у сфері спадкування здійснюється за допомогою колізійного методу. На практиці найбільш застосовними колізійними прив'язками в сфері спадкових відносин є наступні:

- особистий закон спадкодавця (закон громадянства чи закон місця проживання);
- закон місця вчинення заповіту;
- закон місця знаходження майна;
- закон місця смерті спадкодавця;
- «автономія волі» спадкодавця;

Зокрема в міжнародних договорах України з питань спадкових відносин здебільшого застосовуються колізійні прив'язки «закон місця смерті спадкодавця» або «особистий закон спадкодавця» для врегулювання питань успадкування рухомого майна, колізійна прив'язка «закон місця знаходження майна» – для успадкування нерухомого майна, а прив'язка «закон місця вчинення заповіту» – для врегулювання його форми. Що ж до прив'язки «автономії волі» спадкодавця, то сфера її застосування обмежена вибором між «законом місця смерті спадкодавця» та «особистим законом спадкодавця» (точніше – законом держави громадянства) (ст. 70 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Як зазначається в літературі, в міжнародному приватному праві з даного питання виділяють три основних колізійних прив'язки: особистий закон спадкодавця, закон місця знаходження спадкового майна, закон місця смерті спадкодавця. В епоху феодалізму, внаслідок прив'язки всіх прав до місця розташування речі на території визначеного феода, найбільш широко застосовувалося відсилання до закону місця знаходження спадкового майна (як відносно рухомого, так і відносно нерухомого майна); це дозволяло підпорядкувати все, що знаходилося на даній території, у тому числі і спадок іноземців, місцевому праву. Згодом широке застосування отримав принцип «рухомість слідує за особою» (розповсюдження особистого закону спадкодавця). Таким чином, до успадкованого майна стали застосовувати різні прив'язки залежно від того, було воно рухомим або нерухомим [15, с. 188; 35, с. 50]. Що ж до «автономії волі»

спадкодавця, то обмежена можливість використання цієї прив'язки (особа не може обирати правопорядок, з яким вона не пов'язана) закріплено в деяких міжнародних договорах та національних законодавствах і обумовлено наданням спадкодавцю можливості обирати найбільш прийнятний правопорядок, усуваючи при цьому недоліки застосування в імперативному порядку однієї з вищевказаних прив'язок [4, с. 192–194].

Як вже вказувалось, колізійні норми з даного питання містяться у міжнародних договорах нашої держави про правову допомогу (слід враховувати, що не у всіх таких договорах наявні норми з питань спадкування), при цьому положення щодо спадкування у різних договорах не є однаковими.

На національно-правовому рівні колізійне регулювання в даній сфері здійснюється положеннями розділу Х «Колізійні норми щодо спадкування» Закону України «Про міжнародне приватне право».

За загальним правилом, згідно ст. 70 Закону, спадкові відносини регулюються правом держави, у якій спадкодавець мав останнє місце проживання, якщо спадкодавцем не обрано в заповіті право держави, громадянином якої він був. Вибір права спадкодавцем буде недійсним, якщо після складання заповіту його громадянство змінилося.

У ст. 71 Закону закріплене спеціальне правило щодо спадкування нерухомості: спадкування нерухомого майна регулюється правом держави, на території якої знаходиться це майно, а майно, яке підлягає державній реєстрації в Україні, – правом України.

Ст. 72 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлює, що здатність особи на складання і скасування заповіту, а також форма заповіту і акта його скасування визначаються правом держави, у якій спадкодавець мав постійне місце проживання в момент складання акта або в момент смерті.

При цьому, заповіт або акт його скасування не можуть бути визнані недійсними внаслідок недодержання форми, якщо остання відповідає вимогам права місця складання заповіту або права громадянства, або права звичайного місця перебування спадкодавця у момент складання акта чи в момент смерті, а також права держави, у якій знаходиться нерухоме майно.

4. ПЕРЕХІД СПАДЩИНИ ДО ДЕРЖАВИ

Усім правовим системам світу відомі ситуації, коли у випадках відкриття спадщини відсутні як спадкоємці за заповітом, так і спадкоємці за законом. У чинному цивільному законодавстві України (ст. 1277

ЦК) для позначення такої ситуації використано термін «відумерлість спадщини».

В цілому, спираючись на суверенне право здійснювати юрисдикцію в межах своєї території, держави обертають зазначене майно на свою користь. Сутність т. з. «права окупації», яке вперше на законодавчому рівні було відтворене у французькому Цивільному Кодексі, зводиться до того, що відумерла спадщина розглядається як майно, що не має власника, і, оскільки це майно знаходиться на території відповідного суверена, воно ним і «захоплюється». Звідси випливає, що відумерла спадщина, яка знаходиться на території іноземної держави, на підставі цього самого права «захоплюється» відповідним іноземним сувереном. Зважаючи на певну неоднозначність цього питання, у міжнародному приватному праві відсутні універсальні уніфікації підстав та порядку переходу спадщини до держави [1, с. 437–438].

Водночас, що стосується нашої держави, ці питання знаходять свою регламентацію в договорах про правову допомогу (ст. 46 «Мінської конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.), ст. 49 аналогічної їй «Кишинівської конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (2002 р.), ст. 35 «Договору між Україною та Румунією про правову допомогу та правові відносини в цивільних справах» (2002 р.) та ін.). При цьому, в більшості випадків, встановлюється порядок, за якого рухоме спадкове майно переходить до держави, громадянином якої був спадкодавець у момент смерті, а нерухоме спадкове майно залишається тій державі, на території якої воно знаходиться.

Що стосується національних законодавств конкретних держав щодо відумерлої спадщини, то підстави, за яких така спадщина переходить на їх користь, є різними в різних правопорядках і встановлюються на розсуд самої держави.

В Законі України «Про міжнародне приватне право» норми щодо відумерлої спадщини відсутні взагалі. Що ж стосується національно-правового регулювання, то за новим цивільним законодавством України слід розрізняти перехід спадщини до держави (за заповітом) та перехід спадщини до територіальної громади (в силу положень законодавства). Іншими словами, держава може виступати спадкоємцем за заповітом, проте відумерла спадщина переходить у власність відповідної територіальної громади. При цьому суттєвим є те, що міжнародні договори про правову допомогу за участю нашої держави передбачають перехід

рухомого майна у складі відумерлої спадщини за кордоном у власність саме держави, в той час як чинний Цивільний кодекс України – перехід всієї спадщини у власність відповідної територіальної громади.

Згідно ст. 1277 ЦК України, у разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття суд визнає спадщину відумерлою за заявою відповідного органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини. Заява про визнання спадщини відумерлою подається після спливу одного року з часу відкриття спадщини. Спадщина, визнана судом відумерлою, переходить у власність територіальної громади за місцем відкриття спадщини. Територіальна громада, яка стала власником відумерлого майна, зобов'язана задовольнити заявлені вимоги кредиторів спадкодавця.

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник / М. М. Богуславский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристь, 2005. – 604 с.
5. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
7. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
8. Кармаза О. О. Міжнародне спадкове право: Науково-практичний посібник / О. О. Кармаза. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. – 328 с.
9. «Гаазька конвенція про колізію законів, що стосуються форми спадкових розпоряджень» (1961 р.).

10. «Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (м. Мінськ, 1993 р.).
11. Цивільний кодекс України.
12. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Вкажіть основні колізійні питання спадкових відносин у міжнародному приватному праві.
2. Що слід розуміти під «олографічною формою заповіту»?
3. В яких випадках спадкове майно переходить у власність іноземної держави?
4. Які вимоги щодо форми заповіту передбачено колізійними нормами українського законодавства?
5. Правом якої держави регулюється спадкування нерухомого майна, яке підлягає державній реєстрації в Україні?

Тестові завдання

1. До колізійних питань, що виникають у процесі спадкування за участю іноземного елемента, належать питання щодо:
 - а) національності спадкодавця;
 - б) місця проживання спадкоємців;
 - в) форми спадкового розпорядження;
 - г) істотних умов спадкового договору.
2. Теорія «права окупації» щодо відносин спадкування в міжнародному приватному праві передбачає, що:
 - а) спадкові відносини, об'єктом яких є нерухоме майно, завжди регулюються правом держави, на території якої воно знаходиться;
 - б) іноземна держава має переважне право на викуп нерухомого майна іноземних суб'єктів, що знаходиться на її території;
 - в) форми спадкового розпорядження визначається правом держави, у якій здійснюється спадкування;
 - г) відумерла спадщина, яка знаходиться на території іноземної держави, «захоплюється» відповідним іноземним сувереном.

3. Згідно законодавства України, нерухоме майно іноземців в Україні, що визнане «відумерлою спадщиною» переходить у власність:

- а) України як держави;
- б) відповідної іноземної держави;
- в) осіб, які є його законними володільцями;
- г) відповідної територіальної громади.

4. «Олографічна» форма заповіту передбачає, що:

- а) особа «від руки» викладає текст заповіту;
- б) заповіт складається згідно встановленого зразка;
- в) заповіт складається в присутності свідків;
- г) справжність підпису особи під заповітом підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню.

5. «Гаазька конвенція про колізії законів стосовно форми спадкових розпоряджень» (1961 р.) нашою державою:

- а) ратифікована;
- б) не ратифікована;
- в) ратифікована з застереженнями;
- г) Україна виступає асоційованим учасником даної конвенції.

6. До найбільш поширених колізійних прив'язок в сфері спадкування в міжнародному приватному праві належать:

- а) закон місця здійснення акту громадського стану;
- б) закон, обраний спадкоємцем;
- в) закон місця смерті спадкодавця;
- г) закон місця прийняття спадщини.

7. За загальним правилом, спадкування нерухомого майна в міжнародному приватному праві регулюється:

- а) законом держави, у якій знаходиться майно;
- б) законом держави, обраним спадкоємцем;
- в) особистим законом спадкодавця;
- г) законом держави, у якій складався заповіт.

8. Іноземні громадяни в Україні у сфері спадкування користуються:

- а) спеціальним правовим режимом;
- б) національним правовим режимом;

в) правовим режимом, що встановлений у відповідній іноземній державі;

г) режимом найбільшого сприяння.

9. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», в першу чергу спадкові відносини регулюються:

- а) законодавством держави громадянства спадкодавця;
- б) законодавством держави, обраним спадкодавцем, якщо він не збігається з його особистим законом;
- в) законодавством держави, у якій спадкодавець мав останнє місце проживання;
- г) законодавством держави, згідно якого складено заповіт.

10. Згідно положень Закону України «Про міжнародне приватне право», форма заповіту визначається:

- а) законодавством держави, згідно якого складався заповіт;
- б) особистим законом спадкодавця;
- в) законодавством держави, у якій спадкодавець мав постійне місце проживання в момент складання акта або в момент смерті;
- г) законодавством держави, у якій спадкодавець народився.

Практичні завдання

1. Громадянин України, постійно проживаючи на момент смерті в іноземній державі, склав заповіт щодо розпорядження його майном в Україні. Після його смерті один з спадкоємців за законом звернувся до суду щодо визнання цього заповіту недійсним, оскільки його було складено згідно відповідного іноземного законодавства – в простій письмовій в присутності двох свідків. Як слід врегулювати дане питання?

2. Після смерті особи без громадянства, що постійно проживала в Україні, виникло питання, чи поширюються положення українського законодавства щодо відносини спадкування належного їй нерухомого майна, що знаходиться в Республіці Молдові. Надайте відповідні роз'яснення.

ТЕМА 12. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИНИ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

1. Міжнародно-правове регулювання питань праці.
2. Колізійне регулювання трудових відносин за участю іноземного елемента.
3. Правове регулювання праці іноземців та осіб без громадянства в Україні.
4. Правове регулювання питань праці громадян України за кордоном.

1. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАНЬ ПРАЦІ

У зв'язку з тим, що право на працю визнано одним із невід'ємних прав людини, його регулюванню присвячена велика кількість різних міжнародних документів, які встановлюються загальні правові режими (мінімальні стандарти) трудової діяльності для людини взагалі або для певних категорій осіб, що знаходять своє відтворення у принципі, згідно з яким трудящі визнаються «слабшою» стороною у трудовому контракті, внаслідок чого потребують спеціального захисту.

У сфері міжнародної праці діє значна кількість міжнародно-правових актів багатостороннього і двостороннього характеру, спрямованих на визначення загального статусу працівника [4, с. 300–306].

Зокрема, ст. 23 «Загальної декларації прав людини» (1948 р.) встановлює право кожної людини на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі і сприятливі умови праці та на захист від безробіття; право кожного на рівну оплату за рівну працю, справедливу і задовільну винагороду.

Відповідно до ст. 6 «Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права» (1966 р.), держави-учасниці визнають право на працю, що включає право кожної людини одержати можливість заробляти собі на життя працюю, яку вона

1. Міжнародно-правове регулювання питань праці

вільно обирає або на яку вона вільно погоджується, і зроблять належні кроки до забезпечення цього права. За умовами Пакту, визнається право кожного на справедливі і сприятливі умови праці, зокрема: справедливу зарплату й однакову винагороду за працю однакової цінності; безпечні умови роботи; однакову для всіх можливість просування по роботі; відпочинок, дозвілля і розумне обмеження робочого часу, оплачувану періодичну відпустку й винагороду за святкові дні (ст. 7) та ін.

Ст. 8 «Міжнародного пакту про громадянські та політичні права» (1966 р.) закріплює заборону примусової праці.

Ст. 5 «Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації» (1966 р.) встановлює обов'язок держав щодо забезпечення рівноправ'я кожної людини перед законом, в т.ч. при здійсненні права на працю.

Ст. 11 «Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок» (1979 р.) зобов'язує держав-учасниць вживати всіх заходів стосовно відновлення рівноправності жінок у сфері зайнятості, зокрема права на працю, права на однакові можливості при наймі на роботу, права на вільний вибір професії чи роду роботи, на однакову винагороду, соціальне забезпечення тощо (ст. 11).

Ст. 17 «Конвенції ООН про статус біженців» (1951 р.) закріплює обов'язок договірних держав надавати біженцям, які законно проживають на їх території, права працювати за наймом на тих же умовах, що і громадяни відповідних держав за тих же обставин.

«Міжнародна Конвенція ООН про захист прав усіх трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей» (1990 р.) встановлює ряд гарантій щодо регулювання праці осіб в державах, громадянами яких вони не являються (Україна в цій конвенції участі не бере). Зокрема трудящим-мігрантам повинно забезпечуватися не менш сприятливе ставлення, ніж те, що застосовується до громадян держави у питаннях роботи за наймом, винагороду та інших умов праці й зайнятості (ст. 25). Трудящі-мігранти і члени їх сімей користуються правом: вільного переміщення територією держави роботи за наймом і вільного вибору місця проживання в ній (ст. 39); переводити свої зароблені заощадження при завершенні своєї трудової діяльності у відповідній державі у державу свого походження чи іншу державу (ст. 47); вільно обирати оплачувану діяльність (ст. 52); користуватись національним правовим режимом у питаннях захисту проти звільнення, виплат по безробіттю (ст. 54) та ін.

Значну кількість міжнародних актів з питань регулювання праці було прийнято Міжнародною організацією праці (МОП).

Ця організація була створена у 1919 р. як Міжнародна комісія з розробки конвенцій і рекомендацій з питань трудового права та поліпшення умов праці – спеціалізована установа Ліги Націй – для підтримки міжнародного співробітництва у справі забезпечення миру у всьому світі й зменшення соціальної несправедливості за рахунок поліпшення умов праці. З 1946 р. МОП діє як автономна спеціалізована установа ООН, завданням якої є формулювання міжнародних норм у галузі праці та їх реалізація. Сьогодні членами МОП є 170 країн. Формою роботи МОП є Міжнародна конференція праці, що відбувається щорічно в Женеві.

Частина конвенцій МОП має загальний характер і спрямована на встановлення загальних стандартів в сфері праці: № 52 «Про щорічні оплачувані відпустки» (1939 р.), № 95 «Про охорону заробітної плати» (1952 р.) та ін.

Деякі з конвенцій МОП більшою мірою стосуються сфери регулювання МПП, оскільки стосуються саме питань праці іноземних

суб'єктів: № 97 «Про працівників-мігрантів» (переглянута у 1949 р.), № 143 «Про зловживання у сфері міграції і про забезпечення трудящим-мігрантам однакових можливостей і поведження» (1978 р.) та ін.

Проте слід враховувати, що міжнародні договори стають джерелом МПП тільки тоді, коли їх положення трансформовані у національне законодавство тієї чи іншої держави, а певна держава може й не бути членом МОП або не брати участі у відповідній конвенції МОП [1, с. 386–387].

Для врегулювання трудових відносин застосовуються також і інші міжнародні акти: «Європейська соціальна хартія» (1961 р.), «Хартія ЄС про основні соціальні права працівників» (1989 р.), «Рекомендаційний законодавчий акт щодо міграції трудових ресурсів у країнах СНД» (Міжпарламентська асамблея держав-учасниць СНД, 1995 р.), «Угода про співробітництво в галузі охорони праці» (СНД, 1994 р.), «Угода держав-учасниць СНД про порядок розслідування нещасних випадків на виробництві, що сталися з працівниками при перебуванні їх поза державою проживання» (1996 р.), «Угода про взаємне визнання прав на відшкодування шкоди, заподіяної працівникам: каліцтва, професійного захворювання або іншого пошкодження здоров'я, пов'язаного з виконанням ними трудових обов'язків» (СНД, 1994 р.), «Конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав» (2011 р.) та ін.

Важливе значення мають також двосторонні домовленості України з рядом держав щодо регулювань трудової діяльності й соціального захисту громадян, які працюють за межами своїх держав. Як наприклад: «Угода між Урядом України і Урядом Російської Федерації про трудову діяльність та соціальний захист громадян України і Росії, які працюють за межами своїх країн» (1993 р.) та аналогічні угоди з Молдовою (1993 р.), Республікою Білорусь (1995 р.), Вірменією (1995 р.) та ін.

Проте слід чітко розмежувати сфери регулювання МПП та міжнародного права щодо регулювання трудових відносин. Міжнародне трудове право спрямоване на вирішення глобального завдання: покращити стан правового регулювання певних трудових відносин і привести у відповідність до розроблених стандартів національне законодавство держав світу. На відміну від міжнародного трудового права, МПП вирішує інше завдання: право якої саме держави підлягає застосуванню для врегулювання певних реальних відносин і при цьому не ставиться питання про те, наскільки право цієї держави відповідає міжнародним стандартам [1, с. 387].

МПП найчастіше регулює «індивідуальні» трудові відносини між працівником та роботодавцем, що виходять за межі національного правопорядку. Однак за певних обставин МПП може також регулювати і «колективні» трудові відносини, пов'язані із організацією та управлінням колективною працею [4, с. 289].

Регулювання трудових відносин в МПП більшою мірою залежить від рішень національних законодавств, де встановлюються як правила щодо перетинання кордонів іноземцями та особами без громадянства, так і умови їх перебування та праці.

Створювані за допомогою міжнародного трудового права стандарти слід розглядати як мінімальні, при цьому у всіх високорозвинених державах національне трудове законодавство значно перевищує подібні мінімальні вимоги. Це враховується самою Міжнародною організацією праці, у багатьох конвенціях якої вказано, жодне з конвенційних положень не перешкоджає дії норм національного права, які є більш сприятливими для трудящих. Враховуючи масовість в сучасних умовах трудової міграції, регулювання в рамках МПП відносин за участю іноземних працівників часто переростає у загальну проблему міжнародного публічного права: чи повинна держава-імпортер робочої сили розповсюдити на мігрантів положення свого трудового законодавства у повному обсязі шляхом надання їм національного режиму, чи вона може обмежитись встановленням для них у сфері праці якогось спеціального режиму?

Останнє невідворотно веде до порушення принципу недискримінації в трудових відносинах та внаслідок дії механізмів економічної конкуренції в кінцевому результаті погіршує становище вітчизняних працівників.

Розв'язання цієї проблеми держави намагаються знайти шляхом прийняття спеціальних імміграційних законів, в яких вони встановлюють правила і процедури в'їзду в країну іноземців, отримання ними візи, виду на проживання, права на працю, порядок і умови працевлаштування, надання медичної допомоги, здійснення медичного та іншого страхування. Головним інструментом імміграційної політики приймаючих держав щодо небажаного притоку трудових ресурсів на національні ринки праці залишаються т.з. «імміграційні квоти». Встановлюючи їх, держави враховують конкретну соціально-економічну ситуацію, потребу в іноземній робочій силі, виходять з певних якісних критеріїв відбору іммігрантів (від вікового цензу до рівня освіти та кваліфікації). При цьому вважається, що держави, виходячи з принципу суверенітету, на свій розсуд можуть встановлювати обмеження у цій сфері [1, с. 388].

За загальною практикою, коли іммігрант відповідає вимогам, встановленим імміграційним законодавством певної держави, при наявності запрошення роботодавця або власне трудового договору, завізованих імміграційним чи іншим відповідним органом, йому надається дозвіл на в'їзд чи перебування в країні для заняття трудовою діяльністю. Дозвіл на перебування і працю в країні видається, як правило, на строк до одного року, а потім, на прохання роботодавця, щорічно поновлюється. Як правило, у національних законодавствах встановлюється певний строк безперервної роботи або перебування (у Великобританії – 4 роки, у Німеччині та Франції – 10 років і т. ін.), зі спливом якого мігрант отримує право на безстроковий дозвіл щодо перебування і працевлаштування у відповідній країні, що знімає всі існуючі у даній державі обмеження щодо праці іноземних суб'єктів [1, с. 389].

2. КОЛІЗІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН ЗА УЧАСТЮ ІНОЗЕМНОГО ЕЛЕМЕНТУ

Уніфікованих норм щодо регулювання трудових відносин за участю іноземного елемента у МПП існує достатньо незначна кількість. За таких обставин відповідні питання регулюються або шляхом застосування колізійного методу та норм відповідного національного законодавства, або на підставі двосторонніх домовленостей держав [1, с. 389].

