

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ  
НАЦІОНАЛЬНА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ УКРАЇНИ  
імені ЯРОСЛАВА МУДРОГО

## **МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО**

Підручник

За редакцією професора *В. П. Жушмана*  
та доцента *І. А. Шуміло*

*Затверджено Міністерством освіти і науки України  
як підручник для студентів юридичних вищих  
навчальних закладів*

Харків  
«Право»  
2011

ББК 67.312.2я73

М 58

*Затверджено Міністерством освіти і науки України  
(лист № 1/11-1233 від 26.02.2010 р.)*

*Рекомендовано вченою радою Національної юридичної академії України  
імені Ярослава Мудрого (протокол № 3 від 25 вересня 2009 р.)*

**Рецензенти:**

*Р. Б. Шишка, доктор юридичних наук, професор,  
В. Л. Яроцький, доктор юридичних наук, професор,  
С. М. Бервено, доктор юридичних наук, доцент*

**Колектив авторів:**

*О. М. Батигіна, канд. юрид. наук — п. 3.2 розд. IV (у співавт. з І. М. Жуковим);  
В. А. Бігун, канд. юрид. наук, доц. — розд. XI; С. М. Білоусов, канд. юрид. наук, доц. —  
розд. II; розд. V–VI (у співавт. з І. М. Жуковим), § 1–5 розд. VII; І. М. Жуков, канд.  
юрид. наук — § 3 розд. IV (у співавт. з О. М. Батигіною), розд. V–VI (у співавт. з  
С. М. Білоусовим); В. П. Жушман, канд. юрид. наук, проф. — розд. I (у співавт.  
з І. А. Шуміло); В. М. Корнієнко, канд. юрид. наук, доц. — § 7 розд. III (у співавт. з  
Н. В. Погорецькою); Г. С. Корнієнко, канд. юрид. наук — розд. X (у співавт. з  
О. М. Туєвою); В. В. Комаров, канд. юрид. наук, проф. — розд. XII; Т. В. Курман, канд.  
юрид. наук, доц. — § 1 розд. IV (у співавт. з В. Ю. Уркевичем), розд. IX;  
Н. В. Погорецька, канд. юрид. наук, доц. — розд. III; § 7 розд. III (у співавт. з  
В. М. Корнієнко); В. Ю. Полатай, канд. юрид. наук — § 7 розд. VII; О. П. Радчук, канд.  
юрид. наук, доц. — § 6 розд. VII, розд. VIII; А. М. Статівка, д-р юрид. наук, проф. —  
п. 2.6 § 2 розд. IV; О. М. Туєва, канд. юрид. наук. — розд. X (у співавт. з Г. С. Корнієнко);  
В. Ю. Уркевич, д-р юрид. наук, доц. — § 1 розд. IV (у співавт. з Т. В. Курман);  
Ж. А. Чевичалова, канд. юрид. наук — § 8 розд. VII; І. А. Шуміло, канд. юрид. наук,  
доц. — розд. I (у співавт. з В. П. Жушманом); пп. 2.1–2.5 § 2 розд. IV*

**Міжнародне приватне право** : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / за  
М 58 ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло. — Х. : Право, 2011. — 320 с.

ISBN 978-966-458-168-1

У підручнику, підготовленому відповідно до програми навчальної дисципліни «Міжнародне приватне право» Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, висвітлено загальні засади, що характеризують природу та специфіку цієї галузі права, а також розглянуто основні підгалузі та інститути: право власності, право інтелектуальної власності, правочини та зобов'язання, трудові, шлюбно-сімейні та спадкові відносини. Значну увагу приділено питанням міжнародного цивільного процесу та міжнародного комерційного арбітражу.

Навчальний матеріал викладено на основі аналізу сучасного законодавства України, міжнародних договорів у галузі співробітництва з приватноправових питань та судової практики.

Для студентів, аспірантів і викладачів юридичних вищих навчальних закладів і факультетів та інших навчальних закладів.

**ББК 67.312.2я73**

ISBN 978-966-458-168-1

© Колектив авторів, 2011

© «Право», 2011

## Зміст

Перелік умовних скорочень .....	7
---------------------------------	---

Передмова .....	9
-----------------	---

### ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА

<b>Розділ I. Поняття міжнародного приватного права .....</b>	<b>11</b>
--	-----------

§ 1. Поняття та предмет міжнародного приватного права .....	11
§ 2. Методи міжнародного приватного права .....	14
2.1. Колізійно-правовий метод .....	15
2.2. Матеріально-правовий метод .....	17
§ 3. Система міжнародного приватного права .....	18
§ 4. Історія науки міжнародного приватного права .....	19
Контрольні запитання .....	24

### **Розділ II. Джерела (форми) міжнародного приватного права**

§ 1. Поняття та види джерел (форм) міжнародного приватного права .....	25
§ 2. Міжнародні договори у галузі міжнародного приватного права .....	26
§ 3. Внутрішнє законодавство держав .....	30
§ 4. Правові звичаї .....	33
§ 5. Судова та арбітражна практика. Доктрина .....	34
§ 6. Концепція <i>lex mercatoria</i> .....	36
§ 7. Уніфікація та гармонізація норм міжнародного приватного права .....	38
Контрольні запитання .....	42

### **Розділ III. Загальні засади правозастосування в міжнародному приватному праві**

§ 1. Колізійні норми у міжнародному приватному праві: поняття та структура .....	43
§ 2. Види колізійних норм та основні формули прикріплення .....	46
§ 3. Кваліфікація колізійної норми. Конфлікт кваліфікацій .....	55
§ 4. Зворотнє відсилання та відсилання до права третьої країни .....	59
§ 5. Обхід закону .....	61
§ 6. Встановлення змісту та застосування іноземного права .....	64
§ 7. Застереження про публічний порядок та імперативні норми в міжнародному приватному праві .....	66
§ 8. Взаємність та реторсія .....	71
Контрольні запитання .....	73

## **Розділ IV. Суб'єкти міжнародного приватного права**

§ 1. Фізичні особи в міжнародному приватному праві .....	74
1.1. Загальні засади правового статусу фізичних осіб як суб'єктів міжнародного приватного права .....	74
1.2. Поняття та колізійні питання громадянства .....	76
1.3. Іноземці за законодавством України .....	79
1.4. Правоздатність іноземців в Україні .....	85
1.5. Дієздатність іноземців в Україні .....	88
1.6. Визнання іноземця безвісно відсутнім чи оголошення його померлим ..	91
1.7. Правове становище громадян України за кордоном .....	92
§ 2. Юридичні особи в міжнародному приватному праві .....	95
2.1. Загальна характеристика правового статусу юридичних осіб у міжнародному приватному праві .....	95
2.2. Поняття особистого закону юридичної особи .....	98
2.3. Правове становище іноземних юридичних осіб в Україні .....	102
2.4. Особливості правового статусу транснаціональних корпорацій ...	106
2.5. Особливості створення і діяльності офшорних компаній .....	112
2.6. Міжнародні юридичні особи .....	115
§ 3. Держава як суб'єкт міжнародного приватного права .....	116
3.1. Особливості участі держави в міжнародних приватних відносинах. Поняття та види імунітету .....	116
3.2. Законодавство України та міжнародні угоди з питань державного імунітету .....	121
Контрольні запитання .....	124

## **ОСОБЛИВА ЧАСТИНА**

### **Розділ V. Право власності у міжнародному приватному праві**

§ 1. Особливості правового регулювання відносин власності у міжнародному приватному праві .....	125
§ 2. Колізійні питання права власності. Виникнення і припинення права власності та інших речових прав .....	129
§ 3. Право власності та інші речові права на рухоме майно, що перебуває в дорозі .....	134
§ 4. Правове регулювання іноземних інвестицій у міжнародному приватному праві .....	136
§ 5. Правове становище власності України за кордоном .....	145
Контрольні запитання .....	151

### **Розділ VI. Інтелектуальна власність у міжнародному приватному праві**

§ 1. Міжнародно-правова охорона авторських прав .....	152
§ 2. Основні міжнародні угоди щодо охорони авторських і суміжних прав ...	153

§ 3. Промислова власність та її міжнародна охорона .....	157
§ 4. Угода СОТ щодо торговельних аспектів прав інтелектуальної власності .....	159
Контрольні запитання .....	160

## **Розділ VII. Правочини та зобов'язання в міжнародному приватному праві**

§ 1. Поняття та види правочинів з іноземним елементом .....	161
§ 2. Форма і зміст правочину. Сфера дії права, що застосовується до правочину .....	163
§ 3. Особливості колізійного регулювання договірних зобов'язань у міжнародному приватному праві .....	168
§ 4. Договір міжнародної купівлі-продажу товарів .....	170
§ 5. Загальна характеристика угод СОТ щодо міжнародної торгівлі .....	176
§ 6. Договір міжнародного перевезення вантажів, пасажирів та їх багажу .....	178
6.1. Поняття міжнародних перевезень .....	178
6.2. Міжнародні морські перевезення .....	181
6.3. Міжнародні залізничні перевезення .....	186
6.4. Міжнародні автомобільні перевезення .....	189
6.5. Міжнародні повітряні перевезення .....	197
6.6. Міжнародні річкові перевезення .....	199
6.7. Міжнародні змішані перевезення .....	200
§ 7. Позадовісні зобов'язання у міжнародному приватному праві .....	202
7.1. Поняття та зміст позадовісних зобов'язань у міжнародному приватному праві .....	202
7.2. Колізійне регулювання деліктних зобов'язань .....	204
7.3. Особливості відшкодування шкоди, завданої іноземною державою .....	212
§ 8. Представництво, довіреність та позовна давність у міжнародному приватному праві .....	214
8.1. Види представництва в міжнародному приватному праві .....	214
8.2. Колізійні та матеріально-правові норми щодо позовної давності .....	216
Контрольні запитання .....	218

## **Розділ VIII. Трудові відносини в міжнародному приватному праві**

§ 1. Загальна характеристика трудових відносин у міжнародному приватному праві .....	219
§ 2. Колізійне регулювання міжнародних трудових відносин .....	222
§ 3. Міжнародно-правове регулювання праці .....	223
§ 4. Працевлаштування іноземців в Україні .....	227
§ 5. Трудові права українських громадян за кордоном .....	232
§ 6. Правове регулювання праці співробітників міжнародних та міжурядових організацій .....	234
Контрольні запитання .....	236

## **Розділ IX. Шлюбно-сімейні відносини в міжнародному приватному праві**

§ 1. Особливості правового регулювання шлюбно-сімейних відносин у праві різних держав .....	237
§ 2. Колізійне регулювання укладання та розірвання шлюбу в міжнародному приватному праві .....	241
§ 3. Майнові відносини подружжя в міжнародному приватному праві .....	245
§ 4. Міжнародне усиновлення та його наслідки .....	247
§ 5. Аліментні зобов'язання в міжнародному приватному праві .....	252
Контрольні запитання .....	256

## **Розділ X. Спадкові відносини в міжнародному приватному праві**

§ 1. Основні колізії у спадкуванні за міжнародним приватним правом .....	257
§ 2. Міжнародно-правове регулювання спадкових відносин .....	263
§ 3. Спадкові права іноземців в Україні .....	265
§ 4. Спадкові права українських громадян за кордоном .....	269
§ 5. Правовий режим відумерлої спадщини у міжнародному приватному праві .....	270
Контрольні запитання .....	272

## **Розділ XI. Міжнародний цивільний процес**

§ 1. Поняття міжнародного цивільного процесу та його джерела .....	273
§ 2. Правове становище іноземних осіб у цивільному процесі .....	279
§ 3. Міжнародна підсудність (юрисдикція) цивільних справ з іноземним елементом .....	284
§ 4. Іноземні судові доручення .....	289
§ 5. Визнання та примусове виконання іноземних судових рішень .....	294
Контрольні запитання .....	302

## **Розділ XII. Міжнародний комерційний арбітраж**

§ 1. Поняття і види міжнародного комерційного арбітражу .....	303
§ 2. Міжнародно-договірна уніфікація комерційного арбітражу .....	305
§ 3. Міжнародні регламенти, типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж ЮНСІТРАЛ .....	308
§ 4. Арбітражна угода та компетенція міжнародного комерційного арбітражу .....	310
§ 5. Арбітражні рішення. Виконання рішень .....	311
Контрольні запитання .....	314

<b>Рекомендована література .....</b>	<b>315</b>
---------------------------------------	------------

## Перелік умовних скорочень

### 1. Нормативні акти України

- ГК** — Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р.  
**ГПК** — Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р.  
**КЗпП** — Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р.  
**КТМ** — Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р.  
**СК** — Сімейний кодекс України від 10 січня 2003 р.  
**ЦК** — Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р.  
**ЦПК** — Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р.

### 2. Міжнародні договори

- КАПП** — Конвенція про договір міжнародного автомобільного перевезення пасажирів і багажу від 1 березня 1973 р.  
**КДПВ** — Конвенція про договір міжнародного автомобільного перевезення вантажу від 19 травня 1956 р.  
**КМКПТ** — Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р.  
**Конвенція МДП** — Митна конвенція про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП від 14 листопада 1975 р.  
**КОТІФ** (фр. *Convention relative aux transports internationaux ferroviaires*) — Конвенція про міжнародні залізничні перевезення від 9 травня 1980 р.  
**КППВ** — Конвенція про договір міжнародного перевезення пасажирів та багажу внутрішніми водними шляхами від 1 травня 1976 р.

### 3. Інші скорочення

- ВОІВ** — Всесвітня організація інтелектуальної власності  
**ЄС** — Європейський Союз  
**ЄЕК** — Економічна комісія ООН для Європи  
**ЄКАДС** — Економічна комісія ООН для Азії та Далекého Сходу  
**ІКАО** — Міжнародна організація цивільної авіації

- ІМО** — Міжнародна морська організація
- МАК** — Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України
- МАГАТЕ** — Міжнародна агенція з ядерної енергетики
- МБРР** — Міжнародний банк реконструкції та розвитку
- МВФ** — Міжнародний валютний фонд
- МДП** — міжнародне дорожнє перевезення
- МКАС** — Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України
- МОП** — Міжнародна організація праці
- МПП** — міжнародне приватне право
- МТП** — Міжнародна торговельна палата
- МЦП** — міжнародний цивільний процес
- ООН** — Організація Об'єднаних Націй
- ОТІФ** (фр. *Organisation Intergouvernementale pour les Transports Internationaux Ferroviaires*) — Міжурядова організація міжнародних залізничних перевезень
- СНД** — Співдружність Незалежних Держав
- СОТ** — Світова Організація Торгівлі
- ТНК** — транснаціональна корпорація
- УНІДРУА** — Міжурядова організація «Міжнародний інститут уніфікації приватного права»
- ЮНКТАД** (англ. *United Nations Conference on Trade and Development*) — Конференція ООН з торгівлі та розвитку
- ЮНСІТРАЛ** (англ. *United Nations Commission on International Trade Law*) — Комісія ООН з права міжнародної торгівлі



## Передмова

Формування відкритого демократичного суспільства, економічні реформи та інші глибокі перетворення, які відбулися в нашій країні за роки незалежності, відкрили перед громадянами України та суб'єктами господарювання нові можливості для участі у приватних відносинах міжнародного характеру. Притаманне сьогоденню стрімке збільшення трансграничних зв'язків фізичних та юридичних осіб зумовлює зростання уваги до такої галузі, як міжнародне приватне право, з боку не тільки правової науки, але й законодавства та юридичної практики. Прискорений розвиток і вдосконалення цієї галузі спостерігаються в усіх країнах світу, адже глобальна система торгівлі, фінансів та виробництва тісно пов'язує між собою інтереси окремих людей, підприємств та держав. У програмних документах ООН відзначається, що у світі «де люди все більше взаємодіють, виходячи за межі національних кордонів, особливо важливо, щоб існували процедури, які регулюють приватноправові відносини міжнародного характеру»<sup>1</sup>.

З огляду на світовий досвід, а також об'єктивний процес глобалізації економічного та соціального життя 23 червня 2005 р. прийнято Закон України «Про міжнародне приватне право», де вперше комплексно врегульовано питання міжнародного цивільного та торгового обігу, встановлено низку нових для вітчизняного права інститутів і юридично-технічних засобів.

У теперішній час жоден правник, незалежно від роду своєї професійної діяльності, не може обійтися без ґрунтовних знань міжнародного приватного права. Тому ця навчальна дисципліна

---

<sup>1</sup> Доповідь Генерального секретаря ООН «Порядок денний для Розвитку» від 6 травня 1994 р. [Електронний ресурс] // Офіц. сайт документації ООН – Режим доступу: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/209/24/img>

є невід'ємною складовою юридичної вищої освіти та їй приділяється велика увага у провідних правничих школах України та світу.

МПП давно сформувалося як самостійна галузь національного права та як самостійна навчальна дисципліна. Характерною рисою цієї галузі є її тісний зв'язок із приватним правом іноземних держав та міжнародним публічним правом, тому основні методи вивчення МПП — системний аналіз та порівняльне правознавство. Традиційно МПП вважається однією із найскладніших для сприйняття навчальних дисциплін, адже без фундаментальних знань теорії держави і права, римського приватного права, міжнародного публічного права, а також таких галузей національного права, як цивільне, сімейне, трудове, цивільне процесуальне, опанувати МПП неможливо.

Пропонований підручник підготовлено відповідно до програми навчальної дисципліни «Міжнародне приватне право», затверджені вченою радою Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, колективом викладачів зазначеного навчального закладу.

При підготовці видання авторський колектив проаналізував чинне законодавство України та багатьох іноземних держав, матеріали судової та арбітражної практики, а також дослідив праці відомих українських і зарубіжних учених у галузі міжнародного приватного права, серед яких: В. М. Корецький, Л. А. Лунц, Л. П. Ануфрієва, М. М. Богуславський, І. В. Гетьман-Павлова, Г. К. Дмитрієва, А. С. Довгерт, В. І. Кисіль, О. О. Мережко, Г. С. Фединак, Л. С. Фединак та ін.

Авторський колектив ставив перед собою завдання стисло та доступно викласти загальні положення, що характеризують природу та специфіку міжнародного приватного права, його основні інститути та підгалузі, висвітлити актуальні проблеми правозастосування у цій сфері. Підручник складається з двох розділів: «Загальна частина» та «Особлива частина». Автори сподіваються, що ретельне вивчення матеріалів пропонованого видання допоможе студентам та аспірантам юридичних вищих навчальних закладів, а також усім, хто цікавиться зазначеною проблематикою, скласти професійне уявлення про основні засади МПП.

# ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА

## Розділ I

---

### Поняття міжнародного приватного права

#### § 1. Поняття та предмет міжнародного приватного права

Україна активно і повномасштабно входить до світового співтовариства, розвиває тісні зв'язки з іншими країнами в єдиній міжнародній спільноті. Економічне, політичне та культурне співробітництво між державами виражається у різноманітних відносинах, що складаються як між самими країнами, так і між окремими громадянами, громадськими об'єднаннями, суб'єктами господарювання.

У сучасному світі виокремлюють *національні правові системи*, що існують у межах юрисдикцій суверенних держав, та *систему міжнародного права*, що складається з норм, які є загальними та обов'язковими для всіх країн. Відносини, що виникають між державами та міжнародними організаціями, становлять сферу регулювання міжнародного публічного права. Відносини, що виникають між національними суб'єктами права в межах певної країни, регулюються нормами внутрішнього законодавства даної держави. Але постає запитання: що ж становить правову основу для регулювання приватних відносин, які виникають між фізичними та юридичними особами різних країн або між окремими державами та іноземними громадянами чи підприємствами? Таке запитання дедалі частіше виникає у практиці правозастосування, адже сучасні приватноправові відносини відзначаються інтернаціоналізацією та глобалізацією — постійно зростає кількість правочинів у процесі міжнародної торгівлі; посилюється міграція населення та робочої сили, внаслідок чого виникають відносини з укладання та розірвання «змішаних» шлюбів, здійснення іноземних усиновлень, отримання спадку за кордоном,

стягнення шкоди, завданої в результаті дорожньо-транспортних пригод та інших випадків, що мали місце в іноземній державі, тощо. Зазначені відносини виходять за межі юрисдикції однієї держави, набувають міжнародного характеру, отже, виникає необхідність у їх комплексному врегулюванні з урахуванням особливостей національних правових систем різних держав. Єдиною галуззю, призначеною для правового регулювання приватноправових відносин, що виникають у процесі міжнародного обігу, є МПП.

*Предмет регулювання МПП — це приватноправові відносини, ускладнені іноземним елементом.*

Відповідно до п. 2 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право»<sup>1</sup> *іноземним елементом* вважається ознака, яка характеризує приватноправові відносини та виявляється в одній або декількох з таких форм:

- 1) хоча б один учасник (*суб'єкт*) правовідносин є іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою;
- 2) *об'єкт* правовідносин знаходиться на території іноземної держави;
- 3) *юридичний факт*, який впливає на виникнення, зміну або припинення правовідносин, мав чи має місце на території іноземної держави.

Для того щоб проілюструвати особливості функціонування МПП, слід звернутися до ситуацій, які повсякденно виникають у практиці правозастосування.

Наприклад, громадянка України укладає шлюб із громадянином Судану на території США. У зазначених правовідносинах можна виокремити дві форми іноземного елемента: суб'єкт — одним з подружжя є іноземець (громадянин Судану) та юридичний факт (укладання шлюбу), що мав місце за кордоном. У такому випадку постає низка правових питань: яка установа є компетентною зареєструвати подібний шлюб? Законом якої держави визначатиметься здатність осіб укласти шлюб? Чи буде такий шлюб визнано дійсним на територіях України, Судану або третіх держав?

Або інша ситуація: громадянин України купує у громадянина Росії квартиру із меблями та побутовою технікою на території Російської Федерації. У цьому разі іноземними елементами, що ускладнюють приватні правовідносини, є об'єкт (нерухоме та рухоме майно, що зна-

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

ходиться за кордоном) та суб'єкт — продавець (громадянин РФ). Щодо наведеного прикладу також виникає чимало правових запитань: законодавством якої країни визначатимуться форма і зміст договорів купівлі-продажу нерухомого та рухомого майна? Судовим органам якої з держав можуть бути підсудні спори, що впливатимуть з даного договору? Та багато інших.

Отже, суттєвою ознакою, що дозволяє виділити в окрему категорію зазначені правовідносини, є їхній зв'язок з правопорядками двох чи більше країн.

Термін «міжнародне приватне право» використовується у правовій науці, законодавстві та судочинстві понад 150 років<sup>1</sup>, але й донині він викликає спори серед науковців, насамперед щодо двох складових елементів — «міжнародне» і «приватне».

По-перше, в контексті поняття «міжнародне приватне право» термін «міжнародне» має специфічне значення. Адже традиційно під міжнародним правом розуміють сукупність загальнообов'язкових принципів та норм, що, як правило, закріплені в міжнародних угодах і є спільними для всіх країн, тобто знаходяться поза межами окремої держави. Коли йдеться про МПП, то термін «міжнародне» означає, що воно регулює відносини, які не замикаються у межах однієї країни, а містять іноземний елемент. МПП є галуззю національного права, і кожна держава має свою власну, відмінну від інших систему норм МПП.

По-друге, чимало дискусій викликає вживання у назві цієї галузі терміна «приватне», адже сімейні, трудові, господарські відносини, що виникають між особами, мають також публічно-правовий аспект, який часто зумовлює появу таких відносин і не може розглядатися у відриві від них.

Отже, термін «приватне» в даному випадку тлумачиться більш широко й означає, що під сферу дії МПП підпадають відносини *приватного характеру*, учасники яких автономні та юридично рівноправні, на відміну від публічних відносин, де присутній елемент підпорядкування одного суб'єкта іншому.

Слід зазначити, що науковці протягом десятиліть намагалися більш адекватно відобразити у назві цієї галузі специфіку правовідносин, що

<sup>1</sup> Уперше термін «міжнародне приватне право» було запропоновано членом Верховного суду США Джозефом Сторі у 1834 р. у роботі «Коментар до конфлікту законів», а потім він дістав поширення у країнах Європи. Докладніше про це див.: Мережко, А. А. Наука міжнародного частного права: история и современность [Текст] / А. А. Мережко. – К. : Таксон, 2006. – С. 198–202.

нею регулюються. Так, видатний український правознавець В. М. Корецький навів перелік близько 50 найменувань, що пропонувалися в літературі у 20-х роках минулого століття: міжнародне цивільне право; міжнародне господарське право; розмежувальне право; теорія конфлікту законів у галузі приватного права; конфліктне право тощо<sup>1</sup>. У сучасних дослідженнях пропонуються поняття транснаціонального права, трансмуніципального права та інших.

Але на сьогодні практично повсюди використовується поняття «міжнародне приватне право» (International Private Law (англ.); Internationalen Privatrechts (нім.); Droit International Privé (фр.); Diritto Intemazionale Private (італ.), хоча сфера його дії, місце в правовій системі, предмет регулювання та інші важливі питання по-різному визначаються у праві та судовій практиці різних держав.

## ■ § 2. Методи міжнародного приватного права

Під методом правового регулювання розуміють комплекс взаємопов'язаних засобів юридичного впливу на певну сферу суспільних відносин. Питання методу з погляду загальної теорії права є одним з головних для будь-якої системи норм, що виокремлюється як самостійна галузь права, адже він демонструє юридичну своєрідність галузі, її відмінність від інших. Коли йдеться про методи регулювання в МПП, то маються на увазі спеціальні методи, які характеризують саме цю галузь, підкреслюють її особливість. У той же час, оскільки предметом регулювання МПП виступають відносини приватного характеру, не можна заперечувати дії загальних методів, які використовуються в інших галузях приватного права і відзначаються диспозитивністю, рівністю та автономією волі сторін. Але загальний диспозитивний метод регулювання відносин приватного характеру не є визначальним для МПП як самостійної галузі. Цю роль відіграють спеціальні методи, притаманні МПП: *колізійно-правовий* та *матеріально-правовий*.

---

<sup>1</sup> Корецький, В. М. Очерки международного хозяйственного права [Текст] / В. М. Корецький // тр. каф. «Проблемы современного права» правового фак. Харьк. ин-та нар. хоз-ва.— Харьков, 1928. — Вып. 1.

## 2.1. Колізійно-правовий метод

Приватноправові відносини, що містять іноземний елемент, мають юридичний зв'язок із правопорядками двох чи більше країн, тому під час їх регулювання виникає так звана *колізія*<sup>1</sup> правових систем держав, з якими пов'язані суб'єкти чи об'єкти правовідносин, або ж юридичні факти, що вплинули на їхнє виникнення, зміну чи припинення. При цьому правове регулювання одних і тих самих правовідносин у країнах світу настільки відрізняється, що юридичні наслідки застосування того чи іншого правопорядку можуть призвести до прямо протилежних наслідків. Особливо це стосується таких сфер, як родинні стосунки, спадкування, відшкодування матеріальної та моральної шкоди тощо. Ці відмінності докладно аналізуються в Особливій частині МПП.

Таким чином, основною проблемою МПП є проблема *вибору* між правовими системами декількох країн, що «стикаються», — колізують одна з другою. Цей вибір є досить складним завданням, він не може здійснюватися довільно, на погляд судових установ, оскільки мають бути враховані інтереси всіх зацікавлених сторін, принципи міжнародного співробітництва, приписи законодавства.

Вибір права за наявності колізії між правопорядками різних держав можливий завдяки наявності в актах національного та міжнародного законодавства спеціальних правил — *колізійних норм*, що містять найбільш доцільний у тій чи іншій ситуації спосіб розв'язання колізії.

Отже, спеціальним методом регулювання в МПП є *колізійно-правовий метод*, коли вплив на суспільні відносини відбувається за допомогою *колізійних норм*, які містять *правила вибору належного правопорядку та відсилають регулювання певних відносин до матеріального права конкретної держави*.

Колізійно-правовий метод також називають *відсилочним, непрямим*, адже остаточне правило поведінки складеться внаслідок застосування двох норм — колізійної та матеріально-правової, до якої відсилає колізійна.

Колізійно-правовий метод був історично першим у МПП. Поширення колізійних норм пов'язують із розвитком відносин між державними утвореннями середньовічної Європи, в яких на той час уже

---

<sup>1</sup> Колізія (від лат. *Collisio*) – зіткнення.

склалися відокремлені системи приватноправового регулювання. Тому протягом тривалого часу МПП розвивалося лише як колізійне право й дотепер у деяких країнах поряд із терміном «міжнародне приватне право» вживається термін «колізійне», або «конфліктне», право<sup>1</sup>.

Незважаючи на давню історію колізійно-правового методу, його застосування часто пов'язане з істотними труднощами техніко-юридичного характеру, такими як: невизначеність правового регулювання; неможливість встановити зміст норм іноземного права або їхнє невірне тлумачення чи застосування; можливість відмови у виконанні судового рішення внаслідок невірно обраного права тощо.

Деякі із зазначених проблем зумовлені національним характером колізійних норм, тому з кінця XIX ст. розпочався процес *уніфікації*, тобто створення одноманітних колізійних норм шляхом укладання міжнародних договорів. Так, у 1902–1905 рр. у Гаазі були прийняті конвенції, що встановлювали правила розв'язання колізій у родинних стосунках міжнародного характеру (щодо укладання та розірвання шлюбів, опікування над неповнолітніми дітьми, особистих і майнових прав подружжя тощо). Проте ці конвенції не набули поширення, в них беруть участь лише декілька європейських країн. Найбільш вдалим прикладом уніфікації колізійних норм вважається регіональна уніфікація, здійснена у 1928 р. у Гавані на VI Панамериканській конференції шляхом укладання міжнародної угоди між 15 країнами Латинської Америки. Зазначений договір та додаток до нього (відомий як *Кодекс Бустаманте*<sup>2</sup>) значно вплинули на розвиток колізійного права на всіх континентах.

Сьогодні уніфікація колізійних норм здійснюється здебільшого на двосторонній основі у формі укладання договорів про правову допомогу. Україна уклала такі договори більш ніж з 50 країнами світу.

Отже, колізійний метод регулювання здійснюється у двох формах — національно-правовій (колізійні норми внутрішнього законодавства) та міжнародно-правовій (уніфіковані колізійні норми міжнародних договорів).

Із розвитком міжнародного цивільного та комерційного обігу колізійно-правовий метод перестав задовольняти потреби міжнародного

<sup>1</sup> Така позиція збереглася здебільшого в країнах англо-американської правової сім'ї.

<sup>2</sup> Бустаманте, Санчес де Бустаманте-і-Сірвен Антоніо (13.04.1865–24.08.1951) – кубинський юрист та дипломат, професор міжнародного права, автор кодифікації колізійних норм міжнародного приватного права в країнах Латинської Америки.



спілкування, гальмував розвиток відносин, насамперед економічних, між державами. Тому країни прагнули знайти інші засоби та можливості врегулювання приватноправових відносин міжнародного характеру.

## 2.2. Матеріально-правовий метод

Як уже зазначалося, причиною виникнення колізій між правовими системами різних держав є істотні, а іноді принципові відмінності, характерні для національних правових систем світу. Колізійну проблему можна розв'язати шляхом не тільки *вибору* одного з національних правопорядків, що пов'язані з правовідносинами (колізійно-правовий метод), а й створення *спільного одноманітного матеріально-правового регулювання* приватних відносин, що мають міжнародний характер, тобто шляхом уніфікації норм матеріального права.

Матеріально-правові норми, уніфіковані в міжнародній угоді, є правилами поведінки, що застосовуються *безпосередньо* для врегулювання відносин по суті. Наприклад, Конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р.<sup>1</sup> встановлює загальний строк позовної давності за такими договорами у чотири роки, отож, для всіх країн, що ратифікували зазначену Конвенцію, до подібних відносин застосовуватиметься цей строк, хоча у внутрішньому законодавстві України загальний строк позовної давності становить три роки (ст. 257 ЦК України), а, наприклад, у Португалії — 20 років (ст. 309 ЦК Португалії).

Процес уніфікації норм матеріального права став активно розвиватися у другій половині ХХ ст., і на сьогодні більшість відносин у сфері міжнародної торгівлі та галузей, що її обслуговують (міжнародні перевезення, іноземні інвестиції, валютні розрахунки, захист об'єктів права промислової власності тощо), врегульовано нормами міжнародних договорів.

Таким чином, *матеріально-правовий метод* є другим спеціальним методом регулювання МПП. Він заснований на застосуванні матеріально-правових норм, що безпосередньо регулюють права та обов'язки сторін. Цей метод має суттєві переваги порівняно із колізійно-правовим, оскільки значно спрощує та прискорює вирішення справи,

---

<sup>1</sup> Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів від 14.06.1974 р., ратифікована Україною 14.07.1993 р. [Текст] // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 44. – Ст. 2942.

правове регулювання відоме всім сторонам правовідносин, відсутня необхідність застосовувати іноземне право.

Однак незважаючи на всі недоліки колізійного методу, він продовжує залишатися основним щодо регулювання родинних, спадкових, майнових та багатьох інших приватних відносин, ускладнених іноземним елементом.

Отже, міжнародному приватному праву притаманні два спеціальні методи регулювання: колізійно-правовий, що здійснюється у двох формах — національній та міжнародній, і матеріально-правовий, що здійснюється у міжнародно-правовій формі.

### **§ 3. Система міжнародного приватного права**

Поняття «міжнародне приватне право» вживається для визначення галузі права, галузі законодавства, галузі правової науки та навчальної дисципліни. Стосовно системи МПП як галузі права слід зазначити, що в цілому його структура подібна до інших галузей приватного права, хоча й має певні відмінності. МПП складається із Загальної та Особливої частин, які поділяються на окремі інститути, а також включає спеціальну частину, присвячену питанням міжнародного цивільного процесу та міжнародного комерційного арбітражу.

У Загальній частині містяться загальні засади МПП, поняття та механізми застосування колізійних норм, підстави та обмеження у застосуванні іноземного права, порядок встановлення змісту норм іноземного права, визначення правового статусу фізичних та юридичних осіб, держави та міждержавних організацій тощо.

Особлива частина МПП включає окремі інститути цієї галузі: право власності; право інтелектуальної власності; правочини; зобов'язання із заподіяння шкоди; спадкові, шлюбно-сімейні та трудові відносини, ускладнені іноземним елементом.

Відмінною рисою МПП є віднесення до даної галузі питань міжнародного цивільного процесу та міжнародного комерційного арбітражу. Слід зазначити, що наявність іноземного елемента в приватних правовідносинах тягне за собою не тільки матеріальні, а й процесуальні наслідки. Колізія матеріального права різних країн неминує супроводжуватися й колізією юрисдикцій, завжди виникають

питання: суду якої країни підсудний той чи інший спір між суб'єктами, які належать до різних держав; процедура встановлення судом змісту іноземного права; обсяг процесуальних прав іноземців тощо.

У науці МПП здавна існують концепції, які відносять до МПП колізійні питання про вибір права в їх тісному зв'язку із цивільним процесом, зокрема міжнародною підсудністю. І хоча це питання лишається предметом дискусій серед правознавців, у законодавстві переважної більшості країн застосовується комплексний підхід, де проблеми колізії законів та колізії юрисдикцій врегульовано в одному нормативному акті. Такий підхід використано при створенні нових законів про МПП Швейцарії, Австрії, Італії, Угорщини, Чехії та багатьох інших держав. Так само і Закон України «Про міжнародне приватне право» містить розділи «Проведення у справах за участю іноземних осіб», «Підсудність та виконання іноземних судових доручень», «Визнання та виконання рішень іноземних судів».