При цьому слід враховувати, що право, яке регулює трудові відносини, носить подвійний характер: йому, крім приватно-правового елемента, властивий і елемент публічно-правовий. В зв'язку з цим науковцями зазначається, що екстериторіальне застосування трудового права (застосування норм іноземного права для врегулювання трудових відносин) допустиме в двох випадках: а) на підставі спеціальних міжнародних угод; б) коли національні колізійні норми прямо відсилають до іноземного закону. При цьому будь-яка держава має право заборонити на своїй території застосування норм іноземного трудового права, якщо вони суперечать публічному порядку [5, с. 547].

Основною колізійною прив'язкою, яку використано у ряді законодавств держав світу, є «закон держави місця роботи» (*lex loci laboris*). Оскільки трудові відносини не розщеплюються в межах колізійного регулювання, а більшість законодавців прив'язують трудові

відносини до права держави місця виконання робітником трудової функції, багато традиційних колізійних проблем (відсилання, «шквильгаючі» відносини, застереження про публічний порядок тощо) у процесі регулювання трудових відносин не виникає [1, с. 390].

Потребу в застосуванні інших колізійних прив'язок обумовлюють, насамперед, необхідність врегулювання спеціальних трудових відносин: виконання роботи у відрядженні за кордоном, виконання роботи на території декількох держав, переведення на роботу в іншу країну, виконання роботи на транспорті в міжнародному сполученні, застосування норм цивільного права для врегулювання трудових відносин в силу національного законодавства та ін. [9, с. 325–326].

Крім «закону держави місця роботи» (*lex loci laboris*) в сфері трудових відносин в МПП застосовуються також наступні колізійні прив'язки [5, с. 547–549]:

1. Свобода вибору права («автономія волі» – *lex voluntatis*). Цей принцип застосовується у Великобританії, Італії, Канаді, ФРН, Польщі та ін.

З одного боку, застосування такого підходу пов'язане з тим, що в деяких державах трудові відносини регулюються за допомогою норм цивільного права, відповідно – із застосуванням колізійних прив'язок, характерних для цивільно-правових договорів. Проте при цьому вважається, що свобода вибору законодавства для врегулювання цих відносин не повинна позбавляти працівника захисту, який надається імперативними нормами законодавства, котре мало б застосовуватись за відсутності вибору права [9, с. 325–326]. З іншого боку зазначається, що працівник не завжди виступає «слабкою» стороною трудового договору і управлінський та висококваліфікований персонал вправі мати можливість обирати законодавство щодо регулювання своїх трудових відносин [4, с. 295].

2. Закон місця знаходження роботодавця. Відповідно до цього колізійного принципу, якщо згідно з трудовою угодою роботу слід виконувати на території декількох держав, до трудового правідношення застосовуються закон місця знаходження, місця проживання або місця комерційної діяльності працедавця.

3. Закон прапора судна (*lex flagi*). Трудова діяльність працівника на водному або повітряному транспорті, регламентується законом країни, де зареєстровано транспортний засіб.

4. Особистий закон працедавця – фізичної або юридичної особи (*lex personalis* або *lex societatis*). Він зокрема застосовується у випадках направлення працівників у відрядження для виконання роботи за кордоном. Даний підхід застосовується також і тоді, коли місце роботи визначити точно неможливо або робота підлягає виконанню в двох або більш країнах.

5. Закон країни укладення контракту про найм (*lex loci contractus*). Наприклад, за законодавством Англії і США до трудових договорів, укладених в цих країнах, застосовується місцеве право.

Колізійні норми щодо врегулювання трудових відносин за участю іноземного елемента у національному законодавстві вміщені в розділі VIII Закону України «Про міжнародне приватне право», який має назву «Колізійні норми щодо трудових відносин» (ст.ст. 52–54).

У ст. 52 Закону України «Про міжнародне приватне право» сформульовано загальне правило: до трудових відносин застосовується право держави, у якій виконується робота, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України. Наступні статті Закону містять винятки з цього загального правила.

Відповідно до ст. 53 Закону України «Про міжнародне приватне право», трудові відносини громадян України, які працюють за кордоном, регулюються правом України в разі, якщо:

– громадяни України працюють у закордонних дипломатичних установах України;

– громадяни України уклали з роботодавцями – фізичними або юридичними особами України трудові договори про виконання роботи за кордоном, у тому числі в їх відокремлених підрозділах, якщо це не суперечить законодавству держави, на території якої виконується робота;

– це передбачено законом або міжнародним договором України.

Ст. 54 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає випадки, коли трудові відносини іноземців та осіб без громадянства, які працюють в Україні, не регулюються правом України:

– іноземці та особи без громадянства працюють у складі дипломатичних представництв іноземних держав або представництв міжнародних організацій в Україні, якщо інше не передбачено міжнародним договором України;

– іноземці та особи без громадянства за межами України уклали з іноземними роботодавцями – фізичними чи юридичними особами трудові договори про виконання роботи в Україні, якщо інше не передбачено договорами чи міжнародним договором України.

Колізійні питання щодо врегулювання трудових відносин містяться також в окремих міжнародних договорах України про правову допомогу, як приклад – Розділ V «Справи в галузі трудового права» «Договору між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах» (1993 р.), Розділ VI «Трудове право» «Договору між Україною та Республікою Македонія про правову допомогу в цивільних справах» (2000 р.), Розділ VII «Трудове право» «Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах» (2001 р.) та ін.

3. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ ІНОЗЕМЦІВ ТА ОСІБ БЕЗ ГРОМАДЯНСТВА В УКРАЇНІ

Слід враховувати, що законодавством, яке регулює питання трудових відносин, охоплюються всі аспекти даних відносин, починаючи від їх виникнення та здійснення і закінчуючи питаннями порушення договору. Це ж законодавство регулює також питання наслідків для трудового договору, що виникають в результаті зміни власника або переходу підприємства в інші руки. Що стосується заходів, спрямованих на покращення умов праці, то, згідно з пануючою у доктрині точкою зору, вони повинні регулюватися за правом країни, в якій вони запроваджуються [1, с. 390–391].

В національному законодавстві міститься достатньо невелика кількість законодавчих положень (як матеріально-правових, так і колізійних норм) щодо правового регулювання трудових відносин за участю іноземного елемента.

Згідно положень ч. 1 ст. 43 Конституції України, кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується.

Водночас в літературі зазначається, що спірним є питання, чи поширюється ця гарантія не лише на громадян нашої держави, а й також на осіб без громадянства та іноземців, які на законних підставах постійно проживають в Україні [1, с. 391].

У ст. 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22.09.2011 року закріплено, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України.

Проте в цілому ж, різні категорії іноземців мають різний обсяг права на працю в Україні: іноземці, що постійно проживають в Україні (іммігранти), та біженці (включаючи прирівняних до них у даних правовідносинах «осіб, які потребують додаткового захисту» та «осіб, яким надано тимчасовий захист») наділені таким правом, з певними застереженнями, нарівні з громадянами України, а іноземці, що тимчасово перебувають в Україні, повинні отримати спеціальний дозвіл на працевлаштування.

Так, згідно статті 4 Закону України «Про зайнятість населення» від 05.07.2012 року, іноземці та особи без громадянства, які постійно проживають в Україні, яких визнано в Україні біженцями, яким надано притулок в Україні, яких визнано особами, що

потребують додаткового захисту, яким надано тимчасовий захист, а також ті, що одержали дозвіл на імміграцію в Україну, мають право на зайнятість на підставах і в порядку, встановлених для громадян України. В свою чергу, іноземці та особи без громадянства, які прибули в Україну для працевлаштування на визначений строк, приймаються роботодавцями на роботу на підставі дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства, виданого в встановленому порядку, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України.

Згідно Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», особа, яку визнано біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, має рівні з громадянами України права на працю (ст. 15), а особи, яким надано тимчасовий захист, мають право на отримання роботи в Україні на строк, на який надано тимчасовий захист (ст. 20).

Постановою Кабінету Міністрів України від 08.04.2009 року № 322 затверджено «Порядок видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства».

Дозвіл на використання праці іноземця та особи без громадянства, що надає право роботодавцю тимчасово використовувати працю іноземця на конкретному робочому місці або певній посаді, видається роботодавцю у разі відсутності в країні (регіоні) працівників, спроможних виконувати відповідні роботи, або наявності достатніх обґрунтувань доцільності використання праці іноземця, якщо інше не передбачене міжнародними договорами України. Такий дозвіл видається роботодавцю Державним центром зайнятості або за його дорученням центром зайнятості Автономної Республіки Крим, обласними, Київським та Севастопольським міськими центрами зайнятості.

Для розгляду поданих роботодавцем документів та надання відповідних рекомендацій при центрі зайнятості утворюється комісія, до складу якої включаються представники державної митної служби, служби безпеки, державної прикордонної та державної податкової служби, а також інших заінтересованих органів. Положення про комісію затверджується Мінпраці за погодженням з ДМС, СБУ, Адміністрацією Держприкордонслужби та ДПА. Для отримання дозволу на використання праці іноземця роботодавець подає до центру зайнятості відповідні документи.

Дозвіл на використання праці іноземця видається на строк до одного року. Для продовження строку дії зазначеного дозволу роботодавець подає до центру зайнятості не пізніше ніж за місяць до закінчення строку дії дозволу відповідні документи.

Дозвіл на використання праці іноземця є підставою для отримання іноземцем візи відповідного типу, реєстрації місця тимчасового проживання в Україні та оформлення посвідки на тимчасове проживання на строк дії дозволу. Продовження строку дії дозволу на використання праці іноземця є підставою для звернення роботодавця та іноземця до органу міграційної служби стосовно продовження строку перебування іноземця на території України та оформлення нової посвідки на тимчасове проживання в Україні.

4. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАНЬ ПРАЦІ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ ЗА КОРДОНОМ

Що стосується правового регулювання праці громадян України за кордоном, то, згідно ст. 10 Закону України «Про зайнятість населення» від 05.07.2012 року, громадяни України мають право займатися трудовою діяльністю за кордоном, якщо така діяльність не заборонена законодавством України та держави перебування.

Вітчизняні громадяни можуть працювати за кордоном внаслідок:

– направлення їх для виконання трудових обов'язків в іноземну державу вітчизняним роботодавцем;

– укладення трудового контракту з іноземним роботодавцем щодо праці в іноземній державі [9, с. 336].

В першому випадку, згідно колізійних норм ст. 53 Закону України «Про міжнародне приватне право», праця таких осіб буде регулюватись українським законодавством, особливо, якщо мова йде про працю в дипломатичних та консульських установах, які формально вважаються територією України. Водночас не можна виключати застосування щодо врегулювання праці громадян України за кордоном також і положень іноземного законодавства, зокрема його імперативних норм.

Що стосується праці вітчизняних громадян за кордоном на підставі контрактів з іноземними роботодавцями, то вітчизняні колізійні норми (ст. 52 Закону України «Про міжнародне приватне право») передбачають застосування в даному випадку норм іноземного законодавства. В таких випадках регламентація трудових відносин українських громадян за кордоном залежить від політики іноземної держави у сфері працевлаштування іноземців (допуск іноземців на ринки праці, заснування квот, встановлення відповідальності тощо) і регулюються вони відповідно до міжнародних договорів про працевлаштування, трудового законодавства конкретної країни та її локальних актів. Ними визначаються права і обов'язки у сфері праці українських громадян, їх правовий статус у трудових відносинах як іноземців у певній країні. Українське матеріальне право в даних питаннях не є компетентним [4, с. 309].

Права громадян України, які працюють за кордоном, захищаються законодавством України та держави перебування, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (ч. 2 ст. 10 «Про зайнятість

населення»). Вже вказувалось, що існує ряд двосторонніх міжнародних договорів України щодо праці наших громадян за кордоном (договори про працевлаштування і соціальний захист громадян з Молдовою (1993), Росією (1993), Білоруссю (1995), Вірменією (1995), Латвією (1997) та ін.), а також ці питання регулюються окремими двосторонніми договорами про правову допомогу, які містять норми з питань трудових відносин. Також необхідно згадати про багатосторонню «Конвенцію про правовий статус трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав», ратифіковану Законом України від 21.12.2011 року № 4207-17, яка регулює відносини, що виникають протягом усього циклу міграції трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей.

Положення, що містяться в таких договорах, можна вказати на прикладі «Угоди між Урядом Російської Федерації та Урядом України про трудову діяльність і соціальний захист громадян Росії та України, які працюють за межами своїх держав» (1993 р.): робітники країни виїзду, які працюють на території Сторони працевлаштування, користуються правами і несуть зобов'язання за законодавством цієї Сторони; трудовий стаж, включаючи стаж, що нараховується у пільговому порядку та інший подібний стаж, взаємно визнається Сторонами; нарахування зазначеного стажу здійснюється за законодавством Договірної Сторони, де робота виконувалась; сторони визнають дипломи, свідоцтва та інші документи державного зразка про рівень освіти та кваліфікацію, що видані відповідними компетентними органами, без легалізації.

Іноді в подібних договорах передбачаються й колізійні норми, зокрема з прив'язкою до законодавства держави місця працевлаштування з таких питань, як оформлення трудового договору, віку, з якого допускається прийняття на роботу, обсягу прав та обов'язків сторін тощо [1, с. 393–394].

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник / М. М. Богуславский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2005. – 604 с.
5. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева

- ва. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
7. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
8. Довжук О. В. Правове регулювання міжнародних приватних трудових відносин на сучасному етапі (матеріально-правовий аспект): Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03 – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Довжук Олена Володимирівна. – К., 2006. – 17 с.
9. Сергєєва С. М. Нормативно-правове регулювання трудових відносин, ускладнених іноземним елементом: Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03 – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Сергєєва Світлана Миколаївна. – О., 2004. – 19 с.
10. «Конвенція про статус біженців» (1951 р.).
11. «Міжнародна Конвенція ООН про захист прав усіх трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей» (1990 р.).
12. Кодекс законів про працю України.
13. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.
14. Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 04.02.1994 р.
15. Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 04.02.1994 р.
16. Закон України «Про імміграцію» від 07.06.2001 р.
17. Закон України «Про біженців» від 21.06.2001 р.,
18. Закон України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» від 21.01.1994 р.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. В чому полягають особливості регулювання праці іноземців в міжнародному приватному праві?
2. Які колізійні прив'язки застосовуються в практиці міжнародного приватного права щодо регулювання трудових відносин за участю іноземного елемента?
3. Законодавством яких держав можуть регулюватись трудові відносини громадян України за кордоном?
4. Які правові режими надаються іноземцям в Україні в сфері трудових відносин?
5. Який порядок працевлаштування іноземців в Україні?

Тестові завдання

1. Основною колізійною прив'язкою в міжнародному приватному праві в сфері регулювання трудових відносин є:
 - а) закон місця знаходження роботодавця;
 - б) закон держави, яка направила працівника на роботу;
 - в) принцип автономії волі;
 - г) закон держави місця виконання роботи.
2. Чи має місце в міжнародному приватному праві, за загальним правилом, «розщеплення» правового регулювання трудових відносин:
 - а) відбувається на засадах взаємності;
 - б) не має;
 - в) здійснюється за принципом автономії волі;
 - г) має.
3. Додатковою колізійною прив'язкою щодо регулювання трудових відносин у міжнародному приватному праві є:
 - а) особистий закон працівника;
 - б) закон держави, яка направила працівника на роботу;
 - в) принцип взаємності;
 - г) закон держави місця виконання роботи.
4. Відповідно до положень Закону України «Про міжнародне приватне право», трудові відносини громадян України, які працюють за кордоном, регулюються правом України в разі, якщо:

- а) це передбачено законодавством України;
 - б) відповідні трудові договори про виконання роботи за кордоном укладено з вітчизняними роботодавцями в Україні;
 - в) це не суперечить міжнародним договорам;
 - г) має місце відповідна домовленість сторін.
5. Відповідно до положень Закону України «Про міжнародне приватне право», трудові відносини іноземців та осіб без громадянства, які працюють в Україні, не регулюються правом України в разі, якщо:
 - а) має місце відповідна домовленість сторін;
 - б) вони мають подвійне громадянство;
 - в) трудові договори про виконання роботи в Україні укладено з українськими роботодавцями;
 - г) іноземці працюють у складі дипломатичних представництв іноземних держав в Україні;
 6. Відповідно до положень Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», іноземці, які постійно проживають в Україні трудовою діяльністю в Україні:
 - а) займатись не можуть;
 - б) можуть займатись на підставах і в порядку, встановлених для громадян України;
 - в) можуть займатись лише в невиробничій сфері;
 - г) можуть займатись на підставах та у порядку, визначеному міжнародними договорами.
 7. Відповідно до положень Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», особи, яким надано статус біженця в Україні, трудовою діяльністю в нашій державі:
 - а) можуть займатись на підставах та у порядку, визначеному міжнародними договорами;
 - б) можуть займатись лише в сфері сільського господарства;
 - в) можуть займатись на підставах і в порядку, встановлених для громадян України;
 - г) займатись не можуть.
 8. Відповідно до положень Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», іноземці, які прибули в Україну для працевлаштування на визначений термін, можуть займатися тру-

довою діяльністю:

- а) без обмежень;
- б) згідно законодавства про правовий статус іммігрантів;
- в) на підставах і в порядку, встановлених для громадян України;
- г) відповідно до одержаного дозволу на працевлаштування.

9. Питання щодо покращення стану правового регулювання трудових відносин і розроблення відповідних стандартів в сфері праці:

- а) не належать до сфери міжнародного приватного права;
- б) належать до сфери міжнародного приватного права;
- в) належать до сфери міжнародного економічного права;
- г) є предметом діяльності відповідної Комісії ООН.

10. До додаткових колізійних прив'язок щодо регулювання трудових відносин у міжнародному приватному праві належать:

- а) особистий закон працівника;
- б) закон місця знаходження роботодавця;
- в) закон, найбільш сприятливе для працівника;
- г) спільний закон роботодавця та працівника.

Практичні завдання

1. Громадянин України, котрий працював за кордоном в іноземній фірмі на підставі трудового контракту, відмовився 28 червня з'явитись на робочому місці. Він пояснив, що цей день в Україні є державним святом та загальнодержавним вихідним днем. Дайте правову оцінку таким діям працівника.

2. Працівники української фірми, котрих тимчасового направили для роботи в закордонну філію, висунули вимогу забезпечити їм такі ж умови охорони та оплати праці, які діють у цій державі. Обґрунтуйте, чи правомірними є такі вимоги.

ТЕМА 13. МІЖНАРОДНИЙ ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

1. *Поняття та зміст міжнародного цивільного процесу.*
2. *Поняття, принципи встановлення та види міжнародної підсудності.*
3. *Правове регулювання міжнародної підсудності у законодавстві України.*
4. *Правовий статус іноземних суб'єктів у міжнародному цивільному процесі.*
5. *Міжнародна правова допомога в цивільних справах.*
6. *Визнання та виконання іноземних судових рішень: загальні положення.*
7. *Визнання та виконання іноземного судового рішення за законодавством України.*

1. ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ МІЖНАРОДНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

В науковій літературі не існує єдиної точки зору, що слід розуміти під міжнародним цивільним процесом. У найбільш загальному розумінні його можна розглядати як сукупність правових норм, що регулюють питання цивільного судочинства з іноземним елементом.

Про умовність цього терміну, зокрема, свідчить те, що не існує спеціальних міжнародних органів, котрі б розглядали спори, що належать до сфери МПП – ці спори вирішують органи конкретної держави відповідно до норм її національного законодавства та міжнародних договорів. Тому окремі автори розглядають міжнародний цивільний процес не як сукупність правових норм, а як низку процесуальних проблем, що виникають при здійсненні судочинства з іноземним елементом. Іноді пропонується застосовувати інший термін – «міжнародне цивільне процесуальне право» [29, с. 12].

Дискусійність питання про правову природу міжнародного цивільного процесу та його співвідношення з МПП обумовлено наступним. За загальним уявленням, МПП як спеціальна система правових норм

чи самостійна галузь права є сукупністю колізійних та матеріальних норм, які регулюють ускладнені іноземним елементом приватно-правові відносини міжнародного характеру, в багатьох випадках – на диспозитивних засадах та з застосуванням колізійного методу правового регулювання. На відміну від цього, міжнародний цивільний процес об'єднує процесуальні норми, котрі регулюють питання правозастосовчої діяльності компетентних державних та інших органів, тобто публічно-правові за своїм характером відносини, щодо яких колізійний метод регулювання не застосовується взагалі.

До середини ХХ ст. при врегулюванні відносин з іноземним елементом принцип незастосування іноземного публічного та процесуального права залишався незмінним. Але процеси гармонізації та уніфікації національних законодавств, а також розвиток міжнародних відносин дещо змінили дану ситуацію. Так, згідно положень ст. 415 Цивільного процесуального кодексу України, суди України при виконанні доручень іноземних судів про надання правової допомоги на прохання іншої сторони можуть вчиняти відповідні процесуальні дії із застосуванням права іншої держави, якщо таке застосування не суперечить законам України; подібні положення містять і конвенції про правову допомогу, прийняті в рамках СНД (1993 та 2002 рр.). В зарубіжній правовій доктрині навіть сформульовано концепцію «колізійного процесуального права». Тим не менше, з рядом винятків та застережень більшістю авторів і сьогодні незастосування іноземного процесуального права продовжує розглядатися як фундаментальний принцип міжнародного цивільного процесу [21, с. 395–401].

Водночас для МПП та міжнародного цивільного процесу спільним є те, що охоплювані ними правовідносини завдяки наявності іноземного елемента мають міжнародний характер, що зумовлює необхідність їх спеціального правового регулювання.

В цілому ж в вітчизняній літературі можна виділити наступні підходи щодо розуміння правової природи міжнародного цивільного процесу та його співвідношення з галузями права в національній правовій системі:

– норми, які регулюють питання цивільного судочинства з іноземним елементом, є складовою частиною галузі національного цивільного процесуального права;

– норми, які регулюють питання цивільного судочинства з іноземним елементом, належать до МПП;

– норми, які регулюють питання цивільного судочинства з іноземним елементом, є самостійною системою норм, яку необхідно виділити в самостійну галузь права [1, с. 444–451].