Отже, узагальнюючи викладене, можна дійти висновку про те, що *міжнародне приватне право — це самостійна галузь національного права, яка є системою колізійних, процесуальних та уніфікованих матеріально-правових норм, що регулюють приватні та цивільно-процесуальні відносини, ускладнені іноземним елементом.*

## § 4. Історія науки міжнародного приватного права

Головними чинниками виникнення такої галузі, як МПП, були інтенсивні комерційні та цивільні відносини між населенням країн та територіальних одиниць, кожна з яких мала власне, відмінне від інших приватне право. Видатний фахівець у галузі МПП Л. А. Лунц зазначив: «При одноманітному цивільному праві таких держав чи областей немає колізійних питань; за відсутності достатньо розвинутого торгового обміну немає підстав ні для розвитку доктрин про права іноземців, ні для виникнення колізійних вчень»<sup>1</sup>. Отже, лише за наявності двох зазначених умов існували підстави для виникнення проблем міжнародного приватного права.

Тривалий час вважалося, що в період античності не могло бути МПП, оскільки тодішні цивілізації не визнавали прав за іноземцями:

<sup>1</sup> Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст] : в 3 т. / Л. А. Лунц. – М. : Спарк, 2002. – Т. 1 : Международное частное право: общая часть. – С. 117.

«війна та рабство іноземцям — ось лозунг давнього теократичного світу»<sup>1</sup>. Але сьогодні все більше дослідників схиляються до думки, що «МПП настільки ж давній феномен соціальної дійсності, як і міжнародна торгівля, оскільки важко уявити міжнародну торгівлю без правил, що її відповідно регулюють (навіть у вигляді звичаїв, що стихійно сформувалися, та принципів природного права)»<sup>2</sup>. Дійсно, зародки норм, подібних до норм МПП, можна знайти і в давньоєгипетських текстах, де передбачалося право іноземців обирати суддів своєї національності; і в Старому Завіті, де вказано, яка частина закону Мойсея застосовується до іноземців, а яка — ні; і в правових актах Стародавньої Греції, де було створено особливу систему юрисдикції для іноземців.

У давньоримському праві суб'єктом права визнавався лише громадянин Риму (*civis romanus*), іноземець вважався ворогом (*hostis*), на якого не поширювався захист законодавства. Але із розвитком торговельних відносин з іншими народами змінилися погляди римлян на іноземців, їх стали називати перегрінами (*peregrinus*)<sup>3</sup> і підпорядкували юрисдикції особливого претора (*praetor peregrinus*), який ухвалював рішення у справах за участю іноземців з урахуванням законів іноземних країн, що стосувалися справи, а також принципів розумності та справедливості. Таким чином, у Римі виникли дві галузі матеріального цивільного права: *jus civile*, яке регулювало виключно відносини, що виникали між римськими громадянами, та *jus gentium*, яке застосовувалося до правовідносин за участю іноземців. У працях багатьох науковців висловлено думку про те, що *jus gentium* можна визнати своєрідним МПП Стародавнього Риму як універсальним правом, що матеріально-правовими засобами регулювало поведінку представників будь-яких народів<sup>4</sup>.

Але справжній початок МПП як науки та галузі права пов'язаний із XIII ст., коли науковці середньовіччя звернулися до вивчення та коментування Кодексу Юстиніана (*Corpus Juris Civilis*).

У часи феодальної роздрібненості країн Західної Європи між окремими самоврядними містами та провінціями велася жвава торгівля.

<sup>1</sup> Мандельштам, А. Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права [Текст] / А. Н. Мандельштам. — СПб., 1900.

<sup>2</sup> Мережко, А. А. Наука международного частного права: история и современность [Текст] / А. А. Мережко. — Киев : Таксон, 2006. — С. 21.

<sup>3</sup> Peregrinus (від лат. *per ager* — поза домом) — іноземець.

<sup>4</sup> Мережко, А. А. Наука международного частного права: история и современность [Текст] / А. А. Мережко. — Киев : Таксон, 2006. — С. 28.

У Північній та Середній Італії такі міста, як Піза, Генуя, Болонья, мали розвинену систему своїх законів (статутів), унаслідок чого неминуче виникали колізії, розв'язати які намагалися за допомогою римського права, що вважалося серед італійських правників «писаним розумом» та ідеалом права. Класичним зразком подібного розв'язання колізії є відома глоса<sup>1</sup> *Аккурсія*<sup>2</sup>, де правник відповідає на запитання: чи можна судити громадянина Болоньї за статутами Модени? Коментуючи Кодекс Юстиніана, Аккурсій зазначив: «Відповідно до думки імператорів закон обов'язковий для тих народів, якими вони правлять; отже, для тих, хто знаходиться поза межами їхньої влади, закон не обов'язковий. Тому й болонський громадянин не може підлягати дії моденського статуту». Ця глоса вважається прообразом першої колізійної норми та початком науки колізійного права.

Найбільший вплив на розвиток науки МПП періоду середньовіччя справили італійські дослідники права *Бартол*<sup>3</sup> та його учень *Бальд*<sup>4</sup>, що належали до школи постглосаторів. У працях цих науковців уперше розглянуто і проаналізовано колізії права різних країн та державоподібних утворень щодо форми договору, дії статутів у галузі спадкування за законом та заповітом, шлюбно-сімейних відносин тощо.

Вчення постглосаторів стали відправним пунктом для дослідження колізійної проблематики французькими юристами XVI ст. У той час окремі міста (Париж, Бордо) та провінції (Бургундія, Нормандія, Бретань) мали власні звичаї — кутюми<sup>5</sup>, розвиток цивільного обігу зумовлював численні колізії між ними. За цих історичних обставин почала формуватися французька наука колізійного права. Найвидатнішим представником французького правознавства того часу був *Шарль Дю-*

<sup>1</sup> Глоса (від лат. *Glossa*) – назва, коментар.

<sup>2</sup> Аккурсій (Francesco d'Accorso або лат. – Accursius, 1182–1254) – італійський правник, що зібрав твори глосаторів римського права («*Glossa ordinaria*»), професор Болонського університету.

<sup>3</sup> Бартол (Bartolus a Sassoferrato, 1314–1357) – видатний італійський правознавець, з ім'ям якого пов'язане виникнення науки МПП. Користувався великим авторитетом у країнах Середземномор'я, в Італії та Португалії його рішення мали силу закону, в Німеччині рецепція римського права відбулася у формі коментарів та творів Бальда і його учнів.

<sup>4</sup> Бальд (Baldus, 1327–1400) – італійський правник, представник школи постглосаторів, його п'ятитомний твір юридичних висновків є важливим джерелом та пам'яткою права епохи феодалізму.

<sup>5</sup> Кутюм (від фр. *coutume*) – звичай.

мулен<sup>1</sup>, головним досягненням якого в теорії МПП є концепція свободи (або автономії) волі сторін при укладанні договорів. До появи зазначеної концепції договори регулювалися законом країни місця укладання. Аналізуючи практику укладання договорів між фізичними особами різних держав і враховуючи принципи справедливості та розумності, Дюмулен довів примат автономії волі сторін у даних відносинах над приписами звичаїв та статутів. Нині інститут автономії волі сторін закріплено в міжнародних угодах та національному законодавстві з МПП майже всіх країн.

Досліджуючи колізійні питання, французькі науковці остаточно сформулювали так звану теорію статутів, згідно з якою одні закони чи звичаї (статути) діють лише на території тієї держави, де вони були видані; інші ж мають екстериторіальну дію, тобто є чинними і поза межами своєї держави. До першої групи належать статути, що стосуються майна, — вони реальні і не мають сили за кордоном; до другої групи належать ті, що стосуються статусу осіб, — вони є особистими і супроводжують особу на території будь-якої країни.

Теорія статутів була розвинута в працях багатьох дослідників того часу, а також отримала продовження в науці колізійного права Німеччини та Голландії.

У Німеччині проти теорії статутів виступив *К. Ф. Вехтер*, який у колізійних питаннях пропонував завжди виходити з вимог національного права, а при виборі права надавати перевагу закону країни суду, де розглядається справа. Його вважають засновником націоналістичного напрямку в МПП.

На відміну від Вехтера, видатний німецький науковець *Ф. К. фон Савіньї*<sup>2</sup> розвивав колізійне вчення з огляду на ідею так званої міжнародно-правової спільноти, вважаючи, що в разі виникнення колізійної проблеми слід досліджувати природу цих правовідносини і відшукати той національний правопорядок, з яким вони мають основоположний зв'язок. Тобто Савіньї виходив не з роздільності територіальних законів, а із створення ними міжнародно-правової спільноти. Ідеї Савіньї істотним чином вплинули на розвиток законо-

<sup>1</sup> Дюмулен, Шарль (Charles Dumolin, 1500–1566) – видатний французький правник, коментував законодавство всіх провінцій Франції, спрямовуючи свої зусилля на створення об'єднаного й одноманітного правового регулювання на території всієї держави. Його праці справили вирішальний вплив на розвиток французької юриспруденції в цілому.

<sup>2</sup> Савіньї, Фрідріх Карл (нім. Friedrich Carl von Savigny, 1779–1861) – німецький правознавець та історик, засновник історичної школи права.

давства з МПП, зокрема стали теоретичним підґрунтям для уніфікації колізійних норм європейських країн на початку ХХ ст.

У подальшому наука МПП розвивалася більш відокремлено в межах окремих країн. Так, було створено національні школи: голландська, італійська (Манчіні, Анцилотті), бельгійська (Броше, Лоран), англо-американська (Сторі, Дайсі, Чешир, Норт) та ін.

Щодо англо-американської доктрини МПП треба зазначити, що вона значно відрізняється від панівних концепцій у континентальній науці і потребує окремої уваги.

До середини ХVІІІ ст. суди Англії не стикалися з колізійними проблемами, адже комерційні спори з іноземними купцями розглядалися спеціальними судами, які застосовували міжнародне торгове право (*lex mercatoria*), а у межах країни вже в ХІІІ ст. було завершено процес формування загального права. Коли виникали колізії у справах з іноземцями, судді оголошували себе некомпетентними розглядати такі справи або застосовували право Англії.

Колізійна доктрина Англії у першій половині ХІХ ст. була запозичена у США, оскільки США — федеративна держава, де кожен штат є самостійним у приватноправовій сфері. Отже, перед американськими судами постійно виникали колізійні питання, що зумовило необхідність запровадження колізійних норм, які б були підставою для розв'язання міжштатних та міжнародних колізій.

Засновником американської доктрини міжнародного приватного права був суддя Верховного суду США Джозеф Сторі<sup>1</sup>, який у 1834 р. оприлюднив своє фундаментальне дослідження «Коментар конфліктного права». У подальшому доктрину Д. Сторі розвивали та вдосконалювали такі науковці, як Дайсі (Велика Британія) та Біль (США).

Відправним положенням англо-американської доктрини є висновок про те, що держава взагалі застосовує лише власне право, але може визнати суб'єктивні права, засновані на іноземному законодавстві (так звані «набуті права, англ. *vested law*). Суб'єктивні права, набуті на підставі іноземного закону, англійські та американські суди розглядають як важливі фактичні обставини, тобто іноземне законодавство розглядається не як право, а як фактична обставина, що підлягає доказуванню.

Значно звужує сферу визнання «набутих прав» широка концепція цивільних-процесуальних відносин, характерна для країн загального

<sup>1</sup> Сторі, Джозеф (англ. Joseph Story, 1779–1845) – американський правознавець, член Верховного суду США у 1811–1845 рр.



права. Наприклад, правові інститути, що в континентальному праві безумовно вважаються матеріально-правовими (позовна давність, розподіл обов'язків у процесі доказування, обчислення збитків тощо), в загальному праві належать до цивільних процесуальних. Оскільки суди при відправленні правосуддя керуються лише національним процесуальним законодавством, то низка питань виключається зі сфери дії іноземних законів.

Отже, для англо-американської доктрини МПП основним принципом є територіальність та примат національного законодавства.

Праці видатних європейських науковців середньовіччя та новітнього часу були предметом дослідження українських та російських правознавців і склали фундамент вітчизняної науки МПП<sup>1</sup>. Сьогодні над проблемами МПП в Україні плідно працюють О. О. Мережко, А. С. Довгерт, В. І. Кисіль та ін.

## Контрольні запитання

1. Які відносини є предметом регулювання міжнародного приватного права?
2. У чому полягають особливості змісту термінів «міжнародне» та «приватне» в понятті «міжнародне приватне право»?
3. Які методи правового регулювання притаманні МПП?
4. Охарактеризуйте основні історичні етапи розвитку науки МПП.
5. Як співвідносяться міжнародне приватне та міжнародне публічне право? Назвіть форми їхньої взаємодії.

<sup>1</sup> Див.: Брун, М. И. Очерки истории конфликтного права [Текст] / М. И. Брун. – М., 1915; Корецкий, В. М. Очерки англо-американской доктрины международного частного права [Текст] / В. М. Корецкий // Избранные труды : в 2 кн. / АН УССР, Ин-т государства и права. – Киев : Наук. думка, 1989. – Кн. 1. – С. 224–340; Корецкий, В. М. Савиньи в международном частном праве (к 65-летию со дня смерти) [Текст] / В. М. Корецкий // Избранные труды : в 2 кн. / АН УССР, Ин-т государства и права. – К. : Наук. думка, 1989. – С. 80–88; Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст] : в 3 т. / Л. А. Лунц. – М. : Спарк, 2002. – Т. 1 : Международное частное право: общая часть. – С. 117; Мережко, А. А. Наука международного частного права: история и современность [Текст] / А. А. Мережко. – Киев : Таксон, 2006. – С. 28.



## Розділ II

# Джерела (форми) міжнародного приватного права

## § 1. Поняття та види джерел (форм) міжнародного приватного права

Під джерелами права розуміють зовнішню форму юридичного закріплення норм права і спосіб надання нормі юридичної обов'язковості. Як правило, особливості системи джерел тієї чи іншої галузі права залежать від правової природи цієї галузі. Так, у системі національного права, що регулює внутрішньодержавні відносини, джерелами вважатимуться зовні об'єктивні форми вираження волевиявлення державної влади, а саме: нормативно-правовий акт, прецедент і звичай. У системі міжнародного права джерелами будуть форми, що виражають інтереси його суб'єктів (держав, міжурядових організацій та ін.), — міжнародний договір і міжнародний звичай.

У наш час, коли в Конституції України проголошено верховенство права (ст. 8), а не закону, не залишається підстав для їх ототожнення. Право і закон розмежовуються, першість належить праву як нормативному закріпленню справедливості, базується на природних правах людини, а закон розглядається як форма, що покликана відповідати праву як його змісту<sup>1</sup>. Найпоширенішими формами (джерелами) права у більшості правових систем є нормативно-правові акти, правові звичаї, правові прецеденти, нормативні правові договори<sup>2</sup>. Першість серед цих форм належить нормативно-правовим актам — офіційним документам, які приймаються компетентними органами правотворчості.

<sup>1</sup> У радянський період вважалося, що таке розуміння права можливе лише в умовах експлуататорського суспільства. За словами Р. О. Халфіної, відмінність права і закону, за якою право розглядається як щось більш високе, що стоїть над законом і є критерієм справедливості, може бути цілком застосоване в умовах експлуататорського суспільства (Халфіна, Р. О. Что есть право: понятие и определение [Текст] / Р. О. Халфина // Сов. государство и право. — 1984. — № 11. — С. 23).

<sup>2</sup> Загальна теорія держави і права [Текст]. — Х., 2002. — С. 293.

У МПП застосовуються такі форми (джерела) права: 1) *міжнародні договори*, а також 2) *правові звичаї* (міжнародні та внутрішньодержавні); 3) *внутрішнє законодавство* (вітчизняне та іноземне); 4) *судова та арбітражна практика*. Як джерело права розглядають *правову доктрину*, хоча доктринальні положення не є загальновизнаним джерелом права. У правовій системі України формами (джерелами) МПП офіційно визнаються: 1) *міжнародні договори*; 2) *внутрішнє законодавство*; 3) *правові звичаї* (міжнародні та внутрішньодержавні). *Судова та арбітражна практика і правова доктрина* не є в Україні офіційно визнаними формами (джерелами) МПП.

Форми і джерела МПП мають певні особливості, викликані наявністю міжнародних договорів та звичаїв.

По-перше, подвійність форм правового регулювання: існування внутрішньодержавного і міжнародного рівнів регулювання одних і тих самих відносин. По-друге, у певних випадках формою МПП може виступати не тільки національне законодавство України (внутрішньодержавне і міжнародне), а й внутрішнє право інших країн<sup>1</sup>.

Наприклад, при розгляді справи про спадкування вітчизняний суддя може постати перед необхідністю застосування до спірних правовідносин законодавства Польщі чи будь-якої іншої держави. При цьому суд повинен використати не тільки визнані в Україні закони чи підзаконні нормативні акти, правові звичаї, а й судові прецеденти і навіть доктринальні положення.

Специфічним є співвідношення різних форм права. У більшості галузей права основною формою регулювання виступає внутрішнє законодавство, а міжнародні договори та звичаї застосовуються рідше. У МПП міжнародно-правове регулювання (договори та звичаї) застосовується все більше.

## § 2. Міжнародні договори у галузі міжнародного приватного права

У сучасній доктрині МПП та законодавстві більшості країн світу під *міжнародним договором* зазвичай розуміється міжнародна угода,

<sup>1</sup> Хоча з цього приводу в літературі висловлено різні думки: 1) відстоювання тези про подвійність форм (або джерел) міжнародного приватного права; 2) заперечення цієї тези; 3) кваліфікація міжнародного приватного права як комплексної галузі права, що включає як внутрішньодержавні, так і міжнародно-правові норми.

укладена між двома чи декількома іноземними державами або іншими суб'єктами міжнародного права у письмовій формі та врегульована відповідно до загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права, незалежно від того, міститься така угода в одному чи в декількох пов'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування. Це правило закріплено у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. і Законі України від 9 червня 2004 р. «Про міжнародні договори України».

Як джерело права, що застосовується у сфері МПП, міжнародний договір має свої особливості. Головною особливістю, притаманною міжнародному договору як джерелу права, в МПП є те, що з моменту включення норм міжнародного договору до складу тієї чи іншої правової системи вони діють як внутрішні правові норми, залишаючись при цьому міжнародними договорами, тобто стають частиною національного законодавства певної держави. Аналогічне правило сформульовано і в законодавстві України, зокрема в ст. 9 Конституції України, за якою чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Міжнародний договір укладається за загальноновизнаними в міжнародному праві правилами, а саме шляхом: проведення попередніх переговорів представників держав або міжнародних організацій; складання тексту договору; парафування чи попереднього підписання тексту договору; підписання, ратифікації або офіційного визнання; обміну ратифікаційними грамотами; опублікування тексту договору. Оригінальний текст багатостороннього договору зберігається в одній з держав-учасниць, яка у цьому разі іменується депозитарієм.

Під час підписання, ратифікації міжнародних договорів кожна держава-учасниця має право зробити застереження (клаузула) і заперечувати проти застережень, зроблених іншими учасниками договору. При застосуванні норм міжнародних договорів також слід урахувувати застереження, зроблені різними державами-учасницями, оскільки вони можуть суттєво змінювати зміст договору. Так, ст. 11 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. передбачає можливість укладання договорів в усній формі, однак Україна зробила застереження відповідно до статей 12 та 96 Конвенції про незастосування усної форми договору в тих випадках, коли хоч би одна із сторін має своє комерційне підприємство в Україні.

Зауважимо, що міжнародний договір стає джерелом права у відповідній національній правовій системі лише за наявності певних умов:

а) згоди держави на обов'язковість для неї положень цього міжнародного договору, яка може надаватися шляхом підписання договору, обміну документами, ратифікацією договору, прийняттям, приєднанням до договору або застосуванням іншого способу за домовленістю сторін;

б) набуття чинності цим міжнародним договором в порядку і строки, передбачені в договорі або погоджені між сторонами.

Особливістю існування норм міжнародного договору в сучасному МПП є те, що законодавці більшості країн світу у власній правовій системі надають перевагу нормі міжнародного договору над нормою внутрішнього законодавства. Не є винятком й Україна. У Законі України «Про міжнародні договори України», зокрема, передбачається: якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлені інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору. Аналогічне правило міститься й у Законі України «Про міжнародне приватне право» (ст. 3), за яким норма міжнародного договору України має примат над будь-якою нормою, що міститься в цьому Законі.

Міжнародні договори класифікуються залежно від критеріїв побудови тієї чи іншої правової системи в певній державі. Зазвичай до міжнародного договору як джерела МПП прийнято відносити:

а) міжнародні договори, що регулюють основні права і свободи людини, зокрема Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права, Міжнародний пакт про цивільні і політичні права 1966 р. та ін.;

б) двосторонні і багатосторонні (універсальні — наприклад Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р.; регіональні — Угода країн СНД 1992 р. про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності 1992 р.) міжнародні договори, які містять норми, що регулюють приватноправові відносини з іноземним елементом, зокрема договори про правову допомогу в цивільних, сімейних і кримінальних справах; консульські конвенції; з питань міжнародних перевезень, міжнародних торговельних і фінансових операцій, міжнародного цивільного процесу, міжнародного комерційного арбітражу та ін.

Міжнародні договори також можна класифікувати на: а) самовиконувані (без конкретизації їх змісту в нормах внутрішнього законодавства) і б) такі, що потребують прийняття акта внутрішнього законодавства.

Держави і міжнародні організації-учасниці міжнародного договору через різні обставини можуть припиняти своє існування. При цьому в доктрині МПП вважається, що такий міжнародний договір може бути чинним для їх правонаступників. Зокрема, чинність міжнародних договорів, укладених УРСР і СРСР, закріплено в Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. та Законі України «Про правонаступництво України»<sup>1</sup>. Наша країна підтвердила свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними УРСР до проголошення незалежності України, а також наступництво прав та обов'язків за міжнародними угодами СРСР, які не суперечать Конституції України та інтересам держави.

Крім угод, що укладаються державами між собою, існують ще й угоди, що укладаються між державами і міжнародними організаціями, а також між самими міжнародними організаціями. Ці угоди також слід відносити до категорії міжнародних договорів, що прямо зазначено у Віденській конвенції про право договорів між державами і міжнародними організаціями або міжнародними організаціями 1986 р.<sup>2</sup>

Україною як самостійною державою міжнародні договори укладаються:

– Президентом України або за його дорученням — від імені України;

– Кабінетом Міністрів України або за його дорученням — від імені Уряду України;

– міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади, державними органами — від імені міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних органів.

Від імені України укладаються такі міжнародні договори:

а) політичні, мирні, територіальні і такі, що стосуються державних кордонів, розмежування виключної (морської) економічної зони і континентального шельфу України;

б) що стосуються прав, свобод і обов'язків людини і громадянина;

---

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 46. – Ст. 617.

<sup>2</sup> Ведомости Верхов. Совета Союза ССР. – 1986. – № 37. – Ст. 772.

в) про участь України в міжнародних союзах та інших міжнародних об'єднаннях (організаціях), системах колективної безпеки;

г) про військову допомогу та направлення підрозділів Збройних Сил України до інших держав чи допуск підрозділів збройних сил іноземних держав на територію України, умови їх тимчасового перебування, включаючи строк виведення, фінансово-економічні, екологічні та інші наслідки і компенсації;

г) про використання території та природних ресурсів України;

д) договори, якими за згодою сторін надається міжнародний характер.

Від імені Уряду України укладаються міжнародні договори з економічних, торговельних, науково-технічних, гуманітарних та інших питань, віднесених до ведення Кабінету Міністрів України.

Міжнародні договори України, які не потребують ратифікації, якщо вони передбачають вимогу щодо їх затвердження або встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Президента України або Кабінету Міністрів України, підлягають затвердженню. Затвердження здійснюється Президентом України у формі указу щодо міжнародних договорів, які укладаються:

а) від імені України;

б) від імені Уряду України, якщо такі договори встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Президента України.

Інші міжнародні договори, що укладаються від імені Уряду України, а також міжвідомчі договори, якщо вони встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Кабінету Міністрів України, затверджуються Кабінетом Міністрів України у формі постанов.

### § 3. Внутрішнє законодавство держав

Сучасний досвід правової регламентації відносин у сфері МПП свідчить про наявність двох основних підходів до розв'язання проблеми регулювання приватних міжнародних відносин на рівні національних законодавств. Для першого з них характерне закріплення норм МПП у численних галузевих законах (зазвичай шляхом включення цих норм до окремої глави чи розділу цивільного або іншого відповідного кодексу певної держави) та підзаконних актах внутрішнього права. Специфіка другого підходу полягає в прийнятті державою спеціальних кодифікаційних законодавчих актів з питань МПП.

У Білорусі, Російській Федерації, Франції, Японії та деяких інших державах приватні міжнародні відносини регулюються на основі «цивілістичної» концепції, зміст якої полягає у створенні норм, закріплених у цивільних, цивільних процесуальних, сімейних, трудових, торговельних кодексах, а також в інших галузевих і комплексних нормативних актах.

В Італії, Польщі, Румунії, Естонії та деяких інших державах законодавець обрав іншу форму закріплення норм МПП — прийняття спеціального кодифікаційного законодавчого акта (кодексу, указу, ордонансу) у відповідному внутрішньому законодавстві. Цим самим шляхом пішла й Україна.

В Україні існує єдиний кодифікаційний акт у галузі міжнародного приватного права — це Закон України «Про міжнародне приватне право», що був прийнятий 23 червня 2005 р. і набув чинності з 1 вересня 2005 р. Прийняття цього Закону дало змогу розв'язати низку проблем правового характеру, особливо в частині впорядкування колізійного регулювання приватноправових відносин з іноземним елементом, адже до його прийняття норми, що регулюють ці відносини, було «розкидано» по великій кількості законів і підзаконних нормативних актів, а деякі групи суспільних відносин у цій царині взагалі не було врегульовано. Крім того, відсутність в українському законодавстві протягом певного часу єдиного кодифікаційного документа, що регламентував би основні питання у сфері МПП, збільшувала проблему виникнення колізій правових норм на рівні національного законодавства та призводила до дублювання цих норм у різних законодавчих актах, породжуючи «зіткнення» між ними. Така ситуація негативно впливала на ефективність правозастосовної діяльності у сфері міжнародного приватного права.

Закон «Про міжнародне приватне право» складається зі вступу, чотирнадцяти розділів (включаючи прикінцеві положення), що охоплюють в узагальненому вигляді такі питання:

1) загальні поняття (визначення термінів, кваліфікації, встановлення змісту норм іноземного права, зворотного відсилання, особистого статуту суб'єктів МПП та ін.);

2) визначення права, що застосовується в тій чи іншій сфері відносин (цивільних, сімейних, трудових тощо), ускладнених іноземним елементом;

3) питання міжнародного цивільного процесу (компетенція судів, процесуальні права іноземних фізичних та юридичних осіб, визнання

і виконання рішень іноземних судів та інші). У цілому зміст цього нормативно-правового акта свідчить про те, що зазначений Закон на даний час являє собою основне джерело колізійного регулювання відносин МПП в Україні.

Правова регламентація приватних міжнародних відносин відбувається в українському законодавстві та в інших законах і підзаконних нормативно-правових актах. Так, окремі норми містяться в Конституції України<sup>1</sup>. Наприклад, у ст. 25 зазначено, що Україна гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами, а в ст. 26 — що іноземці та особи без громадянства користуються тими самими правами і свободами, як і громадяни України.

Інші нормативні акти внутрішнього законодавства, що містять норми міжнародного приватного права, можна поділити на дві такі основні групи.

1. Нормативні акти, повністю присвячені регулюванню відносин з іноземним елементом, наприклад:

а) закони України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р.<sup>2</sup>, «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 4 лютого 1994 р.<sup>3</sup>, «Про біженців» від 21 червня 2001 р.<sup>4</sup>, «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 р.<sup>5</sup>, «Про режим іноземного інвестування» від 19 березня 1996 р.<sup>6</sup> та ін.;

б) підзаконні нормативні акти: Консульський статут України<sup>7</sup>, затверджений Указом Президента України від 2 квітня 1994 р.; Правила в'їзду іноземців та осіб без громадянства в Україну, їх виїзду з України і транзитного проїзду через її територію<sup>8</sup>, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 29 грудня 1995 р. та ін.

2. Нормативні акти, в яких тільки окремі розділи або статті призначено для регулювання відносин з «іноземним елементом», наприклад: Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Там само. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

<sup>3</sup> Там само. – 1994. – № 23. – Ст. 161.

<sup>4</sup> Там само. – 2001. – № 47. – Ст. 250.

<sup>5</sup> Там само. – 1994. – № 25. – Ст. 198.

<sup>6</sup> Там само. – 1996. – № 19. – Ст. 80.

<sup>7</sup> Офіц. сайт Верхов. Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=127%2F94>

<sup>8</sup> Офіц. сайт Верхов. Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1074-95-%EF>



2000 р.<sup>1</sup> (статті 22, 24, 25), Закон України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 р.<sup>2</sup>, Кодекс законів про працю України (статті 8, 8<sup>1</sup>, 9), Сімейний кодекс України (розділ VI «Особливості усиновлення за участю іноземців та осіб без громадянства»<sup>3</sup>; Кодекс торгового мореплавства України (статті 5, 6 — застосування іноземного законодавства, ст. 14 — колізійні норми)<sup>4</sup>.

Законодавчі акти, що містять норми МПП, у сучасному світі приймаються й застосовуються і в правових системах тих держав, де перевага надається прецедентному регулюванню (Велика Британія).

## § 4. Правові звичаї

Одним із джерел як міжнародного публічного, так і міжнародного приватного права є звичай. Під *звичаєм* слід розуміти правила поведінки певних суб'єктів відносин, що склалися здавна, є загальними і систематично застосовними. Звичаї як джерела права визнаються майже всіма правовими системами світу. Залежно від сфери дії звичаї можна класифікувати на: а) звичаї у сфері міжнародного публічного права та б) звичаї у сфері МПП. У сфері МПП звичаї поділяють на: а) міжнародні торговельні звичаї (включаючи звичаї міжнародного торгового мореплавства) та б) звичаї ділового обороту. Звичаї можуть бути міжнародними та внутрішньодержавними.

Питання щодо визнання правового звичаю джерелом МПП вирішується на рівні національної правової системи. Як правило, той чи інший звичай стає джерелом національного права за умови, коли він визнається державою, тобто санкціонується нею. У цьому разі він набуває ознак правового звичаю, або звичаю, застосування якого санкціоноване нормами права. За українським законодавством міжнародний звичай може бути застосовний лише у разі його «визнання в Україні» (ч. 1 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Таке визнання відбувається в ГПК України (ч. 5 ст. 4)<sup>5</sup> — у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосовувати

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. — 2001. — № 5–6. — Ст. 30.

<sup>2</sup> Там само. — № 13. — Ст. 65.

<sup>3</sup> Там само. — 2002. — № 21–22. — Ст. 135.

<sup>4</sup> Там само. — 1995. — № 47–52. — Ст. 349.

<sup>5</sup> Там само. — 1992. — № 6. — Ст. 56.

міжнародні торгові звичаї; Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (ч. 4 ст. 28) — в усіх випадках третейський суд приймає рішення згідно з умовами угоди і з урахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди; Кодексі торгового мореплавства України (ст. 6) — сторони при укладенні договору можуть використовувати звичаї торгового мореплавства, якщо це не суперечить законодавству України. Формою визнання нашою державою міжнародних звичаїв є й укази Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 567 щодо обов'язковості застосування Правил «Інкотермс» (у редакції 2000 р.) та від 4 жовтня 1996 р. № 566 стосовно обов'язковості застосування Уніфікованих правил і звичаїв щодо документарних акредитивів (у редакції 1995 р.) та Уніфікованих правил по інкасо (у редакції 1993 р.).

Міжнародні торговельні звичаї та звичаї міжнародного ділового обороту відіграють суттєву роль у зовнішньоекономічних відносинах, тому багато міжнародних організацій узагальнюють ці звичаї та публікують результати цих узагальнень. Зокрема, Правила «Інкотермс», Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів та Уніфіковані правила по інкасо розроблено МТП (Міжнародною торговельною палатою), що знаходиться в Парижі. УНІДРУА (Міжнародним інститутом з уніфікації приватного права) розроблено Принципи міжнародних комерційних договорів, які теж належать до звичаїв. Міжнародний звичай визначається джерелом міжнародного цивільного процесу й у практиці міжнародних комерційних арбітражів (Типовий Регламент ЮНСІТРАЛ).

Міжнародні звичаї не можуть застосовуватися, якщо вони суперечать обов'язковим для учасників приватних правовідносин положенням законодавчих актів або умовам зовнішньоекономічних договорів (контрактів).

## ■ § 5. Судова та арбітражна практика. Доктрина

Під *судовою та арбітражною практикою* розуміють різновид юридичної практики, що полягає у правозастосовній, інтерпретаційній та правотворчій діяльності судів і арбітражів та втілюється в певних видах юридичних актів. Непевне чи неповне закріплення колізійних норм у законодавстві і міжнародних договорах спонукає суддів звертатися до судової чи арбітражної практики, звичаєвого права або доктрини.

Особливу увагу вивченню і використанню судової та арбітражної практики в правозастосовній діяльності приділено в країнах з англосаксонською системою права, де основним джерелом права є судовий прецедент<sup>1</sup>.

Під арбітражною практикою в міжнародному приватному праві розуміють практику третейських судів та міжнародного комерційного арбітражу.

В Україні, як відомо, рішення окремих судів не використовуються як прецеденти, і тому тільки судові прецеденти зарубіжних країн, що визнають прецедентне право, можуть розглядатися як джерело права за умови наявності у вітчизняному законодавстві колізійної норми, що відіслала до права тієї держави, в якій відповідні відносини за участю іноземного елемента врегульовань саме за допомогою судового прецеденту.

Як міжнародні можна розглядати прецеденти, винесені судом міжнародного характеру (Міжнародним центром з урегулювання інвестиційних спорів, Європейським судом з прав людини).

В Україні судова і арбітражна практика офіційно не визнається ні правовою формою, ні джерелом права, однак її вплив на розвиток МПП, тлумачення його норм є безспірним. Особливе значення мають постанови пленумів Верховного Суду та Вищого господарського суду, що узагальнюють судову практику і роз'яснюють чинне законодавство.

Дослідники зазначають, що в німецькій системі судових рішень визнається необхідність правового обґрунтування рішення судді, у постановках досить часто використовуються посилання на прийняті раніше рішення, однак на відміну від англійської системи відсутня обов'язкова сила прецеденту, тобто його правотворча роль, за винятком рішень Федерального конституційного суду. Правотворча роль судової практики й те, що прецедент є джерелом права, визнаються також в Іспанії, Швейцарії.

У літературі небезпідставно висловлюється думка, згідно з якою сучасна українська правова система як система перехідного періоду тяжіє до романо-германської правової сім'ї. Обраний Україною стратегічний напрямок до європейської інтеграції дозволяє прогнозувати приєднання

---

<sup>1</sup> Прецедент (від лат. *precedens*) – той, що йде попереду. Випадок, який мав місце раніше і слугує прикладом чи виправданням для наступних випадків подібного роду. Судовий прецедент – це конкретне судове рішення. Ті норми права, які за своїм походженням є нормами, встановленими судовим рішенням, належать до прецедентного права (*case law*).

саме до цієї правової сім'ї як повноправного члена після завершення політико-правових реформ<sup>1</sup>. Аргументом же на користь визнання в Україні судової практики як джерела права може бути наявність у національному законодавстві України таких загальноновизнаних у багатьох правових системах джерелами права правових інститутів, як аналогія права та аналогія закону, котрі в західній правовій доктрині розглядаються як різновиди прецедентного регулювання.

Що стосується правових доктрин, то їх слід визнати витокami формування права — його джерелами. Доктринальні джерела — це оприлюднені праці правників, що отримали загальне визнання. Деякі правові системи допускають можливість при обґрунтуванні своєї позиції в суді посилатися не тільки на норми закону, а й на думку відомих учених-правників.