Що стосується зарубіжних держав, то в країнах «загального права» (Англія, США, Канада, Австралія, Індія, ПАР та ін.) включення міжнародного цивільного процесу до складу МПП не викликає сумнівів, оскільки тут саме МПП розглядаються, перш за все, як право процесуальне.

Ряд європейських держав положення з питань міжнародного цивільного процесу безпосередньо включають до складу свого національного законодавства з МПП (Угорщина, Швейцарія та ін.).

В окремих країнах, зокрема Німеччині, МПП розглядається як колізійне право, тому процесуальні відносини розглядаються як такі, що повинні регулюватись за допомогою норм цивільного процесуального права. Водночас в цій країні останніми роками проявляється тенденція щодо виділення міжнародного цивільного процесу, поряд з МПП, в особливу галузь права – міжнародне цивільне процесуальне право [5, с. 590–591].

Неоднозначними є і розуміння предмета цієї сфери правового регулювання. В літературі, зокрема, до сфери міжнародного цивільного процесу пропонується відносити наступні питання:

- підсудність цивільних справ з іноземним елементом;
- цивільне процесуальне положення іноземних громадян і юридичних осіб;
- цивільне процесуальне положення іноземної держави і її дипломатичних представників;
- судові докази у цивільних справах за участю іноземного елемента;
- порядок встановлення змісту іноземного законодавства, що підлягає застосуванню;
- виконання доручень іноземних органів в цивільних справах;
- визнання і примусове виконання іноземних судових рішень та адміністративних актів в цивільних справах;
- визнання іноземних арбітражних угод і примусове визнання та виконання іноземних арбітражних рішень [4, с. 21; 5, с. 590; 29, с. 21].

Вважаємо достатньо обґрунтованою точку зору щодо надання поняттю «міжнародний цивільний процес» розширеного тлумачення, включаючи до його сфери також і відносин, які у внутрішньодержавному правовому регулюванні складають предмет Господарського процесуального права України за умов присутності у них іноземного елемента.

2. ПОНЯТТЯ, ПРИНЦИПИ ВСТАНОВЛЕННЯ ТА ВИДИ МІЖНАРОДНОЇ ПІДСУДНОСТІ

Встановлюючи правила щодо юрисдикції своїх судів на своїй території, кожна з держав, на підставі принципу суверенітету самостійно визначає межі їх юрисдикційних повноважень. Тому питання про те, чи має право національний суд розглядати справу за участю іноземного елемента, вирішується у національному законодавстві відповідної держави. При цьому, з одного боку, кожна держава намагається під-

порядкувати своїй юрисдикції вирішення спорів, що виникають на її території, а з іншого – не зацікавлена у діяльності своїх судів щодо винесення рішень, котрі не будуть визнані за кордоном та не зможуть бути виконаними в інших державах [1, с. 541].

В літературі під міжнародною підсудністю розуміють компетенцію судових органів певної держави на розгляд конкретної цивільної справи з іноземним елементом, яка встановлюється внутрішнім (національним) законодавством певної держави та її міжнародними договорами [4, с. 324; 29, с. 108].

Особливістю норм про міжнародну підсудність є те, що за їх допомогою встановлюється не судовий орган, який має право вирішити відповідний спір, а компетенція судової системи держави в цілому стосовно розгляду такої спірної ситуації. Тільки після підтвердження такої компетенції на підставі процесуального законодавства цієї держави буде визначена конкретна судова інстанція, яка має повноваження розглядати спір, що виник між сторонами.

Слід враховувати, що вирішення питання про міжнародну підсудність відрізняється від вирішення колізії між правовими системами у сфері матеріально-правового регулювання. Матеріально-правове регулювання даних питань є незначним, оскільки спеціальних міжнародних угод у сфері міжнародного цивільного процесу, за винятком міжнародного комерційного арбітражу, існує досить мало (як один із прикладів – «Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності» (СНД, 1992 р.). В свою чергу, колізійний метод регулювання у сфері міжнародного цивільного процесу не може застосовуватись, оскільки публічний характер процесуальних відносин виключає застосування в силу колізійних норм іноземних процесуальних правил [1, с. 453].

Вирішення колізій у цій сфері, яке отримало назву «визначення» або «встановлення» міжнародної підсудності, може бути здійснено лише на рівні національних законодавств або шляхом укладення відповідних міжнародних договорів, в яких встановлюються принципи (критерії) визначення міжнародної підсудності.

В цілому науковці виділяють три основних підходи щодо вирішення в національних законодавствах питання про міжнародну підсудність:

– французький: до уваги береться громадянство сторін спору (позивача чи відповідача), в багатьох випадках достатньо, щоб одна із сторін належала до громадянства країни суду;

– німецький: до уваги береться місце проживання (для фізичних осіб) або фактичне місце знаходження (для юридичних осіб) відповідача – воно повинне знаходитись в межах територіальної юрисдикції країни суду;

– англо-американський: до уваги береться фактичне перебування відповідача в межах юрисдикції держави суду та можливість вручити йому судову повістку [21, с. 458–464].

Дане питання ускладнюється тим, що на сьогодні не існує міжнародних конвенцій з питань міжнародної підсудності «всесвітнього» масштабу, міжнародно-правове

регулювання обмежується регіональними конвенціями та двосторонніми договорами про правову допомогу. На рівні наукових розробок існує спільний проект «Американського інституту права» та «Міжнародного інституту кодифікації приватного права» (УНІДРУА) – «Про принципи і норми міжнародного цивільного процесу» (2002) [1, с. 456].

В літературі найбільш поширеними вважаються наступні принципи визначення міжнародної підсудності:

1. Встановлення підсудності за ознакою громадянства сторін або сторони у спорі.

2. Встановлення підсудності за ознакою місця проживання відповідача.

У багатьох правопорядках цей критерій відіграє роль головного саме завдяки своїй практичній спрямованості: полегшує захист відповідачу і надає позивачу можливість знайти там основну частину майна, на яке може бути звернено стягнення.

3. Встановлення підсудності за ознакою присутності відповідача або наявності його майна на території держави суду.

При цьому фактична присутність відповідача не пов'язується з місцем його проживання, а наявність майна відповідача на території держави суду надає певну гарантію можливого виконання в майбутньому відповідного рішення цього суду.

4. Місце знаходження спірної речі у випадках з нерухомістю.

5. Зв'язок спірної справи з територією відповідної держави (місце проживання споживача, місце спричинення шкоди, місце виконання договору та ін.) [1, с. 454–456; 29, с. 119–125].

Незважаючи на схожість цих принципів (критеріїв) з колізійними прив'язками, вони все ж такими прив'язками не виступають, оскільки питання, пов'язані з визначенням міжнародної підсудності, вирішуються на рівні національного законодавства імперативно.

За характером регулювання питань міжнародної підсудності відповідним законодавством, можна виділити наступні її види міжнародної підсудності:

– визначена.

В даному випадку компетенція національного суду щодо розгляду справи за участю іноземного елемента встановлена законодавцем і впливає з положень внутрішньодержавного законодавства або міжнародного договору держави.

– невизначена.

Невизначена підсудність має місце в тому випадку, коли в законодавстві певної держави та її міжнародних договорах відсутні положення щодо того, який судовий орган повинен розглядати дану справу [1, с. 459].

– договірна.

Законодавство і практика багатьох держав допускають договірну підсудність у справах за участю іноземного елемента, коли сторони можуть за договором між собою змінити територіальну підсудність для даної справи. За письмовою згодою сторін конкретна справа може бути віднесена до юрисдикції іноземної держави, хоча за законом країни суду ця справа підсудна місцевому суду, і навпаки [5, с. 598–599].

Договори сторін, що встановлюють вибір суду, який буде компетентним розглянути цивільно-правовий спір у вилучення з діючих правил підсудності, називаються пророгаційними або дерогаційними. Такі договори можуть мати місце тільки в рамках невиключної або альтернативної підсудності, що допускає подібну домовленість учасників спору.

Договір, відповідно до якого непідсудний за загальними диспозитивними нормами щодо визначення компетенції даного суду спір стає йому підсудним, називається пророгаційним. Договір, відповідно до якого підлягаючий розгляду даним судом на підставі загальних диспозитивних норм про визначення компетенції суду спір вилучається з сфери його юрисдикції і передається іншому суду, іменується дерогаційним [5, с. 599].

Пророгаційні та дерогаційні угоди не можна ототожнювати з арбітражними угодами, оскільки вони стосуються лише державного судочинства, а не міжнародного комерційного арбітражу [8, с. 286].

Визначена міжнародна підсудність, в свою чергу, може бути:

– виключною.

Законодавство імперативно встановлює необхідність розгляду певної категорії справ національними судами і розгляд таких справ в судах будь-якої іншої держави суперечить публічному порядку даної держави

– альтернативною.

Позивачеві надається можливість вибору між судами своєї або іноземної держави, проте він не має права вибору між іноземними судами [1, с. 459–460].

В практиці міжнародних приватно-правових відносин нерідко зустрічаються випадки, коли стосовно одного і того ж спору оголошують себе компетентними судові установи двох або більше країн. Подібні ситуації прийнято називати «конфлікт юрисдикцій» або «конкуренція юрисдикцій» [5, с. 599]. Проте можлива й зворотна ситуація, коли жодна з цих держав не вважає свої суди компетентними розглядати відповідну справу. Саме в цьому випадку найчастіше законодавці надають сторонам можливість встановити міжнародну підсудність за своєю згодою [5, с. 460–461].

Що стосується окремих проблемних питань міжнародної підсудності, щодо яких вже існують більш або менш сталі рішення, то в літературі виділяють наступні:

– можливість розгляду однієї і тієї ж справи в судах різних держав (*lis alibi pendens*). Ця проблема може виникнути у всіх випадках, коли міжнародна підсудність не визначена як виключна. Практика багатьох держав світу вирішує це питання наступним чином: знаходження справи на розгляді суду є перепорою для нового, більш пізнього за часом судового провадження щодо того ж предмета спору. Що стосується права Англії та США, то в цих державах існує т.з. «заборона судочинства», яка часто використовується відповідачами: за допомогою спеціального розпорядження суду

позивачу забороняється продовжувати початий в іноземному суді процес. Подібна заборона адресована позивачеві, який примушується або забрати свою позовну заяву, або відмовитися від подальшої участі у процесі;

– незмінність підсудності протягом розгляду справи (*perpetuatio fori*). Питання щодо того, чи вправі суд продовжувати розгляд справи, якщо в його процесі буде з'ясовано, що дана справа належить до компетенції суду іншої держави. Сталої відповіді на це питання не існує, проте в багатьох випадках вважається, що за таких обставин суд, який у відповідності до закону порушив справу, має завершити її остаточний розгляд, незважаючи на можливу зміну міжнародної підсудності у подальшому;

– поширення положень щодо міжнародної підсудності на подання зустрічних позовів. За загальним правилом вважається, що зустрічний позов, незалежно від його фактичної підсудності, повинен бути заявленим у тому ж суді, що розглядає первісний (основний) позов [1, с. 461–464].

3. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ПІДСУДНОСТІ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Згідно ст. 414 Цивільного процесуального кодексу України, підсудність судам України цивільних справ з іноземним елементом визначається цим Кодексом, законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Відповідно, питання міжнародної підсудності регулюються в міжнародних договорах України, Цивільному процесуальному кодексі України (зокрема, ст.ст. 111, 236, 242, 257) та спеціальному нормативному акті, яким є Закон України «Про міжнародне приватне право».

Що стосується міжнародних договорів України, то положення з питань міжнародної підсудності містяться, зокрема, в:

– регіональних багатосторонніх договорах, укладених в рамках держав-учасниць СНД за участю нашої держави. Такими договорами є «Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності» (1992 р.) та «Мінська конвенція про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.).

В «Угоді про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності» (1992 р.) положення про міжнародну підсудність містяться в ст. 4. Що стосується «Мінської конвенції про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.), то за загальним правилом, встановленим в ст. 20 Конвенції, позови до осіб, які мають місце проживання на території однієї з Договірних Сторін, подаються, незалежно від їх громадянства, в суди цієї Договірної Сторони, а позови до юридичних осіб подаються в суди Договірної Сторони, на території якої знаходиться орган управління юридичної особи, його представництво або філія. Питання договірної підсудності регулюються в ст. 21 Конвенції, а спеціальні

положення з питань міжнародної підсудності по окремих категоріях справ містяться в положеннях частин II–V розділу II Конвенції.

– двосторонніх договорів про взаємну правову допомогу, які укладаються Україною з іншими державами.

Частина таких договорів містить положення з питань підсудності справ, зокрема «Договір між Україною та Республікою Грузія про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах» (1995 р.) «Договір між Україною та Чеською республікою про правову допомогу в цивільних справах» (2001 р.) та деякі інші. В свою чергу, не містять положень з питань міжнародної підсудності «Договір між Україною та Угорською Республікою про правову допомогу в цивільних справах» (2001 р.); «Договір між Україною та Республікою Болгарія про правову допомогу в цивільних справах» (2004 р.), «Договір між Україною та Сирійською Арабською Республікою про правові відносини і взаємну правову допомогу в цивільних і кримінальних справах» (2008 р.) та ін.

В Законі України «Про міжнародне приватне право» питання міжнародної підсудності регулюються положеннями Розділу XII «Підсудність та виконання іноземних судових доручень».

В ст. 75 Закону встановлено загальні правила підсудності судам України справ з іноземним елементом. Зокрема тут чітко врегульовано питання, пов'язані з одночасним розглядом однієї і тієї ж справи в судах різних держав: суд відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо у суді чи іншому юрисдикційному органі іноземної держави є справа із спору між тими самими сторонами, про той самий предмет з тих самих підстав.

Цією ж статтею Закону розв'язано інше питання – щодо незмінності міжнародної підсудності справи, визначеної на момент її порушення: підсудність судам України справ з іноземним елементом визначається на момент відкриття провадження у справі, незважаючи на те, що в ході провадження у справі підстави для такої підсудності відпали або змінилися.

Важливе значення мають положення ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право», у якій врегульовано питання про виключну підсудність судам України справ з іноземним елементом:

- 1) якщо нерухоме майно, щодо якого виник спір, знаходиться на території України;
- 2) якщо у справі, яка стосується правовідносин між дітьми та батьками, обидві сторони мають місце проживання в Україні;
- 3) якщо у справі про спадщину спадкодавця – громадянин України і мав у ній місце проживання;
- 4) якщо спір пов'язаний з оформленням права інтелектуальної власності, яка потребує реєстрації чи видачі свідоцтва (патенту) в Україні;

5) якщо спір пов'язаний з реєстрацією або ліквідацією на території України іноземних юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців;

6) якщо спір стосується дійсності записів у державному реєстрі, кадастрі України;

7) якщо у справах про банкрутство боржник був створений відповідно до законодавства України;

8) якщо справа стосується випуску або знищення цінних паперів, оформлених в Україні;

9) справи, що стосуються усиновлення, яке було здійснено або здійснюється на території України;

10) в інших випадках, визначених законами України.

У ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право», визначено підстави, за яких українські суди можуть приймати до свого провадження і розглядати справи з іноземним елементом.

До таких підстав віднесено наступні:

- 1) якщо сторони передбачили своєю угодою підсудність справи з іноземним елементом судам України (крім випадків виключної підсудності справ судам України);
- 2) якщо на території України відповідач у справі має місце проживання або місцезнаходження, або рухоме чи нерухоме майно, на яке можна накласти стягнення, або знаходиться філія або представництво іноземної юридичної особи – відповідача;
- 3) у справах про відшкодування шкоди, якщо її було завдано на території України;
- 4) якщо у справі про сплату аліментів або про встановлення батьківства позивач має місце проживання в Україні;
- 5) якщо у справі про відшкодування шкоди позивач – фізична особа має місце проживання в Україні або юридична особа – відповідач має місцезнаходження в Україні;
- 6) якщо у справі про спадщину спадкодавця у момент смерті був громадянином України або мав в Україні останнє місце проживання;
- 7) дія або подія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України;
- 8) якщо у справі про визнання безвісно відсутнім або оголошення померлим особа мала останнє відоме місце проживання на території України;
- 9) якщо справа окремого провадження стосується особистого статусу або дієздатності громадянина України;
- 10) якщо справа проти громадянина України, який за кордоном діє як дипломатичний агент або з інших підстав має імунітет від місцевої юрисдикції, відповідно до міжнародного договору не може бути порушена за кордоном;
- 11) в інших випадках, визначених Законом України та міжнародним договором України.

4. ПРАВОВИЙ СТАТУС ІНОЗЕМНИХ СУБ'ЄКТІВ У МІЖНАРОДНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У доктрині МПП загальноприйнятним вважається принцип, за яким іноземні суб'єкти у сфері процесуальних відносин повинні користуватись національним правовим режимом, тобто мати можливість на звернення до суду і користуватись при цьому такими ж процесуальними правами при розгляді цивільних справ, як і громадяни держави суду.

На нормативно-правовому рівні положення про надання іноземним суб'єктам національного правового режиму закріплено, зокрема, у «Європейській конвенції про захист прав людини й основних свобод» (ст. 6); як правило, такі положення включаються до договорів про правову допомогу, як приклад – ст. 1 «Мінської конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (1993 р.): «Громадяни кожної з Договірних Сторін, а також особи, що проживають на її території, користуються на територіях всіх інших Договірних Сторін у відношенні своїх особистих і майнових прав таким же правовим захистом, як і власні громадяни... Громадяни кожної з Договірних Сторін, а також інші особи, що проживають на її території, мають право вільно і безперешкодно звертатися до суду, прокуратури й інших установ других Договірних Сторін». В цілому у договорах про правову допомогу передбачається принцип надання громадянам договірних держав національного режиму при здійсненні їх прав та обов'язків, що поширюється і на забезпечення вільного доступу в суди іноземної держави [9, с. 422].

Тим не менше, на практиці в сфері процесуального захисту своїх порушених прав позивачі-іноземці нерідко піддавалися дискримінації, в деяких країнах подібне положення зберігається і сьогодні [5, с. 603].

Обмеження щодо процесуальних прав іноземних суб'єктів можуть проявлятися, зокрема, як:

- 1) обмеження чи позбавлення іноземців права на звернення з позовом до суду;
- 2) встановлення для іноземців вимог щодо попереднього забезпечення можливих судових витрат. Так, у багатьох країнах діє правило, що передбачає внесення відповідної суми коштів на депозит суду особами, які мешкають за межами країни суду;
- 3) встановлення вимоги взаємності при звільненні іноземців від забезпечення судових витрат (або самих цих витрат) чи при наданні безплатної адвокатської допомоги [1, с. 469–470; 8, с. 280–281].

Що стосується законодавства України, то ним передбачено надання іноземним суб'єктам національного правового режиму в сфері процесуальних прав.

Згідно ст. 26 Конституції України, іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Відповідно до ст. 22 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», іноземці та особи без громадянства мають право на звернення до суду

4. Правовий статус іноземних суб'єктів у міжнародному цивільному процесі

та до інших державних органів для захисту їх особистих, майнових та інших прав. В судочинстві іноземці та особи без громадянства як учасники процесу користуються такими ж процесуальними правами, що й громадяни України.

В ст. 73 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що, іноземці, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, іноземні держави (їх органи та посадові особи) та міжнародні організації мають право звертатися до судів України для захисту своїх прав, свобод чи інтересів.

Згідно ч. 1 ст. 74 Закону України «Про міжнародне приватне право», *процесуальна правоздатність і дієздатність іноземних осіб в Україні визначаються відповідно до права України.*

В ряді держав процесуальна правосуб'єктність іноземців встановлюється згідно колізійної прив'язки «особистий закон», а не за «законом суду» як принципом міжнародного цивільного процесу. При цьому неправосуб'єктним за «особистим законом» особам правосуб'єктність може бути надано згідно колізійної прив'язки «закон суду» [21, с. 438–443].

Відповідно до положень ст. 28 Цивільного процесуального кодексу України, здатність мати цивільні процесуальні права та обов'язки сторони, третьої особи, заявника, заінтересованої особи (цивільна процесуальна правоздатність) мають усі фізичні і юридичні особи. Згідно ч. 1 ст. 29 ЦПК України, здатність особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді (цивільна процесуальна дієздатність) мають фізичні особи, які досягли повноліття, а також юридичні особи. Спеціальні правила щодо цивільної процесуальної дієздатності неповнолітніх та осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, вміщені в ч. 2 ст. 29 ЦПК України.

Згідно ст. 123 Господарського процесуального кодексу України, іноземні суб'єкти господарювання в сфері господарського судочинства мають такі самі процесуальні права і обов'язки, що і суб'єкти господарювання України, крім винятків, встановлених законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Таким чином, чинне українське законодавство не містить обмежень щодо цивільної процесуальної правоздатності та цивільної процесуальної дієздатності іноземних суб'єктів.

З положень ст. 13 та ч. 2 ст. 74 Закону України «Про міжнародне приватне право» випливає, що доказом правосуб'єктності іноземної юридичної особи виступають документи, що видані уповноваженими органами іноземних держав та легалізовані чи іншим чином засвідчені (сертифікат реєстрації, витяг з торгового реєстру тощо).

Оскільки Закон України «Про міжнародне приватне право» не визначає, які саме документи підтверджують правосуб'єктність іноземної юридичної особи, то з цього

питання за аналогією можна звернутись до положень ст. 5 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та «Інструкції про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні», затвердженої наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 18.01.1996 року № 30. Згідно цього, іноземний суб'єкт господарської діяльності (ІСГД), який має намір відкрити представництво на території України, подає в Мінекономіки України наступні документи: виписку з торгового (банківського) реєстру країни місцезнаходження офіційно зареєстрованого головного органу управління (контори) ІСГД; довідку з банківської установи, в якій офіційно відкритий рахунок ІСГД; довіреність на здійснення представницьких функцій в Україні, оформлену відповідно до законів країни, де офіційно зареєстрована контора ІСГД.

Якщо вести мову про процесуальну правосуб'єктність в МПП, то слід вказати на окремі специфічні категорії суб'єктів, які в даній сфері відносин користуються судовим імунітетом:

- держави;
- міжнародні організації, зокрема ООН та її спеціалізовані установи;
- персонал дипломатичних та консульських установ, члени їх сімей, співробітники міжнародних організацій та ін.