У літературі зазначається, що доктрина тривалий час відіграла суттєву роль у тлумаченні і застосуванні норм міжнародного приватного права — внаслідок нерозвиненості правового регулювання в цій галузі судові органи при розгляді конкретних справ часто зверталися до її положень<sup>2</sup>.

Отже, обґрунтованою вважається практика, яка існує в правових системах країн загального права, де в суді можна посилатися не тільки на норми закону, а й на праці відомих учених-правників. Останні розглядаються як визнані джерела права, якщо на них зроблено посилання у декількох судових рішеннях. Частіше за все це приватні кодифікації прецедентного права. Разом із тим правова доктрина офіційно не визнається в Україні ні правовою формою, ні джерелом міжнародного приватного права.

## § 6. Концепція *lex mercatoria*

Одним з дискусійних питань у МПП є концепція *lex mercatoria*. У сучасній доктрині МПП вважається, що ця концепція є наслідком процесів глобалізації, котрі відбуваються у світовій економіці. Концепція *lex mercatoria* є найбільш суперечливою із сучасних концепцій у правових доктринах країн світу. Чому? По-перше, термін *lex*

<sup>1</sup> Погребняк, С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї [Текст] / С. Погребняк // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2003. — № 4. — С. 92.

<sup>2</sup> Кибенко, Е. Р. Международное частное право [Текст] / Е. Р. Кибенко. — Харьков, 2003. — С. 28.

*mercatoria* (букв. «торгове право») не є загальнозживаним і загально-визнаним у правових доктринах країн світу; по-друге, юридичний зміст цієї концепції остаточно не визначено.

Засновником сучасної концепції *lex mercatoria* вважається Б. Гольдман, на думку якого *lex mercatoria* — це частина міжнародного права, що походить від комерційних узвичаєнь суб'єктів підприємницької діяльності та правозастосовних установ і являє собою сукупність загальних принципів та традиційних норм, що існують незалежно або розроблені в рамках міжнародної торгівлі без прив'язки до будь-якої конкретної національної правової системи.

Головною правовою проблемою відносно цієї концепції є питання щодо можливості визнання *lex mercatoria* автономною системою права (поряд з міжнародним і внутрішньодержавним правом). У деяких національних правових системах наголошується на можливості сприйняття такої позиції, на підтримання автономності *lex mercatoria* висувуються такі аргументи: 1) *lex mercatoria* є реальною правовою дійсністю; 2) *lex mercatoria* є реальною альтернативою (поряд з міжнародним і національним правом) при обранні сторонами договору застосовного права; 3) національне право в одних країнах може виявитися недосконалим і не здатним врегулювати відносини між сторонами), а в інших *lex mercatoria* не визнається таким з наступною аргументацією: а) *lex mercatoria* не містить повною мірою всіх необхідних норм, які були б здатні сформуватися в самостійну систему поряд з національним правом; б) *lex mercatoria* застосовується тільки в окремих сферах підприємницької діяльності, де вже сформовано усталені торгові звичаї та узвичаєння (насамперед у сфері міжнародної купівлі-продажу); в) зміст *lex mercatoria* є суперечливим, що призводить до неможливості належної класифікації джерел правового регулювання та їх ієрархії.

Узагальнюючи численні наукові підходи до цієї концепції, слід констатувати, що джерелами *lex mercatoria* можна вважати:

- 1) торгові звичаї;
- 2) загальні принципи права, стандартні умови;
- 3) типові контракти, модельні контракти;
- 4) міжнародну арбітражну практику;
- 5) комерційну практику у сфері міжнародної торгівлі;
- 6) уніфіковані акти (наприклад, Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р.);

7) рекомендаційні документи міжнародних організацій (резолюції, рекомендації і кодекси поведінки, прийняті міжнародними організаціями, включаючи ЮНСІТРАЛ);

8) теоретичні праці вчених-правників.

Однак така класифікація є досить умовною і пов'язана з найбільш відомими підходами щодо доктринальних позицій стосовно *lex mercatoria* в кожній конкретній правовій системі.

У цілому в сучасних правових доктринах країн світу та судовій (арбітражній) практиці поширеною є точка зору про визнання *lex mercatoria* правовою дійсністю. Норми *lex mercatoria* (торгові звичаї, загальні принципи права та ін.) є відносно незалежними від національних правопорядків держав. Проте говорити про *lex mercatoria* як про автономний правопорядок, що сформувався та здатний повністю замінити національні правопорядки в частині правового регулювання відносин у сфері міжнародної торгівлі, передчасно.

## § 7. Уніфікація та гармонізація норм міжнародного приватного права

У МПП суттєве значення має узгодження норм, що містяться в нормативних актах різних держав, з метою досягнення одноманітності у правовому регулюванні відносин з іноземним елементом. Розрізняють такі підходи до узгодження:

1) зближення законодавства, тобто визначення загальних програм, напрямків, етапів та способів зближення законодавства у певній сфері;  
2) його гармонізація, що полягає в запровадженні спільних правових принципів наукових концепцій. Гармонізація може здійснюватися в односторонньому порядку або на основі взаємності.

Прикладом односторонніх дій з метою зближення національного законодавства з іноземним є Закон України від 18 березня 2004 р. «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»<sup>1</sup>, яким затверджено програму, що визначає адаптацію національного законодавства, утворення відповідних інституцій та інші додаткові заходи, необхідні для ефективної правотворчості та правозастосування як складової механізму набуття Україною членства в Європейському Союзі.

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

Відповідно до програми адаптація законодавства України є планованим процесом, що включає декілька послідовних етапів, на кожному з яких має досягатися певний ступінь відповідності законодавства України до *acquis* Європейського Союзу.

На першому етапі необхідно забезпечити розроблення глосарію термінів *acquis communautaire*<sup>1</sup> для адекватності їх розуміння та уніфікованого застосування у процесі адаптації, а також розробити і запровадити єдині вимоги до перекладів актів *acquis communautaire* на українську мову, створити централізовану систему перекладів; на підставі вивчення та узагальнення відповідного досвіду держав Центральної та Східної Європи створити ефективний загальнодержавний механізм адаптації законодавства, в тому числі щодо перевірки проектів законів України та інших нормативно-правових актів на предмет їх відповідності *acquis* Європейського Союзу; розробити загальнодержавну інформаційну мережу з питань європейського права; вжити заходів щодо опрацювання та затвердження спільного з Європейським Союзом механізму підготовки планів-графіків адаптації та моніторингу їх виконання.

При гармонізації законодавства на основі взаємності країни в міжнародному договорі визначають обов'язки сторін щодо гармонізації тієї чи іншої сфери правового регулювання;

3) уніфікація законодавства, тобто використання правотворчого процесу для встановлення правових норм, тотожних законодавству інших країн.

У МПП уніфікація означає процес створення у різних державах одноманітних загальнообов'язкових правових норм для двох чи більше держав, а також забезпечення їх однакового тлумачення і застосування. Мета уніфікації — усунути колізії, розходження між національними правовими актами, які перешкоджають розвиткові відносин у МПП.

Засобами уніфікації є:

а) міжнародні договори — найбільш поширений засіб здійснення уніфікації; б) типові (модельні) закони. Прикладом є Модельний цивільний кодекс, прийнятий 7 лютого 1996 р. Міжпарламентською Асамблеєю держав-учасниць СНД (його розділ VII містить норми МПП); в) кодифіковані зводи міжнародних торгових звичаїв також

<sup>1</sup> *Acquis communautaire (acquis)* — правова система Європейського Союзу, яка включає акти його законодавства (але не обмежується ними), прийняті в рамках Європейського співтовариства.

сприяють досягненню одноманітності у їх розумінні і застосуванні.

У МПП розрізняють уніфікацію в національному законодавстві (одностороння уніфікація) та уніфікацію в міжнародній сфері. В першому випадку, як правило, відбувається запозичення іноземного досвіду правотворчості для досягнення подібності законодавства декількох держав.

Уніфікація у міжнародній сфері здійснюється шляхом укладення відповідних договорів. Країни-учасниці таких договорів можуть використовувати методи прямої чи непрямой уніфікації. При прямій уніфікації в міжнародному договорі встановлюються правові норми, які можуть прямо, без додаткової конкретизації застосовуватися у правових системах країн-учасниць договору, тобто досягається високий рівень одноманітності у правовому регулюванні певних відносин.

При непрямій уніфікації держави-учасниці міжнародного договору беруть на себе зобов'язання встановити у національному законодавстві правові норми, зміст яких визначено в договорі.

Змішаним метод вважається тоді, коли міжнародним договором встановлюються певні норми, але учасникам договору надається право відступати від них у національному законодавстві.

Значною мірою уніфікації правових норм сприяють так звані модельні законодавчі акти. Модельні закони є рекомендаційними актами з типовими нормами. Вони не обов'язкові для держав, а слугують нормативним орієнтиром для внутрішнього законодавства, тобто, втілюючи у своєму законодавстві норми типового (модельного) закону, кожна країна має можливість пристосовувати його положення до своїх потреб.

Модельні закони приймаються переважно у сфері матеріального права, але можливі і в праві процесуальному.

Міжнародна уніфікація правових норм, що регулюють відносини за участю іноземних елементів, розроблення проектів відповідних міжнародних угод здійснюються, зокрема, під егідою ООН. Провідна роль у забезпеченні цього процесу належить Комісії ООН з прав міжнародної торгівлі — ЮНСІТРАЛ, яка функціонує з 1968 р. Завданням цієї Комісії є сприяння узгодженню й уніфікації правил міжнародної торгівлі.



Серед основних типових законів, розроблених цією організацією і схвалених Генеральною Асамблеєю ООН, — закони «Про міжнародний комерційний арбітраж» (1983 р.), «Про міжнародні кредитні перекази» (1992 р.), «Про електронну торгівлю» (1996 р.). Зазначена Комісія підготувала Конвенцію ООН про морське перевезення вантажів (прийнята у 1978 р.), Віденську конвенцію про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., Конвенцію про міжнародні переказні векселі і міжнародні прості векселі 1988 р. та ін.

Крім цієї Комісії, значну роль в уніфікації законодавства різних країн відіграють такі організації, як Гаазька конференція з міжнародного приватного права. Постійний Статут Конференції було прийнято у 1951 р. Відповідно до нього завданням Конференції є прогресивна уніфікація правил МПП. Серед документів, прийнятих Конференцією, — Конвенція з питань цивільного процесу 1954 р., Конвенція про збирання за кордоном доказів по цивільних і торговельних справах 1970 р., Конвенція про полегшення доступу до правосуддя за кордоном 1980 р., Конвенція про укладення шлюбу і визнання його недійсним 1978 р. та ін.

Міжурядовою організацією, яка складає проекти уніфікованих документів, є Міжнародний інститут з уніфікації приватного права, створений у 1926 р. Він розробив Європейську конвенцію про зовнішньоторговий арбітраж 1961 р., Конвенцію про лізинг і факторинг 1988 р., Принципи міжнародних комерційних договорів 1994 р. та ін.

Міжнародні конвенції з уніфікації норм МПП у певній сфері правового регулювання розробляють, зокрема, Всесвітня організація інтелектуальної власності, Міжнародна морська організація, Міжнародна організація цивільної авіації та інші міжнародні організації.

Неофіційну кодифікацію торгових звичаїв, чинних у МПП, здійснює Міжнародна торгова палата. Вона згідно із Статутом ООН має консультативний статус, є міжнародною неурядовою організацією, створеною з метою організаційного, технічного і правового забезпечення міжнародного бізнесу. Результатом її діяльності стало видання збірника торгових звичаїв («*Trade terms*») та інших документів. Вони покликані забезпечити відносну одноманітність проведення платежів у міжнародних господарських відносинах.

## **Контрольні запитання**

1. Назвіть види джерел (форм) МПП та поясніть, у чому полягає їх особливість.
2. У чому полягають особливості міжнародного договору як форми МПП?
3. Вкажіть сферу дії та опишіть структуру Закону України «Про міжнародне приватне право».
4. Визначте місце судової практики та прецедентного права у системі джерел (форм) МПП.
5. Назвіть особливості кодифікації, уніфікації та гармонізації норм МПП.
6. Які ви знаєте міжнародні організації, що беруть участь у створенні норм МПП?

# Загальні засади правозастосування в міжнародному приватному праві

## § 1. Колізійні норми у міжнародному приватному праві: поняття та структура

Колізія міжнародного приватного права полягає у відмінності змісту приватноправових законів країни суду та тієї держави, до якої належить іноземний елемент у даних правовідносинах. Іншими словами, основна правова колізія пов'язана з вибором права та зумовлена двома причинами: наявністю іноземного елемента в приватноправових відносинах та різним змістом права різних держав, з якими це відношення пов'язане. Тому приватноправові відносини можуть одночасно підпадати під регулювання різних систем права (позитивні колізії) або жоден з національних правопорядків може не визнавати себе компетентним (негативні колізії).

Крім того, колізії в МПП також можуть виникати безпосередньо при застосуванні іноземного права, наприклад, як результат зіткнення персональних систем права в межах однієї держави (*інтерперсональні колізії*). Так, у багатьох країнах Азії, Африки та Латинської Америки діє кодифіковане цивільне законодавство, але разом із цим в Ірані, Саудівській Аравії, Індії, Ізраїлі та деяких інших державах є чинними й системи релігійного права (мусульманського, іудейського, індуського тощо), норми яких дуже часто суперечать загальним засадам та принципам цивільного законодавства.

Більш поширені в МПП *інтерлокальні колізії*, або колізії права у просторі. У випадку інтерлокальних колізійних норм прийнято говорити про колізійні норми складових частин держави. Відомо, що у деяких державах, насамперед з федеральним устроєм, у суб'єктів федерації або адміністративних одиниць є свої правові системи. У разі

відсилання колізійної норми до права такої держави виникає питання про те, яке законодавство або яке право має застосовуватися.

Яскравим може бути приклад, наведений відомим російським ученим М. М. Богуславським. В Італії розглядалося питання про спадок громадянина США, який народився у Сан-Франциско, штат Каліфорнія. За законом від 31 травня 1995 р. «Про реформу італійської системи міжнародного приватного права» (ст. 46) до спадкування належить застосовувати законодавство держави, громадянином якої був спадкодавець на момент своєї смерті, а згідно з п. 1 ст. 18 у випадках, коли відповідно до цього закону повинно застосовуватися право держави, в якій діють одночасно декілька правових систем залежно від територіального або персонального принципу, належне до застосування право визначається на підставі критеріїв, що застосовуються правом цієї держави. У США спадкове право регулюється не федеральним законодавством, а законодавством штатів. Так, у США не встановлено законодавчі критерії для визначення права, що застосовується на підставі федеральних колізійних норм, тому італійський суд повинен, виходячи із п. 2 ст. 18 зазначеного закону, застосувати правову систему, з якою відносини найбільш тісно пов'язані. У цьому разі він повинен виходити не тільки з того, що в США існує громадянство США як федеральної держави, а й із того, що існує громадянство кожного штату. Громадянством штату володіють громадяни, доміцильовані в даному штаті. Спадкоємець мав свій доміцилій (особлива форма місця проживання) в Каліфорнії. Наявність доміцилію в Каліфорнії має розглядатися як наявність тісного зв'язку саме з цим штатом. Звідси випливає, що належить застосувати законодавство Каліфорнії<sup>1</sup>.

Отже, якщо виникла необхідність застосувати до якого-небудь відношення право США, то спочатку потрібно визначити, яким законодавством (федеральним чи штату) регулюються ці правовідносини.

Застосування права держави із множинністю правових систем відображено в ст. 15 Закону України «Про міжнародне приватне право», де зазначено, що у разі, якщо підлягає застосуванню право держави, в якій діють кілька територіальних або інших правових систем, належна правова система визначається відповідно до права цієї держави. За відсутності відповідних правових норм застосовуються норми тієї правової системи, яка має більш тісний зв'язок із правовідносинами.

<sup>1</sup> Богуславский, М. М. Международное частное право [Текст] : учебник / М. М. Богуславский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрист, 2004. – С. 93–94.

Що стосується дії колізійних норм (*інтертемпоральні колізії*) у часі, то це питання належить до дискусійних, але головною проблемою, пов'язаною з вирішенням цього питання, є те, чи повинні колізійні норми застосовуватися до відносин, що виникли до їх прийняття. Якщо колізійна норма має нейтральний характер, то до визначення її дії у часі неможливо передбачити і характер відносин для сторін. Крім того, зміна колізійної норми може суттєво змінити правовий режим правовідносин. Але деякі інститути МПП можуть мати зворотню дію, наприклад, інститут автономії волі сторін.

Так, правові системи деяких держав можуть конфліктувати у питаннях, пов'язаних як з колізіями матеріального права (його вибору, кваліфікації, тлумачення), так і з колізіями процесуального права (тобто право якої держави має застосовуватися до процесуальних відносин, пов'язаних із розглядом справ з іноземним елементом та виконанням судових рішень, у тому числі держави, правозастосовний орган якої компетентний розглядати справи такого роду).

Отож, основний зміст МПП зводиться до колізійної проблеми, яка розв'язується за допомогою особливих норм, спрямованих на подолання колізій у МПП, — колізійних.

Колізійна норма сама по собі не відповідає на питання про те, які права і обов'язки сторін виникають з даних правовідносин, вона лише вказує компетентний матеріально-правовий закон, що підлягає застосуванню, тобто є нормою непрямої дії. Колізійна норма може відсилати до будь-якої правової системи на підставі узагальнених принципів МПП. Вона також має нейтральний характер і її застосування не залежить від змісту того правопорядку, за яким буде вирішено спір.

*Колізійна норма* — це норма, що визначає, право якої держави може бути застосовано до правовідносин з іноземним елементом (ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Структура колізійної норми складається з двох елементів: обсягу та прив'язки.

*Обсягом колізійної норми* називається вказівка у ній на ті відносини, які потребують правового врегулювання, а *прив'язкою* — вказівка на закон (тобто на правову систему, правопорядок), за допомогою якого і будуть врегульовані зазначені відносини.

Прикладом двочленної будови колізійної норми може слугувати ч. 1 ст. 49 Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме: права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають унаслідок за-

вдання шкоди (*обсяг*), визначаються за правом держави, в якій мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди (*прив'язка*).

В обсязі зазначаються відносини, пов'язані із зобов'язаннями, що виникли внаслідок заподіяння шкоди (зобов'язання з делікту).

У прив'язці визначається, за правом якої країни будуть врегульовані ці правовідносини, тобто за правом країни, в якій мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди.

Отже, ця норма Закону не встановлює прав і обов'язків учасників вказаних відносин, а відсилає до права держави, в якій мала місце дія. Традиційно обсяг відповідає конкретному приватноправовому інституту: спадкові відносини, договірні зобов'язання, деліктні зобов'язання, укладання шлюбу і т. д.

## § 2. Види колізійних норм та основні формули прикріплення

Класифікація колізійних норм у теорії МПП здійснюється за певними критеріями і пов'язана переважно з великою кількістю джерел права та особливістю колізійних прив'язок. Вона дає змогу визначити пріоритетність джерел права та виокремити основні принципи, за якими здійснюються вибір права та застосування цих норм у МПП.

За джерелами права колізійні норми поділяють на *національно-правові* (внутрішні), які містяться у внутрішньому законодавстві кожної держави, і *міжнародні*, які закріплені в міжнародних договорах.

Найбільш істотною є класифікація за *формою колізійної прив'язки*. За цим критерієм колізійні норми поділяють на односторонні та двосторонні.

*Односторонньою* є така норма, прив'язка якої прямо називає право держави, що належить застосовувати, й частіше за все вказує на застосування права своєї держави (українська колізійна норма вказує на застосування права України). Так, згідно зі ст. 56 Закону України «Про міжнародне приватне право» форма і порядок укладення шлюбу в Україні визначаються правом України. Такі норми завжди мають імперативний характер.

*Двостороння* колізійна норма є більш типовою і її прив'язка не називає право конкретної держави, а формулює загальний принцип,

використовуючи який можна обрати право. Тому прив'язку двосторонньої колізійної норми називають «*формулою прикріплення*», тобто вона допомагає прив'язати правовідносини до конкретного правопорядку. В п. 2 ст. 37 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах визначається, «що правові стосунки у сфері успадкування нерухомого майна регулюються законодавством тієї Договірної Сторони, на території якої знаходиться це майно»<sup>1</sup>. Таким чином, закріплюється можливість застосування або вітчизняного, або іноземного права.

Залежно від *кількості прив'язок* колізійні норми поділяють на прості та складні. Прості колізійні норми містять один обсяг та одну прив'язку. Складні колізійні норми мають декілька прив'язок. Вони можуть містити генеральні і субсидіарні прив'язки. При цьому виокремлюються *основна* (генеральна) прив'язка, яка формулює загальне головне правило вибору права (призначене для першочергового застосування), і *субсидіарна* прив'язка, яка формулює ще одне або декілька правил і застосовується тоді, коли головне правило через будь-які причини не було застосоване або *виявилося недостатнім для вибору компетентного правопорядку*. Наприклад, у ч. 1 ст. 60 Закону України «Про міжнародне приватне право» зазначено, що правові наслідки шлюбу визначаються спільним особистим законом подружжя, а за його відсутності — правом держави, в 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.

Наступний критерій, який може бути покладений в основу класифікації колізійних норм, — це *форма вираження волі законодавця* (або ступінь обов'язковості для сторін). Згідно з цим критерієм колізійні норми поділяють на імперативні, диспозитивні, альтернативні та кумулятивні.

*Імперативними* є норми, які містять категоричні вказівки щодо вибору права і не можуть бути змінені за погодженням сторін.

Прикладом імперативної колізійної норми може бути ч. 3 ст. 42 Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме: «Захист права власності та інших речових прав, які підлягають державній реєстрації

---

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 2006. – № 47. – Ст. 3169.

в Україні, здійснюється відповідно до права України». Імперативною колізійною нормою є також ч. 1 ст. 16: «Особистим законом фізичної особи вважається право держави, громадянином якої вона є».

*Диспозитивні* — це норми, які, встановлюючи загальне правило про вибір права, залишають сторонам можливість відмовитися від нього і тим самим обрати застосоване право. Диспозитивність виявляється у таких формулюваннях, як «сторони можуть», «якщо інше не встановлено угодами сторін» та ін. Наприклад, у ч. 1 ст. 33 Договору між Україною і Республікою Польща про правові відносини у цивільних і кримінальних справах передбачено, що «зобов'язання, які виникають з договірних відносин, визначаються законодавством тієї Договірної Сторони, на території якої була укладена угода, якщо учасники договірних відносин не підпорядкують ці відносини обраною ними законодавству» (курсив наш. — Авт.).

*Альтернативні* норми характеризуються наявністю декількох прив'язок. При цьому вибір однієї з прив'язок виключає подальше використання інших прив'язок. Звичайно вони з'єднуються сполучником «або». Прикладом такої колізійної норми слугує ч. 1 ст. 42 Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме: «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».

*Кумулятивними* є такі норми, в яких одночасно декілька прив'язок застосовуються до одного правовідношення. Причому застосування однієї з прив'язок не виключає подальшого використання іншої<sup>1</sup>. Так, кумулятивна прив'язка використовується в ч. 3 ст. 3 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах, а саме: «Якщо дитину усиновлює подружжя, з якого один є громадянином однієї Договірної Сторони, а другий — іншої Договірної Сторони, повинні бути дотримані вимоги, передбачені законодавством обох Договірних Сторін». Прикладом кумулятивної прив'язки може слугувати і ст. 55 Закону України «Про міжнародне приватне право», де зазначено, що право на шлюб визначається особистим законом кожної з осіб, які подали заяву про укладення шлюбу. Таким чином кумулятивні колізійні прив'язки передбачають застосування одночасно різних правових систем.

<sup>1</sup> Кибенко, Е. Р. Международное частное право [Текст] : учеб.-практ. пособие / Е. Р. Кибенко. – Харьков : Эспада, 2003. – С. 35.



Формули прикріплення є результатом узагальнення найбільш поширених двосторонніх колізійних прив'язок, визначення їх основних видів, які прийнято позначати латинською мовою.

Розглянемо найбільш відомі формули прикріплення.

1. *Особистий закон фізичної особи (lex personalis)*, згідно з яким визначаються правовий статус фізичної особи, її право- та дієздатність, а також особисті та інші права. Різновидами особистого закону фізичної особи є:

а) *закон громадянства (lex patriae, lex nationalis)* — означає застосування права тієї держави, громадянином якої є дана особа;

б) *закон місця проживання (lex domicilii)* — означає застосування права тієї держави, де відповідна особа постійно чи переважно проживає. Як інститут міжнародного приватного права *lex domicilii* вперше виник у XVII ст. у Голландії, а пізніше був визнаний іншими державами. На сьогодні *lex domicilii* визнається всіма державами з тією лише різницею, що в одних державах він має першочергове значення (країни англо-американської системи права), а в інших — другочергове. Що стосується цього інституту, то *lex domicilii* буває двох видів, а саме: за походженням і за вибором. *Domicilii* за походженням отримує кожна особа в момент народження, а *domicilii* за вибором може вільно отримати будь-яка особа замість *domicilii* за походженням. Для отримання *domicilii* за вибором необхідно, аби особа фактично проживала у державі, яку вона обрала з наміром залишитися в ній назавжди.

Щодо першочергового застосування закону громадянства (*lex patriae*), то на його захист говорить той факт, що в разі його застосування набагато легше встановити особистий статус фізичної особи, тобто зв'язок з державою громадянства є найбільш стабільним. Але велика кількість людей немає взагалі громадянства або має декілька, внаслідок чого і виникає багато проблем як для них, так і в межах міжнародних відносин. Так ось, у цих випадках і є необхідність у застосуванні закону постійного місця проживання, тобто *lex domicilii*.

Слід зазначити, що нині розширюється коло держав, які все частіше використовують так звану змішану систему особистого закону, тобто застосовуються обидва варіанти, що підвищує його ефективність.

Визначення правового статусу фізичної особи за особистим законом у змішаному варіанті відображено в Законі України «Про міжнародне приватне право», де у ст. 16 зазначено, що «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».

2. *Закон «національності» юридичної особи (lex societatis)* — застосовується при вирішенні колізій законів, пов'язаних з правовим становищем іноземної юридичної особи. Дана формула прикріплення передбачає застосування права тієї держави, якій належить юридична особа.

Міжнародній практиці відомі різноманітні варіанти визначення «національності» юридичної особи, тобто при виборі ознак для визначення особистого статусу юридичної особи немає єдиної думки.

3. *Закон місця знаходження речі (lex rei setae)* — одна із стародавніх колізійних прив'язок, за допомогою якої визначається речово-правовий статут правовідносин. Вона означає застосування права тієї держави, на території якої знаходиться річ, для врегулювання відносин у сфері права власності, інших речових прав. Так, відповідно до п. 2 ст. 45 Мінської конвенції 1993 р. «право спадкування нерухомого майна визначається за законодавством Договірної Сторони, на території якої знаходиться це майно». Ця ж формула прикріплення використовується при визначенні права власності на нерухоме майно (п. 1 ст. 38 Мінської конвенції 1993 р.).

4. *Закон країни-продавця (lex venditoris)* — означає застосування права тієї держави, де заснована, має місце проживання або основне місце діяльності сторона-продавець. Це прив'язка вважається загальною субсидіарною щодо всіх зовнішньоекономічних правочинів.

Закон країни продавця застосовується в його дослівному розумінні — до договору купівлі-продажу, а також у широкому розумінні — до інших приватноправових договорів. Отже, центральною стороною в договорі купівлі продажу є продавець, а всі останні зовнішньоекономічні правочини конструюються за моделлю цього договору, і, як, наприклад, у договорі про надання послуг, центральною стороною буде право країни-виконавця (ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

5. *Закон місця здійснення акту (lex loci actus)* — широко використовується у зобов'язальній сфері й означає застосування права тієї

держави, на території якої було здійснено акт. Приватноправовий акт — це широке поняття, що охоплює різні приватноправові дії. Основними видами загальної формули прикріплення закону місця здійснення акту є закон місця укладення договору і закон місця виконання зобов'язань. Ці формули прикріплення мають субсидіарний характер відносно автономії волі сторін при регулюванні питань зобов'язального статуту і застосовуються виключно за відсутністю згоди сторін про вибір права.

6. *Закон місця укладення договору (lex loci contractus)* — означає застосування права держави, де укладено договір, та використовується у сфері зобов'язального права. Відносно цієї прив'язки існує проблема визначення місця здійснення договору, якщо він укладений між сторонами шляхом листування. Місце укладення договору по-різному тлумачиться в праві різних країн. Наприклад, в англо-американському праві договір вважається укладеним у тому місці, звідки відправлено акцепт, в країнах Європи — де отриманий акцепт. Тенденція сучасної практики спрямована на відмову від застосування даної формули прикріплення і перш за все тому, що категорія місця укладення договору трансформувалася із фізичної, реальної категорії у формально-юридичну.

7. *Закон місця виконання договору (lex loci solutionis)* — означає застосування права тієї держави, де зобов'язання, які впливають із договору, підлягають виконанню, і вважається оптимальним варіантом регулювання питань зобов'язального статуту. У праві більшості держав прийнято таке тлумачення місця виконання зобов'язань, а саме: йдеться про місце фактичного здавання товару, товаророзпорядчих документів або місце здійснення платежу.

8. *Закон місця укладення шлюбу (lex loci celebrationis)* — застосовується в законодавстві деяких країн, регулює сімейні відносини й означає застосування права тієї держави, на території якої укладено шлюб.

9. *Закон місця заподіяння шкоди (lex loci delicti commissi)* — означає застосування права тієї держави, на території якої заподіяно шкоду, і застосовується для регулювання деліктних зобов'язань. Принцип закону місця заподіяння шкоди виражено в п. 1 ст. 42 Мінської конвенції 1993 р.: «Зобов'язання про відшкодування шкоди, крім дій, що впливають із договору, та інших правомірних дій, визначаються за законодавством Договірної Сторони, на території якої мала місце дія або інша обставина, що є підставою для вимоги про відшкодування збитків».

Саме цей принцип відбито в розділі 7 Закону України «Про міжнародне приватне право». Але слід зазначити, що основним принципом сучасного вирішення деліктних зобов'язань є можливість вибору законодавства, найбільш сприятливого для потерпілого.

10. *Закон місця роботи (lex loci laboris)* — означає застосування права країни, де здійснюється трудова діяльність, і використовується у сфері міжнародних трудових відносин (основним винятком з даного правила є форма трудового договору).

11. *Закон прапора (lex flagi)* — означає застосування права тієї країни, під прапором якої, наприклад, ходить судно. Цей колізійний принцип являє собою трансформацію прив'язки «особистий закон» стосовно повітряних, водних та космічних об'єктів. Ці об'єкти є «умовною територією» держави прапора, тому для регулювання більшості відносин, які виникають на їх борту, в першу чергу застосовується закон прапора. Основна сфера його застосування — торговельне мореплавство, міжнародні морські та повітряні перевезення.

12. *Закон суду, який вирішує спір (lex fori)*, є прив'язкою односторонньої колізійної норми й означає застосування права тієї держави, суд якої розглядає справу з іноземним елементом. Колізійне питання вирішується судом на користь застосування власного національного права. Загальноприйнятою сферою застосування закону суду є міжнародний цивільний процес. Право країни суду цілком може бути застосовне до певного виду приватноправових відносин і виступати альтернативою всім останнім формулам прикріплення. У законодавстві більшості держав передбачено: якщо зміст норм права іноземної держави в розумні строки не встановлено, суд вирішує справу на підставі свого національного права. У сучасній практиці і доктрині визнано, що закон суду — це «жорстка» колізійна прив'язка, і слід максимально намагатися відмовлятися від її застосування.

13. *Закон, обраний особою, яка вчинила правочин (lex voluntatis)*, являє собою застосування права тієї держави, яку оберуть самі сторони. Дана формула прикріплення, яка ще має назву «автономія волі сторін», спрямована на врегулювання договірних відносин з іноземним елементом і санкціонована законодавством сучасних держав, міжнародними конвенціями універсального та регіонального характеру. Національне колізійне право і міжнародні договори виходять з того, що при розв'язанні всіх колізійних питань у сфері договірних зобов'язань вирішальною є воля сторін. У 1991 р. Інститут міжнародного

права<sup>1</sup> зазначав, що автономія волі сторін є фундаментальним принципом міжнародного приватного права. Перш за все цьому сприяло закріплення даного принципу в міжнародних конвенціях, а саме: Кодексі Бустаманте, Римській конвенції 1980 р. щодо права, застосованого до договірних зобов'язань, Міжамериканській конвенції 1994 р. про право, що застосовується до міжнародних контрактів, та ін.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» принцип автономії волі відображено в ст. 5, де зазначено, що учасники правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, яке підлягає застосуванню до змісту правових відносин, при цьому такий вибір має бути явно вираженим або прямо впливати із дій сторін правочину, його умов чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, якщо інше не передбачено законом. Сторони можуть обрати право щодо правочину в цілому або його окремої частини, при цьому вибір права чи зміна раніше обраного права може бути здійснено учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема, при вчиненні правочину, на різних стадіях його виникнення тощо. Крім того, вибір права або зміна раніше обраного права, які здійснено після вчинення правочину, мають зворотню дію і є дійсними з моменту вчинення правочину, але не можуть бути підставою для визнання правочину недійсним у зв'язку з недодержанням його форми.

Таким чином, національне колізійне право і міжнародні договори виходять з того, що при розв'язанні всіх колізійних питань у сфері договірних зобов'язань вирішальною є воля сторін. Право більшості держав передбачає абсолютну, необмежену і безумовну автономію волі сторін відносно вибору права, що застосовується. До таких держав належать: Вірменія, Австрія, Угорщина, Венесуела, Німеччина, Греція, Канада, Китай, Швейцарія та ін. За законодавством цих держав сторони можуть обрати як право держави, з котрим пов'язані їх правовідносини, так і право держави, з котрим ці правовідносини не мають зв'язку. При цьому сторони припускають, що в такій спосіб буде забезпечена найбільша об'єктивність. Однак обмеження можуть виникати і з інших причин. Як правило, автономія волі виключається в договірних відносинах, об'єктом яких є нерухомі речі, тобто вибір сторонами права не може впливати на дію імперативних норм держа-

---

<sup>1</sup> Інститут міжнародного приватного права (ІМП), штаб-квартира якого знаходиться в Женеві, функціонує як неофіційна наукова організація, заснована в 1873 р.

ви, з якою договір реально пов'язано. Вибір права сторонами не може також обмежити чи порушити права, яких набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права. Отже, принцип свободи волі не повинен слугувати інструментом обмеження захисту інтересів споживачів та працівників, який гарантують імперативні норми вітчизняного правопорядку. Вибір права також не здійснюється, якщо відсутній іноземний елемент у правовідносинах.

14. *Закон найбільш тісного зв'язку (proper law)* — означає застосування права тієї держави, з якою правовідносини найбільш тісно пов'язані, і використовується як у зобов'язальному праві, так і у сфері деліктів, при регулюванні шлюбно-сімейних, спадкових, трудових відносин. Це приклад «гнучкої» колізійної норми, що належить до нового покоління колізійних правил, закріплених у таких правових актах: Конвенція про право 1980 р., що застосовується до договірних зобов'язань; Міжамериканська конвенція 1994 р. про право, що застосовується до міжнародних контрактів; закони про міжнародне приватне право Австрії, Угорщини, Швейцарії та ін. У США другий Звід законів про конфлікт законів у шостому параграфі не тільки сприйняв цю норму, а й надав їй статусу одного з основних колізійних принципів. У Законі України «Про міжнародне приватне право» зазначений принцип також відображено, а саме в ч. 3 ст. 4 підкреслено, що визначене згідно з колізійними нормами право не застосовується, якщо за всіма обставинами правовідносини мають незначний зв'язок з певним правом і мають більш тісний зв'язок з іншим правом. Сучасна особливість колізійного права полягає у відмові від «жорстких» колізійних норм, заснованих на одному критерії вибору права і застосуванні «гнучких» правил, які враховують усі обставини справи. При поділі правовідносин на статuti до кожного окремого з них застосовується певне самостійне колізійне регулювання, тобто право тієї держави, з яким певна частина правовідносин найбільш тісно пов'язана. У такий спосіб передбачається врегулювання відносин, що містяться в альтернативних колізійних нормах, а також у разі розщеплення колізійної норми, тобто тоді, коли правовідносини (спадкові) у цілому підпорядковуються одному правопорядку (особистому закону спадкодавця), а його окремі питання (спадкування нерухомості) — іншому (закону місця її знаходження).

До нового покоління колізійних правил належить і найбільш сприятливий закон для сторони. Застосування найбільш сприятливого для

сторін закону є однією із сучасних тенденцій у колізійному регулюванні. Як правило, такі колізійні норми встановлюються для регулювання деліктних зобов'язань, шлюбно-сімейних відносин і спрямовані на захист слабкої сторони в такому зобов'язанні. Встановлення подібних норм залежить від рівня розвитку суспільства, від того, наскільки законодавець усвідомлює необхідність захисту своїх громадян у подібних ситуаціях.

### **§ 3. Кваліфікація колізійної норми. Конфлікт кваліфікацій**

Особливості тлумачення колізійних норм пояснюються розв'язанням колізійної проблеми, тобто визначенням права, що застосовується (обрання компетентного правопорядку). У цьому і полягає мета «первинної» кваліфікації колізійної норми. Безпосередньо з процесом вибору права пов'язані проблеми кваліфікації, зворотного відсилання (у тому числі відсилання до права третьої країни), обходу закону та ін. «Вторинна» кваліфікація передбачає застосування норм обраного правопорядку і безпосередньо пов'язана з тлумаченням норм іноземного права, встановленням їх змісту, а також обмеженням застосування іноземного права тощо.

Правова кваліфікація спрямована на визначення права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом, а для цього перш за все необхідно з'ясувати правову природу відносин, які підлягають урегулюванню за участю іноземного елемента. У ст. 7 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено процедуру правової кваліфікації, де зазначено, що при визначенні права, яке підлягає застосуванню, суд повинен тлумачити норми і поняття відповідно до права України, а якщо юридичні поняття невідомі праву країни суду чи відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення за правом країни суду, то при їх правовій кваліфікації може враховуватися також право іноземної країни. Таким чином, правова кваліфікація може проводитися, по-перше, за законом суду; по-друге, за іноземним законом.

Віддаючи перевагу правовій кваліфікації юридичних категорій за вітчизняним законом, законодавець передусім виходив з того, що тільки кваліфікація за законом суду в змозі забезпечити єдність розуміння



колізійної норми і правозастосовний результат у рамках однієї держави. Крім того, не можна кваліфікувати відносини за іншим правом, оскільки питання про вибір цього права до застосування колізійної норми ще не вирішено. Тобто обсяг колізійної норми завжди формується за допомогою матеріальних категорій вітчизняного права, тому юридичну оцінку фактичним обставинам і потрібно давати згідно з ними. Але суд не повинен обмежуватися виключно термінами та правовими категоріями внутрішнього права, тим більше тоді, коли йдеться про поняття, не відомі праву України. В таких випадках суд повинен ураховувати чинні норми та принципи іноземних правових систем.

Узагалі-то правова кваліфікація здійснюється автоматично без будь-яких труднощів, однак іноді можуть виникати складні випадки, коли зовсім непросто визнати, під яку ж правову категорію слід підвести відповідні правовідносини. І тому при визначенні права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом, постає проблема «конфлікту кваліфікації».

Цю проблему виявили наприкінці XIX ст. німецький юрист Ф. Кан і французький юрист Е. Бартен. Ф. Кан назвав її «прихованою колізією», а Е. Бартен — «конфліктом кваліфікації». Обидва автори досліджували таке явище самостійно, тобто незалежно один від одного, і дійшли висновку про те, що колізійні норми різних держав, використовуючи ідентичні терміни щодо визначення одних і тих самих правовідносин, можуть містити «приховану колізію», внаслідок чого виникає проблема «конфлікту кваліфікації». *Проблема кваліфікації* підлягає розгляду у двох основних напрямках: *кваліфікація понять обсягу* колізійної норми (до них належать «форма заповіту», «форма правочинів», «позовна давність» та ін.) та *кваліфікація понять, які складають її прив'язку* (це такі юридичні поняття, як «місце укладання угоди», «закон місця вчинення правопорушення» і т. д.). Отже, кваліфікація понять колізійної норми ускладнюється «конфліктом кваліфікацій», що виникає внаслідок відмінностей у визначенні тих самих понять різними правовими системами. Тобто юридичні поняття, з яких складаються обсяг і прив'язка колізійних норм різних держав, можуть за формою збігатися, але мати різний зміст. Прикладом кваліфікації понять прив'язки колізійної норми можуть бути угоди у сфері зовнішньої торгівлі. Так, зовнішньоторговельну угоду купівлі-продажу вчинено шляхом оферти, що надіслана із Парижа на адресу британської фірми до Лондона, а акцепт британської фірми надіслано із Лондона до Парижа. З погляду французького права правочин завершено в момент



отримання акцепту в Парижі, який за французьким правом і є місцем укладання даного договору; з погляду англійського права угоду завершено в момент відправлення акцепту з Лондона, отже, у даному разі місцем укладання договору з точки зору цього права буде Лондон. Таким чином, французький суд може прийняти кваліфікацію поняття «місце укладання договору» за французьким правом, а англійський — за англійським правом<sup>1</sup>.

Наявність однакових колізійних норм у праві різних держав не гарантує однаковий вибір права. Він залежатиме від того, за правовими поняттями якої держави тлумачитиметься колізійна норма на предмет її співвідношення з фактичними обставинами. Ілюстрацією цієї проблеми слугує приклад, який належить до кваліфікації понять обсягу колізійної норми і на сьогодні вже є класичним.

Російська громадянка, проживаючи в Росії, оформила заповіт. Пізніше, перебуваючи в Англії, вона одружилася з англійцем і прожила в Англії всі останні роки. Після її смерті чоловік претендував на майно своєї померлої дружини, яке знаходилося в Росії. Російська нотаріальна контора відмовила йому у виданні свідоцтва на спадкування, посилаючись на наявність заповіту, відповідно до якого все майно померлої російської громадянки переходило до її сина від першого шлюбу. Тоді чоловік звернувся до російського суду з позовом про визнання свого права на спадкування, обґрунтовуючи його тим, що за англійським правом наступний шлюб скасовує попередній заповіт, зроблений особою, яка взяла шлюб. Отже, суд повинен вибрати право, що підлягає застосуванню (російське чи англійське), і визначити дійсність заповіту. Дійсність заповіту оскаржена фактом вступу заповідача у шлюб, тобто фактичні обставини містять і спадкові, і сімейні відносини. Яку колізійну норму застосовувати: норму, що передбачає вибір права за спадковими відносинами, чи норму, що передбачає вибір права за сімейними відносинами? Перш ніж відповісти на це запитання, слід дати юридичну оцінку наведеним фактичним обставинам, тобто дати їм юридичну кваліфікацію, а саме визначити: чи належить можливість скасування заповіту взяттям шлюбу до спадкового права або до сімейного? Але дати «юридичну оцінку» чи дати «юридичну кваліфікацію» можна, як уже зазначалося, тільки на підставі права. І тут неминуче виникає запитання: за правом якої держави таку

---

<sup>1</sup> Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст] / Л. А. Лунц. – Т. 1 : Международное частное право: общая часть. – М. : Спарк, 2002. – С. 253.

кваліфікацію слід дати? Російське сімейне і цивільне право не знає скасування заповіту фактом взяття шлюбу. Якщо кваліфікувати дані фактичні обставини за російським правом, то вони можуть бути віднесені тільки до спадкового права, а отже, для вибору права потрібно застосувати колізійну норму за спадковими відносинами.

Згідно з п. 2 ст. 1224 ЦК РФ («здатність особи до складання і скасування заповіту... визначається за правом країни, де заповідач мав місце проживання в момент складання заповіту чи акта») буде застосоване російське право, відповідно до якого заповіт дійсний, і чоловік за другим шлюбом не має права на спірне майно. Якщо кваліфікувати ті ж самі фактичні обставини за англійським правом, то спадкування за заповітом належить до наслідків взяття шлюбу, тобто до сімейних правовідносин. Тому для вибору права, що регулює спірне відношення, російський суд повинен звернутися до колізійних норм сімейного права. Відповідно до п. 1 ст. 161 Сімейного кодексу РФ стосунки між подружжям визначаються правом держави, на території якої подружжя має спільне місце проживання. Компетентним є англійське право, за яким заповіт є недійсним<sup>1</sup>.

Отже, для того щоб застосувати колізійну норму і вибрати право, яке підлягає застосуванню, необхідно кваліфікувати колізійну норму на предмет з'ясування змісту юридичних понять, з яких вона складається, і її співвідношення з фактичними обставинами, до яких вона має бути застосована.

Світовій практиці відома і правова кваліфікація за принципом «автономної кваліфікації». У літературі з МПП було висунуто теорію «автономної кваліфікації», яка полягає у спробі тлумачити юридичні поняття автономно, тобто незалежно від матеріального права даної країни. Однак сформулювати загальні для права різних країн поняття — це завдання порівняльного правознавства і є більш складним процесом, оскільки стосується глибинних засад права різних держав.

Таким чином, існують три можливі варіанти пов'язання конфлікту кваліфікацій, а саме:

- 1) кваліфікація за законом суду (*lege fori*);
- 2) кваліфікація за тим правопорядком, до якого відсилає колізійна норма (*lege causae*);
- 3) кваліфікація за принципом «автономної кваліфікації».

<sup>1</sup> Международное частное право [Текст] : 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, Проспект, 2003. – С. 151.

## § 4. Зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни

Зворотне відсилання та відсилання до закону третьої країни — одна з найбільш складних проблем, що існують у МПП.

*Зворотне відсилання* — це результат зіткнення, колізії колізійних норм різних держав, який призводить до того, що іноземне право, обране на підставі вітчизняної колізійної норми, відсилає назад чи до права третьої країни.

Колізії колізійних норм можуть бути як позитивними, так і негативними.

*Позитивні колізії* — дві й більше держави розглядають певне правовідношення з іноземним елементом як предмет регулювання власного права.

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

Зазначена проблема (зворотного відсилання) почала обґрунтовуватися у доктрині міжнародного приватного права ще в XIX ст. і стала відомою світовій практиці (справа Форго 1878 р.) під французьким терміном «*renvoi*». Цей приклад якнайкраще може проілюструвати проблему зворотного відсилання, сутність якого полягає в такому. Форго був баварським підданим, але постійно проживав у Франції. Після його смерті потрібно було вирішити питання про спадкування майна, яке знаходилось у Франції. Французька колізійна норма з цих питань відсилала до закону «доміцилію походження», тобто до баварського права. Баварський закон, у свою чергу, містив колізійну норму, яка відсилала до закону «французького доміцилію» (фактичного доміцилію), тобто до французького закону. Французький суд прийняв зворотне відсилання та використав свій закон.

Що стосується відсилання до права третьої країни, то таке відсилання можна продемонструвати на класичному прикладі із практики Франції у справі *Zagha* (рішення касаційного суду Франції від 15 червня 1982 р.). Двоє сирійських іудеїв уклали шлюб в Італії перед головним рабином Мілана. Через декілька років виникло питання щодо форми цього шлюбу. Французький суддя застосував колізійну норму, яка відсилала до італійського права (місця укладення шлюбу). У свою

чергу, італійська колізійна норма підпорядковує вирішення питання щодо форми шлюбу особистому закону фізичних осіб, які беруть шлюб, тобто до сирійського права. Суд прийняв відсилання до права третьої країни (сирійське право) і визнав шлюб дійсним.

Тобто виникнення зворотного відсилання або відсилання до права третьої країни можливо тоді, якщо колізійна норма у праві держави суду і колізійна норма держави, право якої застосовується для врегулювання правовідносин, містять різні прив'язки, а також наявність певних обставин, як у справі Форго (наявність у нього, з одного боку, баварського громадянства, а з другого — фактичного доміцилію у Франції).

Питання щодо інституту зворотного відсилання — одне з небагатьох, що викликає в МПП суперечливі погляди, і все ж таки у законодавстві більшості держав цей інститут знайшов своє відображення. Проблема зворотного відсилання та відсилання до права третьої країни в цілому зводиться до таких положень: 1) чи відсилає колізійна норма законодавства країни суду до іноземного правопорядку в цілому, включаючи як його матеріальні норми, так і колізійні, чи тільки до матеріальних норм цього права; 2) у випадках, коли іноземний закон не визнає себе компетентним, чи підлягає прийняттю зворотне відсилання до права країни суду, а якщо підлягає, то з яких питань слід його приймати. Саме в першому положенні і полягає суть відносно того, визнається зворотне відсилання в праві держав або ні. Так, прихильники зворотного відсилання, до яких відносять німецьких юристів Бара, Еннекцера, стверджували, що вказівка на іноземне право повинна розумітися як вказівка на іноземне право в цілому, включаючи право колізійне, тобто чинити так, як діяв би суд, право якого застосовується, бо колізійні норми країни суду не можуть надати іноземному правопорядку компетенцію, якої він не бажає. При таких вихідних положеннях можна дійти тільки до принципового прийняття відсилання. Прихильники ж невизнання зворотного відсилання як інституту МПП більш обґрунтовують свою позицію, виходячи з практичної точки зору, а саме виникненням ситуації замкнутого кола (застосування не матеріального права, а правопорядку в цілому зводиться до того, що пошук права, яке застосовується, починається спочатку), а також ускладненнями, з якими стикається суддя, коли він вимушений з'ясувати і застосувати не тільки матеріальні норми, а ще й колізійні норми права іноземної держави.

Результатом же прийняття відсилання є застосування матеріального права країни суду або третьої країни. Позитивною тенденцією законодавчого регулювання зворотного відсилання, що простежується у багатьох нормативних актах ХХ ст., є розмежування між питаннями, в яких відсилання застосовується, і в яких не застосовується. Отже, відсилання приймається у питаннях, що стосуються до шлюбно-сімейного характеру, а також щодо визначення правового статусу особи і не підлягає прийняттю у сфері деліктів та договірних зоб'язань.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» законодавець неоднозначно відображує своє ставлення до визнання інституту зворотного відсилання: з одного боку, передбачає прийняття зворотного відсилання при визначенні особистого та сімейного стану фізичної особи, а з другого — приписує розглядати будь-яке відсилання до іноземного права як відсилання до матеріального, а не до колізійного права відповідної країни, чим зайняв позицію невизнання цього інституту в цілому. Що стосується Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», то у його ч. 1 ст. 28 також зазначається, що будь-яке положення права або системи права будь-якої держави повинно тлумачитись як таке, що безпосередньо відсилає до матеріального права цієї держави, а не до її колізійних норм.

## § 5. Обхід закону

*Обхід закону* — це такі дії учасників відносин, за яких сторони свідомо створюють прив'язку до іноземного права з метою уникнути використання до цього правовідношення примусового закону, якому воно підпорядковано (як правило, закону своєї країни). Отож, слід з'ясувати: чи дійсно має місце факт зловживання правом та свідомого недобросовісного вилучення правовідносин зі сфери дії правопорядку, з яким воно найтісніше пов'язано, і застосування права іноземної країни, яке є найбільш сприятливим?

Щодо наслідків обходу закону, то така штучна колізійна прив'язка до іноземного закону породжує недійсність відповідної угоди. Цю загальну доктрину вперше було опрацьовано у 1878 р. на підставі рішення французького касаційного суду в справі Бофремон: громадянка Франції для того, аби обійти заборону розлучення, яка існувала тоді у Франції,

натуралізувалася в Німеччині, де домоглася судового розлучення та взяла новий шлюб. Цей шлюб було оголошено недійсним: Французький суд знайшов, що розірвання першого шлюбу було здійснено шляхом обходу забороняючої французької норми. З цього рішення суд вивів, що у МПП необхідно застосовувати принцип *fraus omnia corrumpit* (обхід закону породжує недійсність акту в цілому)<sup>1</sup>.

Теорію обходу закону відображено в законодавстві Іспанії, Румунії, Франції. Про це свідчать і приклади із судової практики, а саме із практики Франції. На території Франції проживають багато мусульман, які мають громадянство країн Північної Африки (Марокко, Алжиру, Тунісу). За мусульманським правом, чинним у цих державах, допускається так звана *репудіація*, тобто розлучення на підставі односторонньої заяви чоловіка. В Алжирі репудіація здійснюється в судовому порядку, в Марокко — в реєстраційному. На практиці ж виявляється так. Сім'я, яка складається із громадян Алжиру чи Марокко, має доміцилій у Франції, і, не бажаючи нести судові витрати та взагалі вплутуватися у складний процес у французьких судах, чоловік від'їжджає до держави свого громадянства і здійснює там репудіацію. Потім повертається до Франції і робить заяву про це французькій владі, яка, керуючись, наприклад, двосторонньою Франко-марокканською конвенцією від 10 серпня 1981 р. «Про правову допомогу», зобов'язана визнати дане розлучення. Саме з метою запобігання подібним ситуаціям французькі суди і звертаються до концепції обходу закону, не враховуючи репудіацію, яка здійснюється за кордоном. Так, у рішенні Касаційного суду Франції від 1 березня 1988 р. було зазначено: «Влада обох держав (і Марокко, і Франції) компетентна розглядати справи про розлучення, де б не знаходився доміцилій подружжя в момент порушення справи, однак вибір з національних юрисдикцій не може бути здійснено виключно з метою обходу закону». Проте на рівні міжнародної уніфікації концепцію обходу закону не було закріплено. Так, положення щодо заборони обходу закону не містяться і в таких конвенціях, як Римська конвенція 1980 р. «Про право, що застосовується до договірних зобов'язань», як Гаазька конвенція 1986 р. «Про право, що застосовується до міжнародних контрактів». Положення щодо концепції обходу закону відсутні й у найновіших законах, які регулюють відносини у сфері МПП, а саме в законодавчих актах Австрії, Німеччини, Швейцарії,

<sup>1</sup> Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст] / Л. А. Лунц. – Т. 1 : Международное частное право: общая часть. – М. : Спарк, 2002. – С. 293.

а що стосується Англії, то цей інститут там ніколи і не визнавався. Про це свідчить факт, який наводиться у багатьох підручниках з МПП і пов'язаний з невеликим шотландським містечком Гретна Грін на кордоні з Англією. У XVIII–XIX ст. у Шотландії діяли більш ліберальні, ніж в Англії, правила укладення шлюбу. Саме тому в Гретну Грін приїжджали англіїці з метою укласти шлюб, щоб запобігти англійським законам, які заперечували такі шлюби. В цьому невеликому містечку укладалося десь 300–400 шлюбів на рік.

В українському законодавстві інститут обходу закону відображено в ст. 10 Закону України «Про міжнародне приватне право», де зазначається, що дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування їх іншому праву в обхід положень закону, є нікчемними, тобто закріплюється положення щодо наслідків обходу закону.

При визначенні предмета обходу закону класик німецького міжнародного права Л. Раапе підкреслював: щодо обходу закону в МПП перш за все відносини переходять у сферу дії іншого правопорядку, в якому містяться бажані матеріальні норми, а створення колізійно-правового фактичного складу є лише заходом відносно обходу закону. Таким чином, у загальній класичній теорії загально-визнано, що «обходиться» не колізійна норма, а внутрішня матеріальна норма закону, який «обходиться», тобто колізійна норма є лише засобом щодо «обходу», а первинним все ж таки є нікчемність угоди. Інакше кажучи, предметом регулювання норми щодо обходу закону є відносини нікчемності угоди, а об'єктом право відношення, яке виникло, буде сама названа угода. Слід зазначити, що існують різні підходи у визначенні даного інституту в законодавстві держав. Але саме від цього і залежить визначення його предмета регулювання.

Однак існує й зовсім інша думка щодо закріплення цього інституту в законодавстві, а саме відзначається, що наслідки обходу закону суперечать загальним принципам правового регулювання, котрі склалися у МПП, оскільки «штучна криміналізація» обходу закону, переведення його у статус протиправного суперечать самому змісту цього поняття, — обхід закону являє собою легальне ухилення від його дії (а не порушення закону)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Кибенко, Е. Р. Міжнародне приватне право [Текст] / Е. Р. Кибенко. – Х. : Еспада, 2003. – С. 45.



## § 6. Встановлення змісту та застосування іноземного права

З правовою кваліфікацією тісно пов'язано питання тлумачення, встановлення змісту та застосування іноземного права. Суддя не зобов'язаний заздалегідь знати зміст іноземного права, до якого відсилає вітчизняна колізійна норма. Але якщо колізійне питання вирішене на користь застосування іноземного права, то діє правило, за яким суд повинен тлумачити та застосовувати іноземне право так, як воно застосовується «у себе на батьківщині».

Обсяг застосування права іноземної держави визначено в ст. 6 Закону України «Про міжнародне приватне право», де встановлено, що застосування права іноземної держави охоплює всі його норми, які регулюють відповідні правовідносини. Зважаючи на зміст цієї статті, такими нормами є: норми міжнародних договорів, закони, підзаконні правові акти іноземної держави, норми звичаєвого права, прецеденти та інші джерела права, що визнаються іноземною державою. Застосування норми права іноземної держави не може бути обмежено лише на тій підставі, що ця норма належить до публічного права.

Застосування іноземного права — це правозастосовний процес, який здійснюється судом<sup>1</sup> та іншими правозастосовними органами (нотаріусами, органами державної виконавчої влади тощо) на підставі та в межах національного права відповідно до загальноновизнаних принципів міжнародного права.

Орган певної держави, який застосовує норми іноземного права, встановлює їх зміст згідно з офіційним тлумаченням, практикою застосування та доктриною у відповідній іноземній державі з метою визнання нормативно-правової основи майбутнього судового рішення.

З метою встановлення змісту норм іноземного права суди та інші правозастосовні органи мають право звертатися за співпрацею і роз'ясненням до Міністерства юстиції України та інших компетентних органів і установ в Україні та за кордоном або залучати експертів.

Для визначення змісту норм іноземного права та їх подальшої інтерпретації в правозастосовній практиці часто використовуються

<sup>1</sup> Застосування іноземного права може бути здійснено судом загальної юрисдикції (ст. 8 ЦПК України), господарським судом (ст. 4 ГПК України), третейським судом (ст. 11 Закону України «Про третейські суди»).



знання експертів з іноземного права, як вітчизняних, так і іноземних. В останньому випадку як експерти часто залучаються вчені — теоретики чи практики (тобто адвокати, судді, нотаріуси та ін.). В Україні участь судового експерта в цивільному та господарському процесі та його статус регулюється статтями 47, 53 ЦПК України, ст. 31 ГПК України, а також Законом України «Про судову експертизу». Відповідно до ст. 23 цього Закону керівники державних спеціалізованих установ, що проводять судові експертизи, за згодою органу або особи, що призначили судову експертизу, в необхідних випадках можуть включати до складу експертних комісій провідних спеціалістів інших держав. Такі спільні експертні комісії здійснюють судові експертизи за нормами процесуального законодавства України. Слід підкреслити, що вищезазначені функції не можуть бути покладені на спеціаліста. Пункт 4 ст. 54 ЦПК України прямо забороняє використовувати знання спеціаліста в правових питаннях.

Знання експертів з іноземного права нерідко використовуються і в інших державах. Наприклад, у Німеччині для встановлення змісту іноземного права суддя може залучити до справи експерта серед професорів університетів або співробітників спеціалізованих інститутів — центрів іноземного та міжнародного права<sup>1</sup>. Для цього в Німеччині оприлюднюються спеціальні збірники, де наводяться дані та координати тих, хто може виступати як експерт.

Одним із способів встановлення іноземного права є правова допомога. Нормативною базою для її здійснення (тобто встановлення інформації про іноземне право) виступає Європейська конвенція про інформацію щодо іноземного законодавства від 7 червня 1968 р. (набрала чинності в Україні 14 вересня 1994 р.)<sup>2</sup>, яка визначає процедуру та механізм, що призначені полегшити судам доступ до інформації про іноземне право. Згідно з положеннями цієї конвенції мета відповіді на запит щодо надання інформації відносно змісту іноземного права полягає в тому, щоб надати об'єктивну інформацію судовому органу, від якого йде запит стосовно законодавства країни, про яке запитується. Відповідь, коли це потрібно, має містити відповідні юридичні тексти та судові рішення. До відповіді, якщо це уявляється доцільним, додається додаткова документація, наприклад, витяги з доктрин та

---

<sup>1</sup> Інститут іноземного та міжнародного права ім. Маркса Планка в Гамбурзі. Офіц. сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.mpil.de/wwlen/pub/news/cfm](http://www.mpil.de/wwlen/pub/news/cfm)

<sup>2</sup> Офіц. вісн. України. – 2004. – № 44. – Ст. 2941.

резюме слухань. Крім того, вона може супроводжуватися пояснювальним коментарем.

Крім того, значну роль у розв'язанні проблеми встановлення змісту норм іноземного права відіграють договори про надання правової допомоги, які містять зобов'язання сторін обмінюватися інформацією з правових питань. Так, Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах, підписана державами СНД у 1993 р., передбачає, що центральні установи юстиції Договірних Сторін на прохання надають один одному відомості про чинне або про таке, що втратило чинність на їхніх територіях, внутрішнє законодавство та про практику його застосування установами юстиції (Мінська конвенція 1993 р.). Аналогічні положення містяться у двосторонніх угодах, однією стороною яких є Україна.

Законодавець також дозволяє особам, які беруть участь у справі, надавати документи, що підтверджують зміст відповідних норм іноземного права, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу в установленні змісту цих норм, наприклад, надати суду відповідні тексти з правових актів чи витяги з них, правові висновки фахівців з МПП (науковців, практиків та ін.), відповідні судові рішення чи витяги з них, довідкову та наукову літературу, коментарі тощо. Сприяння сторін — це їх право, а не обов'язок, а тягар доказування змісту іноземного права може бути покладено на сторони тільки у спорах, пов'язаних з підприємницькою діяльністю. Документи, що видані уповноваженими органами іноземних держав у встановленій формі, визнаються дійсними в Україні в разі їх легалізації.

У тих випадках, коли зміст норм іноземного права, незважаючи на житі заходи, не встановлено, застосовуються норми права України.

## **§ 7. Застереження про публічний порядок та імперативні норми в міжнародному приватному праві**

Застереження про публічний порядок належить до загальних понять та є загальноприйнятим інститутом МПП.

Оскільки колізійна норма може обирати право будь-якої держави, а передбачити всі наслідки цього вибору неможливо, то з метою за-

побігання настанню можливих негативних наслідків і застосовується застереження про публічний порядок. Отже, призначення застереження — обмежити дію колізійної норми, вилучивши застосування іноземного закону, несумісне з публічним порядком країни суду. Воно закріплене в законодавстві багатьох держав, міжнародних договорах та застосовується при визнанні і виконанні іноземних судових та арбітражних рішень.

Розрізняють позитивне і негативне застереження, що пов'язані із становленням концепції публічного порядку.

*Загальна позитивна концепція* (франко-італійська) базується на сукупності матеріально-правових норм, які внаслідок принципової важливості для захисту суспільних і моральних підвалин даної держави застосовуються завжди, навіть якщо вітчизняна колізійна норма відсилає до іноземного права (такі норми часто іменуються надімперативними). У даному випадку певні принципи і норми національного права мають особливе значення, тобто позитивне значення для держави.

Найчастіше позитивне застереження використовується при розгляді питань, пов'язаних зі спадкуванням нерухомого майна, відповідальністю за умисне заподіяння шкоди, суспільним станом особи (правове становище одружених жінок, усиновлених та ін.), а також питань щодо іноземного інвестування (саме існування Закону України «Про режим іноземного інвестування» виключає можливість застосування іноземного закону). «Чи слід ці норми кваліфікувати як норми публічного порядку в «позитивному» розумінні цього слова, чи належить вважати, що вони взагалі поза колізійним правом і при їх застосуванні колізійне питання взагалі не виникає? Та чи інша точка зору призводить до однакових наслідків, і в цьому розумінні обидві точки зору є ідентичними?»<sup>1</sup>

Але, зважаючи на світовий досвід, застереження про публічний порядок майже повсюдно закріплюється в негативному варіанті, що визначено самим механізмом звернення до іноземного права на основі колізійних норм. *Негативна концепція* (її джерела звернено до германської доктрини) вбачає підстави для незастосування іноземної правової норми у властивостях самої норми, які роблять її такою, що вона не може бути застосована. Згідно з цією концепцією публічний порядок має визначатися не через внутрішні матеріальні норми, а через

---

<sup>1</sup> Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст] / Л. А. Лунц. – Т. 1 : Международное частное право: общая часть. – М. : Спарк, 2002. – С. 288.

негативні, неприйнятні властивості іноземного правопорядку. Реалізація такого підходу вимагає встановлення змісту іноземного права і перевірки його на відповідність правопорядку країни суду. Він вважається більш оптимальним з погляду судової практики та дозволяє тлумачити поняття публічного порядку, виходячи з концепції права конкретної держави.

Категорія «публічний порядок» у МПП як у законодавстві, так і в судовій практиці залишається невизначеною, тому і виникають труднощі, пов'язані з її застосуванням. Остаточна невизначеність поняття публічного порядку обумовлена самою сутністю цієї категорії, яка пов'язана з історичними, політичними, соціальними, культурними чинниками розвитку кожної держави. А оскільки ці чинники різняться в залежності від геополітичного положення країни та змінюються з плином часу, майже неможливим виявляється сформулювати на рівні доктрини якийсь єдиний підхід до визначення змісту та функцій «*ordre public*» як соціально-правового явища<sup>1</sup>.

Негативне застереження про публічний порядок закріплено і в Законі України «Про міжнародне приватне право», у ст. 12 якого зазначено, що норма іноземного права не застосовується у випадках, коли її застосування призводить до результату, явно несумісного із засадами правопорядку України. Відмова у застосуванні іноземного права не може ґрунтуватися лише на відмінності правової, політичної або економічної системи відповідної іноземної держави від правової, політичної або економічної системи України. Таким чином, на законодавчому рівні закріплено положення щодо захисту національного правопорядку від можливих негативних наслідків застосування іноземного правопорядку або визнання та виконання іноземного судового рішення.

Так, інститут застереження про публічний порядок — це форма захисту основних цінностей і принципів вітчизняної правової системи у сфері цивільного (свобода договору, рівність суб'єктів цивільного права, недоторканність власності), сімейного (свобода шлюбу, захист інтересів дітей та ін.), спадкового (визнання певних прав, спадкоємність за законом, черговість успадкування, повага волі спадкодавця та ін.) права. Серед країн, чие законодавство може конфліктувати з вітчизняним правопорядком, як приклад можна назвати мусульманські, тобто країни,

<sup>1</sup> Кисіль, В. І. Механізми колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. І. Кисіль. — К., 2001. — С. 17.

де існує релігійна система права. До правових інститутів належать такі, що не сприймаються вітчизняним публічним порядком, а саме: полігамний шлюб, репудіація, влада чоловіка, а також норми, що обмежують правоздатність не мусульман, та ін.

Зазначене можна проілюструвати на прикладі Італії. Так, у 1991 р. апеляційний суд міста Мілан відмовив у застосуванні іранського закону про розлучення відносно подружжя, які проживали в Італії, на тій підставі, що іранський закон визнає репудіацію з боку чоловіка, яка є принизливою для жінок. На погляд суду, репудіація — це «інститут, який суперечить не тільки італійському публічному порядку, а й загальним принципам, що відображено в юридичній спільноті, частиною якої є Італія».

У теорії МПП інститут застереження про публічний порядок розглядається у співвідношенні з інститутом обходу закону. З огляду на германську доктрину питання про обхід закону в МПП є одним із випадків застосування застереження про публічний порядок, тобто його можна розглядати як конкретний захід щодо попередження обходу закону в окремих сферах правовідносин. Але очевидно, що у цих двох інститутів одна й та сама мета — замінити компетентний закон у спосіб *lex fori*, однак вони мають різні предмети регулювання. Предметом «обходу закону» є нікчемність угоди спрямованої на виключення об'єктивно застосованого права і як наслідок застосування іншого права, причому усунення компетентного закону залежить від констатації наміру сторін порушити свій особистий закон. Предметом застереження про публічний порядок є виключення застосування іноземного права, оскільки воно суперечить публічному порядку країни суду.

Останніми роками питання щодо взаємодії колізійних та імперативних норм матеріального права перейшло із теоретичної до практичної сфери. Чи володіють колізійні норми пріоритетом відносно імперативних матеріально-правових норм або останні внаслідок своїх особливостей спроможні витіснити перші? І доктрина, і практика багатьох країн дійшли думки щодо існування «надімперативних» норм, які не є частиною «публічного порядку», і, функціонуючи в обхід «публічного порядку», діють у сфері МПП незалежно від колізійних правил, практично усуваючи їх. Саме цю ідею стосовно значення «надімперативних» норм виражено в конвенціях з МПП, таких як Римська конвенція 1980 р. про право, що застосовується до договірних зобов'язань, котра допускає застосування імперативних норм не тільки

країни суду, а й третьої країни; Гаазька конвенція 1986 р. про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів; Міжамериканська конвенція про право 1994 р., що застосовується до міжнародних контрактів, та ін.

Таким чином, матеріально-правові норми, регулюючи певні міжнародні приватні відносини, перш за все зовнішньоекономічні, мають розглядатися як спеціальні, оскільки вони регулюють конкретні міжнародні приватні відносини і відповідно повинні мати пріоритет перед іншими нормами внутрішнього права, в тому числі колізійними. «Надїмперативні» норми застосовуються до того, як колізійна норма вкаже на компетентний іноземний правопорядок, і, отже, виключає саме постановлення колізійного питання. З наведеного виходить, що норми національного матеріального права, аби мати ефект прямої дії, повинні володіти не просто імперативними властивостями з погляду матеріального права, а саме особливими імперативними властивостями, які подолають силу колізійних, у тому числі імперативних, правил, відсилаючи до іноземного права. І слід виходити з того, що якщо стосовно даного питання існують одночасно імперативні колізійна і матеріальна норми, причому перша відсилає до іноземного правопорядку, а друга передбачає застосування національного матеріального права, то пріоритет має матеріальна норма, тобто законодавець спеціально встановив матеріально-правову норму прямої дії, що регулює відносини, в яких реалізується виключно державний інтерес. Про це свідчить і положення Закону України «Про міжнародне приватне право», де в ст. 14 закріплено, що правила цього Закону не обмежують дії імперативних норм права України, які регулюють відповідні відносини, незалежно від права, яке підлягає застосуванню. Крім того, 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. При цьому суд повинен урахувати призначення та характер таких норм, а також наслідки їх застосування чи незастосування.

Повертаючись до питання співвідношення таких інститутів міжнародного приватного права, як «обхід закону», «застереження про публічний порядок» та «імперативні норми, що мають особливе значення», слід зазначити, що воно полягає у розбіжності між суб'єктивним підґрунтям визнання недійсної угоди про право, що застосовується, не вимагаючи в подальшому застосування застереження про публічний

порядок і імперативних норм прямої дії, та об'єктивним підґрунтям виключення застосування іноземного права і безпосереднього застосування імперативних норм прямої дії, не вимагаючи для цього використання норми про «обхід закону».