Що стосується держав, то в силу свого суверенітету вони у сфері міжнародних відносин користуються судовим імунітетом, який в широкому його розумінні включає в себе: імунітет від пред'явлення позову в іноземному суді; імунітет від попереднього забезпечення судового позову; імунітет від примусового виконання судового рішення. На даний час питання інституту держав є достатньо проблемним, оскільки участь у приватно-правових відносинах суб'єкта, наділеного імунітетом, порушує принцип рівності учасників таких відносин. Це обумовило відхід від традиційної доктрини абсолютного імунітету держави, за якою держава завжди користується імунітетом, та створення доктрини функціонального (обмеженого) імунітету держави. Тим не менше, єдине нормативне регулювання питань судового імунітету держав в МПП відсутнє. Що ж до українського законодавства, то наша держава на даний момент не беру участі в «Європейській конвенції про імунітет держав» (1972 р.).

Згідно ч. 1 ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право», пред'явлення позову до іноземної держави, залучення іноземної держави до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладення арешту на майно, яке належить іноземній державі та знаходиться на території України, застосування щодо такого майна інших засобів забезпечення позову і звернення стягнення на таке майно можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом України.

Спеціальний правовий статус міжнародних організацій, в тому числі наділення їх судовим імунітетом, визначається відповідними міжнародними договорами. Щодо Організації Об'єднаних Націй та її спеціалізованих установ – це, зокрема, «Конвенція про привілеї та імунітети ООН» (1946 р.), «Конвенція про привілеї та імунітети спеціалізованих установ ООН» (1947 р.) та ін. Так, згідно розділу 4 «Конвенції про привілеї та імунітети спеціалізованих установ ООН» (1947 р.), такі спеціалізовані установи, з майном і активами, де б і в чієм б розпорядженні вони не знаходилися,

користуються імунітетом від будь-якої форми судового втручання, крім випадків, коли вони відмовляються від імунітету в якому-небудь окремому випадку. Проте передбачається, що ніяка відмова від імунітету не розповсюджується на заходи виконання судових рішень. Ця ж Конвенція наділила спеціальними привілеями та імунітетами представників членів та посадових осіб спеціалізованих установ.

Для України як члена ООН, а також інших міжнародних організацій, чинними є відповідні міжнародні договори, які визначають статус цих організацій та їх посадових осіб. Тому цілком слушним є положення ч. 3 ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Міжнародні організації підлягають юрисдикції судів України у межах, визначених міжнародними договорами України або законами України (ч. 3 ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Певне коло суб'єктів у міжнародних відносинах користується дипломатичними привілеями та імунітетами. Дипломатичні привілеї та імунітети підрозділяються на дві основні групи: привілеї та імунітети дипломатичного представництва як органу держави; особисті привілеї та імунітети членів дипломатичного персоналу представництва, а також деяких інших осіб. В цілому вони являють собою особливі права та переваги, які країна перебування надає певним установам та особам. При цьому під імунітетом слід розуміти вилучення з-під юрисдикції держави перебування офіційних представництв іноземної держави, їхнього персоналу та інших осіб, які користуються міжнародним захистом, і дотримання стосовно них принципу недоторканності, а під привілеями – певні пільги та переваги, які надаються державою перебування органам зовнішніх зв'язків інших держав і співробітникам цих органів з метою створення найсприятливіших умов для їхнього функціонування. Ці питання регулюються рядом міжнародних багатосторонніх договорів, зокрема «Віденською конвенцією про дипломатичні зносини» (1961 р.), «Віденською конвенцією про консульські зносини» (1963 р.), «Конвенцією про спеціальні місії» (1969 р.), «Конвенцією про запобігання і покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів» (1973 р.), «Віденською конвенцією про представництво держав у їхніх відносинах з міжнародними організаціями універсального характеру» (1975 р.) та ін. [36, с. 50–55].

Згідно ч. 2 ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право», акредитовані в Україні дипломатичні представники іноземних держав та інші особи, зазначені у відповідних законах України і міжнародних договорах України, підлягають юрисдикції судів України лише в межах, що визначаються принципами та нормами міжнародного права або міжнародними договорами України.

Ч. 4 ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено застосування взаємності з питань судового імунітету: у тих випадках, коли в порушення норм міжнародного права Україні, її майну або представникам в іноземній державі не забезпечується такий же судовий імунітет, який 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.

5. МІЖНАРОДНА ПРАВОВА ДОПОМОГА В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

При здійсненні судочинства з іноземним елементом об'єктивно постає питання про співпрацю судових та інших органів різних держав, оскільки юрисдикція органів певної держави обмежується територією цієї держави, а специфіка розгляду конкретних судових справ в багатьох випадках потребує вчинення певних процесуальних дій за кордоном (вручення повісток, витребування доказів та ін.).

Складність даного питання полягає в тому, що, з одного боку, судові та інші органи однієї держави не вправі діяти на території іноземної держави, а з іншого боку – суди та органи юстиції певної держави не зобов'язані виконувати доручення іноземних органів щодо вчинення певних процесуальних дій. Крім того, в ряді випадків такі доручення «з-за кордону» вступають в суперечність з публічним порядком відповідної держави.

В більш глобальному масштабі судочинство з іноземним елементом потребує врегулювання на міжнародно-правовому рівні ряду загальних питань, які виходять за межі судового розгляду певної конкретної справи: врегулювання спірних моментів міжнародної підсудності, процесуального статусу іноземних суб'єктів, в решті решт – саме визнання та примусове виконання судових і інших рішень в іноземних державах.

Вказане обумовлює необхідність виникнення певної співпраці держав та їх органів, яка в кінцевому підсумку спрямована на забезпечення і захист прав фізичних та юридичних осіб в сфері цивільних відносин (в широкому їх розумінні), яка позначається як «міжнародна правова допомога».

Незважаючи на достатньо широке використання даного терміну як в правових актах, так і літературі, його загальновизнане визначення відсутнє. Як правило, у міжнародних договорах про правову допомогу передбачається сам обов'язок держав-учасниць таку допомогу надавати та визначається її обсяг, тобто в чому саме вона полягає, проте саме визначення правової допомоги відсутнє.

В літературі з МПП більшість авторів обмежуються дослідженнями правової допомоги, що здійснюється в рамках судового провадження в цивільних справах за участю іноземного елемента. Відповідно, у такому вузькому розумінні під правовою допомогою в цивільних справах (міжнародному цивільному процесі) мається на увазі здійснення за дору-

ченням судових органів іноземної держави окремих процесуальних дій: складання, пересилка чи вручення документів; отримання речових доказів; допит свідків, експертів і інших осіб; розшук осіб з метою здійснення цивільного процесу в цивільних, сімейних і торгових справах, визнання та виконання іноземних судових рішень [5, с. 608–609; 8, с. 289–290].

Як показує практика, окремі міжнародні договори про правову допомогу можуть стосуватись як виключно сфери кримінального чи цивільного судочинства, так і водночас регламентувати правову допомогу в кримінальних та цивільних справах. Тому, на нашу думку, поняття «міжнародна правова допомога» слід розглядати в якості загального для будь-якого виду допомоги, що надається органами різних держав один одному. Тому можна говорити про певні різновиди міжнародної правової допомоги, зокрема про правову допомогу в цивільних, кримінальних та інших справах, з питань цивільного процесу та ін.

В широкому ж розумінні міжнародна правова допомога в цивільних справах охоплює значно більше коло питань:

- 1) підсудність справ, що виникають в цивільних, сімейних і трудових праввідносинах з іноземним або міжнародним елементом;
- 2) процесуальний статус іноземних громадян і іноземних юридичних осіб в суді чи іншому органі;
- 3) процесуальний статус іноземної держави і її дипломатичних та консульських представників;
- 4) встановлення змісту іноземного права;
- 5) звернення до іноземних судів з дорученнями про вручення документів і виконання окремих процесуальних дій, а також виконання доручень іноземних судів;
- 6) визнання і примусове виконання іноземних судових рішень;
- 7) здійснення нотаріальних дій з іноземним елементом;
- 8) визнання іноземних арбітражних угод;
- 9) розгляд спорів в порядку міжнародного комерційного арбітражу та примусове виконання його рішень та ін. [2, с. 352].

В такому розумінні міжнародна правова допомога охоплює собою співпрацю органів різних держав з питань правозастосовчої діяльності у відносинах, що регулюються МПП.

Вивчення чинних договорів України з питань правової допомоги в цивільних справах дає можливість зробити висновок про необхідність розширеного її розуміння, оскільки вона не обмежується суто співпрацею в сфері судочинства, а включає в себе також такі питання як: пересилання та вручення документів (не лише судових), отримання правової інформації, виконання актів органів юстиції та нотаріату, встановлення місця проживання та інших даних про особу, захист прав та інтересів іноземних суб'єктів (надання їм на засадах взаємності національного правового режиму чи режиму найбільшого сприяння з питань правового захисту, встановлення процедур для реалізації їх прав), взаємне визнання офіційних документів, охорона спадкового майна та ін.

В цілому під *міжнародною правовою допомогою в МПП* слід розуміти сформовану в міжнародних відносинах систему нормативних і організаційно-правових засобів щодо співпраці держав з питань правозастосовчої діяльності та правового захисту суб'єктів у приватно-правових відносинах, що охоплюються МПП.

В літературі також сформульовано поняття «іноземне судове доручення» – офіційне звернення компетентного суду однієї держави до суду іншої держави з проханням про надання міжнародної правової допомоги [8, с. 289–290].

Оскільки, як уже вказувалось, на рівні національного законодавства та загальних положень міжнародного права відсутні норми, котрі б зобов'язували суди та інші органи співпрацювати між собою, в основі такої співпраці держав лежать спеціальні двосторонні і багатосторонні договори (конвенції) про правову допомогу. Ці ж міжнародні договори виступають разом з уніфікацією правових норм з питань міжнародного цивільного процесу.

За даними офіційного сайту Міністерства юстиції України (розділ «Міжнародно-правове співробітництво у цивільних та кримінальних справах» – «Основні принципи договорів про правову допомогу»), станом на 15 травня 2007 року договірно-правова база України у сфері правових відносин та міжнародної правової допомоги складалась з 86 договорів [11]. Щоправда, частина з цих договорів стосується питань співробітництва у кримінальних справах, які не охоплюються МПП, інша частина містить матеріальні та колізійні норми з питань, які не стосуються міжнародного співробітництва органів різних держав як такого (зокрема вказані тут «Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (1980 р.) «Конвенція про контакт з дітьми» (2003 р.) та ін.), а окремі – не набули чинності для України.

В цілому ж поділ на види міжнародних договорів України про правову допомогу з метою полегшення їх вивчення можна проводити за різними критеріями:

– **за кількістю учасників:** *двосторонні; багатосторонні* (такі договори, залежно від складу учасників, вони можуть бути регіональними або всесвітніми та мати назву «угода», «конвенція», «протокол», «додатковий протокол» та ін.);

– **за способом набуття чинності для нашої держави:** *договори, укладені Україною; договори колишнього СРСР, чинні для України в порядку правонаступництва;*

– **за змістом:** *універсальні* (договори, що за своїм змістом охоплюють весь чи значний комплекс питань, що виникають у сфері цивільних відносин в широкому їх розумінні); *спеціалізовані* (договори та конвенції, котрі регулюють лише певні аспекти відносин щодо міжнародної правової допомоги в цивільних справах). Вивчення переліку чинних договорів України про міжнародну правову допомогу дає можливість зробити узагальнення, що більшість двосторонніх договорів про правову допомогу за своїм змістом є універсальними, в той час як більшість багатосторонніх договорів (конвенцій) є спеціалізованими;

– **за напрямом правового регулювання** в межах спеціалізованих договорів про правову допомогу також можна проводити класифікації, зокрема за галузеву належність охоплюваних правовідносин, за інститутами в межах однієї галузі права та ін. (з питань міжнародної підсудності, отримання доказів за кордоном, виконання іноземних арбітражних рішень тощо);

– **за територіальною сферою дії** багатосторонні договори України про правову допомогу можна поділити на: *всесвітні* (багатосторонні міжнародні договори про правову допомогу, в яких беруть участь держави з різних частин світу); *регіональні* (багатосторонні міжнародні договори про правову допомогу, в яких беруть участь держави певного географічного регіону або міждержавного об'єднання).

Безпосередньо питань цивільного судочинства з іноземним елементом (міжнародна правова допомога в цивільних справах у її вузькому розумінні) стосуються наступні багатосторонні міжнародні договори за участю нашої держави:

– «Гаазька конвенція з питань цивільного процесу» (1954 р.).

Договірними Сторонами Конвенції є 45 держав, для України вона чинна в порядку правонаступництва (набула чинності для СРСР 26.07.1967 р.). Загалом ця конвенція мала на меті врегулювати достатньо широке коло питань, пов'язаних із здійсненням судочинства за участю іноземного елемента. Конвенція містила 33 статті, об'єднаних в 7 розділів: «Вручення судових та позасудових документів», «Судові доручення», «Застава JUDICATUM SOLVI», «Надання безоплатної правової допомоги», «Безоплатне надання виписок з актів запису цивільного стану», «Тюремне ув'язнення за борги» та «Заключені положення». Проте враховуючи, що в подальшому було прийнято вказані нижче гаазькі «Конвенцію про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або торгових справах» (1965 р.) та «Конвенцію про отримання за кордоном доказів у цивільних та торгових справах» (1970 р.), учасником яких є і Україна, положення перших двох розділів даної конвенції (статті 1–16) по-суті втратили своє значення [30, с. 486–493].

– «Гаазька конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах» (1965 р.).

Договірними Сторонами Конвенції є 56 держав. Наша держава приєдналась до цієї конвенції із заявами та застереженнями згідно Закону України від 19.10.2000 року № 2052–14 і ця конвенція набрала чинності для України 01.12.2001 року. Дана конвенція передбачає створення спрощеної та прискореної процедури щодо вручення за кордоном судових та несудових документів у цивільних та комерційних справах. Водночас, відповідно до ст. 1, ця Конвенція не застосовується у випадках, якщо адреса особи, якій необхідно вручити документ, невідома. Кожна Договірна Держава призначає Центральний Орган, обов'язком якого є отримання прохань про вручення документів, що виходять від інших Договірних Держав, і здійснення відповідних процесуальних дій (ст. 2). Законом України «Про приєднання України до Конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах» від 19.10.2000 року передбачено, що в нашій державі таким Центральним органом є Міністерство юстиції України, а органами, компетентними складати підтвердження про вручення документів, є саме Міністерство юстиції України та його територіальні управління. Відповідні прохання, за загальним правилом, надсилаються відповідному Центральному органу запитуваної держави безпосередньо органом влади чи судовим працівником, компетентними відповідно до права запитуючої Держави (ст. 3). Проте кожна держава-учасниця може також використовувати для цього консульські канали для передачі цьому органу документів, які підлягають врученню, а за надзвичайних обставин – також дипломатичні канали (ст. 8).

– «Гаазька конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах» (1970 р.).

На сьогодні в цій конвенції беруть участь 44 держави. Україна приєдналась до цієї конвенції із застереженнями відповідно до Закону України від 19.10.2000 року № 2051–14 і для нашої держави ця конвенція набула чинності 21.07.2001 року. Прийняття цієї конвенції мало на меті полегшити передачу та виконання судових доручень щодо отримання доказів за кордоном в рамках взаємної правової допомоги в цивільних або комерційних справах. У цивільних або комерційних справах судовий

орган Договірної Держави може відповідно до положень законодавства цієї Держави шляхом надіслання судового доручення звернутися до компетентного органу другої Договірної Держави з проханням отримати докази або провести інші процесуальні дії. При цьому застережено, що такі доручення можуть стосуватись лише випадків отримання доказів в рамках підготовки та здійснення судового розгляду, і не включають випадки вручення судових документів або проведення дій з метою виконання або примусового виконання судових рішень чи розпоряджень або постанов про застосування тимчасових чи охоронних заходів (ст. 1). Судове доручення складається мовою запитуваного органу або супроводжується перекладом на цю мову. Формальні вимоги щодо таких доручень визначені в ст. 3 Конвенції. Кожна держава-учасниця конвенції призначає Центральний Орган, який зобов'язується отримувати судові доручення, що надходять від судових органів іншої Договірної Держави, і передавати органу, компетентному їх виконати. Згідно Закону України «Про приєднання України до конвенції про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах» від 19.10.2000 року № 2051–14, в Україні таким органом є Міністерство юстиції України.

– «Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.).

В літературі вона здебільшого іменується як «Нью-Йоркська конвенція» [1, с. 570; 31, с. 122], прийнята 10.06.1958 року і набула чинності 07.06.1959 року. На сьогодні учасниками цієї конвенції є більш ніж 150 держав світу, включаючи всі провідні торгові держави. Українською РСР була ратифікована у 1960 році із застереженням [32, с. 294–298]. За сферою дії дана Конвенція застосовується відносно визнання і приведення до виконання арбітражних рішень, винесених на території іншої держави, і регулює, зокрема, такі питання як визнання арбітражних угод та вимоги до них; обов'язковість і порядок визнання та виконання іноземних арбітражних рішень; підстави для відмови у такому визнанні та виконанні; наслідки подання клопотання про скасування або зупинення виконання арбітражного рішення та ін.

– «Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж» (1961 р.).

Незважаючи на участь у ній декількох держав з неєвропейського регіону, належить до регіональних спеціалізованих багатосторонніх угод [33, с. 510–511], що, як і «Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.) регулює питання визнання та виконання рішень міжнародних комерційних арбітражних судів.

– «Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» (1993 р.).

Дана Конвенція, яка в літературі здебільшого позначається як «Мінська конвенція», належить до міжнародних договорів про правову допомогу, які є регіональним за територіальною сферою дії та універсальними за своїм змістом. Ця Конвенція, як і покликана її замінити «Кишинівська конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» (2002 р.) («Кишинівська конвенція» для України чинності не набула) регулює практично все коло питань, пов'язаних з наданням міжнародної правової допомоги.

За своїм змістом вона достатньо ідентична більшості двосторонніх договорів про правову допомогу, проте її від цих договорів відрізняє багатосторонній характер. Дана конвенція об'єднує держав – членів Співдружності Незалежних Держав і має на меті, як випливає з її преамбули, «забезпечити громадянам Договірних Сторін та особам, що проживають на їх територіях, надання у всіх Договірних Сторонах у відношенні особистих і майнових прав такого ж правового захисту, як і власним

громадянам», а також «розвиток співробітництва в галузі надання установами юстиції правової допомоги по цивільних, сімейних і кримінальних справах». Що стосується обсягу правової допомоги, то, згідно ст. 6 Конвенції, «Договірні Сторони надають один одному правову допомогу шляхом виконання процесуальних і інших дій, передбачених законодавством запитуваної Договірної Сторони, зокрема складання і пересилання документів, проведення обшуків, вилучення, пересилання і видачі речових доказів, проведення експертизи, допиту сторін, обвинувачених, свідків, експертів, порушення карного переслідування, розшуку і видачі осіб, що вчинили злочини, визнання і виконання судових рішень по цивільним справам, вироків у частині цивільного позову, виконавчих написів, а також шляхом вручення документів.» Щодо порядку її надання, то передбачено, що «при виконанні цієї Конвенції компетентні установи юстиції Договірних Сторін зносяться один з одним через свої центральні органи, якщо тільки цією Конвенцією не встановлений інший порядок зносин.»

– «Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності» (1992 р.).

Ця Угода, яку в літературі іноді іменують «київською», була ратифікована для нашої держави Постановою Верховної Ради України від 19.12.1992 року № 2889–12 і набула чинності 19.12.1992 р.

Даний міжнародно-правовий акт належить до числа регіональних багатосторонніх спеціалізованих договорів. В рамках даної угоди уряди держав – учасниць СНД мали на меті врегулювання питання вирішення справ, що впливають з договорних та інших цивільно-правових відносин між господарюючими суб'єктами, з їх відносин з державними та іншими органами, а також виконання рішень за ними (ст. 1). Господарюючі суб'єкти кожної з держав – учасниць користуються на території іншої держави – учасниці правовим і судовим захистом нарівні із господарюючими суб'єктами цієї держави, і мають право без перешкод звертатися до судів, арбітражних (господарських) судів, третейських судів та інших органів, можуть виступати в них, порушувати клопотання, висувати позови та здійснювати інші процесуальні дії (ст. 3). Компетенція судів держав – учасниць щодо розгляду таких спорів визначена в ст. 4 Угоди. Компетентні суди та інші органи держав – учасниць зобов'язуються надавати взаємну правову допомогу, яка включає вручення і пересилання документів і виконання процесуальних дій, зокрема проведення експертизи, заслуховування сторін, свідків, експертів та інших осіб. При цьому суттєво, що при наданні правової допомоги компетентні суди та інші органи держав зносяться між собою безпосередньо (ст. 5). Також важливо, що держави – учасниці угоди взаємно визнають і виконують рішення компетентних судів, що набули чинності (ст. 7). Порядок звернення щодо визнання виконання таких рішень визначено в ст. 8, а підстави для відмови – у ст. 9 «Угоди».

З питань міжнародної правової допомоги існують також і інші міжнародні багатосторонні договори. Деякі з них, за участю нашої держави, безпосередньо не стосуються питань міжнародного цивільного процесу, а тому нами не розглядалися, зокрема, «Гаазька конвенція про скасування вимоги легалізації іноземних офіційних документів» (1961 р.), «Європейська конвенція про інформацію щодо іноземного законодавства» (1968 р.) та ін. В ряді договорів з питань міжнародного цивільного процесу наша держава участі не бере: «Конвенція про полегшення доступу до правосуддя за кордоном» (1980 р.), «Конвенція про міжнародну підсудність, визнання та виконання рішень з цивільних і торгових

справ та про виконання офіційних документів» (1973 р.) («Брюссельська конвенція»), «Конвенція про судову підсудність і виконання судових рішень з цивільних та торгових справ» (1988 р.) («Конвенція Лугано»), «Конвенція про міжнародну підсудність та визнання і виконання судових рішень з сімейних справ» (1998 р.) («Брюссельська Конвенція II») та ін.

Що стосується двосторонніх договорів України з різними державами про правову допомогу в цивільних справах, яких існує декілька десятків, то їх положення можна проілюструвати на прикладі «Договору між Україною та Республікою Болгарія про правову допомогу в цивільних справах» (2004 р.). Як вказується в літературі, структура та зміст ряду укладених Україною угод про правову допомогу не відрізняється від договорів колишнього СРСР в цій сфері, яких було укладено близько 27. Як і угоди Радянського Союзу, договори України про правову допомогу охоплюють широке коло питань, що належать до різних галузей права – цивільного, сімейного, трудового і кримінального [34, с. 6].

Глава 1 – «Загальні положення» – цього договору включає в себе положення, які передбачають надання іноземним суб'єктам національного правового режиму щодо правового захисту, визначають порядок надання правової допомоги, використання мов, загальний порядок обміну правовою інформацією, звільнення від сплати державного мита та інших судових витрат, захист свідків та експертів та ін. Глава 2 – «Правова допомога» – визначає обсяг правової допомоги, що надається за цим договором, порядок її надання (в т.ч. подання та розгляд відповідних звернень), вручення документів, розподіл витрат на правову допомогу, підстави для відмови в наданні правової допомоги. Глава 3 – «Офіційні документи і надсилання документів» – містить положення щодо взаємного визнання дійсності офіційних документів державами-учасниками договору та порядку надсилання документів щодо особистих або майнових прав та інтересів громадян. Глава 4 – «Визнання та виконання рішень» – містить положення щодо визначення переліку підлягаючих для виконання рішень іноземних органів, порядку надання клопотань та розгляду питань про визнання та виконання таких рішень, підстави відмови у визнанні та наданні дозволу на виконання рішень, правові наслідки визнання та виконання іноземних судових та інших рішень.

Деякі договори про правову допомогу, як, зокрема, «Договір між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах» (2001 р.), є дещо ширшими за змістом, оскільки, крім інших положень, містять також колізійні норми.

В даному Договорі вони включені до глави IV «Колізійні норми та норми встановлення повноважень», яка вміщує 7 розділів: «Компетенція», «Положення про особистий статус», «Сімейне право», «Спадкове право», «Зобов'язальне право», «Речове право» та «Трудове право.»

Відзначаючи позитивні моменти, пов'язані з укладенням двосторонніх договорів про правову допомогу та їх універсальним змістом, необхідні також вказати і негативну сторону даного явища: незважаючи на їх достатньо подібні структуру та зміст, ці договори все ж відрізняються між собою як за

обсягом врегульованих питань, так і за окремими положеннями, що робить регулювання питань міжнародної правової допомоги достатньо казуїстичним.

На рівні внутрішнього законодавства нашої держави питання міжнародної правової допомоги регулюються положеннями розділів XI «Проведення у справах за участю іноземних осіб», XII «Підсудність та виконання іноземних судових доручень» та XIII «Визнання та виконання рішень іноземних судів» Закону України «Про міжнародне приватне право», розділів VIII «Про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні» та X «Проведення у справах за участю іноземних осіб» Цивільного процесуального кодексу України, розділу XV «Проведення у справах за участю іноземних суб'єктів господарювання» Господарського процесуального кодексу України та ін.

Зокрема положення ст.ст. 74 Закону України «Про міжнародне приватне право», 410 ЦПК України, 123 ГПК України регулюють питання процесуального статусу іноземних суб'єктів; ст.ст. 75–77 Закону України «Про міжнародне приватне право», 414 ЦПК України, 124 ГПК України – підсудності судам України справ з іноземним елементом; ст. 80 Закону України «Про міжнародне приватне право», ст.ст. 415–419 ЦПК України, 125–129 ГПК України – виконання судових доручень; ст.ст. 81–82 Закону України «Про міжнародне приватне право», 390–401 ЦПК України – визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів.

Підзаконним нормативним актом з даного питання є «Інструкція про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень», затверджена наказом Міністерства юстиції України та Державної судової адміністрації України від 27.06.2008 року № 1092/5/54.

6. ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНИХ СУДОВИХ РІШЕНЬ: ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

За загальним правилом, рішення суду має силу тільки в межах тієї держави, суд якої це рішення ухвалив, в цьому випадку воно виступає частиною відповідного національного правопорядку. У всіх інших державах таке судове рішення отримує правову силу тоді, коли іноземне цивільне процесуальне законодавство допускає визнання або виконання іноземних судових рішень.

При цьому слід враховувати, що обов'язку для певної держави визнавати іноземне судове рішення в силу загальних норм міжнародного

права не існує. Спірним також є питання про взаємність між державами щодо виконання іноземних судових рішень: багато національних законодавців відмовились від забезпечення взаємності у певних галузях, насамперед – у сімейному праві [1, с. 500–503].

Водночас не можна не відзначити позитивні моменти інституту визнання іноземного судового рішення: економія коштів і часу сторін внаслідок усунення повторного судового розгляду; усувається можливість винесення суперечливих судових рішень; усувається можливість виникнення вільних від виконання судових рішень у випадках, коли держава не визнає іноземні судові рішення і, одночасно, не надає судам повноважень на розгляд таких спорів на своїй території.

Необхідно також розрізнити поняття «визнання» та «виконання» іноземного судового рішення.

Визнання іноземного судового рішення означає, що відповідна держава розглядає це рішення як підтвердження певних цивільних прав і обов'язків, в той час як примусове виконання іноземного судового рішення передбачає надання відповідним компетентним органом владного розпорядження, за яким іноземне судове рішення прирівнюється до рішення національного суду з усіма тими наслідками, які з такого прирівнювання випливають. Визнання іноземного судового рішення не завжди тягне за собою його примусове виконання, однак завдяки визнанню іноземне рішення отримує преюдиційну силу, внаслідок чого виступає перешкодою для розгляду національним судом цього ж спору; впливає на правовий статус фізичної особи та ін. [1, с. 502]. Зокрема в нашій державі в законодавстві окремо регламентуються процедури для визнання та звернення до виконання рішення іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню, та визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню (розділ VIII «Про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні» Цивільного процесуального кодексу України).

В літературі відсутня єдина точка зору щодо класифікації існуючих в світовій практиці процедур щодо визнання та виконання іноземних судових рішень, оскільки відомі різні системи виконання рішень іноземних судів [1, с. 504; 5, с. 616–617]. При цьому загальною для всіх цих систем є вимога взаємності як умова для виконання рішення [2, с. 373; 35]. Найбільш поширеними вважать наступні системи:

– система автоматичного визнання та приведення до виконання іноземних судових рішень.

Передбачає визнання та виконання іноземних судових рішень без їх перегляду чи проходження іншої спеціальної процедури. Ґрунтується на положеннях регіональних міжнародних договорів, найбільшого поширення набула в країнах Європейського Союзу [1, с. 504; 6, с. 262–263; 21, с. 519]. Такими міжнародними договорами, зокрема, є «Брюссельська конвенція про юрисдикції і виконання рішень в цивільних і комерційних справах (1968 р.) (діяла для держав-членів ЄС, згодом її замінив «Регламент 44/2001 Ради ЄС про юрисдикцію, визнання і виконання рішень в цивільних, і комерційних справах» від 22.12.2000 р.) та «Луганська конвенція про юрисдикції і виконання рішень в цивільних і комерційних справах» (1988 р.) (т.з. «Конвенція Лугань», передбачала ширше коло учасників і діяла держав-членів ЄС та держав-членів Європейської Асоціації вільної торгівлі).

– система ексекватури.

Система ексекватури притаманна більшості держав континентальної Європи, ряду латиноамериканських держав та ін. В рамках цієї системи здійснюється розгляд питання про можливість визнання та виконання рішення іноземного судового рішення, своєрідну його «перевірку».

При цьому існують різні варіанти процесу надання згоди на визнання та виконання іноземного судового рішення. Зокрема, в ряді правових систем суд, який вирішує питання про можливість надання зазначеної згоди, досліджує іноземне судове рішення з точки зору його правильності по-суті, переглядаючи як її правову, так і фактичну сторони. В більшості ж випадків суд перевіряє формальну відповідність цього рішення певному колу критеріїв (набуття ним законної сили; відсутність обставин, що принципово виключають визнання чи виконання іноземного рішення та ін.), не досліджуючи при цьому фактичні обставини справи чи їх правову кваліфікацію. Майже всі ці правопорядки застосовують при видачі дозволу щодо визнання та виконання іноземного судового рішення застереження про публічний порядок. За законодавством одних держав, спеціальна судова процедура необхідна лише для виконання іноземного судового рішення, в інших державах – також і для визнання таких рішень.

Достатньо часто висувається вимога, згідно якої сторона, проти якої винесено іноземне судове рішення, повинна бути належним чином сповіщена про судовий розгляд щодо визнання та виконання цього відповідного рішення.

– система «сумарного розгляду справи».

За системою сумарного розгляду (або системою англо-американського права) іноземне судове рішення виступає підставою для нового, на національному рівні, судового розгляду. При цьому сумарний розгляд будується на презумпції, за якою сторона, на чю користь винесено рішення, має внаслідок цього певну перевагу перед іншою стороною: відбувається перерозподіл тягаря доведення на користь особи, що виграла справу в іноземному суді, а також встановлюються специфічні вимоги стосовно припустимості доказів, які можуть бути використаними для спростування зазначеної вище презумпції [1, с. 506–507].

7. ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНОГО СУДОВОГО РІШЕННЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Питання щодо визнання та виконання рішень іноземних судів у національному законодавстві регулюються положеннями Закону України «Про міжнародне приватне право» (розділ XIII «Визнання та виконання рішень іноземних судів») та чинного Цивільного процесуального кодексу України (розділ VIII «Про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні»).

Згідно Закону України «Про міжнародне приватне право», в Україні можуть бути визнані та виконані рішення іноземних судів у справах, що

виникають з цивільних, трудових, сімейних та господарських право-відносин, вироки іноземних судів у кримінальних справах у частині, що стосується відшкодування шкоди та заподіяних збитків, а також рішення іноземних арбітражів та інших органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних і господарських справ, що набрали законної сили (ст. 81). При цьому з питань порядку визнання і виконання рішень іноземних судів даний Закон відсилає до інших актів законодавства (ст. 82).

Як уже вказувалось, чинне законодавство окремо регулює питання визнання та звернення до виконання рішення іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню (глава 1 розділу VIII ЦПК України) та визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню (глава 2 розділу VIII ЦПК України).

Так, рішення іноземного суду (суду іноземної держави; інших компетентних органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних чи господарських справ; іноземних чи міжнародних арбітражів) визнаються та виконуються в Україні, якщо їх визнання та виконання передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності. У разі якщо визнання та виконання рішення іноземного суду залежить від принципу взаємності, вважається, що він існує, оскільки не доведено інше (ст. 390 ЦПК України). Що стосується строків, то рішення іноземного суду може бути пред'явлено до виконання в Україні протягом трьох років з дня набрання ним законної сили, за винятком рішення про стягнення періодичних платежів, яке може бути пред'явлено до примусового виконання протягом усього строку проведення стягнення з погашенням заборгованості за останні три роки (ст. 391).

За загальним правилом, питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається судом загальної юрисдикції за місцем проживання (перебування) або місцезнаходженням боржника (ч. 1 ст. 392 ЦПК України).

Раніше ці питання, згідно ст. 4 Закону України «Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів» від 29.11.2001 р. (втратив чинність на підставі Закону № 2798-IV від 06.09.2005 р.) розглядалися апеляційними судами Автономної Республіки Крим, обласними та Київським і Севастопольським міськими судами за місцем постійного та тимчасового проживання або перебування (місцезнаходження) боржника, а в разі відсутності такого чи коли воно невідоме – за місцезнаходженням в Україні майна боржника.

Згідно ст. 393 ЦПК України, клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду подається до суду безпосе-

редньо стягувачем (його представником) або, відповідно до міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, іншою особою (її представником). Якщо ж такими договорами передбачено подання клопотання через органи державної влади України, суд приймає до розгляду клопотання, що надійшло через орган державної влади України. Таке клопотання подається згідно вимог ст. 394 ЦПК України.

Зокрема до клопотання додаються документи, передбачені міжнародними договорами, а у разі відсутності таких договорів або визначеного переліку, до клопотання додаються необхідні документи: засвідчена в установленому порядку копія рішення іноземного суду, про примусове виконання якого подається клопотання; офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набрало законної сили (якщо це не зазначено в самому рішенні); документ, який засвідчує, що сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду і яка не брала участі в судовому процесі, була належним чином повідомлена про час і місце розгляду справи; документ, що визначає, в якій частині чи з якого часу рішення іноземного суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше); документ, що посвідчує повноваження представника стягувача (якщо клопотання подається представником); засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами України.

Про надходження зазначеного клопотання суд у п'ятиденний строк письмово повідомляє боржника і пропонує йому у місячний строк подати можливі заперечення проти цього клопотання

Розгляд клопотання проводиться суддею одноособово у відкритому судовому засіданні. Неявка без поважних причин у судові засідання будь-якої із сторін або їх представників, стосовно яких суду відомо про своєчасне вручення їм повістки про виклик до суду, не є перешкодою для розгляду клопотання, якщо будь-якою з сторін не було порушено питання про перенесення його розгляду. Розглянувши подані документи та вислухавши пояснення сторін, суд постановляє ухвалу про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання з цього питання. Копія ухвали надсилається судом сторонам у триденний строк з дня постановлення ухвали. (ст. 395 ЦПК України).

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не задовольняється у випадках, передбачених чинними міжнародними договорами України. Якщо ними такі випадки не передбачено, у задоволенні клопотання може бути відмовлено:

1) якщо рішення іноземного суду за законодавством держави, на території якої воно постановлено, не набрало законної сили;

2) якщо сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду, була позбавлена можливості взяти участь у судовому процесі через те, що їй не було належним чином повідомлено про розгляд справи;

3) якщо рішення ухвалене у справі, розгляд якої належить виключно до компетенції суду або іншого уповноваженого відповідно до закону органу України;

4) якщо ухвалене рішення суду України у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах, що набрало законної сили, або якщо у провадженні суду України є справа у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах до часу відкриття провадження у справі в іноземному суді;

5) якщо пропущено встановлений чинними міжнародними договорами та ЦПК України строк пред'явлення рішення іноземного суду до примусового виконання в Україні;

6) якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду;

7) якщо виконання рішення загрозувало б інтересам України;

8) в інших випадках, встановлених законами України (ст. 396 ЦПК України).

Ухвала суду про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання з цього питання може бути оскаржена у встановленому порядку (ст. 397 ЦПК України).

На підставі рішення іноземного суду та ухвали про надання дозволу на його примусове виконання, що набрала законної сили, відповідний суд видає виконавчий лист, який надсилається на виконання в порядку, встановленому законом. Дії та заходи з примусового виконання такого рішення провадяться державними виконавцями у порядку, передбаченому законодавством (ст. 398 ЦПК України).

Що стосується визнання рішення іноземного суду, яке не підлягає примусовому виконанню, то якщо можливість визнання такого рішення передбачена міжнародними договорами України, або за принципом взаємності за домовленістю з іноземною державою, рішення суду якої має виконуватися в Україні, відповідне клопотання подається заінтересованою особою до суду в порядку, встановленому для розгляду питання про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. Клопотання розглядається у тому ж порядку, що встановлено для клопотань про примусове виконання іноземних судових рішень, тобто одноособово суддею відповідного суду з винесенням ухвали, копія якої у триденний строк направляється заінтересованим сторонам. Підстави для відмови у визнанні іноземного судового рішення та порядок оскарження винесених ухвал однакові з встановленими щодо клопотань про примусове виконання такого рішення [1, с. 514].

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
4. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник / М. М. Богуславский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2005. – 604 с.
5. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
7. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
8. Міжнародний цивільний процес України: Навчальний посібник. Практикум / [Фурса С. Я., Притика Ю. Д., Кармаза О. О. та ін.] / За ред. Фурси С. Я. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2010. – 328 с.
9. Черняк Ю. В. Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн Європейського Союзу та України: Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.03. – цив. право і цив. процес; сімейн. право; міжнар. приват. право / Черняк Юлія Валеріївна. – К., 2006. – 20 с.
10. «Конвенція про привілеї та імунітети ООН» (1946 р.).
11. «Конвенція про привілеї та імунітети спеціалізованих установ ООН» (1947 р.).
12. «Гаазька конвенція з питань цивільного процесу» (1954 р.).
13. «Гаазька конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах» (1965 р.).
14. «Гаазька конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах» (1970 р.).
15. «Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» (м. Мінськ, 1993 р.).

16. «Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності» (1992 р.).
17. «Договір між Україною та Республікою Болгарія про правову допомогу в цивільних справах» (2004 р.).
18. Цивільний процесуальний кодекс України.
19. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні питання

1. Що включає в себе міжнародний цивільний процес?
2. Яким чином визначається підсудність судам справ за участю іноземного елемента?
3. В яких випадках українські суди відмовляють у прийнятті до розгляду справ за участю іноземного елемента?
4. Які існують підходи щодо визнання та виконання іноземних судових рішень у практиці міжнародного приватного права?
5. В яких випадках іноземні судові рішення не підлягають визнанню та виконанню в Україні?

Тестові завдання

1. Видами міжнародної підсудності є:
 - а) одностороння;
 - б) диспозитивна;
 - в) виключна;
 - г) загальна.

2. Чи вправі особа, за загальним правилом, порушувати розгляд однієї і тієї ж справи в судах різних держав:
 - а) має право в будь-якому випадку;
 - б) якщо це не суперечить її особистому закону;
 - в) не має права;
 - г) це питання вирішується в судовому порядку.

3. Чи повинен суд, прийнявши до розгляду справу за участю іноземного елемента з дотриманням правил про міжнародну підсудність, забезпечити остаточний розгляд справи по суті, якщо в процесі розгля-

- ду буде з'ясовано, що підстави для прийняття її до розгляду на даний момент відпали:
- а) провадження в справі припиняється;
 - б) суд самостійно вирішує це питання;
 - в) сторони судового розгляду вирішують це питання за взаємною згодою;
 - г) суд повинен забезпечити остаточний розгляд даної справи.
-
4. До підстав визначення підсудності справ судам України, згідно ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право» належить:
 - а) перебування в шлюбі з громадянином України;
 - б) наявність правового статусу закордонного українця;
 - в) дія або подія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України;
 - г) звернення з позовом до суду України.

 5. До випадків виключної підсудності справ судам України, згідно ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право», належить:
 - а) у справах про відшкодування шкоди, якщо її було завдано на території України;
 - б) про визнання правового статусу закордонного українця;
 - в) дія або подія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України;
 - г) якщо спір пов'язаний з реєстрацією або ліквідацією на території України іноземних юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців.

 6. Чи застосовуються при розгляді судами України справ за участю іноземних суб'єктів процесуальні норми іноземного права:
 - а) застосовуються на засадах взаємності;
 - б) не застосовуються;
 - в) застосовуються при відсутності заперечень учасників судового розгляду;
 - г) застосовуються.

 7. В Україні можуть бути визнані та виконані рішення іноземних судів у справах, що виникають:
 - а) з питань громадянства іноземців;
 - б) з кримінального судочинства;
 - в) з господарських правовідносин;
 - г) з будь-яких правовідносин.

8. За загальним правилом, в Україні можуть бути визнані та виконані рішення іноземних судів:

- а) у випадках, передбачених міжнародними договорами України;
- б) всі рішення іноземних судів;
- в) рішення іноземних судів, винесені на користь громадян України;
- г) лише рішення міжнародних комерційних арбітражних судів.

9. Порядок провадження в судах щодо визнання та виконання рішень іноземних судів регулює:

- а) «Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.);
- б) Кодекс адміністративного судочинства України;
- в) Закон України «Про визнання та виконання рішень в Україні іноземних судових рішень»;
- г) Цивільний процесуальний кодекс України.

10. Справи щодо визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні розглядають:

- а) відповідні місцеві суди;
- б) Верховний суд України;
- в) відповідні апеляційні суди;
- г) відповідні спеціалізовані суди.

Практичні завдання

1. Іноземна фірма звернулась до українського суду з позовом до громадянина України. Невдовзі після початку судового розгляду справи відповідач заявив, що він змінив громадянство і тому дана справа більше не підсудна судам України. Чи може за таких умов судовий розгляд даної справи продовжуватись?

2. Суд іноземної держави прийняв рішення про визнання недійсною реєстрації підприємства з іноземними інвестиціями в Україні та виключення відповідних записів з Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України. Чи підлягає таке рішення визнанню та виконанню в Україні?

ТЕМА 14. МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ

1. *Поняття та види міжнародного комерційного арбітражу.*
2. *Правові засади діяльності міжнародного комерційного арбітражу.*
3. *Арбітражна угода.*
4. *Загальна характеристика порядку арбітражного розгляду справ.*
5. *Скасування та виконання арбітражних рішень.*

1. ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ

В сфері міжнародних економічних відносин не існує особливого міжнародного суду чи спеціальної міжнародної процедури щодо розгляду комерційних спорів, виникнення яких, в принципі, неминуче. Звичайно, в таких випадках учасники спорів можуть звертатись за їх вирішенням до національних судових та правових систем, проте вони не завжди забезпечують належне розв'язання таких спорів.

В цих умовах склався особливий механізм розгляду міжнародних комерційних спорів, який отримав назву «міжнародний комерційний арбітраж». Створений відповідно до волі сторін, арбітраж вилучає спір, що виник між ними, з компетенції національних судів і забезпечує його врегулювання незалежними арбітрами, обраними сторонами з метою прийняття остаточного і обов'язкового для них рішення.

Термін «міжнародний комерційний арбітраж» не має свого єдиного тлумачення, ним може позначатись:

- в цілому механізм розгляду міжнародних комерційних спорів;
- орган (організація), що здійснює розгляд міжнародних комерційних спорів;
- конкретний склад арбітрів (або одноособово арбітр), що розглядає конкретний спір міжнародного комерційного характеру.