## § 8. Взаємність та реторсія

*Взаємність* є одним з фундаментальних принципів рівності у сфері міжнародної співпраці та співдружності між державами. Вона являє собою одну з підвалин МПП, що закріплено і в доктрині МПП, і у внутрішньому законодавстві, і в міжнародних договорах. Принцип взаємності у МПП не обмежується сферою дії колізійних норм, він включає й питання застосування матеріально-правових приписів, перш за все правил, які визнають цивільно-правовий стан іноземних фізичних і юридичних осіб, зважаючи на національний режим і режим найбільшого сприяння. Крім того, до проблем, пов'язаних із взаємністю в різних сферах МПП, належать також: визнання і виконання іноземних судових рішень за умови визнання і виконання судових рішень у відповідній іноземній державі; виконання судових доручень іноземних судів при аналогічному виконанні доручень судів.

Найбільш актуальне питання, пов'язане із взаємністю, виникає при визнанні та застосуванні іноземного права. Одне з таких правил сформульовано у ст. 11 Закону України «Про міжнародне право» і полягає в тому, що суд чи інший орган застосовує право іноземної держави незалежно від того, чи застосовується у відповідній іноземній державі до подібних правовідносин право України, крім випадків, якщо застосування права іноземної держави на засадах взаємності передбачене законом України або міжнародним договором України. Іншим правилом уточнюється розуміння такого винятку, якщо застосування права іноземної держави залежить від взаємності, вважається, що вона існує, оскільки не доведено інше.

У галузі приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, взаємності надається значення спеціального правового інституту, в якому виділяється «матеріальна» і «формальна» взаємність.

«Матеріальна» взаємність означає надання фізичним і юридичним особам — іноземцям у країні перебування повноважень, аналогічних тим, що надаються їм у своїй державі. Безумовно, відмінність у праві



різних країн обмежує можливість широкого застосування «матеріальної» взаємності.

«Формальна» взаємність передбачає зрівняння іноземців у країні перебування в правах і обов'язках з місцевими громадянами і юридичними особами. В МПП переважає визначення правового режиму іноземців на підставі «формальної» взаємності.

З питанням щодо взаємності пов'язано введення так званих відповідних обмежень, тобто на принципах взаємності в міжнародних відносинах іноді застосовуються *реторсії* — заходи примусового впливу у відповідь на недружні дії іншої держави. Метою реторсії є скасування обмежень, встановлених окремою державою, що завдають необґрунтовану, в порядку дискримінації, шкоду інтересам іншої держави або її громадян. Україна у разі встановлення обмежень дискримінаційного характеру щодо її фізичних чи юридичних осіб іншою країною може застосовувати в порядку реторсії відповідні заходи стосовно фізичних чи юридичних осіб цієї країни. На відміну від принципу взаємності у випадку реторсії ініціатором незастосування іноземного права виступає виконавча влада.

У низці нормативних актів України закріплено можливість застосування одного чи декількох видів заходів примусового характеру, а саме: обмеження імпорту, підвищення митних зборів, уведення режиму ліцензування та квотування зовнішньоекономічних операцій тощо. Відповідно до доктринальних положень міжнародного права застосування заходів обмежувального характеру щодо конкретної іноземної країни не може вважатися порушенням принципу недискримінації.

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



## **Контрольні запитання**

1. Дайте визначення колізійної норми та охарактеризуйте її структуру.
2. Назвіть основні колізійні формули прикріплення.
3. Назвіть засоби встановлення змісту іноземного права, передбачені чинним законодавством України.
4. Який зміст має поняття «застереження про публічний порядок»? Охарактеризуйте механізм застосування імперативних норм у МПП.
5. Що означає поняття «конфлікт кваліфікацій»?

# Суб'єкти міжнародного приватного права

## § 1. Фізичні особи в міжнародному приватному праві

### 1.1. Загальні засади правового статусу фізичних осіб як суб'єктів міжнародного приватного права

Серед суб'єктів МПП значне місце посідають фізичні особи — громадяни та іноземці. У доктрині, законодавстві та практиці поняття «іноземець» об'єднує власне іноземних громадян (підданих), осіб без громадянства (апатридів), осіб з кількома громадянствами (біпатридів) та ін. У сучасних умовах до кола осіб, відносно яких діють норми МПП, з урахуванням особливостей їх правового становища належать також біженці, особи, яким надано політичний притулок, тощо. Норми МПП регулюють цивільні, сімейні, трудові, процесуальні права фізичних осіб, отож, ці особи наділяються певним правовим статусом у міжнародних приватноправових відносинах.

У загальному розумінні правовий статус суб'єкта — це система визнаних і закріплених державою у законодавчому порядку прав та обов'язків даного суб'єкта. Правовий статус фізичних осіб як суб'єктів МПП — це сукупність усіх прав, свобод та обов'язків, що належать їм. Особливість правового статусу фізичної особи в МПП полягає у тому, що, перебуваючи в іншій державі, вона підпорядковується одночасно двом правопорядкам: своєму вітчизняному (закону громадянства (*lex patriae*) чи закону постійного місця проживання (*lex domicilii*), оскільки зберігає правовий зв'язок з державою свого громадянства чи постійного місця проживання, правовий статус громадянина своєї держави, користується її захистом, підкоряється її законам та правопорядку держави перебування (тієї держави, на території якої фізична особа перебуває у конкретний момент).

Основоположне значення для визначення правового становища фізичних осіб мають загальновизнані принципи і норми міжнарод-

ного права стосовно прав та обов'язків людини, що містяться у Загальній декларації прав людини 1948 р., Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 р., Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права 1966 р. та ін. (наприклад, заборона дискримінації за ознаками раси, національності, статі тощо). Статус фізичних осіб у МПП визначається також міжнародними угодами, наприклад, Конвенцією про правовий статус біженців від 28 липня 1951 р., Конвенцією про правовий статус осіб без громадянства від 28 вересня 1954 р., іншими міжнародними угодами, що визначають права та обов'язки фізичних осіб у конкретних правовідносинах.

Проте, як свідчить історія розвитку людства, правовий статус іноземців визнавався не завжди. У римському праві іноземці не визнавалися суб'єктами права; іноземець був ворогом (*hostis*), що перебував поза охороною закону. Лише з 212 р. їм було надано статус *jus gentium*. За часів феодалізму правове становище іноземців характеризувалося повною незабезпеченістю прав, фактичним безправ'ям. Французька революція XVIII ст. викликала зміни у становищі іноземців, проголосивши принципову рівність усіх перед законом та зрівнявши іноземців у правах з власними громадянами. У XIX ст. розвиток міжнародної торгівлі, економічних та культурних зв'язків спонукав до суттєвого зміцнення прав іноземців, надання їм цивільної правоздатності без укладення спеціальних міжнародних угод. Обмеження прав іноземців набули характеру спеціальних законів, винятків із загальних засад надання іноземцям національного режиму. Особливого значення у спеціальному законодавстві про статус іноземців набули реторсії. Так, у ст. 2 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»<sup>1</sup> передбачено, що у разі застосування іноземною державою будь-яких обмежень дискримінаційного характеру до нашої держави, наших громадян чи юридичних осіб, уповноважені державні органи можуть у відповідь застосувати заходи обмежувального характеру до даної іноземної держави, її громадян та юридичних осіб. Метою таких заходів є скасування обмежень, уведених іноземною державою, та нормалізація відносин між державами.

---

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 23. – Ст. 161.

## 1.2. Поняття та колізійні питання громадянства

Питання громадянства на міждержавному рівні врегульовано за допомогою численних нормативно-правових актів, серед яких можна назвати:

Конвенцію про громадянство заміжньої жінки від 20 лютого 1957 р. (набула чинності 11 серпня 1958 р., ратифікована Президією Верховної Ради СРСР 28 серпня 1957 р.);

Конвенцію про скорочення випадків багатогромадянства та про військову повинність у випадках багатогромадянства від 6 травня 1963 р.;

Конвенцію щодо спрощеного порядку набуття громадянства громадянами держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав від 19 січня 1996 р.;

Європейську конвенцію про громадянство від 6 листопада 1997 р. (укладена у м. Страсбург, діє щодо держав-членів Ради Європи);

Двосторонні міжнародні договори за участю України про усунення випадків подвійного громадянства (наприклад, Договір між Україною та Республікою Узбекистан про запобігання виникненню випадків подвійного громадянства від 5 грудня 1996 р., Договір між Україною та Грузією про запобігання виникненню випадків подвійного громадянства та усунення вже існуючого подвійного громадянства від 28 жовтня 1997 р.);

Конвенцію, що регулює деякі питання, пов'язані з колізією законів про громадянство, від 12 квітня 1930 р. (Україна не бере участі);

Конвенцію про скорочення без громадянства від 30 серпня 1961 р. (Україна не бере участі).

У зазначених нормативних актах визначено поняття громадянства, відповідно до якого — це правовий зв'язок між особою та державою<sup>2</sup> незалежно від етнічного походження особи. У деяких випадках фізична особа 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 країни, — і тоді йдеться про особу без громадянства (апатрида). Кожна держава самостійно визначає належність особи до свого громадянства.

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2006. – № 45. – Ст. 437.

<sup>2</sup> Див., напр., ст. 2 Європейської конвенції про громадянство від 6 листопада 1997 р.

Відповідно до положень Закону України від 18 січня 2001 р. «Про громадянство України» громадянством України визнається правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках, а громадянином України називається особа, яка набула громадянство України в порядку, передбаченому законами України та міжнародними договорами України<sup>1</sup>.

Проаналізувавши зміст ст. 1 Закону України «Про громадянство України», можна виділити такі категорії фізичних осіб за ознакою громадянства: громадяни України, іноземні громадяни (піддані), особи з подвійним громадянством (біпатриди) та особи без громадянства (апатриди).

У тексті зазначеного Закону закріплено принципи, на яких будується законодавство України про громадянство: 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 України іноземцем чи особою без громадянства внаслідок укладення шлюбу з громадянином України або набуття громадянства України його дружиною (чоловіком) та автоматичного припинення громадянства України одним із подружжя внаслідок припинення шлюбу або припинення громадянства України другим із 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 з названих принципів, що має неабияке значення для врегулювання колізійних питань громадянства в Україні, є принцип єдиного громадянства, закріплений у Конституції України. Якщо громадянин України набув громадянство (підданство) іншої держави або держав, то у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України; якщо ж іноземець набув громадянство України, то у правових відносинах з Україною він також визнається лише громадянином України. Однак, незважаючи на це, Закон України «Про громадянство України» містить винятки, що допускають виникнення подвійного громадянства, до яких, зокрема, віднесено випадки, коли: а) діти при народженні одночасно з громадянством України набувають

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. — 2001. — № 13. — Ст. 65.

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, що підтверджує наявність у нього громадянства іншої держави.

Відповідно до положень названих міжнародних конвенцій з питань громадянства, Закону України «Про громадянство України» кожна держава в односторонньому порядку визначає своїх громадян. Підставами для набуття громадянства можуть бути походження, територіальний принцип, прийняття до громадянства, поновлення у громадянстві, усиновлення, встановлення опіки чи піклування над дитиною тощо. При цьому, як відмічає О. Р. Кибенко, різноманітні колізійні питання (громадянство дітей, громадянство осіб при зміні їх родинного статусу, встановлення над ними опіки та піклування тощо) вирішуються національними законами, як правило, на користь власного громадянина. Внаслідок такого підходу у фізичних осіб часто виникає подвійне громадянство, що становить основну колізійну проблему в МПП<sup>1</sup>. Отже, подвійність громадянства виникає внаслідок колізій законодавства різних країн щодо набуття і втрати громадянства, міграційних процесів, реєстрації шлюбів з іноземцями тощо<sup>2</sup>.

Слід зазначити, що біпатриди користуються правами і виконують обов'язки відносно держав, громадянами яких вони є. У п. 1 ст. 2 Закону України «Про громадянство України» закріплений підхід щодо біпатридів, який застосовується у переважній більшості країн, відповідно до якого така особа у правових відносинах з Україною визнається лише громадянином України. Однак складними проблемами, що виникають у МПП та потребують розв'язання стосовно біпатридів, є, наприклад, проблеми їх участі у приватизаційних процесах, реалізації ними права власності на землю, нерухоме майно, реалізації права на житло, освіту, виконання військового обов'язку<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Кибенко, Е. Р. Международное частное право [Текст] / Е. Р. Кибенко. – Харьков : Эспада, 2003. – С. 50–51.

<sup>2</sup> Докладніше див.: Фединяк, Г. С. Міжнародне приватне право [Текст] : підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – С. 103.

<sup>3</sup> Правила щодо порядку виконання військового обов'язку біпатридів містяться, наприклад, у Конвенції про скорочення випадків багатогромадянства та про військову повинність у випадках багатогромадянства від 6 травня 1963 р., відповідно до якої військова повинність виконується лише щодо однієї з держав, громадянство яких має фізична особа.

Особливо відчутно виявляється це у разі, коли біпатрид перебуває на території третьої країни, громадянином якої він не є. У такому випадку виникає колізія з питання визначення особистого закону такої особи, що має бути застосований до вирішення тих чи інших приватно-правових питань.

### 1.3. Іноземці за законодавством України

Відповідно до ст. 1 Закону України від 4 лютого 1994 р. «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»<sup>1</sup> іноземцем визнається особа, яка не перебуває у громадянстві України і є громадянином (підданим) іншої держави або держав. Особою без громадянства є особа, яку жодна держава відповідно до власного законодавства не вважає своїм громадянином<sup>2</sup>.

Постановою Кабінету Міністрів України від 29 грудня 1995 р. № 1074 «Про Правила в'їзду іноземців та осіб без громадянства в Україну, їх виїзду з України і транзитного проїзду через її територію»<sup>3</sup> затверджено відповідні Правила, якими визначаються порядок: в'їзду в Україну, виїзду з України і транзитного проїзду через її територію іноземців та осіб без громадянства; оформлення документів іноземцям та особам без громадянства на право перебування в Україні; пересування іноземців та осіб без громадянства по території України і вибору ними місця проживання в Україні; відповідальності іноземців та осіб без громадянства, юридичних і фізичних осіб, які їх приймають чи надають їм послуги, за порушення законодавства України.

Залежно від мети та строку перебування на території України можна виділити такі категорії іноземних громадян та осіб без громадянства: іммігранти, іноземці, які тимчасово перебувають на території України, біженці та особи, яким надано політичний притулок.

*Іммігранти.* До таких належать іноземці чи особи без громадянства, які отримали дозвіл на імміграцію і прибули в Україну на постійне проживання або, перебуваючи в Україні на законних підставах, отримали дозвіл на імміграцію і залишилися в Україні на постійне проживання. Право на імміграцію іноземців в Україну встановлено

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 23. – Ст. 161.

<sup>2</sup> Слід сказати, що так само визначено ці поняття і в Законі України «Про громадянство України».

<sup>3</sup> ЗП України. – 1996. – № 4. – Ст. 148.

Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», а більш докладно умови та порядок імміграції в Україну визначено Законом України від 7 червня 2001 р. «Про імміграцію»<sup>1</sup>.

У зазначених нормативних актах встановлено, що імміграція в Україну проводиться на підставі відповідного дозволу, котрий видається на підставі заяви особи, яка бажає іммігрувати в Україну в межах квоти імміграції<sup>2</sup>. Дозвіл на імміграцію не надається таким категоріям осіб: 1) засудженим до позбавлення волі на строк більше одного року за вчинення діяння, що відповідно до законів України визнається злочином, якщо судимість не погашена і не знята у встановленому законом порядку; 2) які вчинили злочин проти миру, воєнний злочин або злочин проти людяності та людства, як їх визначено в міжнародному праві, або розшукуються у зв'язку із вчиненням діяння, що відповідно до законів України визнається тяжким злочином, або проти яких порушено кримінальну справу, якщо попереднє слідство за нею не закінчено; 3) хворим на хронічний алкоголізм, токсикоманію, наркоманію або інфекційні захворювання, перелік яких визначено центральним органом виконавчої влади з питань охорони здоров'я<sup>3</sup>; 4) які в заявах про надання дозволу на імміграцію зазначили завідомо неправдиві відомості чи подали підроблені документи; 5) яким на

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 41. – Ст. 197.

<sup>2</sup> Квота імміграції встановлюється Кабінетом Міністрів України у визначеному ним порядку по таких категоріях іммігрантів: 1) діячі науки та культури, імміграція яких відповідає інтересам України; 2) висококваліфіковані спеціалісти і робітники, гостра потреба в яких є відчутною для економіки України; 3) особи, які здійснили іноземну інвестицію в економіку України іноземною конвертованою валютою на суму не менше 100 тис. дол. США, зареєстровану в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України; 4) особи, які є повнорідними братом чи сестрою, дідом чи бабою, онуком чи онукою громадян України; 5) особи, які раніше перебували в громадянстві України; 6) батьки, чоловік (дружина) іммігранта та його неповнолітні діти; 7) особи, які безперервно проживали на території України протягом трьох років з дня надання їм статусу біженців в Україні чи притулку в Україні, а також їхні батьки, чоловіки (дружини) та неповнолітні діти, які проживають разом з ними. Слід звернути увагу на те, що порядок встановлення квоти імміграції визначено постановою Кабінету Міністрів України від 26 грудня 2002 р. № 1983 «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» (Офіц. вісн. України. – 2002. – № 52. – Ст. 2400).

<sup>3</sup> Про затвердження Переліку інфекційних хвороб, захворювання на які є підставою для відмови у наданні дозволу на імміграцію в Україну: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 19 жовтня 2001 р. № 415 // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 45 (23 листоп.).



підставі закону заборонено в'їзд на територію України; 6) в інших випадках, передбачених законами України.

Слід відмітити, що після постійного проживання на території України протягом не менше п'яти років іноземного громадянина чи особу без громадянства може бути прийнято до громадянства України (натуралізовано).

*Іноземці, які тимчасово перебувають на території України.* Статус іноземних громадян та осіб без громадянства, що тимчасово перебувають на території України, залежить від мети та строку їх перебування. Як уже зазначалося, в'їзд таких осіб на територію України здійснюється на підставі належним чином оформлених в'їзних візових документів, хоча із багатьма країнами наша держава уклала угоди про безвізовий режим. Умови та порядок видачі візових документів іноземцям встановлено Правилами оформлення візових документів для в'їзду в Україну (затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 20 лютого 1999 р. № 227)<sup>1</sup> та Інструкцією про порядок оформлення візових документів іноземцям та особам без громадянства для в'їзду в Україну (затверджено наказом Міністерства закордонних справ України від 7 квітня 1999 р. № 63)<sup>2</sup>.

Відповідно до цих нормативних актів віза визначається як позначка у паспортному документі, що засвідчує право іноземця або особи без громадянства на в'їзд в Україну і транзитний проїзд через її територію, яку оформлюють дипломатичні представництва та консульські установи України<sup>3</sup> на підставі візових анкет та доданих до них документів<sup>4</sup>. Візи залежно від мети поїздки поділяються на такі типи (позначаються літерним та цифровим кодами): дипломатична, службова, ділова віза, віза для працівників рятувальних служб, студентська віза, віза для науковців, віза для працівників засобів масової інформації, віза для представників релігійних місій, віза для

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 1999. – № 8. – Ст. 285.

<sup>2</sup> Там само. – № 15. – Ст. 630.

<sup>3</sup> Крім окремих категорій віз, що їх оформлює консульське управління Міністерства закордонних справ України.

<sup>4</sup> Факт видання візи засвідчує візова етикетка – кольорова наклейка встановленого Кабінетом Міністрів України зразка, яка приклеюється на візову сторінку паспортного документа іноземця або особи без громадянства, що дає право на в'їзд в Україну і транзитний проїзд через її територію. Візова етикетка заповнюється відповідно до рекомендацій Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО, Doc 9303/2) та постанови Кабінету Міністрів України від 28 червня 1997 р. № 636 «Про порядок заповнення машинозчитуваної зони паспортних та візових документів» (Офіц. вісн. України. – 1997. – № 27. – Ст. 54).

представників гуманітарних місій, віза для в'їзду з метою культурного та спортивного обміну, віза для в'їзду з метою туризму, приватна, імміграційна віза, віза для обслуговуючого персоналу транспортних засобів міжнародного сполучення, транзитна віза тощо. Окремі з названих категорій віз (наприклад, віза для науковців, туристична, студентська, транзитна тощо) не надають іноземцеві або особі без громадянства права змінювати статус перебування на будь-який інший та звертатися за дозволом на постійне проживання в Україні. Залежно від періоду дії візи виділяють короткострокові (до 6 місяців) та довгострокові візи (від 6 місяців та п'яти років); візи можуть оформлюватися як разові, дво- та багаторазові, колективні. У візовій етикетці (засвідчує факт видачі візи) зазначається строк, протягом якого іноземець або особа без громадянства може в'їхати і перебувати в Україні чи здійснити транзитний проїзд через її територію. У строк, зазначений у візі, іноземці зобов'язані залишити територію України.

*Біженці.* Правовий статус біженців на території України врегульовано законами України від 21 червня 2001 р. «Про біженців»<sup>1</sup>, від 10 січня 2002 р. «Про приєднання України до Конвенції про статус біженців та Протоколу щодо статусу біженців»<sup>2</sup> і Конвенцією про статус біженців від 28 липня 1951 р.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про біженців» біженцем визнається особа, яка не є громадянином України і внаслідок цілком 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 унаслідок 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.

Особа, якій надано статус біженця відповідно до законодавства України, не може бути вислана або примусово повернута до країн, де її життю або свободі загрожує небезпека через її расу, віросповідання (релігію), національність, громадянство (підданство), належність до певної соціальної групи або політичні переконання.

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 47. – Ст. 250.

<sup>2</sup> Там само. – 2002. – № 17. – Ст. 118.

Якщо особи, які мають намір набути статусу біженця, перетнули державний кордон України у порядку, встановленому законодавством України, то вони повинні протягом п'яти робочих днів звернутися до відповідного органу міграційної служби із заявами про надання їй статусу біженця; ті ж особи, які намагалися незаконно перетнути або незаконно перетнули державний кордон України, повинні подати таку заяву протягом трьох робочих днів. Після розгляду звернення зазначених осіб та прийняття рішення про надання їм статусу біженця органи міграційної служби видають посвідчення біженця встановленого зразка. Зазначені посвідчення видаються строком на один рік, а їх дія продовжується під час перереєстрації біженця органом міграційної служби за місцем його проживання<sup>1</sup>.

У ст. 15 Закону України «Про біженців» передбачено випадки втрати і позбавлення статусу біженця. Так, статус біженця втрачається, якщо особа: добровільно знову скористалася захистом країни громадянської належності (підданства); набула громадянство України або добровільно набула громадянство, яке мала раніше, або набула громадянство іншої держави і користується її захистом; добровільно повернулася до країни, яку вона залишила чи за межами якої перебувала внаслідок обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань; будучи особою без громадянства, повернулася в країну свого попереднього постійного проживання, оскільки обставини, за яких було надано статус біженця, більше не існують; отримала притулок чи дозвіл на постійне проживання в іншій країні; не може більше відмовлятися від користування захистом країни своєї громадянської належності, оскільки обставини, на підставі яких особі було надано статус біженця, більше не існують. Позбавляється ж особа статусу біженця, якщо вона займається діяльністю, що становить загрозу національній безпеці, громадському порядку, здоров'ю населення України. Рішення про втрату або позбавлення статусу біженця приймається спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у справах міграції за поданням органу міграційної служби за місцем проживання біженця протягом місяця з дня отримання подання.

Особа, яка не скористалася правом на оскарження рішення про втрату або позбавлення її статусу біженця, повинна залишити територію

---

<sup>1</sup> Порядок видачі посвідчення біженця встановлено постановою Кабінету Міністрів України від 11 жовтня 2002 р. № 1527 «Про затвердження Положення про посвідчення біженця» (Офіц. вісн. України. – 2002. – № 42. – Ст. 1940).

України в установлений строк, якщо вона не має інших законних підстав для перебування в Україні.

Окремо слід підкреслити, що у розділі IV Закону України «Про біженців» передбачено права та обов'язки біженців на території України (при цьому приписи Закону різняться щодо осіб, стосовно яких прийнято рішення про оформлення документів для вирішення питання відносно надання статусу біженця, та осіб, яким уже надано статус біженця). Загальним правилом є надання біженцям національного правового режиму (тобто вони користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, — за винятками, встановленими Конституцією та законами України); але в окремих випадках передбачено надання біженцям додаткових прав (наприклад, права на одержання грошової допомоги, пенсії та інших видів соціального забезпечення в порядку, встановленому законодавством України, права на користування житлом, наданим у місці проживання).

*Особи, яким надано політичний притулок.* Відповідно до ст. 26 Конституції України, ст. 4 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» іноземцям та особам без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому законом. На жаль, на сьогодні такого спеціального закону України не прийнято, внутрішнім законодавством це питання не врегульовано<sup>1</sup>.

Слід зазначити, що право фізичної особи на отримання притулку закріплено також у ст. 14 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р.<sup>2</sup>, відповідно до якої кожна людина має право шукати притулок від переслідувань в інших країнах та користуватися цим притулком. Це право не може бути використано у разі переслідування, заснованого на вчиненні неполітичного злочину або діяння, що суперечить цілям та принципам Організації Об'єднаних Націй. Зазвичай рішення про надання політичного притулку приймається в індивідуальному порядку головою відповідної держави або уповноваженим ним органом.

<sup>1</sup> Зазначимо лише, що постановою Верховної Ради України від 29 листопада 2001 р. «Про проект Закону України про порядок надання притулку в Україні іноземцям та особам без громадянства» відповідний проект Закону України було прийнято за основу (тобто проект Закону пройшов перше читання).

<sup>2</sup> Крім названої Декларації, приписи щодо отримання притулку містяться також у Рекомендації Ради Європи № 817 (1977) про право на притулок від 30 грудня 1977 р.

Особа розглядається такою, що отримала політичний притулок, якщо:

- вона переслідується за свою громадянсько-політичну діяльність;
- переслідування мають індивідуальний характер;
- надання притулку безпосередньо пов'язано з неприпустимістю вислання іноземця з території держави (здійснення екстрадиції), навіть якщо міжнародними договорами встановлено обов'язок держави видавати злочинців-іноземців, що знаходяться на її території на законних або незаконних підставах<sup>1</sup>.

#### 1.4. Правоздатність іноземців в Україні

Правоздатність іноземців визначається за правом держави їх перебування. В Україні іноземцям надано національний правовий режим. Згідно зі 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. Іноземцям та особам без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому законом.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» (ч. 2 ст. 17) конкретизовано дане конституційне положення щодо приватноправових відносин і закріплено, що іноземці та особи без громадянства мають цивільну правоздатність в Україні нарівні з громадянами України, крім випадків, передбачених законом або міжнародними договорами України. Аналогічні приписи закріплено у ст. 2 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», статтях 24–26 ЦК України, ч. 1 ст. 423 та ст. 424 ЦПК України.

Закріплений у законодавстві національний режим щодо правоздатності іноземців має безумовний характер, тобто він надається іноземцю у кожному конкретному випадку без вимоги взаємності, незалежно від того, чи надаються такі самі права громадянам України у його державі. У той же час надання іноземцям національного режиму не означає, що вони можуть претендувати в Україні на будь-які інші права, ніж ті, що надані законом громадянам України; іноземець не може вимагати надання йому привілеїв чи встановлення винятків із законів України.

<sup>1</sup> Кибенко, Е. Р. Международное частное право [Текст] / Е. Р. Кибенко. – Харьков : Эспада, 2003. – С. 61.

Характерною рисою правового регулювання правоздатності іноземців у всіх державах є поєднання національного режиму зі спеціальним режимом в окремих сферах, а також наявність винятків із національного режиму.

Законодавством України встановлено такі винятки із національного режиму щодо правоздатності іноземців:

а) відповідно до п. 4 ст. 22 Земельного кодексу України землі сільськогосподарського призначення не можуть передаватись у власність іноземним громадянам, особам без громадянства, іноземним юридичним особам та іноземним державам. Отримані ж іноземними громадянами чи особами без громадянства землі сільськогосподарського призначення у спадщину відповідно до п. 4 ст. 81 Земельного кодексу України протягом року підлягають відчуженню;

б) іноземці не можуть обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також брати участь у референдумі (ст. 23 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»);

в) іноземці не можуть бути членами політичних партій України (ст. 16 цього Закону);

г) іноземці 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 (ч. 4 ст. 8 зазначеного Закону). Так, іноземець не може бути засновником фермерського господарства, оскільки згідно із ст. 5 Закону України «Про фермерське господарство»<sup>1</sup> таким правом наділені лише громадяни України; також іноземця не може бути призначено на посаду судді (ст. 7 Закону України «Про статус суддів»<sup>2</sup>) тощо;

г) на іноземців не поширюється загальний військовий обов'язок, вони не проходять військову службу в Збройних Силах України та інших військових формуваннях, створених відповідно до законодавства України (ст. 24 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»).

Існують відмінності у правовому статусі іноземців, які постійно проживають в Україні (іммігрантів), та іноземців, що перебувають в Україні тимчасово. Так, за Законом України «Про правовий статус

---

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 45. – Ст. 363.

<sup>2</sup> Там само. – 1993. – № 8. – Ст. 57.

іноземців та осіб без громадянства» тільки іммігранти прирівнюються до громадян України у праві на трудову діяльність (ст. 8), на охорону здоров'я (ст. 10), на житло (ст. 12), на освіту (ст. 14). На відміну від цього іноземцям, які тимчасово перебувають на території України, медична допомога надається у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Такий порядок визначено постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 1996 р. «Про надання медичної допомоги іноземним громадянам»<sup>1</sup>, де встановлено, що надання медичної допомоги іноземним громадянам, крім тих, які працюють у посольствах та консульствах іноземних держав, здійснюється за плату, якщо інше не передбачено законодавством. Окремо існує Порядок надання медичної допомоги іноземним громадянам, які тимчасово перебувають на території України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 28 січня 1997 р.<sup>2</sup>

Питання освіти зазначених осіб вирішуються постановою Кабінету Міністрів України від 5 серпня 1998 р. «Про прийом іноземців та осіб без громадянства на навчання до вищих навчальних закладів»<sup>3</sup>. Навчання іноземців, які не мають постійного місця проживання на території України, є платним, якщо інше не встановлено міжнародними угодами України. По-різному вирішуються й питання щодо здійснення підприємницької та інвестиційної діяльності іммігрантами та особами, які тимчасово перебувають в Україні. Крім того, як уже зазначалося, правоздатність іноземців, які тимчасово перебувають на території України, зумовлюється цілями їх в'їзду, тобто обмежується категорією візи.

В окремих сферах діяльності (інвестиційній, зовнішньоторговельній, торговому мореплавстві) на основі міжнародних угод до прав та обов'язків іноземців застосовується переважно не національний режим, а режим найбільшого сприяння.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» передбачено нову для національного законодавства колізійну норму, згідно з якою виникнення та припинення цивільної правоздатності фізичної особи визначається за її особистим законом (ч. 1 ст. 17). Особистим законом іноземця згідно зі ст. 16 Закону вважається:

– щодо іноземного громадянина — право держави, громадянином якої він є;

<sup>1</sup> ЗП Уряду України. – 1996. – № 18. – Ст. 504.

<sup>2</sup> Офіц. вісн. України. – 1997. – Число 5. – Ст. 147.

<sup>3</sup> Там само. – 1998. – № 31. – Ст. 1186.



- щодо особи без громадянства — право держави, в якій ця особа має місце проживання, а за його відсутності — місце перебування;
- щодо особи, яка має два та більше громадянств (біпатрида) — право держави, з якою особа має найбільш тісний зв'язок, зокрема, має місце проживання або займається основною діяльністю;
- щодо біженця — право держави, в якій він має місце перебування.

При визначенні особистого закону щодо осіб без громадянства та осіб, які є громадянами двох чи більше держав, вважається, що якщо недієздатна особа змінила місце свого проживання без згоди свого законного представника, то така зміна не спричиняє зміну особистого закону цієї особи.

### 1.5. Дієздатність іноземців в Україні

Колізії щодо дієздатності фізичної особи виникають у зв'язку з тим, що у законодавствах окремих держав по-різному вирішено питання її настання та обмеження, а саме встановлено 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 Великої Британії настає з 18 років, Швейцарії та Японії — з 20 років, Аргентини — з 22 років. Водночас законодавством багатьох держав передбачено обставини, за яких вік повної дієздатності може бути знижено (наприклад, реєстрація шлюбу). Стосовно обмеження дієздатності повнолітніх також можуть мати місце відмінності (не всі держави визнають обмеження дієздатності через марнотратство чи через фізичні вади (сліпоту, глухоту) та ін.).

В основному колізійні питання дієздатності вирішуються за особистим законом фізичної особи (*lex personalis*). При цьому у більшості держав сім'ї континентального права дієздатність іноземних громадян визначається за законом їх громадянства, а щодо осіб без громадянства — за законом їх місця проживання. У державах сім'ї загального права застосовується закон доміцилію (постійного місця проживання). Ці держави не визнають принципів визначення дієздатності за законодавством іншої правової системи.

Застосування особистого закону для визначення дієздатності особи означає, що особа, яка є дієздатною за особистим законом, повинна вважатися такою і в інших державах. Це положення є загальновизнаним



у міжнародних приватноправових відносинах. Але особа, яка є недієздатною за особистим законом, не завжди вважається такою в інших державах.

Так, відповідно до ст. 7 Ввідного закону до німецького Цивільного зводу іноземець, котрий уклав у Німеччині правочин, щодо якого він за особистим законом є недієздатним, вважається стосовно даного правочину дієздатним, якщо німецький закон визнає його таким щодо цього правочину. Цей принцип з деякими застереженнями закріплено й у ЦК Італії та законодавстві інших країн.

Колізійне право держав сім'ї загального права ще більше обмежує дію особистого закону: невідомі праву суду іноземні обмеження дієздатності взагалі не беруться до уваги (внаслідок цього, наприклад, не може бути визнано недійсним правочин, укладений обмеженою у дієздатності через марнотратство особою, оскільки таке обмеження дієздатності невідоме загальному праву); здатність укласти угоди з нерухомістю визначається за законом місцезнаходження речі (*lex rei sitae*) тощо.

За Законом України «Про міжнародне приватне право» цивільна дієздатність фізичної особи визначається її особистим законом. Проте, якщо інше не передбачено законом, дієздатність фізичної особи стосовно правочинів та зобов'язань, що виникають унаслідок завдання шкоди, може визначатися також за правом країни місця вчинення правочинів або виникнення зобов'язань у зв'язку із завданням шкоди (п. 1 ст. 18).

У міжнародних угодах України зазначені питання можуть вирішуватися дещо інакше. Наприклад, Конвенція СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах (укладена у 1993 р. у Мінську) взагалі не містить винятків із особистого закону, оскільки право держав-учасниць СНД однаково вирішує питання щодо віку настання цивільної дієздатності та деліктоздатності.

Загальноприйнятим у більшості країн є положення, згідно з яким питання визнання іноземця недієздатним чи обмежено дієздатним вирішуються за законодавством тієї держави, де ця особа має постійне місце проживання. Підстави визнання особи обмежено дієздатною в законодавстві держав різні.

У ЦК України 1963 р. було закріплено саме таку колізійну норму — визнання іноземця недієздатним чи обмежено дієздатним здійснювалося

за законом держави його постійного місця проживання (ч. 3 ст. 566<sup>1</sup>). Проте Закон України «Про міжнародне приватне право» містить дещо іншу норму. За ч. 2 ст. 18 цього Закону підстави та правові наслідки визнання фізичної особи недієздатною або обмеження цивільної дієздатності фізичної особи регулюються особистим законом цієї особи.

Угодами України про правову допомогу<sup>1</sup> зазначене питання вирішується таким чином. У справах про визнання особи недієздатною або про обмеження в дієздатності компетентним є суд тієї держави, громадянином якої є особа, що має бути обмежена в дієздатності або визнана недієздатною. При цьому суд застосовує своє національне законодавство, тобто діє закон суду — закон держави громадянства.