В останніх двох випадках часто використовують додатковий термін – «арбітражний (третейський) суд» [5, с. 627–628].

Коли мова йде про органи, які розглядають міжнародні спори, необхідно чітко розрізняти міжнародний арбітраж, міжнародний комерційний арбітраж, національні (державні) суди певної країни та «внутрішній» арбітраж.

Міжнародний арбітраж – передбачений міжнародним правом засіб мирного вирішення спорів між суб'єктами міжнародного публічного права, які виникають із міжнародних публічно-правових відносин владного характеру. Щодо міжнародного комерційного арбітражу, то він вирішує спори приватно-правового характеру, що виникають у сфері міжнародного комерційного обороту.

Водночас міжнародний комерційний арбітраж не слід плутати з «державними» судами, незалежно від їх назви. Зокрема, в нашій державі система спеціалізованих судів, до компетенції яких належав розгляд господарських спорів, певний час носила назву «арбітражні суди».

Терміни «арбітражний суд» і «третейський суд» також не завжди можна розглядати як рівнозначні, оскільки в нашій державі міжнародний комерційний арбітраж виступає різновидом третейських судів, що розглядають комерційні спори міжнародного характеру, в той час як «звичайні» третейські суди – будь-які справи, що виникають із цивільних та господарських правовідносин, що не віднесені до компетенції міжнародного комерційного арбітражу («внутрішні» спори).

В цілому ж головною рисою міжнародного комерційного арбітражу є те, за якою він являє собою недержавний механізм (чи орган) щодо вирішення спорів, що виникають у сфері міжнародної комерційної діяльності.

За допомогою міжнародного комерційного арбітражу стає можливим уникнути тих недоліків щодо розгляду комерційних спорів за участю іноземного елемента, які притаманні національному судовому цивільному процесу.

До таких належать: необізнаність сторін із національними цивільно-процесуальними правилами; здійснення провадження державною мовою; переваженість національних цивільних судів справами і, як наслідок, тривалі затягування при розгляді спорів; проблеми з визначенням компетенції судів щодо розгляду справ з іноземним елементом; специфічні правила щодо допустимості доказів, притаманні тій чи іншій національній правовій системі; відкритість судових розглядів, що призводить до розголошення комерційної інформації; обмеження можливостей щодо виконання іноземного судового рішення та ін. [1, с. 523–524].

Головним призначенням міжнародного комерційного арбітражу як альтернативного засобу вирішення спорів є подолання ускладнень, що можуть виникати процесі судового розгляду в «державних» судах.

В літературі виділяють наступні переваги арбітражного розгляду спорів:

1. До участі в арбітражному розгляді залучаються визнані фахівці. У якості прикладу в літературі вказують на рекомендаційні списки арбітрів Міжнародного комерційного арбітражного суду та Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України, серед яких 4 академіки та 2 члени-кореспонденти академії наук, 19 докторів юридичних наук, професорів, 15 кандидатів юридичних наук, доцентів, 3 заслужених діячі науки і техніки, 12 заслужених юристів України.

1. Поняття та види міжнародного комерційного арбітражу

2. Зацікавленість арбітрів у належному розгляді справи. Оскільки сторони арбітражного розгляду самі беруть участь у формуванні складу арбітражного суду, то арбітри, які здобули сумнівну репутацію, можуть більше не запрошуватись до розгляду спорів.

3. Необмежені можливості сторін визначити процедуру здійснення арбітражного провадження та узгоджувати свої позиції.

4. Арбітражний розгляд спорів є менш заформалізованим і більш швидким.

5. Система міжнародних конвенцій забезпечує майже повну можливість примусового виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу [1, с. 524–525]. Так, учасниками «Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.) є близько 150 держав світу, а «Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж» (1961 р.) – близько 40 держав.

Міжнародні комерційні арбітражні суди прийнято класифікувати на такі види:

– залежно від порядку діяльності: постійно діючі («інституційні») арбітражні суди та арбітражні суди для розгляду окремої справи (*ad hoc*) (в літературі вони також позначається як «ізолюваний» арбітраж) [32, с. 263].

Постійно діючі міжнародні комерційні арбітражі, як правило, створюються відповідними міжнародними комерційними організаціями. Так, Міжнародний Комерційний Арбітражний Суд при МТП в м. Париж функціонує з 1923 р. На національних рівнях постійно діючі арбітражні установи створюються національними торговими асоціаціями, як приклад – Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. Відомими постійно діючими арбітражними установами є, зокрема, Лондонський міжнародний третейський суд, Арбітражний інститут Торгової палати м. Стокгольма (Швеція), Американська арбітражна асоціація та ін.

Характерною ознакою постійно діючих арбітражних судів є наявність адміністративних органів, які не беруть безпосередньої участі у арбітражному розгляді.

Міжнародні комерційні арбітражні суди «для окремого випадку» створюються сторонами спеціально для вирішення певного спору і припиняють свою діяльність разом з винесенням рішення.

– за характером компетенції постійно діючі арбітражні суди розподіляються на: міжнародні комерційні арбітражні суди загальної юрисдикції та спеціалізовані міжнародні комерційні арбітражні суди.

До судів загальної юрисдикції належать Міжнародний комерційний арбітражний суд при МТП та Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України, які розглядають достатньо широке коло спорів.

Спеціалізованими міжнародними арбітражами є такі, що розглядають лише окремі види спорів – морські арбітражі (арбітраж Ллойда, Морська арбітражна палата у Парижі) та арбітражі, які розглядають спори щодо торгівлі конкретними видами товарів (арбітраж Лондонської асоціації по торгівлі зерновими, арбітражний суд при Федерації по торгівлі бавовною у Гдині, арбітраж при Нідерландській асоціації по торгівлі кавою тощо).

– за способом створення тимчасові міжнародні комерційні арбітражні суди (суди *ad hoc*) умовно поділяють на два різновиди: власне арбітражні суди *ad hoc* та адміністровані арбітражні суди.

Що стосується адміністрованих арбітражних судів, то достатньо часто певні комерційні організації та постійно діючі міжнародні комерційні арбітражі передбачають можливість на умовах, визначених у їхніх регламентах, здійснювати діяльність щодо процесуального забезпечення розгляду справ тимчасовими арбітражними судами (надають допомогу у призначенні арбітрів, в прийнятті рішення з питань відводу арбітрів чи припинення їх повноважень з інших підстав, надають приміщення для слухання справи, забезпечують послуги перекладачів, друкарок тощо) [1, с. 528].

2. ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ

Зростаюче значення арбітражного способу вирішення міжнародних комерційних спорів та істотні відмінності в національних законодавствах з питань діяльності міжнародного комерційного арбітражу обумовлюють потребу в уніфікованому регулюванні в цій сфері, як наслідок – зростає значення міжнародних договорів щодо забезпечення нормального функціонування міжнародного комерційного арбітражу.

Міжнародне регулювання в цій сфері відбувається в трьох напрямках:

– уніфікація процесуальних норм щодо забезпечення одноманітності в процедурі розгляду міжнародних комерційних спорів в арбітражах різних держав;

– створення міжнародно-правової основи для визнання і примусового виконання рішень арбітражу однієї держави на території інших держав;

– створення і визначення правових основ діяльності спеціалізованих міжнародних центрів по розгляду певних видів комерційних спорів [5, с. 633; 32, с. 267].

Що стосується уніфікації правил щодо процедури арбітражного розгляду, то існує декілька міжнародних актів з цього питання. Перш за все, в літературі виділяють «Європейську конвенцію про зовнішньоторговельний арбітраж» (1961 р.).

Дана Конвенція розроблена під егідою Економічної комісії ООН для Європи, була прийнята в Женеві 21.04.1961 р. і набула чинності 07.01.1964 р. Її учасниками є близько 40 держав, в т.ч. 2 неєвропейські – Куба і Буркіна-Фасо [33, с. 510–511].

Ця Конвенція містить правила, що визначають порядок формування арбітражу, розгляду справ, винесення рішень, регламентує порядок відносин між арбітражем і державними судами, а також умови і правові наслідки визнання арбітражного рішення недійсним. Конвенція

застосовується як щодо арбітражу ad hoc, так і щодо постійнодіючих арбітражних органів за умови, що сторони, які передають свій спір на арбітражний розгляд, мають місцезнаходження на території різних договірних держав.

Водночас при всій своїй значимості «Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж» не отримала значного поширення і навіть в Європі вона не є загально застосованою. Небажання держав обмежувати себе юридичними зобов'язаннями щодо правил арбітражного розгляду обумовило використання іншої форми зближення арбітражної процедури – створення типових та рекомендаційних актів [5, с. 634].

З поміж регіональних міжнародних договорів, що регламентують діяльність міжнародного комерційного арбітражу, можна також згадати підписану в рамках держав-учасниць СНД 20.03.1992 р. в м. Києві «Угоду про порядок розв'язання спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності», що набула чинності 08.04.1993 року. В цілому дана «Угода» регламентує комплекс питань, пов'язаних з розглядом будь-яких господарських спорів між господарюючими суб'єктами країн СНД як в арбітражі, так і в державних судах.

Створення уніфікованих правил арбітражної процедури шляхом прийняття типових та рекомендаційних актів реалізовувалось в двох напрямках:

– створення типового арбітражного закону, який кожна держава могла б ввести до свого законодавства і який регулював б всі аспекти арбітражу;

– розробка типового арбітражного регламенту.

Що стосується спроб створити зразковий арбітражний закон, то успішними результатами завершилося прийняття у 1985 році «Типового закону про міжнародний комерційний арбітраж», підготовленого Комісією ООН з права міжнародної торгівлі.

Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 40/172 від 11 грудня 1985 р. цей «Типовий закон» рекомендовано до прийняття в якості акту національного законодавства всім державам. Він має рекомендаційний характер і його норми не передбачають прямої дії у національній системі законодавства. «Типовий закон» складається з восьми глав, де зібрані норми, що регулюють практично всі питання, пов'язані з міжнародним комерційним арбітражем. Закони, що базуються на «Типовому законі ЮНСІТРАЛ», прийняті в Австралії, Канаді, Кіпрі, Нігерії, окремих штатах США (зокрема у Каліфорнії, Коннектикуті, Флориді, Джорджії), а також в Україні, Російській Федерації та в деяких інших країнах [32, с. 272–275].

Робота щодо розробки типових арбітражних регламентів обумовила створення під егідою ООН трьох документів:

– Арбітражний регламент Економічної Комісії ООН для Європи («Арбітражний регламент ЕЕК» (1966 р.);

– Правила міжнародного комерційного арбітражу Економічної Комісії ООН для Азії та Далекого Сходу («Правила ЕКАДС» (1966 р.).

З 01.01.1974 р. ця Комісія отримала назву «Економічної і Соціальної Комісії ООН для країн Азії і Тихого океану» (ЕСКАТО).

– Арбітражний регламент Комісії ООН з права міжнародної торгівлі («Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ» (1976 р.).

«Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ» (1976 р.) отримав найбільше розповсюдження в міжнародній практиці.

Вказані арбітражні регламенти та «Типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж» не є міжнародними договорами і не мають обов'язкової юридичної сили. Проте звертання до них як до типових документів призводить до формування уніфікованої арбітражної процедури розгляду міжнародних комерційних спорів на практиці.

Іншим важливим напрямом міжнародно-правового регулювання комерційного арбітражу є створення правової основи для визнання і виконання іноземних арбітражних рішень – рішень, винесених арбітражем на території іншої держави. Примусове виконання рішення іноземного арбітражу у разі ухилення сторони від його добровільного виконання має особливу значущість для учасників міжнародного господарського обороту, але воно стикається з великими складнощами. Ця проблема вирішується за допомогою системи міжнародних договорів.

З цього питання існує спеціальна конвенція – «Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.). Крім того, практично в будь-якому міжнародно-правовому акті з питань міжнародного комерційного арбітражу є положення, що передбачають визнання і виконання іноземних арбітражних рішень.

10.07.1958 р. на Конференції ООН в Нью-Йорку була прийнята «Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень», яку часто іменують «Нью-Йоркською». Ця конвенція користується великим визнанням, в ній беруть участь близько 150 держав. Українською РСР ця Конвенція була ратифікована у 1960 році із застереженням, відповідно, для України юридично обов'язковою є заява, зроблена під час цієї ратифікації: «Українська Радянська Соціалістична Республіка буде застосовувати положення даної Конвенції щодо арбітражних рішень, винесених на території держав, які не є учасниками Конвенції, тільки тією мірою, в якій вони забезпечать її взаємне застосування». Таку ж заяву під час ратифікації Конвенції зробив і СРСР [32, с. 256].

«Нью-Йоркська конвенція» (1958 р.) зобов'язує держави визнавати і виконувати іноземні арбітражні рішення так само, як і рішення власних арбітражів.

Ще одним напрямом співпраці держав в даній сфері є створення спеціалізованих міжнародних арбітражних центрів для вирішення певних видів комерційних спорів.

Так, на основі «Вашингтонської конвенції про вирішення інвестиційних спорів між державами і іноземними особами» (1966 р.) був створений «Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів» (ІКСІД), який є постійно діючим арбітражним органом, що має спеціальну юрисдикцію.

Цю Конвенцію розроблена під егідою Міжнародного банку реконструкції і розвитку. Вона набула чинності 14.10.1966 р., на сьогодні в ній беруть участь більше 100 держав. Нашою державою цю Конвенцію ратифіковано Законом України від 16.03.2000 року № 1547–14. Вона поширюється на вирішення спорів, які відповідають одночасно трьом критеріям:

- 1) сторони повинні укласти письмову угоду про передачу їх спору до ІКСІД;
- 2) вирішуються тільки спори між державою – учасницею Конвенції (або однією з її складових частин чи одним з її органів) і юридичними особами та громадянами іншої держави – учасниці Конвенції;
- 3) вирішуються лише спори, які виникають безпосередньо з питань інвестиційної діяльності.

Положення про арбітраж містять також окремі двосторонні договори за участю нашої держави: торговельні угоди, договори про економічне і науково-технічне співробітництво, договори про надання взаємної правової допомоги та ін.

В нашій державі питання міжнародного комерційного арбітражу регулюються положеннями Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 року.

Згідно ст. 1 Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», він застосовується до міжнародного комерційного арбітражу, якщо місце арбітражу знаходиться на території України. Однак окремі положення цього Закону, застосовуються і в тих випадках, коли місце арбітражу знаходиться за кордоном (зокрема щодо обов'язковості підсудності справ МКАС).

Додатками до цього Закону виступають «Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України» та «Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України», які визначають правовий статус цих постійно діючих арбітражних органів. Також їх діяльність регулюється відповідними регламентами, затвердженими рішенням Президії Торгово-промислової палати України від 17.04.2007 р. № 18 (1).

3. АРБІТРАЖНА УГОДА

Питання про компетенцію міжнародного комерційного арбітражу є ключовим у всьому арбітражному процесі. Міжнародний комерційний арбітраж, перш ніж порушувати справу, повинен переконатись, що він має компетенцію на її розгляд.

Компетенція міжнародного комерційного арбітражу може виникати безпосередньо з закону або міжнародного договору. Проте більш поширеними є випадки, коли компетенцію арбітражу на вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, виникає лише завдяки узгодженості волі сторін, що матеріалізується у вигляді арбітражної угоди.

Одним з основоположних принципів міжнародного комерційного арбітражу є принцип добровільності звернення до арбітражного розгляду. Арбітражний суд може прийняти справу до свого розгляду тільки за наявності згоди сторін про це, яка оформлюється у вигляді арбітражної угоди [5, с. 640].

Згідно п. 1 ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», арбітражна угода – це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними в зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер чи ні.

В літературі виділяють такі форми арбітражної угоди:

– арбітражний компроміс (його інколи називають ще третейським записом).

Арбітражний компроміс досягається в тому випадку, коли спір між сторонами з приводу певного, укладеного між ними раніше контракту, вже виник, внаслідок чого приймається додаток до основного контракту, який передбачає розгляд даного спору в арбітражному порядку.

– арбітражне застереження.

Арбітражне застереження, як правило, є складовою контракту і являє собою попередню домовленість сторін про те, що у випадку виникнення між ними певного спору за основним контрактом, вони будуть врегульовувати шляхом звернення до арбітражного суду, процедуру звернення до якого вони у той чи інший спосіб у цьому застереженні встановлюють.

– арбітражний договір.

Арбітражний договір – договір, за яким сторони домовляються про передачу на арбітражний розгляд спорів, які можуть виникнути у майбутньому в зв'язку з укладенням чи виконанням певної групи контрактів або співробітництвом в цілому.

Всі три види арбітражних угод по своїй суті нічим не відрізняються, оскільки вони є різновидами угоди сторін про арбітражний розгляд. Як правило, і внутрішнє законодавство, і міжнародні договори, не передбачають юридичних відмінностей між окремими видами арбітражних угод, користуючись одним терміном – «арбітражна угода» [5, с. 641]. Проте з цієї загальної тенденції є певні винятки.

Так, специфічне ставлення до арбітражного застереження існує або існувало в країнах Латинської Америки: Аргентині, Бразилії, Венесуелі, Панамі, Еквадорі, Сальвадорі та ін. Відповідно до законодавства цих країн арбітражне застереження не є належною підставою для порушення арбітражного розгляду спору. Сторони, котрі

бажають передати спір, що виник між ними, на розгляд до арбітражу, обов'язково мають укласти письмову угоду про врегулювання спору в арбітражному порядку. В ряді випадків повинна вона має бути посвідчена нотаріально. Це правило діє навіть тоді, коли в контракті, з приводу якого виник спір, міститься арбітражне застереження [32, с. 276].

На відміну від арбітражного компромісу, при укладенні якого предмет спору вже з'ясовано (сторони дійшли згоди щодо звернення до арбітражу щодо врегулювання конкретного існуючого спору), до арбітражного застереження висуваються певні вимоги.

Так, відповідно до ст. 1 «Нью-Йоркської конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень» (1958), в арбітражній угоді має бути зазначено, всі чи тільки деякі категорії спорів, що виникають або можуть виникнути між сторонами, підлягають розгляду у міжнародному комерційному арбітражі. На практиці арбітри вкрай уважно ставляться до формулювання, яке міститься в арбітражному застереженні, розцінюючи будь-який сумнів, що виникає, як підставу для відмови у розгляді справи.

Відповідно, щоб зменшити негативні наслідки можливих дефектів волевиявлення сторін під час укладення арбітражних угод, практикою постійно діючих арбітражних судів вироблені типові форми таких угод.

Як правило, арбітражна угода складається з наступних елементів:

– вибір арбітражного способу розгляду спору;

– вибір виду арбітражу: інституційний арбітраж або арбітраж ad hoc.

Якщо сторони вирішили вибрати інституційний арбітраж, то слід вказати його точне найменування, без цього навряд чи буде визнано дійсною арбітражну угоду.

– місце проведення арбітражу.

Якщо обраний інституційний арбітраж, то вказівка місця не обов'язкова, в цьому випадку розгляд буде проходити за місцем його офіційного знаходження, якщо арбітри з урахуванням обставин справи не визначили інше місце. Якщо сторони звертаються до арбітражу ad hoc, то бажано вказати місце проведення арбітражу (країна, місто).

– вибір мови (мов) арбітражного розгляду.

При виборі інституційного арбітражу вказівка мови не обов'язкова; за відсутності даної вказівки арбітражний суд буде здійснювати розгляд на своїй національній мові. При зверненні до арбітражу ad hoc бажано вибрати і вказати мову розгляду. Питання про мову практично значиме, оскільки існує загальновизнане правило, що якщо сторона не володіє мовою, на якій здійснюється арбітражний розгляд, то вона забезпечує перекладача за свій рахунок.

– визначення числа арбітрів, які будуть розглядати справу (як правило, три або один).

Вирішення цього питання може мати істотне значення при звертанні в арбітраж ad hoc. Інституційний арбітраж за відсутності вказівки сторін буде вирішувати це питання відповідно до свого регламенту.

– порядок арбітражного розгляду (порядок вибору, призначення і відводу арбітрів, визначення початку розгляду і його порядок, про-

цедура представлення документів та інших доказів, форма розгляду – усно або на основі документів і т. д.).

В принципі, якщо сторони вибрали інституційний арбітраж, то він здійснює розгляд відповідно до законодавства своєї країни і свого регламенту. Проте особливістю арбітражу є майже необмежене право сторін (автономія волі) на встановлення процедури вирішення спору. Тому абсолютна більшість норм, що визначають процедуру арбітражного розгляду, носить диспозитивний характер і застосовується тільки тоді, коли сторони не домовилися про інше.

Якщо сторони передають спір на розгляд арбітражу *ad hoc*, то неодмінно потрібно визначитися з арбітражною процедурою, оскільки в такого арбітражу свого регламенту немає. Тут можливі декілька варіантів: або достатньо докладне встановлення арбітражної процедури в самій арбітражній угоді, або звернення до одного з типових регламентів (наприклад, «Типовий арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ»), або звернення до регламенту якого-небудь інституційного арбітражу. При цьому сторони обмежені тільки публічним порядком країни, на території якої відбувається арбітражний розгляд.

– вибір права, якому підпорядковується основний договір (контракт).

Положення з цього приводу не обов'язково включається в арбітражну угоду, часто це питання вирішується в якості самостійної умови контракту. Проте немає перешкод для вирішення цього питання і в арбітражній угоді. Іноді сторони вважають за краще, щоб їх спір розглядався арбітражем не згідно законодавства якоїсь конкретної держави, а по-справедливості (*ex aequo et bono*) або згідно звичаїв міжнародної торгівлі (*lex mercatoria*).

Сторони можуть включити в арбітражну угоду і будь-які інші питання. Як уже вказувалось, на практиці часто використовують різні типові арбітражні застереження, що вміщені в типові арбітражні регламенти, та типові застереження, що містяться в регламентах інституційних арбітражів [5, с. 650–652].

В літературі вказується, що арбітражна угода є процесуальною угодою, незалежною від основного договору (контракту), і тому питання про дійсність чи недійсність такого договору не зачіпає домовленості сторін про передачу існуючого спору на вирішення арбітражу.