Якщо суд держави, де іноземець має місце проживання, встановить, що є підстави для обмеження в дієздатності або визнання недієздатною особи, яка є громадянином іншої держави, він повідомляє про це компетентний суд держави громадянства. Якщо суд держави громадянства протягом трьох місяців не почне справу або не повідомить своєї думки, суд за місцем проживання цієї особи може провести справу про обмеження в дієздатності або визнанні недієздатною відповідно до законодавства своєї держави, якщо підстави обмеження особи в дієздатності або визнанні її недієздатною передбачені також законодавством держави громадянства іноземця. Рішення про обмеження в дієздатності або про визнання недієздатною пересилається відповідному суду держави, громадянином якої є іноземець.

Що стосується правового регулювання відносин опіки та піклування над особами, визнаними недієздатними чи такими, цивільну дієздатність яких обмежено, то дані положення закріплено у ст. 24 Закону України «Про міжнародне приватне право». Ця стаття містить такі колізійні норми:

встановлення та скасування опіки та піклування над зазначеними особами регулюються особистим законом підопічного;

обов'язок опікуна (піклувальника) прийняти опікунство (піклування) визначається особистим законом особи, яка призначається опікуном (піклувальником);

відносини між опікуном (піклувальником) та особою, яка перебуває під опікою (піклуванням), визначаються правом держави, орган якої

<sup>1</sup> Див., напр.: Конвенція СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р., Договір між Україною та Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах 1993 р. та ін.

призначив опікуна (піклувальника). Якщо особа, яка перебуває під опікою (піклуванням), проживає в Україні, застосовується право України, якщо воно є більш сприятливим для цієї особи;

опіка (піклування), встановлена над громадянами України, які проживають за межами України, визнається дійсною в Україні, якщо проти її встановлення чи визнання немає законних заперечень відповідної консульської установи або дипломатичного представництва України;

щодо особи, яка не є громадянином України і перебуває в Україні, або її майна, що знаходиться на території України, у разі потреби в інтересах опіки чи піклування можуть бути вжиті заходи для захисту прав та охорони майна відповідно до права України. Про це невідкладно сповіщається дипломатичне представництво або консульська установа держави, громадянином якої є відповідна особа.

### **1.6. Визнання іноземця безвісно відсутнім чи оголошення його померлим**

Відповідно до ст. 20 Закону України «Про міжнародне приватне право» підстави та правові наслідки визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою регулюються останнім з відомих особистих законів цієї особи. Виходячи зі змісту даної статті та принципу надання іноземцям національного режиму, в Україні можуть бути визнані безвісно відсутніми чи оголошені померлими в порядку, встановленому законодавством України (статті 43–48 ЦК України), тільки іноземці, які постійно проживають на території України (іммігранти), особи без громадянства, що мають місце проживання чи перебування в Україні, та біженці, які мають місце перебування в Україні.

Угодами України про правову допомогу, насамперед двосторонніми, більш докладно регламентуються порядок та наслідки визнання іноземців безвісно відсутніми чи оголошення їх померлими. У справах про визнання особи безвісно відсутньою чи оголошення померлою компетентним є суд держави, громадянином якої була особа. Дана справа може бути розглянута й судами тієї держави, де особа мала місце проживання, за заявою зацікавлених осіб, які проживають на території цієї держави та права яких засновано на її законодавстві. При цьому кожен суд у даному випадку застосовуватиме своє національне законодавство.

Спеціальні закони, що регулюють порядок та наслідки визнання фізичної особи безвісно відсутньою та оголошення її померлою, прийнято у Німеччині, Австрії, Італії та деяких інших державах. Разом з тим праву деяких держав (наприклад, Франції) невідомий інститут визнання безвісно відсутньої особи померлою. У таких країнах можливе лише оголошення особи безвісно відсутньою в порядку судової ухвали, що має обмежені майнові наслідки (тимчасове введення у володіння «спадковим майном»), але не розірвання шлюбу безвісно відсутнього. Праву Великої Британії та США взагалі невідомий інститут безвісної відсутності: можливим є лише встановлення для даної конкретної справи презумпції факту смерті особи, щодо якої не було відомостей протягом семи років<sup>1</sup>. Зазначені суттєві відмінності в матеріальному праві деяких держав можуть стати підґрунтям для виникнення такого небажаного у правовому регулюванні явища, як «кульгаючі» правовідносини (особу буде визнана померлою за правом однієї держави, а за правом іншої вона вважатиметься живою).

### 1.7. Правове становище громадян України за кордоном

Кожен громадянин України має право вільного виїзду за межі України, крім випадків, передбачених законодавством, і в'їзду на її територію. Громадянин України ні за яких підстав не може бути обмежений у праві на в'їзд в Україну.

Порядок виїзду громадян України за кордон і повернення в Україну врегульовано Конституцією України, а більш докладно — Законом України від 21 січня 1994 р. «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України»<sup>2</sup>.

Документами, що дають право на виїзд з України і в'їзд в Україну та посвідчують особу громадянина України під час перебування за її межами, є:

а) паспорт громадянина України для виїзду за кордон (громадяни України мають право отримати даний документ по досягненні 18 років, а громадяни України, які постійно проживають за кордоном, — 16 років);

б) проїзний документ дитини (у разі потреби самостійного виїзду неповнолітнього за кордон);

<sup>1</sup> Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст] / Л. А. Лунц. – Т. 1 : Международное частное право: общая часть. – М. : Спарк, 2002. – С. 360.

<sup>2</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 18. – Ст. 101.

- в) дипломатичний паспорт;
- г) службовий паспорт;
- г) посвідчення особи моряка.

У передбачених міжнародними договорами України випадках для виїзду за кордон можуть використовуватися й інші документи (наприклад, національний паспорт громадянина України). У разі втрати громадянином України зазначених документів дипломатичні представництва чи консульські установи України за кордоном видають йому посвідчення особи на повернення в Україну.

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. Відповідно до ст. 6 цього Закону громадянинові України може бути тимчасово відмовлено у видачі паспорта у випадках, якщо: 1) він обізнаний з відомостями, які становлять державну таємницю, — до закінчення строку, встановленого законодавством; 2) діють не врегульовані аліментні, договірні чи інші невиконані зобов'язання — до виконання зобов'язань, або розв'язання спору за погодженням сторін у передбачених законом випадках, або 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 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. Однак, як свідчить практика, перевірки не завжди дають змогу виявити наявність наведених обставин.

За наявності зазначених обставин громадянин України, який має паспорт для виїзду за кордон, зобов'язаний здати його на зберігання до органу внутрішніх справ за місцем проживання у місячний строк після виникнення таких обставин.

Закон також містить положення про обмеження на виїзд з України громадян з міркувань безпеки у разі виникнення у будь-якій державі

надзвичайної ситуації, що унеможливило створення безпечних умов для громадян України (ст. 9), виїзд з України недієздатних осіб (ст. 10), військовослужбовців (ст. 11) тощо.

Загальним принципом, що визначає правовий статус громадян України за кордоном, є право держави їх перебування. Традиційно правила, які визначають регулювання прав і обов'язків громадян України (а також відповідно й іноземців в Україні), закріплюються у різних міжнародних угодах (договорах про надання правової допомоги, про усунення подвійного оподаткування та ін.). Правовий статус громадян України за кордоном визначається також міжнародними звичаями та загальними принципами міжнародного права.

Зважаючи на відмінності у правовому регулюванні статусу фізичних осіб у різних державах, громадянам України в іноземній державі може бути надано можливість користуватися майновими чи іншими правами, які не відомі українському законодавству. У той же час в іноземних державах, як і в Україні, можуть бути встановлено винятки із принципу національного режиму, що обмежуватимуть громадян України в окремих правах. Це може стосуватися деяких пільг при отриманні освіти, соціальному забезпеченні тощо.

Разом з тим громадяни України за кордоном користуються захистом з боку України у різних сферах діяльності. Згідно з ч. 3 ст. 25 Конституції України наша держава гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами. Цей принцип відображено і в Консульському статуті України, затвердженому Указом Президента України від 2 квітня 1994 р. «Про Консульський статут України», згідно з яким захист громадян України, що перебувають за кордоном, здійснюється через консульські установи.

Територія іноземної 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. На 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 у його окрузі, про законодавство держави перебування, а також про місцеві звичаї (ст. 25); має право без окремого доручення представляти в установах держави пере-

бування громадян України, якщо вони є відсутніми і не доручили ведення справ якійсь особі або не можуть захищати свої інтереси з інших причин, доки особи, яких представляють, не призначать своїх уповноважених або не візьмуть на себе захист своїх прав та інтересів (ст. 26). На жаль, на практиці консул далеко не завжди може надати дійсну допомогу громадянам держави, яку представляє. Йдеться про розгляд справ за участю громадян України у судах іноземних держав, де де-юре консул може бути представником громадян України. Однак досить часто він, уникаючи конфліктних ситуацій і порушення дипломатичних відносин із державою перебування, «ізолює» себе від участі у судовому розгляді, що суттєво порушує права та інтереси співвітчизників.

Крім захисних, консульські установи виконують й інші функції, зокрема здійснюють державну реєстрацію актів громадянського стану, видають відповідні свідоцтва, легалізують документи. Так, консул провадить реєстрацію шлюбу, розірвання шлюбу, приймає рішення про встановлення батьківства, усиновлення дитини — громадянина України, реєструє акти громадянського стану, вживає заходів щодо охорони майна, яке 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 погашує візи на в'їзд в Україну, виїзд з України, легалізує документи й акти, складені за участю владних органів консульського округу, тощо.

Громадяни України можуть звертатися за захистом порушених прав до компетентних органів держави перебування. Будь-яке обмеження цивільних прав громадян України за кордоном вважається дискримінаційним і є неприпустимим. Проте залишається можливим застосування до громадян України реторсії з боку держави перебування.

## ■ § 2. Юридичні особи в міжнародному приватному праві

### 2.1. Загальна характеристика правового статусу юридичних осіб у міжнародному приватному праві

Юридичні особи визнавалися суб'єктами права ще за часів Давнього Риму і сьогодні цей правовий інститут використовується для оформлення колективних інтересів як у сфері підприємницької діяльності, так і з некомерційною метою.



Протягом багатьох століть у різних правових системах сформувалося чимало підходів до визначення поняття юридичної особи, її організаційно-правових форм, обсягу правоздатності тощо. Проте аналіз національного та зарубіжного законодавства дає змогу виокремити певні загальні уявлення, притаманні всім правовим системам. У загальному вигляді юридична особа визначається як організація чи установа, що виступає самостійним учасником цивільних правовідносин. З положень чинних законодавчих актів, рішень судів та наукових доктрин виводяться такі ознаки юридичної особи:

1) незалежність існування юридичної особи від учасників, що входять до її складу;

2) юридична особа володіє самостійною волею, яка не залежить від волі окремих осіб, що входять до неї;

3) юридична особа має майно, відокремлене від майна учасників;

4) юридична особа несе самостійну відповідальність за своїми зобов'язаннями майном, що їй належить;

5) юридична особа може вчинювати від свого імені правочини, що дозволені законом;

6) юридична особа має право позиватися та відповідати у суді від свого імені<sup>1</sup>.

Через свою правову природу юридична особа може брати участь у правовідносинах лише через фізичних осіб, що розглядаються законом або як органи юридичної особи, що діють від її імені в межах встановленої компетенції, або як законні чи добровільні представники.

Особливості економічного розвитку країн, що належать до різних правових сімей, зумовлюють велике розмаїття організаційно-правових форм юридичних осіб та їх назв, однак виокремлюються загальні критерії, що дозволяють визначити найбільш поширені у світі класифікації цих суб'єктів права. Так, залежно від порядку створення виокремлюються юридичні особи публічного права (створені на підставі публічного (адміністративного) акту розпорядчим шляхом) та юридичні особи приватного права (створені згідно з приватноправовим актом нормативно-явочним або дозвільним шляхом). Залежно від характеру об'єднання виокремлюються «об'єднання осіб» (повні та командитні товариства у континентальній системі права, або партнерства — в англо-американській) та «об'єднання капіталів» (акціонерні

<sup>1</sup> Кулагин, М. И. Избранные труды. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо [Текст] / М. И. Кулагин. – М. : Статут, 1997. – С. 17.



товариства, товариства з обмеженою відповідальністю — в континентальній системі права, або корпорації — в англо-американській)<sup>1</sup>.

Слід зазначити, що підходи до правового регулювання статусу юридичних осіб поступово уніфікуються внаслідок взаємних запозичень правових понять, конструкцій та інститутів у процесі законотворчої діяльності. Так, японський Закон про акціонерні товариства 1951 р. майже повністю відтворює законодавство США про підприємницькі корпорації, а форма товариства з обмеженою відповідальністю, яку вперше було створено в Німеччині, тепер поширена по всьому світу<sup>2</sup>. Можна навести дуже багато прикладів таких запозичень. Достатньо наближеними з цих питань є й нормативні акти держав СНД.

Особливо інтенсивний процес уніфікації законодавства про компанії спостерігається в країнах ЄС, де гармонізовані окремі вимоги до товариств з обмеженою відповідальністю, процедури фінансової звітності, а також злиття та поглинання компаній. Крім того, регламентами ЄС затверджено статут Європейської компанії, положення про Європейську асоціацію, Європейське об'єднання взаємодопомоги та Європейське кооперативне товариство<sup>3</sup>.

Але однакові підходи до врегулювання правового статусу окремих видів юридичних осіб у різних країнах не долають національного характеру таких суб'єктів, адже у кожній державі існують особливості щодо тлумачення правових понять та встановлено власні імперативні вимоги щодо порядку створення підприємств у різних сферах господарювання.

Інтернаціоналізація суспільного життя, розвиток ринкових відносин та міжнародна економічна конкуренція призводять до того, що все частіше діяльність юридичних осіб не обмежується територією однієї країни. Приходу іноземних компаній на національні ринки значно сприяє членство країн у СОТ та наявність розвинутого законодавства про залучення іноземних інвестицій.

Отже, на компанії, що здійснюють зовнішньоекономічну діяльність, а також на представництва різноманітних державних органів, міжурядових та громадських організацій за кордоном впливають що-

<sup>1</sup> Козлова, Н. В. Понятие и сущность юридического лица: Очерк истории и теории [Текст] : учеб. пособие / Н. В. Козлова. — М. : Статут, 2003.

<sup>2</sup> Кулагин, М. И. Избранные труды. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо [Текст] / М. И. Кулагин. — М. : Статут, 1997. — С. 17.

<sup>3</sup> Иншакова, А. О. Унификация корпоративного регулирования в Европейском Союзе и Содружестве независимых государств [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец.12.00.03 / А. О. Иншакова. — М., 2008. — 32 с.

найменше дві правові системи — правова система держави, згідно з якою така юридична особа вважається національною («своюю»), та правова система держави, на території якої вона здійснює певну діяльність.

Норми МПП визначають критерії поділу юридичних осіб на національні та іноземні, обсяг їхньої право- та дієздатності, а також умови діяльності на території певної держави; регулюють правовий статус таких особливих суб'єктів, як ТНК, офшорні компанії, міжнародні юридичні особи тощо.

## 2.2. Поняття особистого закону юридичної особи

Специфіка правового статусу юридичної особи зумовлюється насамперед її державною належністю («національністю»<sup>1</sup>), адже лише внутрішнім законодавством певної держави визначаються:

- статус організації як юридичної особи;
- порядок її створення;
- організаційно-правовою форма;
- обсяг правоздатності;
- внутрішньокорпоративні відносини;
- порядок припинення, реорганізації та ліквідації.

Право, до якого відсилає колізійна норма, визначаючи статус юридичної особи, називають *особистим законом* юридичної особи (*lex societatis*).

На відміну від фізичних осіб дати чітке визначення категорії «особистий закон юридичної особи» складно, адже стосовно фізичних осіб існує інститут громадянства (підданства), або доміліцію. На жаль, щодо юридичних осіб не розроблено аналогічного загальновизнаного правового інституту визначення державної належності, натомість у законодавчих актах кожної окремої країни передбачено власну систему правових норм, що дає можливість віднайти особистий закон юридичної особи.

У цілому в світовій практиці існують декілька основних критеріїв, які дозволяють визначити особистий закон юридичної особи: за місцем створення (теорія інкорпорації), за місцем знаходження адміністра-

---

<sup>1</sup> Поняття «національність юридичної особи» є умовним, але досить часто використовується в міжнародних договорах, наприклад, Конвенція про міжнародну цивільну авіацію від 7 грудня 1944 р. містить розділ «національність повітряного судна» (Офіц. вісн. України. – 2004. – № 40. – Ст. 2667).

тивного центру (теорія осілості), за місцем її основної діяльності (теорія центру експлуатації) та за місцем, з якого здійснюється контроль за діяльністю юридичної особи (теорія контролю).

*Теорія інкорпорації*<sup>1</sup> є найбільш поширеною в англо-американській системі права. Згідно з цією теорією особистим законом юридичної особи виступає право держави, де її засновано та зареєстровано її установчі документи. Сьогодні ця доктрина використовується і в країнах континентальної системи права: Росія, Беларусь, Казахстан, Чехія, Словаччина закріплюють місце реєстрації юридичної особи як необхідну колізійну ознаку встановлення її особистого закону. Особливий варіант теорії інкорпорації існує в Скандинавських країнах, які дотримуються правила, згідно з яким юридична особа підпорядковується закону тієї країни, де зроблено перший запис про її реєстрацію.

*Теорія осілості.* За цією теорією особистим законом юридичної особи визнається закон місця знаходження її адміністративного центру. Як правило, статут юридичної особи містить вказівку на її місцезнаходження (юридичну адресу). Ця доктрина поширена у Франції, Іспанії, Бельгії, Люксембурзі, Німеччині, Польщі та деяких інших країнах континентального права. Визначення правового статусу на підставі цієї доктрини є досить зручним: місцезнаходження юридичної особи легко перевірити, відповідно не виникає ускладнень стосовно отримання відомостей про її правовий статус, а отже, і про обсяг її правосуб'єктності.

*Теорія центру експлуатації.* Відповідно до цієї теорії особистим законом юридичної особи вважається закон місця здійснення її основної діяльності. Цей критерій має певні історичні та економічні засади і найчастіше зустрічається в законодавстві країн, що розвиваються. Як правило, країни, що розвиваються, зацікавлені у залученні іноземних інвестицій та встановленні контролю національних органів за такими юридичними особами. У свою чергу, іноземні компанії, підпорядковуючись юрисдикції країни перебування, мають можливість значно збільшити власні прибутки. Найпростішою правовою формою створення «прив'язки» до національного законодавства у цьому разі є встановлення критерію «центру експлуатації». Наприклад, Закон Індії 1956 р. «Про компанії» у розділі, присвяченому іноземним компаніям, передбачає, що компанія, створена відповідно до законів іноземної держави, може зареєструватися у Республіці Індія як «іноземна

<sup>1</sup> Інкорпорація (від англ. *incorporation*) – реєстрація компанії.

компанія, що має місцем здійснення бізнесу Індію». Цей підхід застосовано і в Законі «Про компанії з обмеженою відповідальністю» 2008 р.<sup>1</sup> Досить часто цей критерій використовується в міжнародних договорах.

Але у такого підходу є істотний недолік, адже компанії можуть мати декілька «центрів експлуатації», тому розглядувана доктрина не визнається правозастосовною практикою США, Великої Британії та країн континентальної Європи.

*Теорія контролю* виходить з того, що особистим законом юридичної особи є закон тієї держави, з території якої контролюється її діяльність. Застосування критерію контролю закріплене у багатьох міжнародних договорах, наприклад, п. б) ч. 2 ст. 25 Вашингтонської конвенції 1965 р. про розв'язання інвестиційних спорів між державами та іноземними особами<sup>2</sup>. Як субсидіарна прив'язка критерій контролю використовується в праві Великої Британії, США, Швеції, Франції.

Виникнення теорії контролю пов'язане з часами Першої світової війни, коли постала проблема іноземних юридичних осіб, що можуть виявитися «ворожими іноземцями». Поштовхом для цього стала справа проти компанії «Даймлер», яка розглядалася в одному з британських судів у 1915 р. У перебігу слухання з'ясувалося, що із 25 тис. акцій, які складають акціонерний капітал компанії, лише одна належить підданому британської Корони, а всі інші — громадянам Німеччини. І хоча компанію «Даймлер» було зареєстровано відповідно до англійського права, суд визнав її такою, що належить Німеччині і є «ворожою»<sup>3</sup>.

У зв'язку із справою компанії «Даймлер» у 1916 р. було видано циркуляр Міністерства юстиції Франції: «Для виявлення ворожого характеру компанії не можна задовольнятися дослідженням правових форм, які приймають товариства: ні місцезнаходження адміністративного центру, ні інші ознаки, які в цивільному праві слугують для визначен-

<sup>1</sup> Про компанії з обмеженою відповідальністю: Закон Індії 2008 р. [Електронний ресурс] / Офіц. сайт М-ва корпор. відносин Індії. – Режим доступу: [http://www.mca.gov.in/MinistryWebsite/dca/actsbills/pdf/LLP\\_Act\\_2008\\_15jan2009.pdf](http://www.mca.gov.in/MinistryWebsite/dca/actsbills/pdf/LLP_Act_2008_15jan2009.pdf)

<sup>2</sup> Конвенція про розв'язання інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18.05.1965 р., ратифікована Україною 16.03.2000 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 21. – Ст. 161.

<sup>3</sup> Sealy, L. S. Cases and materials in company law. 8th ed., / L. S. Sealy. – Oxford University Press, 2008/ Corporate personality. «Lifting the veil»: Daimler Co. See Daimler Co. v. Continental Tyre & Rubber Co. (GB). – P. 63–68.

ня національності юридичної особи, недостатні, оскільки йдеться про те, щоб з точки зору публічного права з'ясувати дійсний характер діяльності товариства... ворожою слід визнавати юридичну особу, якщо її управління чи її капітал у цілому чи у більшій частині знаходиться в руках громадян супротивника, оскільки в цьому разі за фікцією цивільного права ховаються діючі фізичні особи». А напередодні Другої світової війни деякі країни прийняли спеціальні закони щодо «ворожих» компаній, наприклад, «Enemy Trading Act» 1939 р. у Великій Британії.

У спеціальній літературі в різний час пропонувалися й інші теорії визначення особистого закону юридичної особи, зокрема місця, де відбувалася підписка на акції компанії, місця укладення установчого договору та ін. Однак жодна з них не отримала подальшого визнання та практичного використання<sup>1</sup>.

З усіх розглянутих підходів щодо визначення особистого закону юридичної особи найбільш поширеними у світі є теорії інкорпорації та осілості, проте дуже рідко вони використовуються ізольовано одна від одної.

Наприклад, ст. 25 Закону України «Про міжнародне приватне право», передбачає:

1) особистим законом юридичної особи вважається право держави місцезнаходження юридичної особи;

2) для цілей цього Закону місцезнаходженням юридичної особи є держава, у якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави;

3) за відсутності таких умов або якщо їх неможливо встановити, застосовується право держави, у якій знаходиться виконавчий орган управління юридичної особи.

Таким чином, при загальному закріпленні теорії осілості (місцезнаходження юридичної особи) в ч. 1 ст. 25 цього Закону, визначальним є критерій інкорпорації (держава, в якій юридична особа зареєстрована), передбачений у ч. 2 ст. 25; як додатковий використовується критерій місцезнаходження виконавчого органу управління (ч. 3 ст. 25).

У міжнародних угодах України іноді трапляються випадки застосування критеріїв центру експлуатації та контролю. Наприклад, в Угоді між Урядом України та Урядом Королівства Марокко про заохочення

<sup>1</sup> Асосков, А. В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте [Текст] / А. В. Асосков. – М. : Статут, 2003. – С. 36.

та взаємний захист інвестицій, п. с) ч. 2 ст. 1 передбачає, що термін «інвестор» означає «юридичну особу, утворену згідно із законодавством будь-якої країни, яка прямо чи опосередковано *контролюється* громадянами цієї Договірної Сторони або юридичними особами, які мають місцезнаходження та в той же час *здійснюють реальну економічну діяльність* на території цієї Договірної Сторони; очевидно, що здійснення контролю вимагає значної частки у власності»<sup>1</sup>.

Наявність таких різноманітних підходів до розуміння особистого закону юридичної особи негативно впливає на розвиток міжнародних економічних відносин, адже може призвести до виникнення проблеми «подвійної національності» юридичної особи, подвійного оподаткування, або відсутності податкового доміцілю. Наприклад, юридична особа, яка зареєстрована в Росії, але здійснює господарську діяльність в Алжирі, матиме подвійну національність: за алжирським законом (теорія центру експлуатації) така компанія вважається особою алжирського права, а за російським (теорія інкорпорації) — особою російського права, отже, для обох держав така особа буде вважатися податковим резидентом<sup>2</sup>.

З метою подолання зазначених проблем здійснюються спроби встановлення одноманітних підходів на міжнародному рівні. Особливе значення мають двосторонні міжнародні угоди про заохочення та взаємний захист інвестицій та угоди про правову допомогу.

### 2.3. Правове становище іноземних юридичних осіб в Україні

Діяльність іноземних юридичних осіб в Україні регулюється внутрішнім законодавством (цивільним, господарським, фінансовим, податковим) та міжнародними угодами України. Згідно зі ст. 25 Закону України «Про міжнародне приватне право» іноземними визнаються юридичні особи, які створені та зареєстровані відповідно до іноземного законодавства, а також мають місцезнаходження за кордоном. Слід зазначити, що поряд із поняттям «іноземна юридична особа» в митному, податковому та валютному законодавстві також використовується термін «нерезидент», який щодо юридичних осіб визначається за тими

<sup>1</sup> Угода між Урядом України та Урядом Королівства Марокко про заохочення та взаємний захист інвестицій від 24.12.2001 р., ратифікована Україною 11.07.2002 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 41. – Ст. 296.

<sup>2</sup> Гетьман-Павлова, И. В. Международное частное право [Текст] : учебник / И. В. Гетьман-Павлова. – М. : Эксмо, 2005. – С. 149.

самими критеріями — місцезнаходження за межами України та утворення відповідно до законодавства іноземної держави<sup>1</sup>.

Законодавство України передбачає форми, в яких іноземні юридичні особи можуть здійснювати діяльність на її території: 1) шляхом створення юридичної особи або її відокремленого підрозділу та 2) без створення юридичної особи.

Діяльність у формі створення юридичної особи або її відокремленого підрозділу може здійснюватися шляхом заснування спільного з місцевим партнером підприємства, придбання вже існуючого підприємства або частки в його статутному капіталі (дочірня компанія), а також реєстрації представництва, філії або іншого відокремленого підрозділу іноземної компанії.

Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців»<sup>2</sup> передбачає, що у разі державної реєстрації юридичної особи, засновником (засновниками) якої є іноземна юридична особа, крім документів, які вимагаються зазвичай, додатково подається документ про підтвердження реєстрації іноземної особи в країні її місцезнаходження, зокрема витяг із торговельного, банківського або судового реєстру (ст. 24). Документ про підтвердження реєстрації іноземної юридичної особи в країні її місцезнаходження має бути легалізований у встановленому порядку (ст. 8).

Унітарне або корпоративне підприємство, створене за законодавством України, що діє виключно на основі власності іноземців або іноземних юридичних осіб, або діюче підприємство, придбане повністю у власність цих осіб, відповідно до ст. 117 ГК є іноземним підприємством. Згідно з ч. 2 зазначеної статті іноземні підприємства не можуть створюватися в галузях, визначених законом, що мають стратегічне значення для безпеки держави. Іноземці також не можуть стати засновниками фермерських господарств в Україні<sup>3</sup>.

Відповідно до Інструкції про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні<sup>4</sup> іноземний суб'єкт господарської діяльності, який бажає відкрити представницт-

<sup>1</sup> Пункт 20 ст. 1 МК України.

<sup>2</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 31–32. – Ст. 263.

<sup>3</sup> Стаття 1 Закону України «Про фермерське господарство».

<sup>4</sup> Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні, затверджена наказом Міністерства економіки України від 15 червня 2007 р. // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 48. – Ст. 2006.



во без наміру здійснення господарської діяльності на території України, подає до Міністерства економіки України заяву про реєстрацію представництва, що складається в довільній формі, в якій зазначаються: найменування і країна походження іноземного суб'єкта; організаційно-правова форма та сфера його діяльності; мета відкриття та сфера діяльності представництва, інформація про ділові зв'язки з українськими партнерами і перспективи розвитку співробітництва інші відомості. До заяви додається доручення на здійснення представницьких функцій в Україні, оформлене згідно із законами країни, де офіційно зареєстровано іноземного суб'єкта господарської діяльності. Під час прийняття документів на реєстрацію заявникові видається номер рахунка для сплати державного збору в розмірі 2500 доларів США. За результатами розгляду заяви приймається рішення про реєстрацію представництва іноземного суб'єкта господарської діяльності з видачею свідоцтва або відмову в його реєстрації.

Представництво суб'єкта господарської діяльності не є юридичною особою і не здійснює самостійно господарську діяльність. У всіх випадках воно діє від імені і за дорученням іноземного суб'єкта господарської діяльності, зазначеного у свідоцтві про реєстрацію, і виконує свої функції згідно із законодавством України. Представництво іноземного суб'єкта господарської діяльності в Україні може здійснювати функції, пов'язані з наданням представницьких послуг, тільки в інтересах іноземного суб'єкта господарської діяльності, зазначеного у свідоцтві.

Формами здійснення господарської діяльності без створення юридичної особи є також торговельна діяльність без реєстрації представництва на підставі цивільно-правових договорів із місцевими партнерами (договори купівлі-продажу, поставки тощо), безпосереднє придбання нерухомого та рухомого майна, якщо це прямо не заборонено національним законодавством, придбання цінних паперів, прав на використання природних ресурсів, інших майнових прав, прямо не заборонених національним законодавством, здійснення різних видів спільної інвестиційної діяльності на підставі відповідних договорів, провадження концесійної діяльності на підставі договорів концесії та інша діяльність, не заборонена національним законодавством.

Іноземним юридичним особам в Україні надається *національний режим*, який прямо закріплено у ч. 2 ст. 129 ГК України, ст. 29 Закону України «Про міжнародне приватне право», у численних двосторонніх



угодах про надання правової допомоги та в системі договорів СОТ, членом якої є наша держава, зокрема у ст. III Генеральної угоди з тарифів та торгівлі (ГАТТ) від 30 жовтня 1947 р.<sup>1</sup> Надання національного режиму означає, що іноземні суб'єкти господарської діяльності мають обсяг прав та обов'язків не менший, ніж суб'єкти господарської діяльності України. Національний режим застосовується щодо всіх видів господарської діяльності іноземних суб'єктів цієї діяльності, пов'язаної з їх інвестиціями на території України, а також щодо експортно-імпорتنих операцій іноземних суб'єктів господарської діяльності тих країн, які входять разом з Україною до економічних союзів.

Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність», крім національного режиму, передбачає також можливість запровадження:

– *режиму найбільшого сприяння*, який означає, що іноземні суб'єкти господарської діяльності мають обсяг прав, преференцій та пільг щодо мит, податків та зборів, якими користується та/або користуватиметься іноземний суб'єкт господарської діяльності будь-якої іншої держави, якій надано зазначений режим. Режим найбільшого сприяння надається на основі взаємної угоди суб'єктам господарської діяльності інших держав згідно з відповідними договорами України та застосовується у сфері зовнішньої торгівлі;

– *спеціального режиму*, який застосовується до територій спеціальних економічних зон згідно із ст. 24 цього Закону, а також до територій митних союзів, до яких входить Україна, і в разі встановлення будь-якого спеціального режиму згідно з міжнародними договорами за участю України відповідно до ст. 25 цього Закону.

Окреме регулювання в Україні, як і в інших державах, має інвестиційна діяльність іноземних юридичних осіб. Низку нормативних актів внутрішнього законодавства спрямовано на заохочення та надання державних гарантій захисту іноземних інвестицій. Так, у гл. 38 ГК України, ст. 7 Закону України «Про режим іноземного інвестування»<sup>2</sup> для іноземних інвесторів на території України встановлено національний режим інвестиційної та іншої господарської діяльності, за винятками, передбаченими законодавством України та міжнародними договорами України.

Для окремих суб'єктів підприємницької діяльності, які здійснюють інвестиційні проекти із залученням іноземних інвестицій, що

<sup>1</sup> Укр. інвест. газ. – 2006. – № 29.

<sup>2</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 19. – Ст. 80.

реалізуються відповідно до державних програм розвитку пріоритетних галузей економіки, соціальної сфери і територій, може встановлюватися пільговий режим інвестиційної та іншої господарської діяльності.

Законами України можуть визначатися території, на яких діяльність іноземних інвесторів та підприємств з іноземними інвестиціями обмежується або забороняється, виходячи з вимог забезпечення національної безпеки.

#### **2.4. Особливості правового статусу транснаціональних корпорацій**

Після Другої світової війни найважливішою тенденцією міжнародних економічних відносин стало поширення у світі багатонаціональних корпорацій. У повоєнні часи інтернаціоналізація капіталу мала здебільшого історичні підстави. Так, ринки європейських країн були заповнені товарами із США, американські корпорації створювали сотні дочірніх підприємств, які у Великій Британії, Німеччині та інших країнах ставали найбільшими національними виробниками. У 50–60 рр. XX ст. інтенсивна ринкова конкуренція змушувала до розширення підприємств, пошуку за кордоном нових ринків збуту, дешевої робочої сили та інших чинників, що зменшували витрати виробництва і надавали компаніям конкурентні переваги. Зараз взагалі відбувається процес глобалізації світового господарства, із початком якого пов'язана нова доба розвитку міжнародного підприємництва, коли на перше місце виходять ТНК та банки. Функціонування транснаціональних компаній — основа економічного зростання та технологічного прогресу у будь-якій країні. Разом із тим ТНК самі суттєво впливають не тільки на світову економіку, а й на політику держав.

За даними Доповіді X сесії Конференції ООН з торгівлі та розвитку, що присвячувалась темі «Стратегія розвитку у все більш взаємозалежному світі: врахування уроків минулого для перетворення глобалізації в ефективний інструмент розвитку всіх країн та народів», у 2000 р. у світі налічувалося приблизно 37 тис. ТНК, що мають більш ніж 206 тис. філій по всьому світу. Із 100 найбільших ТНК 38 базуються у Західній Європі, 29 — у США, 16 — у Японії, інші — в Австралії, Канаді, Фінляндії та інших індустріальних країнах. На сьогодні ТНК

контролюють до половини світового промислового виробництва, 63 % зовнішньої торгівлі, 80 % патентів і ліцензій на нову техніку та технології. Під контролем ТНК перебувають 90 % світового ринку пшениці, кави, кукурудзи, тютюну, залізної руди, 80 % — чаю та олова, 75 % — сирової нафти та натурального каучуку<sup>1</sup>. Така економічна могутність дозволяє компаніям істотно впливати на внутрішню та зовнішню політику держав, а також уникати контролю з їхнього боку. Країни, що розвиваються, стурбовані тим, що за допомогою ТНК країни-експортери капіталу встановлюють контроль за видобуванням природних ресурсів та управлінням ключовими галузями виробництва, іноді така стурбованість переростає у відкриті конфлікти. Тому проблема правового регулювання діяльності ТНК — одна з найактуальніших у МПП.

У вітчизняній літературі виокремлюються чимало ознак ТНК: це економічно єдина система; група самостійних, взаємно відокремлених підприємств; вони діють на території декількох держав; їх структурні підрозділи діють у строкатому правовому полі, оскільки є суб'єктами національного права тощо<sup>2</sup>.

У зарубіжній літературі та практичній діяльності пропонуються більш конкретизовані критерії віднесення компаній до транснаціональних. Так, за визначенням Комісії з транснаціональних корпорацій ООН, ТНК — це компанія, яка:

- включає одиниці (підрозділи) у двох або більше країнах, незалежно від юридичної форми і сфери діяльності;
- оперує у рамках системи прийняття рішень, що дає змогу проводити узгоджену політику і загальну стратегію через один або більше керівних центрів;
- має окремі одиниці (підрозділи), пов'язані спільною власністю таким чином, що одна (або більше) із них може впливати на діяльність інших (зокрема, розподіляти інтелектуальні та інші ресурси, відповідальність за результати функціонування тощо).

ТНК можуть класифікуватися за багатьма критеріями. За структурними ознаками розрізняють інтернаціональні, багатонаціональні та глобальні ТНК.

*Інтернаціональна корпорація* — це національна домінуюча компанія з іноземними активами. Правовий режим цього типу ТНК передбачає

<sup>1</sup> Інформ. бюл. ООН [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.un.org/russian>

<sup>2</sup> Дахно, І. І. Міжнародне економічне право [Текст] : курс лекцій / І. І. Дахно. – 2-ге вид. – К. : МАУП, 2003. – С. 81.

господарську діяльність, що здійснюється в різних країнах за допомогою утворення в них іноземних філій, структурних підрозділів (представництв) і дочірніх компаній. Вони становлять великий виробничо-збутовий комплекс, де право власності на акціонерний капітал мають виключно представники країни-засновника. Філії за кордоном створюються головним чином для забезпечення надійних постачань дешевої сировини або ринків збуту. Для цього типу ТНК характерне прийняття управлінських рішень переважно в материнській компанії, надання переваги співвітчизникам в іноземних філіях (до цього типу належить переважна більшість російських ТНК).

*Багатонаціональна (мультинаціональна) корпорація* — це міжнародна корпорація, що об'єднує національні компанії низки держав на виробничих та науково-технічних засадах. Багатонаціональна ТНК передбачає великий ступінь незалежності під час проведення операцій у кожній із країн (прикладом такої ТНК є англо-голландський концерн «Royal Dutch Shell» зі співвідношенням капіталу 60 : 40). З позиції міжнародного права прикметними ознаками цього типу ТНК є орієнтація у першу чергу на іноземні ринки, наявність багатонаціонального акціонерного капіталу, створення багатонаціонального керівного центру, комплектування адміністрації іноземних філій кадрами, що знайомі з місцевими умовами.

*Глобальна корпорація* — це корпорація, що інтегрує господарську діяльність, здійснювану в різних країнах. Така компанія проектує виріб чи схему надання послуг стосовно визначеного сегмента світового ринку або виготовляє в різних країнах складові частини одного виробу. Глобальні корпорації виникли у 80-ті рр. ХХ ст. і продовжують набирати сили. Найбільше до глобалізації тяжіють хімічна, електротехнічна, електронна, нафтова, автомобільна, інформаційна, банківська і деякі інші галузі промисловості та види діяльності. Глобальні корпорації є найбільш новітнім типом ТНК.

Для визначення організаційно-правових форм важливим є поділ ТНК на холдингові (засновані на акціонерній формі контролю) та нехолдингові, де взаємовідносини в об'єднанні будуються на засадах спеціальних угод.

Правове регулювання діяльності ТНК здійснюється на трьох рівнях: внутрішнє законодавство, двосторонні угоди та багатосторонні угоди.

Внутрішнє законодавство передбачає підпорядкування діяльності філіалів та дочірніх підприємств ТНК національному законодавству.

В Україні відповідні норми містяться в законах «Про зовнішньо-економічну діяльність», «Про захист іноземних інвестицій»<sup>1</sup>, «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження»<sup>2</sup>, «Про концесії»<sup>3</sup> та ін., а також у низці підзаконних актів, таких як Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні<sup>4</sup> тощо.

Україна в процесі ринкової трансформації економіки зазнає дедалі більшого впливу світових процесів транснаціоналізації виробництва і капіталу. В першу чергу це стосується галузей, що найбільше інтегровані у світове господарство. Чи не найголовнішою такою галуззю є транспортування енергоносіїв до європейських споживачів, зокрема російського газу. Потужний інтерес ТНК виявляють і до інших галузей виробництва. Як свідчить світова практика, національний капітал здатний витримати конкуренцію з ТНК тільки в тому разі, якщо він сам структурується в потужні фінансово-промислові утворення, адекватні міжнародним аналогам, і може провадити активну зовнішньо-економічну політику<sup>5</sup>. Тому завдання промислово-інноваційного розвитку української економіки передбачає утворення фінансово-промислових груп, у тому числі транснаціональних, які забезпечать розвиток базових технологій і створять умови для інтенсивного розвитку вітчизняної промисловості. Визначення мережі та здійснення організаційних заходів, спрямованих на утвердження таких структур, розглядається як одне з ключових завдань Уряду України на найближчі роки<sup>6</sup>. Чинне законодавство передбачає можливість створення ТНК, країною базування яких є Україна. Так, Закон України «Про промислово-фінансові групи»<sup>7</sup> встановлює правила, за якими створюються транснаціональні промислово-фінансові групи.

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 46. – Ст. 616.

<sup>2</sup> Там само. – 2000. – № 12. – Ст. 97.

<sup>3</sup> Там само. – 1999. – № 41. – Ст. 372.

<sup>4</sup> Уряд. кур'єр. – 1996. – № 40–41.

<sup>5</sup> Владимирова, И. Роль и место транснациональных корпораций в современной экономике [Електронний ресурс] / И. Владимирова / Режим доступу: <http://www.cfin.ru/press/management/1998-2/04.shtml>

<sup>6</sup> Послання Президента України до Верховної Ради України «Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002–2011 роки» від 30 квітня 2002 року [Текст] // Уряд. кур'єр. – 2002. – № 100.

<sup>7</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 23. – Ст. 88.

Проте одностороннє регулювання діяльності ТНК має чимало недоліків, оскільки завдяки своїй організаційній структурі ці компанії здатні уникати контролю з боку однієї держави. Крім того, підрозділи ТНК реалізують політику головного підприємства, тому необхідно враховувати той вплив, що справляє законодавство країни їх базування. Нерідко країни-експортери капіталу намагаються поширити внутрішнє законодавство на підрозділи національної компанії, що знаходяться за кордоном. Найбільш типовим прикладом цього можуть слугувати США, де дана позиція закріплюється в теорії «транснаціонального права». У 1982 р. Акт про управління експортом 1979 р. було поширено на іноземні відділення американських ТНК, що призвело до прийняття країнами-імпортерами законодавчих актів, спрямованих на зміцнення національного суверенітету. Рекомендації Організації Об'єднаних Націй щодо ТНК виходять з того, що як тільки філія багатонаціональної ТНК створюється в іншій країні, закони країни базування припиняють свою дію і застосовується закони країни, що приймає<sup>1</sup>.

Другий рівень регулювання становлять двосторонні інвестиційні та інші угоди, що укладаються між зацікавленими державами. Такі угоди мають тенденцію до уніфікації, в них часто містяться майже однакові за змістом норми, хоча вони і не є ідентичними. Україна уклала більше 50 угод про сприяння та взаємний захист інвестицій, які гарантують сприятливі, стабільні і прозорі умови для інвесторів іншої країни.

Третім рівнем регулювання діяльності ТНК є міжнародні багатосторонні угоди, універсальне регулювання здійснюється під егідою ООН на підставі рекомендацій спеціально створених органів — Міжурядової комісії по ТНК і Центру по ТНК. У 1975 р. ними було розроблено Кодекс поведінки ТНК, положення якого забороняють застосовувати дискримінаційні заходи відносно партнера. ТНК повинні сприяти розвитку науково-технічного потенціалу країни, що приймає, надавати звіти про свою діяльність, виконувати вимоги фінансового та податкового характеру. Але Кодекс і досі не прийнято, головною причиною цього є розбіжності у питаннях правил націоналізації майна ТНК, юрисдикції врегулювання спорів та ін.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Наталуха, В. В. *Международный частный бизнес и государство* [Текст] / В. В. Наталуха. — М., 1985. — С. 132–133.

<sup>2</sup> Локайчук, О. В. *Проблемы правового регулирования деятельности транснациональных корпораций* [Текст] / О. В. Локайчук // Сибир. юрид. вестн. — 2001. — № 2. — С. 18–22.

Чимало багатосторонніх міжнародних угод щодо ТНК є регіональними.

Особливе значення для України має правове регулювання діяльності, що здійснюється в рамках СНД. Конвенція країн СНД про транснаціональні корпорації була підписана 6 березня 1998 р. у Москві, вона ратифікована Україною із застереженнями 13 липня 1999 р.<sup>1</sup> і набула чинності 14 січня 2000 р. У Конвенції ТНК визначається як юридична особа (сукупність юридичних осіб):

- що має у власності, господарському віданні або оперативному управлінні відокремлене майно на територіях двох і більше Сторін;
- утворена юридичними особами двох і більше Сторін;
- зареєстрована як корпорація відповідно до цієї Конвенції.

Поняття «транснаціональна корпорація» включає в себе різні транснаціональні структури, у тому числі фінансово-промислові групи, компанії, концерни, холдинги, спільні підприємства, акціонерні товариства з іноземною участю тощо.

Корпорація створюється добровільно як на основі міжурядових угод, так і іншим, не забороненим законодавством Сторін способом. Порядок реєстрації корпорації визначається законодавством держави — місця її реєстрації. За зобов'язаннями корпорації та/чи головного підприємства (центральної компанії), що виникли внаслідок участі у діяльності корпорації, учасники несуть відповідальність відповідно до законодавства Сторін, юридичні особи яких входять до корпорації. Оподаткування юридичних осіб, що входять до корпорації, здійснюється за їх місцезнаходженням відповідно до законодавства держави — місця перебування.

На підставі зазначеної Конвенції в рамках СНД утворено декілька ТНК, наприклад, транснаціональну фінансово-промислову групу із забезпечення експлуатації та ремонту авіаційної техніки цивільної авіації держав — учасниць Співдружності Незалежних Держав, Міждержавну фінансово-промислову групу «Граніт» та ін.

Починаючи з 40-х рр. ХХ ст. у юридичній літературі обговорюється питання про визнання за ТНК міжнародної правосуб'єктності. Обґрунтовується концепція міжнародного корпоративного права, що утворюється угодами корпорацій з державами. Британський науковець Б. Черг пропонує сформувати спеціальні правові системи, що складаються з договорів, які не регулюються національними нормами,

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 36. – Ст. 323.



а підпорядковуються міжнародному праву чи загальним принципам права. Проте більшість фахівців вважає, що договори, які укладаються між корпораціями та державами, є цивільними правочинами і належать до сфери МПП, корпорації не можуть бути вилучені з-під дії національних законів<sup>1</sup>.

Отже, економічна могутність ТНК, їх вплив на світову політику обумовлюють появу концепцій про визнання за ТНК міжнародної правосуб'єктності, формування міжнародного права корпорацій. Досить гострою є проблема боротьби між транснаціональною олігархією та національними державами. Тому діяльність ТНК має регулюватися перш за все на міжнародному рівні, компанії діють відповідно до норм приватного законодавства і міжнародна юрисдикція за їх діяльністю має здійснюватися незалежно від їх бажання. Але на сьогодні проблема міжнародного регулювання діяльності ТНК не розв'язана, оскільки не прийняті універсальні правила, а існуючі нормативні акти мають декларативний характер, бо не створено механізмів їх реалізації. Ця проблема вимагає копіткої як теоретичної, так і практичної роботи<sup>2</sup>.

## 2.5. Особливості створення і діяльності офшорних компаній

Суб'єкти господарювання у всі часи прагнули підвищення прибутків, гарантованого збереження банківської та комерційної таємниці. Так, коли античні Афіни запровадили двохвідсотковий імпорнтний та експортний податок, грецькі та фінікійські купці почали обминати місто за 20 миль, аби уникнути їх оплати. В результаті сусідні острови стали зонами безмитної та неоподаткованої торгівлі та місцями накопичення товарів для контрабандного ввезення до Афін. У XV ст. англійські купці, що продавали вовну, обирали для торгівлі Фландрію, а не рідну Англію, де вони мали сплачувати великі податки та мито. Найвідомішою країною, яка з великим успіхом скористалася правовими засобами залучення іноземного капіталу, стала Швейцарія, де ще у XVIII ст. Міська Рада Женеви прийняла закон, який вимагав від банкірів ведення обліку рахунків своїх клієнтів, але забороняв їм розкривати цей облік без згоди Міської Ради. Традиційний нейтралітет

---

<sup>1</sup> Ермолаев, В. Г. Международное частное право [Текст] : курс лекций / В. Г. Ермолаев, О. В. Сиваков. – М., 1998. – С. 113.

<sup>2</sup> Лукашук, И. И. Демократия, капитал, государство [Текст] / И. И. Лукашук // Журн. рос. права. – 2000. – № 1. – С. 114.



Швейцарії та Закон про банківську таємницю 1934 р. (у редакції 1971 р.), низькі банківські відсотки забезпечили цій країні центральне місце у світовому фінансовому бізнесі.

Сьогодні багато країн світу прагнуть залучити іноземні інвестиції та підняти власний економічний рівень шляхом створення так званих офшорних зон. *Офшорна зона* — різновид вільних економічних зон, що створюються на території всієї держави або суб'єкта федерації (конфедерації), особливістю якого є створення для суб'єктів господарювання сприятливого валютно-фінансового, податкового режиму, високого рівня захищеності банківської та комерційної таємниці, лояльність державного регулювання, спрощені вимоги до ліцензування. Відмінністю офшорних юрисдикцій від інших вільних економічних зон є поширення зазначеного режиму виключно на суб'єктів господарювання, які не здійснюють господарської діяльності та не мають джерел доходу на її території.

Офшорні зони використовуються підприємцями з метою податкового планування, тобто для легального зменшення податкових платежів, а також для захисту капіталу від експропріації в політично нестабільних країнах, хоча досить часто вони стають інструментом для різноманітних зловживань та створюють умови для вчинення фінансових злочинів, так званого «відмивання» незаконних доходів.

Офшорні зони залежно від виду та обсягу пільг, що надаються при реєстрації суб'єктам-нерезидентам, поділяють на три групи.

Перша група — це країни «податкової гавані», такі, що повністю звільняють компанії від сплати будь-яких податків за умови, що управління компанією здійснюється за межами території реєстрації та вона не має там джерел доходу. Як правило, до реєстрації таких компаній ставляться мінімальні вимоги, вони не зобов'язуються надавати фінансову звітність та відомості про власників. Найбільш відомі країни цієї групи — Беліз, Гібралтар, Кайманові острови, Панама.

Повністю звільняються іноземні підприємці від сплати податків також у князівстві Ліхтенштейн, Сінгапурі та Гонконгу, хоча вони зобов'язані подавати фінансову звітність і повідомляти про зміни у складі акціонерів та директорів компанії.

Друга група — це країни, де іноземним компаніям надаються суттєві податкові пільги та висуваються мінімальні вимоги щодо фінансової звітності. До них належать Кіпр, Уругвай, Естонія та ін.

До третьої групи офшорних юрисдикцій належать країни, де податкові пільги та привілейований режим таємності мають суб'єкти господарювання — нерезиденти, що здійснюють лише визначені в законодавстві країни види господарської діяльності. До цієї групи входять деякі кантони Швейцарії, Люксембург, Греція та ін.

Як правило, з країнами першої групи інші держави не прагнуть укладати угоди про уникнення подвійного оподаткування, а навпаки, вживають заходів щодо боротьби з ухилянням від сплати податків. Так, Законом України «Про оподаткування прибутку підприємств» у редакції від 22 травня 1997 р. у ст. 18.3 встановлено спеціальні правила щодо торговельних операцій платників податку з нерезидентами, зареєстрованими в офшорних зонах<sup>1</sup>. Перелік зон, що мають офшорний статус згідно із законом, затверджено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2003 р.<sup>2</sup>

З багатьма країнами другої та третьої груп Україна має угоди про уникнення подвійного оподаткування.

Особливістю офшорних зон є жорсткі правила захисту комерційної та банківської таємниці. Така інформація захищена законодавством майже в усіх країнах, проте вона, як правило, не захищається від правоохоронних органів у випадку розслідування кримінальних справ, у тому числі тоді, коли розслідування проводиться згідно з міжнародним договором, але в офшорних зонах бар'єри таємності не порушуються навіть у разі вчинення злочинів в іншій країні. Зважаючи на рівень режиму таємності, розрізняють офшорні зони, де такий режим не порушується навіть у разі його використання в кримінальних цілях, та країни, де таємність не порушується лише стосовно податкових злочинів. При розслідуванні неподаткових злочинів цей режим припиняє дію.

Зазначені привілеї впливають на рішення підприємців щодо обрання місця реєстрації суб'єкта господарювання на користь офшорних зон. З юридичної точки зору класична *офшорна компанія* — це суб'єкт господарювання, що знаходиться у власності нерезидентів тієї держави, де вона зареєстрована, отримує прибуток за її межами, керується з-за кордону, не сплачує податок на прибуток (або сплачує його за мінімальними ставками). Як правило, офшорні компанії не мають керівного офісу в місці реєстрації, юридична адреса надається

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. — 1997. — № 27. — Ст. 181.

<sup>2</sup> Офіц. вісн. України. — 2003. — № 9. — Ст. 401.

місцевими фірмами. Але існують випадки, коли законодавство не забороняє створювати адміністративні офіси в офшорних зонах та надає резидентам право бути співвласниками офшорних компаній.

Офшорна компанія за своїм статусом не відрізняється від інших організацій, що мають статус юридичних осіб: реєструється у встановленому порядку, має передбачену законом організаційно-правову форму, визначену структуру управління, юридичну адресу, банківський рахунок та інші ознаки.

## 2.6. Міжнародні юридичні особи

Особливим статусом у МПП користуються *міжнародні міждержавні організації*, які створені державами для досягнення певних цілей і учасниками яких є держави. До них належать ООН та її структурні підрозділи, МБРР, МВФ, МАГАТЕ та ін.

Міжнародні договори та статuti, на підставі яких створюються зазначені організації, містять норми про надання останнім статусу юридичної особи для виконання ними своїх статутних цілей. Наприклад, Угода про привілеї та імунітети МАГАТЕ від 1 липня 1959 р. у розд. 2 передбачає: «Агентство має статус юридичної особи. Воно володіє правоздатністю: а) укладати контракти, б) придбавати нерухоме та рухоме майно та розпоряджатися ним, с) порушувати судові справи». Місцем перебування МАГАТЕ є Відень (Австрія). Отож, чи можна вважати дану організацію австрійською юридичною особою? А ООН, штаб-квартира якої знаходиться в Нью-Йорку — американською? Уявляється, що такий висновок був би необґрунтованим. По-перше, міжнародні організації створюються на підставі міжнародних договорів, а не відповідно до внутрішнього законодавства країни перебування; по-друге, підпорядкування міжнародної організації національному праву будь-якої країни суперечило б незалежному міжнародному характеру такої організації; по-третє, організаційно-правова форма міжнародних організацій не базується на внутрішньому законодавстві країн, а є уніфікованою, міжнародні організації виступають суб'єктами міжнародного права. Оскільки міжнародні організації не мають національності, їх називають *міжнародними юридичними особами*.

Здійснюючи свої статутні функції, міжнародні організації стають учасниками двох видів приватноправових відносин: цивільно-правових

відносин для забезпечення своєї повсякденної роботи (електро- та водопостачання, придбання офісного обладнання, ремонт приміщень тощо); цивільно-правових відносин, пов'язаних з виконанням власних статутних цілей. Наприклад, МВФ відповідно до статей Угоди МВФ від 22 липня 1944 р. має право вчинювати різноманітні правочини і здійснювати фінансові операції з метою сприяння стабільності валют та розвитку міжнародного співробітництва у валютно-фінансовій сфері.

Особливістю міжнародних юридичних осіб є наявність у них певних привілеїв та імунітетів порівняно із національними юридичними особами. Види привілеїв та імунітетів регулюються міжнародними угодами. Наприклад, Конвенція ООН про привілеї та імунітети спеціалізованих установ від 21 листопада 1947 р. встановлює недоторканність майна, фондів та активів установ ООН, звільняє їх від усіх прямих податків, митних та інших зборів. Посадові особи установ ООН користуються імунітетом від судового переслідування, звільняються від імміграційних обмежень тощо.

Обсяг цивільної правоздатності міжнародних організацій на території України визначається міжнародними угодами. Наприклад, Договір між Урядом України та Європейським банком реконструкції та розвитку про співробітництво та діяльність Постійного Представництва ЄБРР в Україні<sup>1</sup> передбачає недоторканність майна і приміщень представництва, звільнення від сплати податків тощо.

Слід зазначити, що привілеї та імунітети надаються міжнародним юридичним особам лише у тих відносинах, що відповідають їхнім статутним цілям.

## **§ 3. Держава як суб'єкт міжнародного приватного права**

### **3.1. Особливості участі держави в міжнародних приватних відносинах. Поняття та види імунітету**

Міжнародне співробітництво, різноманітне за формами, сферами здійснення, реалізується різними суб'єктами, серед яких важливе місце посідають і держави. Причому останні виступають не тільки як суб'єкт міждержавних відносин публічно-правового характеру, що регулюють-

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 2008. – № 62. – Ст. 2113.

ся міжнародним правом, а й як суб'єкт цивілістичних відносин майнового та немайнового характеру, які підпадають під дію МПП.

У зовнішній сфері держава може виступати в різноманітних видах відносин. По-перше, її партнерами можуть бути інші держави та міжнародні організації (держава може укласти міжнародні угоди про надання та отримання позик, уступати території, здійснювати співробітництво в конкретних сферах, укласти військові та політичні союзи тощо). По-друге, держава може вступати в майнові відносини з іноземними юридичними та фізичними особами (наприклад, придбання земельних ділянок для розміщення посольських і консульських місій, надання в концесію ділянок надр для розроблення корисних копалин, передання в оренду будівель і споруд, придбання та продаж майна, надання позик і видання гарантій тощо)<sup>1</sup>.

Крім того, держава може виступати в цивільному обороті як спадкоємець так званого відумерлого майна (ст. 1277 ЦК України) або спадкоємець за заповітом (ст. 1235 ЦК України). Різним є становище держави і в міжнародних організаціях (міжнародні міжурядові (міждержавні) організації та міжнародні неурядові організації).

Існує декілька поглядів на державу як на суб'єкта МПП. Одні автори вважають державу особливим суб'єктом права, оскільки немає такого наддержавного органу, який би наділив її правами юридичної особи, і завдяки суверенітету вона виступає у відносинах, що регулюються нормами як міжнародного публічного права, так і МПП. Інші додержуються точки зору, згідно з якою держава «розпадається» на дві особи. При цьому вважається, що держава діє не як дві особи (як «казна» — суб'єкт влади і як «купець» — суб'єкт цивільних правовідносин), а як суверен.

З давніх часів іноземна держава вважається особливим суб'єктом права, до якого неприпустимі будь-які примусові заходи (накладення арешту на майно, примусове стягнення, вчинення позову тощо). Доводиться, що іноземна держава володіє *імунітетом*<sup>2</sup>.

Імунітет — один з найстаріших інститутів міжнародного права. На першому етапі становлення цього інституту суди обґрунтовували

<sup>1</sup> Ануфриєва, Л. П. Международное частное право [Текст] : в 3 т. – Т. 2. Особенная часть : учебник / Л. П. Ануфриева. – М. : БЕК, 2001. – С. 69.

<sup>2</sup> Імунітет (від лат. *immunitas*) – звільнення, позбавлення чогось. Стисло зміст імунітету викладено в максимах, які відомі ще з часів римського права: «*par in parem non habet imperium*» («рівний над рівним не має влади»), «*par in parem non habet potestas*» («рівний над рівним не має повноважень»), «*par in parem non habet jurisdictionem*» («рівний над рівним не має юрисдикції»).

право іноземної держави (суверена) на імунітет міжнародною ввічливістю (*comitas gentium*). Але вже на початку XIX ст. американські суди розглядали імунітет іноземної держави як сформований міжнародно-правовий звичай. До початку XX ст. імунітет держав вважався *абсолютним*, тобто держава користується всіма елементами даного інституту без обмежень, і ні за яких умов, крім згоди самої держави, на неї не може бути поширено іноземну юрисдикцію.

Але з часом багато країн прийняли спеціальне законодавство щодо імунітету іноземних держав, оскільки абсолютний імунітет став суперечити статусу держави, яка проводить активну зовнішньоекономічну діяльність (держави, яка веде торгівлю). Згідно із законодавством США, Великої Британії, Канади та багатьох країн ЄС судові органи у кожному конкретному випадку уповноважені вирішувати, чи поширюється імунітет на той або інший акт іноземної держави. Основним критерієм виступає розмежування функцій держави на публічно-правову та приватноправову, тобто в основі такого підходу лежить теорія *функціонального імунітету*. Вважається, що іноземна держава користується імунітетом тільки тоді, коли вона виконує суверенні дії (*acta imperii; de jure imperii*): направляє дипломатичні делегації, відкриває консульства тощо. Якщо ж іноземна держава виконує дії комерційного характеру (*acta gestionis*), тобто веде торговельну діяльність (*de jure gestionis*) — укладає торговельні угоди, то вона імунітетом не користується.

На думку переважної більшості дослідників цієї проблеми, теорія функціонального імунітету має багато недоліків, оскільки ні доктрина, ні судова практика не встановили критеріїв, за допомогою яких можна чітко розмежувати дії держави як суверена чи приватної особи. Тому останнім часом набуває поширення теорія *обмеженого імунітету*, ідея якої полягає в тому, що держава має право відмовитися від свого імунітету в цілому або від окремих його елементів, до того ж у законодавстві встановлено вичерпний перелік обставин, за наявності яких держава не користуватиметься імунітетом. Такий підхід успішно втілено у декількох багатосторонніх міжнародних конвенціях з питань імунітету держав.

У теорії та судовій практиці виокремлюють такі види імунітету держави.

*Імунітет від дії законодавства іноземної держави* забезпечується такими складовими частинами суверенітету, як незалежність

і рівність держав. Дійсно, якщо держава незалежна, то неможливо без її згоди підпорядкувати її дії іноземному закону. Дії держави визначаються її внутрішнім правопорядком і нормами міжнародного права, але ніяк не законами іншої держави. Звідси випливає, що в цивільно-правових відносинах держава підкоряється тільки власному законодавству, якщо вона не погодилася на інше. Внаслідок цього при укладенні державою приватноправової угоди з іноземною фізичною або юридичною особою у разі, якщо сторони не визначили застосування до їх відносин відповідного права (тобто була відсутня їх явно виражена воля), договір регулюватиметься нормами даної держави.

*Судовий імунітет.* У широкому розумінні цей вид імунітету містить:

- імунітет від пред'явлення позову в іноземному суді;
- імунітет від попередніх дій;
- імунітет від попереднього виконання рішення.

Тут необхідно зазначити, що сучасні закони про імунітет деяких держав, хоча і встановлюють обмеження імунітету, але все ж таки розрізняють власне юрисдикційний імунітет (тобто судовий імунітет у вузькому розумінні) та імунітет від виконавчих дій. Наприклад, в актах Австралії, Великої Британії, Канади презюмується, що згода іноземної держави на підпорядкування місцевій юрисдикції не означає згоди на застосування заходів щодо попереднього забезпечення і примусового виконання судового рішення.

Імунітет від пред'явлення позову прийнято іменувати судовим імунітетом у вузькому розумінні слова. Цей вид імунітету означає насамперед непідсудність держави іноземному суду. Кожна держава має право висунути вимогу в суді іноземної держави до фізичної або юридичної особи. Однак заявлення позову до держави в іноземному суді, як правило, неможливе, якщо тільки сама держава не погодилася на підпорядкування юрисдикції відповідної держави. Така згода може бути виражена індивідуальним актом, тобто має бути видано спеціальний акт стосовно даного випадку.

Правило про неперед'явлення позову в суді до іноземної держави поширюється на всі категорії позовів, будь це позови, що заявляються безпосередньо державі (*in personam* — прями позови), або непрямі позови (*in rem*), коли вимога пов'язана, наприклад, з майном, що належить державі. Типовим прикладом у цьому плані є вимоги з приводу державних морських або повітряних суден.



*Імунітет від попередніх дій.* Відповідно до цього імунітету суд, що розглядає приватноправовий спір за участю іноземної держави, не має права застосовувати будь-які заходи щодо попереднього забезпечення позову, оскільки вони мають примусовий характер. Часто заходи щодо забезпечення позову розглядаються і приймаються судом ще до порушення і слухання справи за участю держави. У будь-якому разі, якщо такі заходи стосуються держави та її власності (арешт державних рахунків в іноземних банках, опис майна, обмеження права держави користуватися своїм майном та ін.), то з огляду на імунітет вони є неприпустимими.

*Імунітет від примусового виконання рішень іноземного суду.* Відносно держави та її власності не можуть бути застосовані будь-які примусові заходи щодо виконання іноземного (арбітражного) рішення органами цієї або будь-якої іншої іноземної держави.

У ході багаторічної практики вироблено окремі винятки із цього правила, що дозволяють у разі відмови іноземної держави від виконання судового рішення застосовувати примусові засоби відносно власності останньої.

Однак, за загальним правилом, навіть якщо держава добровільно взяла участь в іноземному судовому процесі, рішення може бути виконане нею тільки добровільно. Іншими словами, для застосування заходів на виконання чи забезпечення судового рішення суд повинен отримати окрему згоду іноземної держави.

*Імунітет власності держави* означає правовий режим недоторканності власності, що знаходиться на території іноземної держави. Юридичним змістом даного виду імунітету є заборона звернення стягнення і примусового вилучення майна, що належить державі. Власність користується імунітетом незалежно від наявності судового розгляду. Вона користується імунітетом, навіть якщо перебуває у володінні особи, яка не має імунітету. Це зумовлює виділення питань власності як самостійного елемента змісту імунітету, що підтверджується судовою практикою. Наприклад, у рішенні англійського суду, що дістало визнання у світі, у справі судна «Cristina» (1938 р.) підкреслюється, що незалежно від того, є суверен стороною в процесі або ні, суди не можуть виносити рішення про захоплення або затримання власності, що йому належить або перебуває у його володінні чи під його контролем<sup>1</sup>. На такій позиції ґрунтуються і міжнародно-правові акти.

<sup>1</sup> Международное частное право [Текст] : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. – М. : ПБОЮЛ Гриженко Е. М. (Проспект), 2001. – С. 257.



*Імунітет угод держави.* Оскільки держава внаслідок імунітету вільна від примусових заходів щодо здійснення іноземних законів, адміністративних розпоряджень та ін., з цього випливає, що приватноправові відносини міжнародного характеру за участю держави, зокрема угоди, що укладаються державою з іноземними фізичними чи юридичними особами, повинні регулюватися правом цієї держави, якщо тільки самі сторони не домовляться про застосування іноземного права. Це правило давно вже склалося в іноземній судовій практиці і закріплено в міжнародних договорах.

Найбільш важливим підтвердженням цього є Вашингтонська конвенція про порядок розгляду інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18 березня 1965 р.<sup>1</sup>, ратифікована Законом України від 16 березня 2000 р. «Про ратифікацію Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами»<sup>2</sup>, згідно зі ст. 42 якого інвестиційний спір за участю держави розглядається на основі права, обраного сторонами; у разі відсутності такого вибору застосовується право держави, яка виступає стороною у спорі.

### **3.2. Законодавство України та міжнародні угоди з питань державного імунітету**

Сучасне регулювання відносин, пов'язаних з імунітетом держав у міжнародних приватних відносинах, здійснюється в основному на базі національного законодавства. У 70-х рр. ХХ ст. поширилася тенденція до прийняття окремих законів про імунітет іноземних держав (США, Велика Британія, Канада, Австралія, ПАР), або включення відповідних норм до законів про МПП (Угорщина, Чехія, Швейцарія та ін.). Поштовхом до прийняття зазначених актів стала Європейська конвенція про імунітет держав, укладена 16 травня 1972 р. у Базелі<sup>3</sup>.

У Конвенції проголошено принцип імунітету іноземної держави (ст. 15) і закріплено перелік випадків, коли іноземна держава не може посилатися на імунітет перед національним судом іншої держави: у зв'язку із судовими розглядами, пов'язаними з контрактами про наймання на роботу; із зобов'язаннями, що виникають з контрактів і підлягають виконанню на території держави суду; з участю держави

<sup>1</sup> Международное публичное право [Текст] : сб. док. – М. : БЕК, 1996. – Т. 1.

<sup>2</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 21. – Ст. 161.

<sup>3</sup> Международное частное право [Текст] : сб. док. – М., 1997. – С. 41–45.

в компаніях та інших юридичних особах, що розташовані на території держави суду; з виробничою, торговельною та фінансовою діяльністю, яку держава здійснює через своє агентство чи установу; відносно патентів, промислових зразків, товарних знаків, знаків послуг, нерухомості, що перебувають на території держави суду; пов'язаних з майном, право на яке виникло у держави внаслідок спадкування; що впливають із відшкодування шкоди або збитків.

Ураховуючи досвід застосування зазначеної конвенції на теренах Європи, світова спільнота прагнула уніфікувати норми, що стосуються імунітету держав, шляхом прийняття універсальної угоди, і завдяки зусиллям ООН такий документ було схвалено 16 грудня 2004 р. на 59-й сесії Генеральної Асамблеї ООН резолюцією A/RES/59/38. Конвенцію про юрисдикційні імунітети держав та їх власності підписали 28 держав світу, включаючи Росію та Казахстан. Ця Конвенція певним чином підвищила ступінь правової визначеності у відносинах держав з фізичними та юридичними особами, її норми спрямовано на врегулювання низки найбільш спірних питань, що виникають у практиці правозастосування.

Насамперед надане чітке визначення поняття «держава» (в аспекті міжнародних приватних відносин): державою вважаються державні органи управління; складові частини федеративної держави; представники держави, що діють у межах повноважень; установи та інституції держави, що фактично здійснюють правомочні дії суверенної влади.

У Конвенції здійснено спробу розв'язати проблему імунітету правочинів держави. Щоб з'ясувати, чи є певний правочин держави комерційним, Конвенція пропонує виходити насамперед з природи правочину, враховуючи його мету, а також пропонує примірний перелік комерційних правочинів держав: 1) будь-який комерційний контракт чи угода про купівлю-продаж товарів або надання послуг; 2) будь-який контракт про позику; 3) будь-який контракт чи угода комерційного, промислового, торговельного чи професійного характеру, за винятком трудових угод. Але такий підхід, на думку багатьох правознавців, не розв'язує проблему, адже юридична кваліфікація правочинів може здійснюватися іноземними судовими установами без урахування позиції держави, яка є стороною такої угоди, і може вважатися втручанням у зовнішні та внутрішні справи цієї держави.

Конвенція закріплює такі форми обмеження юрисдикційного імунітету держав: відмова держави від частини імунітету (ст. 7);

пред'явлення державою позову чи зустрічного позову до іноземної судової установи (ст. 9); участь у комерційній угоді (ст. 10), трудові договори, за певними винятками (ст. 11); заподіяння шкоди особі чи власності, за певними винятками (ст. 12), та ін. (статті 13–17).

Слід зазначити, що Конвенція була відкрита для підписання 17 січня 2005 р., але поки що вона не набрала чинності, оскільки її зміст і досі викликає спори серед науковців та потребує подальшого вдосконалення з метою розвитку міжнародного співробітництва.