Принцип самостійності статуту арбітражної угоди (автономність арбітражної угоди), широко визнано в національних правових системах, зокрема українській (ст. 7, 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») та у міжнародних актах; арбітражна та судова практика дає багато прикладів, коли договір, який містив арбітражне застереження, визнавався недійсним, що не обумовлювало недійсності арбітражного застереження [32, с. 282]. В цілому ж правова автономність арбітражної угоди разом з принципом добровільності арбітражного розгляду розглядаються як основоположні принципи міжнародного комерційного арбітражу [5, с. 646].

Що стосується дійсності арбітражної угоди, то серед інших вимог (правоздатність та дієздатність сторін угоди, відповідність волі та волевиявлення сторін та ін.) окремо слід звернути увагу на необхідність забезпечення форми та допустимості арбітражної угоди.

За загальним правилом, арбітражна угода повинна укладатися в простій письмовій формі, причому письмова форма за сучасними уявленнями, тлумачиться широко: згідно з п. 2 ст. II «Нью-Йоркської конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.), вона включає в себе арбітражне застереження в договорі або угоду, підписану сторонами чи таку, що міститься в обміні листами або телеграмами; згідно п. 2 ст. I «Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж» (1961 р.) – також обміні повідомленнями за телетайпом.

Законодавство багатьох держав вимагає дотримання письмової форми арбітражної угоди, такий же порядок діє і в Україні: згідно ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», арбітражна угода укладається у письмовій формі. Угода вважається укладеною письмово, якщо вона міститься у документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфом чи з використанням інших засобів електричного зв'язку, які забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, у яких одна із сторін стверджує про наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, який містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена у письмовій формі і це посилання є таке, яке робить згадане застереження частиною угоди.

Що стосується допустимості арбітражної угоди, то мова йде про те, які саме питання можуть передаватися на розгляд міжнародного комерційного арбітражу. Справа в тому, що і міжнародні договори, і національні законодавства з питань міжнародного комерційного арбітражу містять обмеження щодо кола правовідносин, що можуть бути предметом арбітражної угоди і, відповідно, – арбітражного розгляду.

Так, якщо згідно п. 1 ст. II «Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.), на розгляд до арбітражу можуть передаватися спори з будь-яких договірних або інших недоговірних правовідносин, то згідно п. 1 ст. I «Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж» (1961 р.), дана Конвенція застосовується лише до тих спорів, які виникають в сфері зовнішньої торгівлі.

Законодавство більшості країн точно вказує, у яких випадках спір може розглядатися у порядку арбітражу і з цього питання існує чимало різних обмежень. Наприклад, в Аргентині та Саудівській Аравії заборонено звертатися до арбітражу, якщо спір торкається державних інтересів або якщо однією із сторін контракту є державна організація. У Норвегії арбітражне застереження не може включатися до контракту, який містить умови про розстрочку. Законодавство Португалії містить норму, за якою не можуть передаватися до іноземного арбітражу спори, де однією із сторін є громадянин Португалії [32, с. 279–280].

Згідно ч. 2 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», до міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

- спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном;
- спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України.

4. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПОРЯДКУ АРБІТРАЖНОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВ

Вирішення міжнародним комерційним арбітражем спору по-суті передбачає проведення ним слухання справи (здійснення арбітражного провадження) та винесення за його наслідками рішення з приводу цього спору.

У загальному вигляді процедуру арбітражного провадження у справі можна охарактеризувати в наступній послідовності:

- ініціювання арбітражного розгляду;
- формування складу арбітражного суду;
- підготовка арбітражного розгляду;
- здійснення арбітражного розгляду;
- винесення арбітражного рішення.

Ініціювання арбітражного розгляду. Арбітражна процедура може бути ініційована будь-якою стороною спору, при цьому сам порядок ініціювання арбітражного розгляду залежить від виду арбітражу.

У випадку звернення до постійно діючого арбітражного органу (установи) ініціювання здійснюється шляхом надсилання на його адресу відповідного письмового звернення. Таким зверненням може бути прохання про арбітраж або позовна заява.

Подання прохання про арбітраж передбачено регламентами Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольма, Лондонського міжнародного третейського суду та деяких інших арбітражних органів, в той час як регламенти МКАС при ТПП України, Міжнародного арбітражного суду Федеральної палати економіки Австрії та більшості інших постійних арбітражних органів передбачають подання позовної заяви.

Різниця між проханням про арбітраж та позовною заявою як формами ініціювання арбітражного процесу полягає в тому, що прохання про арбітраж має попередній характер і щодо нього відповідні регламенти не передбачають детальних вимог щодо форми та змісту. На відміну від цього, позовна заява має відповідати ряду вимог, недодержання яких є підставою для повернення позовної заяви позивачу для усунення виявлених недоліків

При поданні прохання про арбітраж або позовної заяви сторона, що їх подає, повинна сплатити суду реєстраційний збір, розмір та порядок внесення якого визначається регламентом чи спеціальним положенням відповідного постійно діючого арбітражного суду.

Згідно з регламентом МКАС при ТПП України, реєстраційний збір повинен бути сплачений до подання позовної заяви і підтвердження цього має бути додано до позовної заяви. Регламент Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольма передбачає сплату реєстраційного збору водночас з поданням прохання про арбітраж, а якщо цього не було зроблено, ця установа визначає строк, протягом якого він має бути сплачений.

Подані для порушення арбітражного процесу документи вивчаються щодо їх відповідності вимогам регламенту постійно діючого арбітражного органу. Якщо буде встановлено, що цей орган може розглядати даний спір, справа приймається до провадження і з цього приводу ухвалюється відповідна постанова, про що сповіщається позивач. Регламенти більшості постійних арбітражних органів передбачають, що після прийняття справи до провадження відповідачу надсилається відповідне повідомлення, в якому пропонується надати відзив на позовну заяву, призначити кандидатуру свого арбітра та заявити зустрічний позов [31, с. 85–88].

Ініціювання арбітражного процесу у випадку арбітражу *ad hoc* відбувається шляхом направлення однією стороною спору – позивачем позовної заяви або повідомлення про арбітраж іншій стороні спору – відповідачу. Арбітражне провадження вважається розпочатим з дати отримання відповідачем цього повідомлення про арбітраж або позовної заяви. При порушенні справи в арбітражі *ad hoc* реєстраційний збір не сплачується.

Формування складу арбітражного суду. Принциповою відмінністю міжнародного комерційного арбітражу від розгляду спорів у державних судах є те, що сторони самі беруть участь у формуванні складу майбутнього суду. Процедура призначення арбітрів є різною, залежно від виду арбітражу.

У випадках арбітражу *ad hoc* сторони самі узгоджують як кандидатуру одноособового арбітра, так і процедуру призначення колегії арбітрів. Коли одна зі сторін зволікає з призначенням арбітра чи арбітрів, призначення здійснюються або спеціальним органом, якщо сторони домовились про застосування «Арбітражного Регламенту ЮНСІТРАЛ» (1976 р.), або воно проводиться в порядку, передбаченому національним законодавством держави місця здійснення арбітражного розгляду.

Що стосується постійно діючих арбітражів, то сторони мають право вільно обрати будь-який з них у якості органу, що буде вирішувати

спори, які можуть між ними виникнути. Процедура формування складу арбітражного суду визначається регламентами постійно діючих арбітражних установ.

Процедура призначення колегії арбітрів, наприклад, з трьох осіб, як правило, здійснюється в наступному порядку. Позивачеві та відповідачеві надається орієнтовний (рекомендований) список арбітрів даної установи, з якого кожен з них має право обрати одну кандидатуру і повідомити про свій вибір до спливу певного, встановленого строку. Два призначених у такий спосіб арбітри збираються і з зазначеного орієнтовного списку обирають третього арбітра, який буде арбітром-головуючим у складі цього суду. Щоб уникнути спроб відповідача у справі блокувати процес формування складу арбітражного суду, регламентами постійно діючих арбітражів передбачаються певні «захисні механізми»: якщо одна зі сторін зволікає з призначенням чи не призначає арбітра, сторона, яка таке призначення здійснила, може звернутись до компетентного органу з проханням про призначення другого арбітра. Компетентний орган у такому випадку здійснює призначення, після чого обраний стороною та призначений компетентним органом арбітри збираються і обирають третього арбітра (головуючого). Аналогічний механізм діє у разі неможливості обрати третього арбітра.

Також у кожній зі сторін залишається право заявити відвід арбітру, якого було призначено іншою стороною, арбітру-головуючому та всьому складу арбітражного суду. При цьому процедура заяви відводу залежить від того, чи брала сторона участь у призначенні даного арбітра.

Якщо вона призначала арбітра, тоді заявити відвід цьому арбітру сторона може лише з причин, які стали відомі їй після того, як призначення було здійснено.

Зазначена процедура в різних державах та різних арбітражних установах є дещо відмінною, проте спільною є можливість заяви відводу як до початку, так і в процесі розгляду справи [1, с. 535–543].

Підготовка арбітражного розгляду. Підготовка справи до розгляду передбачає необхідність вирішення таких питань як:

- вибір місця арбітражного розгляду.

З даного питання діє принцип, за яким воно повинно бути однаково зручним або однаково незручним для сторін. В цілому ж сторони спору мають необмежене право у виборі місця арбітражного провадження.

- порушення арбітражного провадження та підготовка справи до розгляду.

Значення таких дій пояснюється тим, що пред'явлення позову за загальним правилом, припиняє перебіг строку позовної давності і тягне ряд інших правових наслідків. Щодо судів *ad hoc* це питання вирішено у ст. 3 «Арбітражного Регламенту ЮНСІТРАЛ» (1976 р.) та в ст. 3 «Арбітражного регламенту ЄЕК» (1966 р.) таким чином: моментом порушення провадження у такому випадку належить вважати вручення відповідачу повідомлення позивача з проханням призначити або узгодити кандидатуру арбітра чи арбітрів.

- вивчення матеріалів справи та проведення попередніх засідань.

Як правило, після формування складу арбітражного суду і до безпосереднього слухання справи арбітраж збирається на попередні засідання, метою яких є вжиття заходів, що є необхідними для належної організації та здійснення майбутнього арбітражного провадження. У 1996 р. ЮНСІТРАЛ, здійснивши уніфікацію рекомендаційного характеру під назвою «Коментарі щодо організації арбітражного провадження», вмістив до них перелік питань, які вважається доцільним вирішити до початку арбітражного розгляду.

- винесення попередніх рішень (розгляд відводу арбітрів, визначення дати розгляду справи, мови арбітражного провадження та ін.).

- вирішення питання про вжиття забезпечувальних заходів (збереження товарів, які є предметом спору; надання гарантій; арешт майна чи банківського рахунку тощо).

- вибір права, що підлягає застосуванню для вирішення спору.

За загальним правилом, арбітражний суд вирішує спір застосовуючи норми того права, яке було обрано сторонами за арбітражною угодою. Однак у випадках звернення до постійно діючих арбітражів його дія може бути обмеженою положеннями відповідного регламенту. Так, у Регламенті Лондонського міжнародного третейського суду прямо зазначено, що до договірних зобов'язань цей суд завжди буде застосовувати положення англійського матеріального права. Крім того, застосування обраного сторонами права на території певної країни може вступити в колізію з імперативними нормами національного законодавства, які будуть обов'язковими для арбітражного суду. У випадках відсутності домовленості сторін щодо застосовного права, воно попередньо повинно бути визначене самим арбітражним судом за загальними принципами колісійного регулювання [1, с. 544–550].

Здійснення арбітражного розгляду. Виконавши всі необхідні попередні дії, арбітражний суд призначає слухання справи і у встановлену ним дату здійснює її розгляд. За загальним правилом, арбітражний розгляд справи проводиться на підставі документів або усно.

Усне слухання справи у процесі арбітражного розгляду має місце за домовленістю сторін, на вимогу однієї з сторін спору або за вмотивованим рішенням самого суду. Причому, навіть у випадку розгляду справи на підставі документів, арбітр чи арбітри мають право певну частину розгляду здійснити в режимі усного слухання (наприклад, опитати свідків). Усний розгляд справи у міжнародному комерційному арбітражному суді принципово є закритим; тут принцип публічності процедури розгляду не застосовується, оскільки він суперечить принципу конфіденційності процесу. Для збереження конфіденційності навіть опитані у процесі слухання справи свідки видаляються із зали суду.

Арбітражне слухання проводиться зазвичай таким чином. Після відкриття засідання кожній стороні надається можливість викласти свою позицію у справі, після чого допитуються свідки сторін. Оскільки

ки свідчення свідків містяться у справі і їх зміст відомий як арбітрам, так і сторонам, вони, як правило, відповідають на запитання арбітрів та сторін. Після цього, якщо є необхідність, допитуються експерти та досліджуються речові докази чи надані сторонами документи. Дослідивши докази у справі, суд надає можливість сторонам провести судові дебати, заслуховує їх заключні виступи, на чому слухання справи закінчується і засідання оголошується закритим. Це є формальним моментом закінчення арбітражного провадження у справі, після чого арбітр чи арбітри приступають до обговорення свого рішення по суті спору.

Винесення арбітражного рішення. Винесенням арбітражного рішення припиняється розгляд справи по суті і припиняються повноваження (мандат) третейського суду щодо розгляду даного спору. В зв'язку з цим виникає ряд питань щодо форми і змісту арбітражного рішення, а також моменту набуття ним юридичної сили.

Вимоги, яким має відповідати арбітражне рішення частково передбачаються нормами міжнародних конвенцій, частково – внутрішньодержавними нормативними актами з питань міжнародного комерційного арбітражу, а також положеннями регламентів різних постійно діючих арбітражних органів і положеннями типових регламентів для арбітражів *ad hoc*.

В цілому ж такі вимоги є вимоги є достатньо однотипними та стосуються, в основному, форми арбітражного рішення, порядку його підписання та наявності мотивувальної частини. Відсутність жорстких вимог до змісту та порядку ухвалення істотно відрізняє арбітражні рішення від рішень державних судів.

В літературі прийнято вважати, що основними вимогами щодо остаточного арбітражного рішення по справі є:

– винесення його протягом певного часу.

У випадках арбітражу *ad hoc* цей час визначається угодою сторін. Що стосується постійно діючих арбітражних установ, то строк, не пізніше якого рішення повинно бути винесене, встановлюється або за домовленістю сторін, або згідно з правилами регламентів відповідних арбітражних установ.

– письмова форма рішення.

– наявність мотивування арбітражного рішення.

Принциповою вимогою «Європейської конвенції про зовнішньоторгівельний арбітраж» (1961 р.) стосовно арбітражного рішення – обов'язкова наявність його мотивувальної частини. Це положення не застосовується лише в двох випадках: 1) коли сторони окремо домовилися про те, що арбітражне рішення не повинно бути мотивованим; 2) сторони арбітражної угоди обрали арбітражну процедуру, за якою

арбітражне рішення не прийнято мотивувати, і при цьому жодна із сторін спору не вимагала, щоб це рішення було мотивованим.

– наявність вказаних дати та місця винесення.

– арбітражне рішення повинно бути підписаним або одноособовим арбітром, або всіма чи більшістю арбітрів, які брали участь у розгляді справи і які досягли згоди щодо цього рішення [1, с. 552–561; 32, с. 245–249].

Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» висуває наступні вимоги щодо арбітражного рішення: обов'язкова письмова форма; наявність підписів усіх арбітрів, якщо третейський суд складається з трьох арбітрів або одноособового арбітра; мотивування арбітражного рішення; наявність висновку про задоволення чи відхилення позовних вимог; визначення суми арбітражного збору, витрат по справі та їх розподіл між сторонами; встановлення дати і місця арбітражу.

Регламенти різних постійно діючих арбітражних органів по-різному ставляться до переліку та змісту вимог щодо арбітражного рішення. Що стосується нашої держави, то Регламент МКАС при ТПП України практично повністю повторює відповідні положення закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Що стосується набуття арбітражним рішенням чинності та його «остаточності», то доктрина і практика міжнародного комерційного арбітражу базуються на принципі: належним чином винесене арбітражне рішення є остаточним і оскарженню не підлягає [32, с. 248].

Так, згідно ст. 32 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», арбітражний розгляд припиняється остаточним арбітражним рішенням.

5. СКАСУВАННЯ ТА ВИКОНАННЯ АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ

У доктрині міжнародного комерційного арбітражу загальноновизнаним є принцип, за яким арбітражне рішення, винесене по суті спору, вважається остаточним і не може оскаржуватись у якусь більш вищу інстанцію. З добровільного виникнення компетенції міжнародного комерційного арбітражу впливає добровільний порядок виконання сторонами його рішення.

Практика свідчить, що підписуючи арбітражну угоду сторони нерідко прямо зазначають в ній, що рішення арбітражу за їх спором буде остаточним і обов'язковим для виконання. Аналогічні норми містяться і у більшості арбітражних регламентів.

Проте контроль за діяльністю міжнародного комерційного арбітражу існує і полягає у перевірці законності його рішень. Така перевірка проводиться з вузького кола процесуальних питань і передбачає, що відповідний орган має право скасувати арбітражне рішення цілком або частково, однак він не може змінити його, прийняти інше рішення у справі чи передати справу на новий арбітражний розгляд.

Найпоширенішою формою такого контролю є судовий контроль, що здійснюється судовими органами:

- у місці (державі) винесення арбітражного рішення;
- у державі, в якій заявлено про визнання та виконання іноземного арбітражного рішення [1, с. 562].

Зміст судового контролю у місці винесення арбітражного рішення полягає у праві сторони, проти якої це рішення винесено, оскаржити його до суду держави, в якій або за законодавством якої таке рішення було винесено.

Правовою підставою для його здійснення є положення ст. V «Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.), за якою у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення може бути відмовлено, якщо воно було скасовано чи призупинено виконанням компетентною владою держави, в якій це рішення було винесено, або держави, закон якої було застосовано у процесі вирішення спору. При цьому дані питання регулюються, в основному, законодавством кожної окремої країни, а на міжнародно-правовому рівні регламентуються лише окремі його аспекти, зокрема перелік підстав для скасування арбітражного рішення та правові наслідки такого скасування.

Так, у самій «Нью-Йоркській конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.) не зазначено підстави, за яких зазначені скасування чи призупинення виконання можуть бути здійсненими національними судами. Водночас вони відображені, зокрема, в ст. IX «Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж» (1961 р.) та ст. 34 «Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж» (1985 р.).

В українському законодавстві перелік підстав для скасування судом арбітражного рішення визначено ст. 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», але слід враховувати, що його положення застосовуються, за певними виключеннями, до тих арбітражних рішень, що винесені на території України.

Щодо інших підстав, які до відповідного переліку не включені, то, як вказується в літературі, навіть очевидні помилки, що були допущені

арбітрами у застосуванні права чи при встановленні фактів, які мають суттєве значення для вирішення справи, все ж не є підставами для скасування (повного чи часткового) арбітражного рішення [1, с. 566].

Що стосується визнання та виконання в певній державі арбітражного рішення, то у разі, коли арбітражне рішення, винесене в одній державі, а потребує виконання в іншій державі, вступають в силу механізми примусового виконання іноземних арбітражних рішень.

В даному випадку необхідно чітко розрізнати «внутрішні» арбітражні рішення, тобто рішення, винесені на території держави, в якій вони підлягають виконанню, та «іноземні» арбітражні рішення, тобто рішення, винесені на території іншої держави та рішення, які з тих чи інших підстав певним національним законодавцем не визнаються «внутрішніми». Принципова їх відмінність полягає у тому, що порядок виконання «внутрішніх» арбітражних рішень регулюється законодавством відповідної держави, в той час як «іноземних» – насамперед міжнародними договорами. Історично перші міжнародні договори з питань міжнародного комерційного арбітражу були присвячені саме питанням примусового виконання іноземних арбітражних рішень.

При цьому стороні, проти якої рішення винесено, надається право подавати свої заперечення проти приведення цього арбітражного рішення до примусового виконання. Підстави для подання таких заперечень прямо передбачені ст. V «Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.).

Як уже вказувалось, основним міжнародним договором з даного питання виступає «Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.). Фактично ця Конвенція передбачає можливість виконання арбітражного рішення, винесеного на території будь-якої з існуючих держав; щоправда, більшість держав ратифікували дану Конвенцію з застереженням щодо невизнання арбітражних рішень, винесених в державах, що не беруть участі в цій Конвенції. В цілому ж її значення полягає в тому, що вона зобов'язує договірні держави визнавати іноземні арбітражні рішення як обов'язкові і виконувати їх на своїй території.

Положення цієї Конвенції з даного питання зводяться до наступного:

- 1) держава визнає і виконує іноземні арбітражні рішення відповідно до свого процесуального права. При цьому щодо «іноземних» арбітражних рішень не можуть встановлюватись більш обтяжливі процедури, ніж щодо «внутрішніх» рішень;
- 2) зацікавлена сторона звертається до компетентного органу держави, в якій повинно здійснюватись виконання арбітражного рішення, з відповідним клопотанням, до якого подаються: а) належним чином засвідчений оригінал арбітражного рішення або належним чином завірена його копія; б) оригінал арбітражної угоди або належним чином завірена її копія; в) переклад цих документів на офіційну мову тієї країни, до якої звертаються за виконанням;
- 3) у визнанні і виконанні арбітражного рішення може відмовлено тільки з тих підстав, які визначені в ст. 5 Конвенції [5, с. 654].

Питання визнання та виконання в нашій державі іноземних арбітражних рішень регламентуються також і іншими міжнародними договорами України, зокрема «Європейською конвенцією про зовнішньоторговельний арбітраж» (1961 р.), «Угодою про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності» (1992 р.), а також окремими двосторонніми договорами про правову допомогу та ін.

На національно-правовому рівні в нашій державі ці питання регулюються положеннями ст.ст. 35, 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та розділів VII-1 «Проведення у справах про оскарження рішень третейських судів та про видачу виконавчих листів на примусове виконання рішень третейських судів» і VIII «Про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні» Цивільного процесуального кодексу України.

З прийняттям Закону України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо оскарження рішення третейського суду та видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду» від 03.02.2011 року № 2979-VI, яким чинний ЦПК України був доповнений розділом VII-1, законодавчо усунуто відмінності щодо порядку виконання «внутрішніх» та «іноземних» арбітражних рішень: згідно ч 4 ст. 389–7 ЦПК України, надання дозволу на примусове виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, якщо місце арбітражу знаходиться на території України, здійснюється у порядку, передбаченому статтями 391–398 цього Кодексу, тобто в порядку, встановленому для визнання та звернення до виконання рішень іноземних судів (розділ VIII ЦПК України).

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. Фединак Г. С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединак, Л. С. Фединак. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
3. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
4. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону – [Довгерт А. С., Кисіль В. І., Серьогін О. Ю., Калакура А. Я. та ін.] / За ред. Довгерта А. С. – К., 2008. – 352 с.
5. Міжнародний цивільний процес України: Навчальний посібник. Практикум / [Фурса С. Я., Притика Ю. Д., Кармаза О. О. та ін.] / За ред. Фурси С. Я. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2010. – 328 с.

6. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
7. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / Під загальною ред. І. Г. Побірченка. – К.: Ін Юре, 2007. – 584 с.
8. Міжнародне приватне право. Актуальні проблеми / [Довгерт А. С., Бірюков О. І., Варшоломідзе Л. Г. та ін.] / За ред. проф. А. С. Довгерта. – К.: Укр. центр правничих студій, 2001. – 334 с.
9. Цірат Г. А. Міжнародний комерційний арбітраж / Г. А. Цірат. – К.: Істина, 2002. – 304 с.
10. «Конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.).
11. «Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж» (1961 р.).
12. «Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності укладена» (СНД, 1992 р.).
13. Цивільний процесуальний кодекс України.
14. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 року.
15. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року.

ЗАВДАННЯ ДЛЯ САМОСТІЙНОЇ РОБОТИ ТА САМОКОНТРОЛЮ

Контрольні запитання

1. Вкажіть поняття та види міжнародних комерційних арбітражних судів.
2. Яка сфера застосування «Нью-Йоркської конвенції про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.).
3. Вкажіть загальний порядок формування складу міжнародного комерційного арбітражного суду.
4. В чому полягає відмінність між національними та іноземними арбітражними рішеннями?
5. В яких випадках рішення арбітражних судів не підлягають виконанню в Україні?

Тестові завдання

1. До компетенції міжнародного комерційного арбітражу належать спори:

- а) які виникають із міжнародних публічно-правових відносин владного характеру;
- б) які впливають із діяльності «Європейського союзу» та інших міжнародних об'єднань;
- в) які виникають з міжнародного економічного та науково-технічного співробітництва,
- г) які впливають з цивільних, спадкових, господарських та інших відносин суб'єктів міжнародного приватного права.

2. За своєю природою міжнародний комерційний арбітраж є:

- а) судовими органами, створеними міжнародними організаціями;
- б) різновидом державних господарських судів;
- в) товарицьким судом;
- г) різновидом третейських судів.

3. Згідно Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», до міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

- а) будь-які спори господарського характеру;
- б) спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України;
- в) спори іноземних суб'єктів господарювання з щодо визнання недійсними рішень органів державної влади та місцевого самоврядування;
- г) спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають між суб'єктами господарювання України.

4. Різновидом арбітражної угоди є:

- а) морова угода;
- б) арбітражний компроміс;
- в) договір про призначення арбітрів;
- д) позасудовий механізм врегулювання комерційного спору.

5. За сферою дії «Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.):

- а) застосовується щодо визнання і виконання будь-яких арбітражних рішень;
- б) застосовується щодо визнання і виконання арбітражних рішень по інвестиційних спорах;

- в) застосовується щодо визнання та виконання арбітражних рішень, винесених на території цієї ж держави;
- г) застосовується щодо визнання і виконання арбітражних рішень, винесених на території держави іншої, ніж та держава, де заявлено про визнання і приведення до виконання таких рішень.

4. «Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень» (1958 р.) передбачає можливість відмови щодо визнання і виконання арбітражного рішення у випадку:

- а) якщо це передбачено національним законодавством;
- б) якщо вказане рішення винесено за спором, що не передбачений або не підпадає під умови арбітражної угоди або винесене з питань, які не охоплюються такою угодою;
- в) якщо одна із сторін спору подала заяву про невизнання даного арбітражного рішення;
- г) якщо це рішення суперечить інтересам приймаючої сторони.

5. «Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж», затверджений Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 40/172 від 11.12.1985 року:

- а) має силу міжнародної конвенції;
- б) має рекомендаційний характер;
- в) відкритий для приєднання та ратифікації;
- г) містить норми прямої дії.

6. Якщо сторони завчасно не погодили кількість арбітрів, то, за загальним правилом:

- а) призначається один арбітр;
- б) призначається два арбітри;
- в) призначається три арбітри;
- г) призначається будь-яка непарна кількість арбітрів.

7. Оспорювання арбітражного рішення здійснюється шляхом звернення до:

- а) суду тієї держави, у якій винесено арбітражне рішення;
- б) суду тієї держави, у якій арбітражне рішення підлягає виконанню;
- в) спеціального комітету, створеного відповідно до «Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж» (1961 р.);

г) суду тієї держави, до якої належить сторона, яка оспорує арбітражне рішення.

8. «Європейською конвенцією про зовнішньоторговельний арбітраж» (1961 р.) передбачено, що арбітражне рішення:

- а) підлягає негайному виконанню;
- б) може мати довільну форму та зміст;
- в) підлягає затвердженню державним судом за місцем його винесення;
- г) повинне бути мотивованим, якщо сторони розгляду спеціально не обумовили інше.

9. Питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду на клопотання стягувача розглядається:

- а) місцевими судами;
- б) апеляційними обласними судами;
- в) Конституційним судом України;
- г) Верховним судом України.

10. Іноземне арбітражне рішення може бути пред'явлено до примусового виконання в Україні:

- а) протягом одного року з дня набрання ним законної сили;
- б) протягом трьох років з дня набрання ним законної сили;
- в) протягом п'яти років з дня набрання ним законної сили;
- г) в будь-який час.

Практичні завдання

1. При розгляді спору у Міжнародному комерційному арбітражному суді при Торгово-промисловій палаті України виникло питання, чи допускає чинне законодавство можливість розгляду у даному органі за домовленістю сторін спорів юридичних осіб, створених в Україні. Надайте відповідні роз'яснення.

2. Міжнародний комерційний арбітражний суд, розглянувши спір за договором міжнародної купівлі-продажу, визнав цей договір недійсним. Одна з сторін спору відмовилась визнавати це рішення, оскільки, на її думку, недійним було і арбітражне застереження як частина даного договору, отже – арбітражний суд не мав права розглядати даний спір. Обґрунтуйте, чи правильною є така позиція?

ПРЕДМЕТНО-ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ ПОКАЖЧИК

Автономія волі – принцип, згідно з яким учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, що підлягає застосуванню до відповідних правовідносин. Детальніше – див. с. 37–38.

Арбітраж ad hoc – вид комерційних арбітражних судів, що спеціально створюються для розгляду конкретних комерційних спорів та припиняють свою діяльність після винесення рішення по справі. Детальніше – див. с. 189.

Арбітражна угода – це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними в зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер чи ні. (ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»). Детальніше – див. с. 193.

Арбітражне застереження – вид арбітражної угоди; як правило, є складовою контракту і являє собою попередню домовленість сторін про те, що у випадку виникнення між ними певного спору за основним контрактом, вони будуть врегульовувати шляхом звернення до арбітражного суду, процедуру звернення до якого вони одночасно у той чи інший спосіб у цьому застереженні встановлюють. Детальніше – див. с. 193.

Арбітражний компроміс – вид арбітражної угоди; має місце в тому випадку, коли спір між сторонами з приводу певного правовідношення вже виник і досягається згода, яка передбачає розгляд даного спору в арбітражному порядку. Детальніше – див. с. 193.

Взаємність – принцип правового регулювання в міжнародному приватному праві, що передбачає надання іноземним суб'єктам не меншого обсягу прав, ніж обсяг прав, якими користуються вітчизняні суб'єкти на території відповідної іноземної держави або встановлення для них аналогічних обмежень. Детальніше – див. с. 58.

Визнання (виконання) рішення іноземного суду – поширення законної сили рішення іноземного суду на територію України в порядку, встановленому законом. Детальніше – див. с. 180–182.

Відсилання до права третьої держави – відсилання колізійної норми права іноземної держави, визначеної відповідно до національної колізійної норми, до права третьої держави. Детальніше – див. с. 51–53.

Вибір права – право учасників правовідносин визначити право якої держави підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом. Детальніше – див. **Автономія волі**.

Встановлення підсудності – вибір юрисдикційного органу, який буде врегульовувати певне правовідношення. Детальніше – див. с. 168–170.

Дерогаційний договір – договір, відповідно до якого підлягаючий розгляду даним судом на підставі загальних диспозитивних норм про визначення компетенції суду спір вилучається з сфери його юрисдикції і передається іншому суду. Детальніше – див. с. 170.

Закон найбільш тісного зв'язку (proper law) – в літературі розглядаються як специфічний вид колізійних прив'язок чи принцип колізійного регулювання, що передбачає підпорядкуванню певного правовідношення за участю іноземного елемента правопорядку (законодавству) тієї держави, з яким дане правовідношення найбільш тісно пов'язане (т.з. «гнучке» колізійне регулювання»). На відміну від інших колізійних прив'язок, в даному випадку не передбачені формальні критерії для встановлення компетентного правопорядку (законодавства). Детальніше – див. с. 38–39.

Застереження про публічний порядок – принцип правового регулювання в міжнародному приватному праві, який передбачає незастосування тих положень іноземного законодавства, які суперечать основам законодавства даної держави. Детальніше – див. с. 56–58.

Звичаї міжнародного торгового або ділового обороту – стійкі правила, що склалися у відносинах між фізичними і юридичними особами різних держав в підприємницькій сфері. Особливо велике їх значення в сферах міжнародної торгівлі, міжнародного торгового мореплавства і міжнародних грошових розрахунків. Одні автори розглядають їх як підвид міжнародних звичаїв, а інші – як неформальні правила, що не мають юридичної сили і не можуть бути юридичними джерелами ні міжнародного, ні національного права. Детальніше – див. с. 23–25.

Зворотне відсилання – повторне відсилання колізійної норми права іноземної держави до правопорядку держави, колізійна норма якого відіслала до даного іноземного правопорядку. Детальніше – див. с. 51–53.

Іноземний елемент – ознака, яка характеризує відносини, що підпадають під сферу регулювання міжнародного приватного права, та виявляється в одній або кількох з таких форм: хоча б один учасник правовідносин є іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою; об'єкт правовідносин знаходиться на території іноземної держави; юридичний факт, який

впливає на виникнення, зміну або припинення правовідносин, мав чи має місце на території іноземної держави. Детальніше – див. с. 10.

Колізійна норма – це норма, яка визначає, право якої країни необхідно застосовувати при визначенні прав і обов'язків сторін у правовідносинах, ускладнених іноземним елементом. Детальніше – див. с. 33–34.

Колізійна проблема – це питання, пов'язане з вибором норми права, що підлягає застосуванню до певного правовідношення. До сфери міжнародного приватного права належать т.з. «міжнародні колізії», які пов'язані з визначенням національного правопорядку (законодавства), котрим слід врегульовувати відносини за участю іноземного елемента. Детальніше – див. с. 31–33.

Колізійний (відсилочний) метод – спеціальний (юридично-технічний) метод правового регулювання, що застосовується у міжнародному приватному праві. Особливість цього методу полягає у тому, що при його застосуванні відповідні відносини не врегульовуються по-суті, проте виникає можливість визначити, яким саме національним правопорядком (законодавством) вони повинні регулюватись. Детальніше – див. с. 31–33.

Колізія колізій – суперечність між колізійними нормами різних держав з приводу регулювання одних і тих же правовідносин. Детальніше – див. с. 32.

Конфлікт юрисдикцій (конкуренція юрисдикцій) – ситуація в практиці міжнародних приватно-правових відносин, коли стосовно одного і того ж спору оголошуються себе компетентними судові установи двох або більше країн. Детальніше – див. с. 170.

Матеріально-правовий (прямий) метод – спеціальний (юридично-технічний) метод правового регулювання, що застосовується у міжнародному приватному праві. Особливість цього методу полягає у тому, що при його застосуванні відповідні відносини врегульовуються по-суті за допомогою спеціальних норм, створених для врегулювання правовідносин, ускладнених іноземним елементом. Детальніше – див. с. 39–41.

Міжнародна підсудність – компетенція судових органів певної держави на розгляд конкретної цивільної справи з іноземним елементом, яка встановлюється внутрішнім (національним) законодавством певної держави та її міжнародними договорами. Детальніше – див. с. 168–170.

Міжнародний договір України – чинний міжнародний договір України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Детальніше – див. с. 20–23.

Міжнародний звичай – див. **Правовий звичай**.

Міжнародний комерційний арбітраж – цей термін не має єдиного тлумачення, ним може позначатись: в цілому механізмі розгляду комерційних спорів; орган (організація), що здійснює розгляд комерційних спорів; конкретний склад арбітрів (або одноособово арбітр), що розглядає конкретний комерційний спір. Детальніше – див. с. 188–189.

Міжнародний цивільний процес – у найбільш загальному розумінні його можна розглядати як сукупність правових норм, що регулюють питання цивільного судочинства з іноземним елементом. Детальніше – див. с. 167–168.

Міжнародне приватне право – комплекс правових норм, які регулюють приватно-правові відносини, що мають міжнародний характер. Традиційно розглядається як правова наука та навчальна дисципліна, а рядом науковців – також як самостійна галузь права. Детальніше – див. с. 9–10.

Національна імплементація – див. **Трансформація**.

Обсяг (об'єм) – частина колізійної норми, яка вказує склад відносин, для врегулювання яких застосовується дана колізійна норма. Детальніше – див. с. 33.

Обхід закону – застосування до правовідносин з іноземним елементом права іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством. Детальніше – див. с. 53–54.

Правова кваліфікація – визначення права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом. Детальніше – див. с. 48–51.

Правовий звичай – правило поведінки, що фактично склалось на протязі певного часу, яке офіційно визнане (санкціоноване) державою в якості загальнообов'язкової норми права. Детальніше – див. с. 23–25.

Правовий режим – у міжнародному приватному праві цим терміном позначають засади, принципи, на яких будується правосуб'єктність іноземців, осіб без громадянства, а також іноземних юридичних осіб у державі перебування. Детальніше – див. с. 59–60.

Приватно-правові відносини – відносини, які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, суб'єктами яких є фізичні та юридичні особи. Детальніше – див. с. 10.

Прив'язки (формула прикріплення) – частина колізійної норми, яка вказує на закон або правову систему, що підлягають застосуванню до конкретного правовідношення (наприклад – *lex fori*: «закон суду»). Детальніше – див. с. 33.

Пророгаційний договір – договір, відповідно до якого непідсудний за загальними диспозитивними нормами щодо визначення компетенції даного суду спір стає йому підсудним. Детальніше – див. с. 170.

Судова практика – в широкому розумінні може тлумачитись як сукупність усіх судових рішень, винесених відповідними судовими органами за певний проміжок часу в цілому або по певній категорії справ. У вузькому розумінні під судовою практикою розглядають лише прецеденти – рішення судів, яким надається юридично обов'язкова сила для врегулювання усіх аналогічних відносин. Детальніше – див. с. 25–26.

Трансформація – у міжнародному приватному праві розглядається як процес включення міжнародно-правових норм (норм міжнародних договорів) в національну правову систему; також в літературі може позначатись як «національна імплементація». Детальніше – див. с. 20–22.

Узвичаєння – див. **Звичаї міжнародного торгового або ділового обороту**.

Уніфікація права – процес створення однакових, одноманітних норм у внутрішньому праві різних держав. На міжнародно-правовому рівні проявляється у досягненні згоди між державами з приводу одноманітного регулювання певних відносин, що оформляється відповідним міжнародним договором. Детальніше – див. с. 41–44.

Шкутильгаючі (кульгаючі) правовідносини – цим терміном у міжнародному приватному праві позначають правовідносини, що визнаються правопорядком (законодавством) однієї держави та не визнаються або по-іншому кваліфікуються правопорядком (законодавством) іншої держави. Детальніше – див. с. 32.

ПЕРЕЛІК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Чубарев В. Л.* Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
2. *Богуславский М. М.* Международное частное право: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. / М. М. Богуславский. – М.: Юрист, 1999. – 408 с.
3. *Толочко О. Н.* Принципы международного частного права / О. Н. Толочко // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2001. – № 2. – С. 24–29.
4. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В. А., Білоусов Є. М., Гайворонський В. М. та ін.] / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
5. Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.] / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
6. Міжнародне приватне право: навч. посібник / За ред. С. Г. Кузьменка. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – 316 с.
7. *Ковалева Т. М.* Международное частное право: Методические рекомендации, программа по изучению курса для студентов юридического факультета / Т. М. Ковалева. – Калининград: Калинингр. ун-т, 1999. – 20 с.
8. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. вищ. юрид. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.
9. *Фединяк Г. С.* Міжнародне приватне право: Підручник / Г. С. Фединак, Л. С. Фединак. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с.
10. *Шлянцев Д. А.* Международное право: курс лекций / Д. А. Шлянцев. – М.: Юстицинформ, 2006. – 256 с.
11. Міжнародно-правове співробітництво у цивільних та кримінальних справах // Офіційний сайт Міністерства юстиції України [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/>
12. *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства: Учебник для вузов / В. С. Нерсесянц. – Издательская группа НОРМА – ИНФРА-М, Москва, 1999. – 552 с.
13. *Кудашкин В. В.* Актуальные вопросы международного частного права / В. В. Кудашкин. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 160 с.
14. Теория государства и права. Курс лекций / [Байтин М. И., Григорьев Ф. А., Зайцев И. М. и др.]; под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М.: Юрист, 1997. – 672 с.

15. *Иншакова А. О.* Международное частное право: Учебно-методическое пособие / А. О. Иншакова. – Волгоград: Издательство Волгоградского государственного университета, 2002. – 244 с.
16. *Розенберг М. Г.* Исковая давность в международном коммерческом обороте: практика применения / М. Г. Розенберг. – М.: Статут, 1999. – 144 с.
17. *Зенин И. А.* Гражданское и торговое право капиталистических стран: Учебное пособие / И. А. Зенин. – М.: Изд-во МГУ, 1992. – 187 с.
18. *Кибенко Е. Р.* Международное частное право: Учебно-практическое пособие / Е. Р. Кибенко. – Х.: Эспада, 2003. – 512 с.
19. Гражданское и торговое право капиталистических государств / [кол. авторов] / под ред. Е. А. Васильева – М.: Международные отношения, 1993. – 554 с.
20. Очерки международного частного права / [Довгерт А. С., Бирюков А. О. и др.]; под ред. А. С. Довгерта. – Х.: Одиссей, 2007. – 816 с.
21. *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право: Учебник / И. В. Гетьман-Павлова. – М.: Изд-во ЭКСМО, 2005. – 752 с.
22. Гражданское право. Ч. I. Учебник / [кол. авторов]; под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. – М.: ТЕИС, 1996. – 552 с.
23. *Ефимова Л. Г.* О соотношении вещных и обязательственных прав / Л. Г. Ефимова // Государство и право. – 1998. – № 10. – С. 35–44.
24. *Шупінська О.* Міжнародно-правові механізми захисту права власності: практика Європейського суду з прав людини // Юридичний журнал. – № 11. – 2008 [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/>
25. *Мережко О. О.* Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права / Олександр Мережко. – К.: Юстиніан, 2010. – 320 с.
26. *Посеєдник В. В.* Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навч. посібник / В. В. Посеєдник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 288 с.
27. Транснаціональні корпорації: навчальний посібник / [В. Рокоча, О. Плотніков, В. Новицький та ін.] – К.: Таксон, 2001. – 304 с.
28. *Розенберг М. Г.* Контракт международной купли-продажи: Современная практика заключения; Разрешение споров / М. Г. Розенберг. – Изд. 5-е. – М., Книжный мир, 2007. – 1040 с.
29. Міжнародний цивільний процес України: Навчальний посібник. Практикум / [Фурса С. Я., Притика Ю. Д., Кармаза О. О. та ін.] / За ред. Фурси С. Я. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2010. – 328 с.
30. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / [Побірченко І. Г., Винокурова Л. Ф. та ін.]; Під загальною ред. І. Г. Побірченка. – К.: Ін Юре, 2007. – 584 с.

31. Цірат Г. А. Міжнародний комерційний арбітраж / Г. А. Цірат. – К.: Істина, 2002. – 304 с.

32. Міжнародне приватне право. Актуальні проблеми / [Довгерт А.С., Бірюков О.І., Варшаломідзе Л. Г. та ін.] / За ред. проф. А. С. Довгерта. – К.: Укр. центр правничих студій, 2001. – 334 с.

33. Юлдашев О.Х. Міжнародне приватне право: Теоретичні та прикладні аспекти / О.Х. Юлдашев. – К.: МАУП, 2004. – 576 с.

34. Галущенко В. Г. Міжнародні договори України про правову допомогу в цивільних справах і внутрішнє законодавство: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр.наук: спец. 12.00.03 / В. Г. Галущенко. – К., 2001. – 18 с.

35. Кармаза О. О. Міжнародне спадкове право: Науково-практичний посібник / О. О. Кармаза. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. – 328 с.

36. Шинкаренко Т. І. Дипломатичний протокол та етикет / Т. І. Шинкаренко. – К., 2007. – 296 с.

Навчальне видання

Мироненко Ігор Віталійович

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Навчальний посібник

Керівник видавничих проєктів
Комп'ютерна верстка
Обкладинка

О. В. Діордійчук
Д. М. Алексєєв
Д. М. Алексєєв

Підписано до друку 07.12.2012. Формат 60 x 84¹/₁₆.
Папір офсетний. Гарнітура Times New Roman.
Друк офсетний. Умовн. друк. арк. 16,74.

Видавництво «Алерта»
04210, м. Київ, а/с 112.
Тел.: (044) 223-15-25, 223-15-30.
E-mail: alerta@ukr.net, сайт: www.alerta.kiev.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 788 від 29.01.2002.