Отже, правове регулювання питань державних імунітетів відбувається й у внутрішньому законодавстві держав. Так, ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» містить правило щодо неможливості без згоди компетентних органів відповідної держави вчиняти певні дії (пред'являти позови, залучати іноземну державу до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладати арешт на майно іноземної держави, що знаходиться на території України, застосовувати щодо цього майна засоби забезпечення позову, звертати стягнення на таке майно).

Правова регламентація міститься й в інших внутрішньодержавних правових актах України. Так, імунітет українських державних морських суден спирається не тільки на міжнародне, а й на внутрішнє право. Стаття 18 КТМ<sup>1</sup> передбачає, що на судна, які перебувають у власності держави, не може бути накладено арешт або звернено стягнення без згоди органу, який здійснює управління державним майном. Ця норма закону повинна поважатися і за кордоном, оскільки правове становище морського судна визначається законом держави, під прапором якого воно ходить.

Можливість відмови від імунітету передбачена і Законом України від 14 вересня 1999 р. «Про угоди про розподіл продукції»<sup>2</sup>, відповідно до ст. 32 якого в угоді, що укладається державою (її відповідними органами) з іноземними інвесторами, може бути передбачена відмова від трьох елементів імунітету, пов'язаних із судовим розглядом, а саме: судового імунітету, імунітету щодо попереднього забезпечення позову та імунітету щодо виконання судового рішення. Однак у зв'язку з тим, що ця норма містила беззастережну відмову від імунітету, її положення Рішенням Конституційного Суду України від 6 грудня 2001 р. «У справі за конституційним поданням народних депутатів України стосовно

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 47–52. – Ст. 349.

<sup>2</sup> Там само. – 1999. – № 44. – Ст. 391.

відповідності Конституції України (конституційності) частини першої ст. 5, частини третьої ст. 6, ст. 32 Закону України «Про угоди про розподіл продукції» (справа № 1-40/2001)<sup>1</sup> було визнано неконституційними.

Указом Президента України від 25 червня 2002 р. № 581/2002 затверджено Порядок здійснення захисту прав та інтересів України під час урегулювання спорів, розгляду в закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України (в редакції Указу Президента України від 11 вересня 2006 р. № 745/2006)<sup>2</sup>. Цей Порядок визначає механізм взаємодії органів виконавчої влади, підприємств, установ і організацій України для забезпечення захисту прав та інтересів України під час урегулювання спорів за участю іноземного суб'єкта (іноземної держави, юридичної, фізичної особи), розгляду в закордонних юрисдикційних органах справ, учасником яких є Україна. Згідно з п. 5 Указу в разі одержання інформації про пред'явлення до закордонного юрисдикційного органу позову до України Міністерство закордонних справ України готує і вносить висновок про наявність імунітету України у справі, порушеній у закордонному юрисдикційному органі за позовом до України, а також погоджені з Міністерством юстиції України пропозиції щодо забезпечення такого імунітету.

## Контрольні запитання

1. Охарактеризуйте правовий статус фізичних осіб як суб'єктів МПП.
2. Охарактеризуйте правовий статус юридичних осіб як суб'єктів МПП.
3. Охарактеризуйте правовий статус держави як суб'єкта МПП.
4. Назвіть особливості правового статусу міжнародних організацій як суб'єктів МПП.
5. Назвіть особливості правового статусу транснаціональних корпорацій як суб'єктів МПП.

---

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 2001. – № 50. – Ст. 2239

<sup>2</sup> Там само. – 2006. – № 37. – Ст. 2541.

# ОСОБЛИВА ЧАСТИНА

## Розділ V

### Право власності у міжнародному приватному праві

#### § 1. Особливості правового регулювання відносин власності у міжнародному приватному праві

Інститут права власності посідає центральне місце в будь-якій галузі національного права, адже відносини власності визначають характер інших правових інститутів та економічний устрій держав у цілому. В міжнародних приватних відносинах цей інститут також відіграє значну роль, особливо у наш час, коли процес переміщення осіб, капіталів та послуг з однієї країни до іншої постійно зростає.

Матеріально-правове регулювання відносин права власності в різних державах та правових системах настільки розрізняється, що подолати такі відмінності або уніфікувати чи гармонізувати законодавство в цій галузі на сьогодні неможливо. Так, на відміну від класичної «тріади» повноважень власника М. М. Сперанського (володіння, користування і розпорядження), котра відома законодавству як України (ст. 317 ЦК України), так і деяких іноземних країн (ст. 1305 ЦК Португалії<sup>1</sup>), у законодавстві окремих держав передбачається право ввідикації<sup>2</sup> (ст. 923 ЦК Перу<sup>3</sup>), або власникові надаються лише права користування та розпорядження (ст. 544 ЦК Франції<sup>4</sup>, ст. 618 ЦК Екватору<sup>5</sup>, ст. 2 Закону Ізраїлю «Про нерухоме майно» 1969 р. та ст. 2

<sup>1</sup> Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: сборник нормативных актов: гражданские и торговые кодексы [Текст] : учеб. пособие / под ред. В. К. Пучинского, М. И. Кулагина. – М. : Изд-во УДН, 1986. – С. 255.

<sup>2</sup> Цивільне законодавство Екватору виділяє голу власність, коли власника не наділено правом володіння речі (ч. 2 ст. 618 ЦК Екватору) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://constitutions.ru/article/1622>

<sup>3</sup> <http://constitutions.ru/article/1627>

<sup>4</sup> Французский гражданский кодекс [Текст]. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 430.

<sup>5</sup> <http://constitutions.ru/article/1622>

Закону Ізраїлю «Про рухоме майно» 1971 р.<sup>1</sup>) чи тільки право розпоряджатися річчю за своїм розсудом (§ 903 Германського цивільного уложення<sup>2</sup>). Англо-американська система права не тільки не знає законодавчого визначення права власності, а й виділяє більше десятка різних правомочностей, якими може бути наділена особа, причому одночасно в різних поєднаннях<sup>3</sup>.

У країнах романо-германської системи права, у тому числі в сучасному законодавстві України, проводиться розмежування між правом на нерухоме та рухоме майно (ст. 181 ЦК України)<sup>4</sup>. Під нерухомістю прийнято розуміти земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Разом з цим категорія нерухомих речей не є однаковою за своїм змістом у різних правопорядках. Так, до цієї категорії іноді відносять знаряддя та інструменти для землеробства або розроблення надр, рослини, тварини, які використовуються для оброблення землі або утримуються в крільчатниках, пташниках, ставках, вуликах та інших подібних спорудженнях (статті 522–524 ЦК Франції<sup>5</sup>, статті 605–608 ЦК Еквадору<sup>6</sup>), а також державні кредитні зобов'язання і право на відкриту спадщину (ст. 44 ЦК Бразилії<sup>7</sup>). Крім того, правовий режим нерухомої речі може бути поширено законом і на рухомі речі, а саме: на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації. Усі інші речі, які можна вільно переміщувати у просторі, в тому числі гроші й цінні папери, вважаються рухомими речами.

Як правило, правові системи передбачають і різні підстави набуття та припинення права власності. Так, до первісних способів виникнення права власності, як правило, відносять: створення (виготовлення) нової речі; набуття права власності на підставі угоди (купівля-продаж, міна, дарування та ін.); набуття права власності на безхазяйну

<sup>1</sup> Гражданское законодательство Израила [Текст]. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 113, С. 208.

<sup>2</sup> Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. – С.154.

<sup>3</sup> Суханов, Е. А. Право собственности и другие вещные права [Текст] / Е. А. Суханов // Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. – М. : Правовая культура, 1995. – С. 229–230.

<sup>4</sup> Офіц. вісн. України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

<sup>5</sup> Французский гражданский кодекс. – С. 430.

<sup>6</sup> Цивільний кодекс Еквадору [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://constitutions.ru/article/1622>

<sup>7</sup> Цивільний кодекс Бразилії [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://constitutions.ru/article/1628>

чи загублену річ, на скарб або за набувальною давністю. Підстави припинення права власності можуть як залежати (відчуження чи відмова), так і не залежати від волі власника (припинення права власності на майно, яке за законом не може належати цій особі; викуп пам'яток історії та культури; викуп земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю; викуп нерухомого майна у зв'язку з викупом земельної ділянки, на якій воно розміщене; звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника; реквізиція; конфіскація; припинення юридичної особи чи смерть власника (ст. 346 ЦК України). Цей перелік також є неповним, іноземним правовим системам відомі й інші підстави припинення права власності: втрата майна, *abandono* — припинення права власності у зв'язку із залишенням майна без наміру здійснювати володіння (ст. 922 ЦК Перу<sup>1</sup>), націоналізація, експропріація та ін.

Законодавство України, крім права власності, передбачає і деякі інші речові права на майно, такі як право володіння чужим майном (статті 397–400 ЦК України), (сервітут) право користування чужим майном (статті 401–406 ЦК України), (емфітевзис) право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (статті 407–412 ЦК України), (суперфіцій) право користування чужою земельною ділянкою для забудови та деякі інші.

Іноземні правові системи також містять положення щодо правової регламентації інших речових прав, окрім права власності. Деякі з них також відомі національній правовій системі. Так, російське законодавство<sup>2</sup>, крім сервітутів (статті 274, 277 ЦК РФ) та права господарського відання (ст. 294 ЦК РФ) і оперативного управління майном (ст. 296 ЦК РФ), до інших речових прав поряд із правом власності відносить: право довічного наслідуваного володіння земельною ділянкою (ст. 265 ЦК РФ), право постійного (безстрокового) користування земельною ділянкою (ст. 268 ЦК РФ) та право користування приміщенням членами родини власника, які проживають у належному йому житловому приміщенні (ст. 292 ЦК РФ). Цивільні кодекси Азербайджанської Республіки<sup>3</sup>, Латвійської Республіки<sup>4</sup>, Республіки

<sup>1</sup> Цивільний кодекс Перу [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://constitutions.ru/article/1627>

<sup>2</sup> Цивільний кодекс РФ [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://www.consultant.ru/popular/gkrf1>

<sup>3</sup> Цивільний кодекс Азербайджану [Електронний ресурс] / Режим доступу: [http://www.legal.az/component/option,com\\_docman/task,cat\\_view/gid,101/Itemid,36/](http://www.legal.az/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,101/Itemid,36/)

<sup>4</sup> Гражданский кодекс Латвийской Республики [Текст]. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – С. 387–420.



Вірменія<sup>1</sup>, Республіки Казахстан<sup>2</sup>, Туркменистану<sup>3</sup>, Франції<sup>4</sup>, Перу<sup>5</sup> та інших країн містять положення про права осіб, що не є власниками (майнові права), до яких, зокрема, належать різні види сервітутів, узуфрукт, квазіузифрукт, антихрез, суперфіцій, право землекористування, право господарського відання та оперативного управління, спадкоємне право на будівлю, заставу, іпотеку та ін. Усі ці права мають абсолютний характер, тобто виникають, як правило, незалежно від волі інших осіб, мають перевагу перед відносними правами та захищаються законом проти всіх, навіть проти власника, за допомогою віндикаційного чи негаторного позову.

Зважаючи на обігоздатність речей, їх поділяють на такі, що можуть знаходитись у вільному обігу (вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином), вилучені з обігу (перебування таких речей у цивільному обороті не допускається і їх перелік має бути прямо встановлений законом) або обмежені в обігу (ці речі можуть належати лише певним учасникам або перебувати у цивільному обігу на підставі спеціального дозволу) (ст. 178 ЦК України<sup>6</sup>, ст. 129 ЦК РФ<sup>7</sup>, статті 747–749 Федерального ЦК Мексиканських Сполучених Штатів<sup>8</sup>).

Таким чином, головну роль у регулюванні права власності та інших речових прав, ускладнених іноземним елементом, відіграє колізійний метод. Але деякі питання у цій сфері потребують аналізу матеріально-правового регулювання — це насамперед проблеми міжнародного регулювання іноземних інвестицій, захисту національної культурної спадщини тощо.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс Вірменії [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.base.spinform.ru/show.fwx?Regnom=2998>.

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Республики Казахстан [Текст]. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – С. 294–304.

<sup>3</sup> Цивільний кодекс Туркменистану [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icnl.org/car/LibTM.htm>.

<sup>4</sup> Французский гражданский кодекс. – СПб.: – С. 443–465.

<sup>5</sup> Цивільний кодекс Перу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://constitutions.ru/article/1627>

<sup>6</sup> Офіц. вісн. України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

<sup>7</sup> Цивільний кодекс РФ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consultant.ru/popular/gkrf1>

<sup>8</sup> Цивільний кодекс Мексиканських Сполучених Штатів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://constitutions.ru/article/1630>



## § 2. Колізійні питання права власності. Виникнення і припинення права власності та інших речових прав

Історично сформованим для вирішення більшості колізійних питань речового статуту в МПП є використання колізійного принципу *lex rei sitae* (закон місцезнаходження речі). Саме відповідно до нього визначаються, зокрема, коло і зміст речових прав, умови їхнього виникнення, зміни, момент переходу та припинення, суб'єктний склад власників та інших осіб і обсяг їхніх прав (наприклад, дієздатність)<sup>1</sup>, охорона права власності і т. п.

Практично в усіх країнах світу колізійна формула *lex rei sitae* є основною при вирішенні питань щодо прав і обов'язків на нерухоме майно. Відповідно до цього ж принципу в правопорядках розв'язується і проблема кваліфікації, яка виникає при віднесенні майна до категорії рухомого чи нерухомого. Як уже зазначалося, поділ майна на рухоме та нерухоме здебільшого ґрунтується на національних правових традиціях і тому є різним у законодавствах світу.

У ст. 40 Закону України «Про міжнародне приватне право» закріплено правило про те, що до права власності та інших речових прав на нерухомі речі, а також до об'єктів, на які може бути застосовано цей режим (повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти) і які підлягають державній реєстрації, застосовується право країни, де це майно зареєстроване. Це пов'язано з особливим характером цих нерухомих речей та їх значущістю для країн, що зумовлює встановлення спеціальних вимог щодо форм та порядку укладання угод з ними. Так, відповідно до вимог ст. 182 ЦК України право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Відносини, пов'язані з державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно, викладено в Законі України від 1 липня 2004 р. № 1952-IV «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»<sup>2</sup>. КТМ України містить спеціальні колізійні норми стосовно права власності на судна, що будуються, і судна, що перебувають за межами України (ст. 19<sup>3</sup>). Так, право

<sup>1</sup> Кох, Х. Международное частное право и сравнительное правоведение [Текст] / Х. Кох, У. Магнус, В. фон Моренфельс. – М. : Междунар. отношения. – С. 196 .

<sup>2</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.

<sup>3</sup> Там само. – 1995. – № 47. – Ст. 349; № 48. – Ст. 349; № 49. – Ст. 349; № 50. – Ст. 349; № 51. – Ст. 349; № 52. – Ст. 349.

власності на судно, що будується, регулюється законодавством держави, на території якої перебуває таке судно, якщо договором на будівництво судна не встановлено інше. Що ж стосується суден, що перебувають за межами України, то права власності на них, а також виникнення, зміна та припинення цих прав регулюються законодавством держави, під прапором якої плаває судно. Визначений у ст. 40 Закону України «Про міжнародне приватне право» варіант формули прикріплення для визначення права власності та інших речових прав на майно — відомості, які підлягають внесенню до державних реєстрів, є відомим у світовій колізійній практиці (ст. 1207 ЦК РФ, ст. 45 Ввідного закону до Германського цивільного уложення<sup>1</sup>).

Поширення прив'язки *lex rei sitae* на суспільні відносини, що виникають у сфері речових прав як на нерухоме, так і на рухоме майно, характерне, наприклад, для законодавства таких країн, як Вірменія (ст. 1276 ЦК Вірменії)<sup>2</sup>, Білорусь (ст. 1119 ЦК Республіки Білорусь)<sup>3</sup>, Казахстан (ст. 1107 ЦК Республіки Казахстан)<sup>4</sup>, Німеччина (ст. 43 Ввідного закону до Німецького цивільного уложення)<sup>5</sup>, Італія (ст. 51 Закону № 218 1995 р. про реформу італійської системи міжнародного приватного права)<sup>6</sup>, Ліхтенштейн (статті 31, 32 Закону «Про міжнародне приватне право»<sup>7</sup>), Австрія (§ 31 (1) Закону «Про міжнародне приватне право Австрії»), Греція (ст. 27 ЦК Греції), Туреччина (ст. 23 Закону «Про міжнародне приватне право і міжнародний цивільний процес Туреччини» № 2675), Швейцарія (ст. 99 Федерального закону «Про міжнародне приватне право Швейцарії»<sup>8</sup>) та ін.

Головна проблема застосування зазначеного колізійного принципу полягає в тому, що сфери правовідносин, для яких його треба застосувати в різних правових системах, можуть не збігатися. Так, щодо ру-

<sup>1</sup> Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: сборник нормативных актов: гражданские и торговые кодексы [Текст] : учеб. пособие / под ред. В. К. Пугинского, М. И. Кулагина. – М. : Изд-во УДН, 1986. – С. 154.

<sup>2</sup> Цивільний кодекс Вірменії [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.base.spininform.ru/show.fwx?Regnom=2998>

<sup>3</sup> Гражданский кодекс Республики Беларусь. – С. 1030.

<sup>4</sup> Гражданский кодекс Республики Казахстан. – С. 1015.

<sup>5</sup> Гражданское уложение Германии, вводный закон к Немецкому гражданскому уложению [Текст] : пер. с нем. В. Бергманн. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – С. 608.

<sup>6</sup> Закон про реформу італійської системи міжнародного приватного права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sprind-nimand.narod.ru/Statii/Ital.zakon.htm>.

<sup>7</sup> Закон про міжнародне приватне право князівства Ліхтенштейн [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cisg-library.org>

<sup>8</sup> Бендевский, Т. Международное частное право [Текст] : пер. с макед. С. Ю. Клейн / Т. Бендевский. – М. : Статут, 2005. – С. 300.

хомого майна (цінні папери, транспортні засоби, особисті речі тощо) це правило не є безспірним, оскільки таке майно може переміщуватися на території різних країн. Тому в МПП використовуються спеціальні колізійні норми для регулювання права власності на рухоме майно, зокрема особистий закон власника.

Так, якщо особа правомірно придбала за кордоном будь-яку річ, то при переміщенні в іншу державу за нею зберігається право власності на це майно у тому разі, якщо в останній країні не передбачено такий порядок набуття права власності. Але обсяг правомочностей власника в усіх випадках визначатиметься на підставі закону тієї держави, в якій на цей момент ця річ перебуває. При цьому не має значення, які права належали власникові речі до її переміщення в іншу країну. З подібного правила виходять як законодавство України (ст. 39 Закону України «Про міжнародне приватне право»), так і нормативні акти більшості іноземних держав (наприклад, п. 1 ст. 1206 ЦК РФ<sup>1</sup>), визнаючи речові права на майно, що виникли або припинилися в іноземній країні, на підставі норм зарубіжного права.

До загальноновизнаної норми в усіх країнах, як правило, встановлюється і спеціальна норма, на підставі якої вирішується питання про застосування відповідного закону до виникнення права власності внаслідок набувальної давності. Так, згідно з положеннями ч. 3 ст. 39 Закону України «Про міжнародне приватне право» виникнення права власності та інших речових прав на майно внаслідок набувальної давності визначається правом держави, в якій це майно знаходилося на момент спливу набувальної давності. Цим самим правопорядком визначаються умови виникнення права власності внаслідок набувальної давності, перелік майна, що підлягає набуттю, та строки такої набувальної давності. Виникнення права власності на підставі набувальної давності можливо, як правило, у разі тривалого, відкритого та безперервного володіння річчю як своїм власним майном (ст. 344 ЦК України, ст. 234 ЦК РФ, § 900 Германського цивільного уложення<sup>2</sup>) або на підставі рішення суду, яке підлягає внесенню у відповідний реєстр (ст. 725 ЦК Перу<sup>3</sup>). Переміщення рухомого майна з однієї країни в іншу може призвести до зміни строку набувальної давності (змен-

<sup>1</sup> Цивільний кодекс РФ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consultant.ru/popular/gkrf1>

<sup>2</sup> Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Немецкому гражданскому уложению / пер. с нем. В. Бергманн. – М. : Волтерсклувер, 2006. – С. 153.

<sup>3</sup> Німецьке цивільне уложення [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://constitutions.ru/article/1627>

шення чи збільшення), але таке переміщення не перериває перебіг строку набувальної давності, а строк, який сплинув за законодавством однієї країни, враховуватиметься у країні нового місцезнаходження майна (ст. 35 Закону Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право» 1996 р.<sup>1</sup>).

Країни загального права та деякі держави Латинської Америки поширюють дію принципу *lex rei sitae* головним чином на відносини, пов'язані з речовими правами на нерухоме майно. Стосовно ж рухомого майна в цих країнах прийнято використовувати особливу групу прив'язок, основною з яких є *lex personalis* (особистий закон власника). Однак у загальному і статутному праві цих країн намітилася тенденція до переходу від принципу особистого закону до принципу місця знаходження речі.

Досить цікавим є питання про перехід ризику випадкової загибелі або псування майна від відчужувача до набувача у тих випадках, коли придбання права власності відбувається за договором (зокрема за договором купівлі-продажу). Проблема полягає в тому, що законодавства різних країн по-різному визначають момент такого переходу.

У правових системах одних держав використовується принцип римського цивільного права, відповідно до якого ризик переходить від продавця на покупця в момент укладання контракту, незалежно від того, чи здобуває покупець у цей момент право власності на проданий товар (*periculum est emptoris*). Це правило, зокрема, зафіксовано в законодавстві Швейцарії, Нідерландів, Японії, деяких країн Латинської Америки.

Нормативно-правові акти багатьох країн світу, у тому числі України (ст. 323 ЦК України), пов'язують момент переходу ризику безпосередньо з моментом переходу права власності (*res perit domino* — ризик несе власник). При цьому сам момент переходу права власності визначається неоднозначно. Наприклад, відповідно до ст. 1138 ЦК Франції перехід права власності і ризиків від продавця на покупця речі визначається моментом укладання контракту, а за § 446 Германського цивільного уложення з переданням речі до покупця переходить право власності на неї, а також усі ризики й обтяження. У ч. 1 ст. 334 ЦК України визначено, що право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Разом з цим момент переходу права власності та момент

<sup>1</sup> Закон про міжнародне приватне право князівства Ліхтенштейн [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cisg-library.org>

переходу ризику є різними цивільно-правовими категоріями. Перший прямо стосується речових прав, а другий — зобов'язальних правовідносин. Тому й колізійні проблеми, що виникають у зв'язку із цими категоріями, розв'язуватимуться на підставі різних колізійних норм.

Колізійні питання відносин, що впливають із права власності, регулюються також окремими міжнародними угодами.

У двосторонніх угодах про правову допомогу в цивільних справах, укладених з Литовською Республікою (1993 р.)<sup>1</sup>, Республікою Молдова (1994 р.)<sup>2</sup>, Латвійською Республікою (1995 р.)<sup>3</sup>, Республікою Польща (1993 р.)<sup>4</sup>, Республікою Грузія (1995 р.)<sup>5</sup>, Республікою Узбекистан (1998 р.)<sup>6</sup>, Чеською Республікою (2001 р.)<sup>7</sup>, Румунією (2002 р.)<sup>8</sup> тощо, колізійні питання права власності регулюються, як правило, у такий спосіб:

– правові відносини, що стосуються права власності на нерухоме майно, визначаються за законодавством тієї країни, на території якої воно знаходиться;

– право власності на транспортні засоби, що підлягають внесенню в державні реєстри, визначається за законодавством тієї країни, де знаходиться орган, який здійснив реєстрацію транспортного засобу (виняток із правила «закон місцезнаходження речі»);

– виникнення і припинення права власності або іншого речового права на майно, що є предметом угоди, визначаються за законодавством місця укладання угоди, якщо інше не передбачено угодою сторін.

У ст. 38 Конвенції про правову допомогу і правові відносини по цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р.<sup>9</sup> містяться подібні положення та вирішується питання про порядок віднесення того чи іншого майна до нерухомого.

У деяких конвенціях, що уніфікують колізійне право, яке діє у сфері міжнародних комерційних контрактів, вирішуються питання розмежування переходу права власності і переходу ризику випадкової загибелі, порядку застосування зобов'язального або речового статуту. Так, ці питання відображено в Гаазькій конвенції про право, що може бути

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України.— 2006.— № 47. — Ст. 3170.

<sup>2</sup> Там само. — Ст. 3171.

<sup>3</sup> Там само. — Ст. 3174.

<sup>4</sup> Там само. — Ст. 3169.

<sup>5</sup> Там само. — Ст. 3172.

<sup>6</sup> Там само. — Ст. 3178.

<sup>7</sup> Там само.— № 3. — Ст. 2285.

<sup>8</sup> Там само.— 2007.— № 65.— Ст. 2533.

<sup>9</sup> Там само.— 2005.— № 44.— Ст. 2824.

застосоване до міжнародної купівлі-продажу товарів (1955 р.)<sup>1</sup>, Конвенції про закон, що може бути застосований до передання права власності при міжнародній купівлі-продажу товарів (1958 р.)<sup>2</sup>, Конвенції про право, що може бути застосоване до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів (1986 р.)<sup>3</sup>. Характерною рисою Конвенції 1958 р. є те, що вона вирішує більшість питань, пов'язаних з переходом права власності, на підставі не принципу *lex rei sitae*, а зобов'язального статусу. В Конвенції 1986 р. передбачено, що право, яке застосовується до договору купівлі-продажу товарів, регулює, зокрема: момент придбання покупцем права на продукти, плоди та доходи, пов'язані з товарами; момент переходу на покупця ризику відносно товарів; дійсність і юридичну чинність положень щодо права власності на товари у відносинах між сторонами (ст. 12 «Сфера дії застосовного права»). Конвенція не визначає право, що застосовується до передання права власності (за винятком питань, прямо зазначених у ст. 12).

### § 3. Право власності та інші речові права на рухоме майно, що перебуває в дорозі

Особливі труднощі у правовому регулюванні права власності та інших речових прав викликають випадки, коли предметом угоди виступає рухоме майно, що перебуває в дорозі (*res in transitu*). Це пов'язано з тим, що для врегулювання таких правовідносин стає неможливим застосування традиційної колізійної прив'язки — закону місця знаходження речі (*lex rei sitae*), оскільки в такій ситуації при укладанні угоди сторони можуть точно і не знати, де в цей час ця річ перебуває. Під майном, що перебуває в дорозі, розуміють речі, які знаходяться у процесі транспортування, як правило, на підставі

<sup>1</sup> Гаазька конвенція про право, що може бути застосоване до міжнародної купівлі-продажу товарів [Електронний ресурс] // Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® – К. : Ліга, 2009 – файл MU55004.LHT.

<sup>2</sup> Конвенція про закон, що може бути застосований до передачі права власності при міжнародній купівлі-продажу товарів [Електронний ресурс] // Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® – К. : Ліга, 2009 – файл MU58021.LHT.

<sup>3</sup> Конвенція про право, що може бути застосоване до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів [Електронний ресурс] // Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® – К. : Ліга, 2009 – файл MU86311.LHT.

зовнішньоекономічних договорів. Вона може перетинати кордони декількох держав, а може перебувати поза будь-якої державної юрисдикції (у відкритому морі). При цьому відносно цієї речі можуть укладатися різні угоди (річ може декілька разів продаватися, обмінюватися, бути предметом застави, вона може бути подарована, на неї може бути накладено арешт та ін.). Досить часто в таких випадках проблематично встановити її місцезнаходження на момент здійснення із приводу неї тієї чи іншої угоди.

У МПП існують декілька прив'язок, які дозволяють продавцю та покупцю визначити правову систему для врегулювання правовідносин щодо переходу права власності в подібних випадках: закон країни місця призначення речі, закон країни місця відправлення речі, закон проміжного пункту, закон прапора транспортного засобу та ін. При цьому різні країни у своєму колізійному праві віддають перевагу різним прив'язкам. Так, в італійському цивільному праві існує підхід, за яким до речі, що перебуває в процесі транспортування, застосовуватиметься право держави призначення майна (ст. 52 Закону «Реформа італійської системи міжнародного приватного права» від 31 травня 1995 р. № 218<sup>1</sup>); у Росії — закон місця її відправлення (п. 2 ст. 1206 ЦК РФ)<sup>2</sup>. У законодавстві деяких держав норми, що містять зазначені прив'язки, мають диспозитивний характер і є субсидіарними до волі сторін (ст. 1110 ЦК Республіки Казахстан)<sup>3</sup>. Законодавство України пропонує в таких випадках застосовувати закон місця відправлення речі. Згідно зі ст. 41 Закону України «Про міжнародне приватне право» 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<sup>4</sup>. Отже, диспозитивний характер цієї норми надає учасникам правовідносин змогу самостійно вирішити питання відносно права чи інших речових прав на майно, що перебуває в дорозі. Колізійне правило, закріплене у ст. 41 Закону України «Про міжнародне приватне право», стосується рухомого майна, що перебуває в дорозі, за будь-яким правочином та є спеціальним

<sup>1</sup> Закон про реформу італійської системи міжнародного приватного права [Електронний ресурс] / Режим доступу: [www.http://sprind-nimand.narod.ru/Statii/Ital.zakon.htm](http://sprind-nimand.narod.ru/Statii/Ital.zakon.htm).

<sup>2</sup> Международное частное право [Текст] / сост. Н. Ю. Ерпылева, М. Б. Касенова. – М., 2007. – С. 103.

<sup>3</sup> Гражданский кодекс Республики Казахстан [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.base.zakon.kz/doc/lawyer/?doc\\_id=1013880](http://www.base.zakon.kz/doc/lawyer/?doc_id=1013880)

<sup>4</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.



відносно правила, закріпленого в ч. 1 ст. 38 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Подібним чином вирішено це питання і в Гаазькій конвенції про закон, що може бути застосований до передання права власності при міжнародній купівлі-продажу товарів 1958 р.<sup>1</sup> Так, у ст. 6 Конвенції зазначено, що для цілей застосування положень цієї конвенції, за деяким винятком, продані предмети, що перебувають транзитом на території будь-якої країни або поза межами території будь-якої держави, вважаються такими, що знаходяться в країні відправлення.

У міжнародній торгівлі купівля-продаж товарів, як правило, здійснюється з дотриманням певних правил (або умов). Такими умовами (на практиці їх називають базисними) визначаються права та обов'язки сторін, пов'язані з переданням товарів та встановленням моменту переходу ризику. В Україні при укладанні подібних зовнішньоекономічних угод найчастіше використовують базисні умови, сформульовані в Інкотермс-2000.

## **§ 4. Правове регулювання іноземних інвестицій у міжнародному приватному праві**

Іноземні інвестиції являють собою довгострокові вкладення капіталу зарубіжними власниками в різні галузі економіки будь-якої країни. Система правового регулювання іноземних інвестицій є досить консервативною в теорії МПП, оскільки здійснюється одночасно на двох рівнях: міжнародно-правовому та національно-правовому. На міжнародно-правовому рівні правова регламентація здійснюється шляхом укладання багатосторонніх та двосторонніх угод. Національно-правовий рівень репрезентовано поєднанням загального (цивільного та господарського (підприємницького) і спеціального законодавства (про іноземні інвестиції).

Національна правова регламентація іноземних інвестицій характеризується розмаїтістю, що визначається істотними розходженнями в державній політиці країн стосовно іноземного капіталу. Так, в одних випадках іноземні капіталовкладення можуть обмежуватися,

---

<sup>1</sup> Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® – К. : Ліга, 2009 – файл MU58021.LHT.



піддаватися державному контролю і навіть націоналізуватися, а в інших — захочуватися шляхом надання певних пільг і гарантій, що безумовно зачіпає і права іноземних інвесторів<sup>1</sup>. Це пов'язано з тим, що держави через гостру нестачу фінансових ресурсів змушені вдаватися до залучення зовнішніх капіталовкладень. При цьому інтереси іноземних монополій-інвесторів найчастіше йдуть урозрив із національними інтересами таких країн.

З метою обмеження іноземних капіталовкладень держава може заборонити діяльність іноземного інвестора в певних галузях економіки; встановити особливий державний контроль за залученням іноземних капіталовкладень у розроблення надр і природних ресурсів; застосувати спеціальний фіскальний режим (оподаткування, обмеження на репатріацію та ін.) або встановити концесійну політику.

Правовий режим для іноземної власності визначається насамперед внутрішнім законодавством країн (спеціальними інвестиційними законами (кодексами), гірничим законодавством, законами про розроблення надр та ін.). У цій галузі МПП застосовується матеріально-правовий метод регулювання, оскільки норми такого законодавства безпосередньо регулюють відносини між іноземними приватними інвесторами та державою, до якої надходять інвестиції (державою-реципієнтом). Іноземним інвестиціям у державі, що приймає, як правило, надаються такі режими: національний, найбільшого сприяння та привілейований.

У зв'язку з цим важливе значення має законодавче визначення поняття іноземних інвестицій, оскільки воно окреслює коло осіб і відносин, що підлягають відповідному правовому врегулюванню. Здебільшого обсяг цього поняття законодавці різних країн встановлюють відповідно до державної інвестиційної політики, яку проводять уряди цих країн. Прикладом такого національного регулювання є:

<sup>1</sup> Показовим з цього приводу є звуження змісту поняття «іноземні інвестиції», яке містилося у ст. 1 Декрету Кабінету Міністрів України від 20 травня 1993 р. «Про режим іноземного інвестування» (Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 28. – Ст. 302) – іноземні інвестиції – всі види цінностей, щокладаються безпосередньо іноземними інвесторами в об'єкти інвестиційної діяльності згідно з чинним законодавством України // Відом. Верхов. Ради України та передбачене нині ст. 1 Закону України від 19 березня 1996 р. № 19 «Про режим іноземного інвестування» (Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 19. – Ст. 80) – іноземні інвестиції – цінності, щокладаються іноземними інвесторами в об'єкти інвестиційної діяльності відповідно до законодавства України з метою отримання прибутку або досягнення соціального ефекту, а також відмова від так званої «кваліфікаційної іноземної інвестиції».

в Україні — Закон України від 19 березня 1996 р. «Про режим іноземного інвестування»<sup>1</sup>, в Росії — Федеральний закон від 9 липня 1999 р. «Про іноземні інвестиції в Російській Федерації»<sup>2</sup>, на Кубі — Закон № 77 від 5 березня 1995 р. «Про іноземні інвестиції»<sup>3</sup>.

У країнах, що розвиваються, національне інвестиційне законодавство зазвичай передбачає декілька режимів для іноземних інвестицій, причому особливо привілейований режим встановлюється для підприємств, діяльність яких потребує великих капіталовкладень, та підприємств, створюваних у найбільш важливих для держави галузях економіки. Основні пільги та привілеї таких підприємств: пов'язані зі звільненням від сплати мита при ввезенні устаткування та сировини, що необхідні для будівництва і діяльності підприємства; повне чи часткове звільнення протягом певного строку від деяких податків; безмитне вивезення готової продукції; повне чи часткове звільнення від податку на репатріацію; надання гарантій на випадок націоналізації та ін.

У більшості країн стосовно іноземних інвестицій діє принцип національного режиму. Саме його підтримано на міжнародному рівні та відображено і в Законі України «Про режим іноземного інвестування», оскільки він надає багато переваг іноземному інвесторові, бо іноземні підприємці можуть здійснювати господарську діяльність на тих самих умовах, що і національні юридичні та фізичні особи.

На міжнародно-правовому рівні інвестиційна діяльність регулюється на підставі двосторонніх чи багатосторонніх угод. На двосторонньому рівні таке регулювання, як правило, відбувається на підставі міждержавних: торговельних угод<sup>4</sup>, угод про заохочення та захист іноземних інвестицій<sup>5</sup> та угоди про оподаткування<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 19. – Ст. 80.

<sup>2</sup> Об иностранных инвестициях Российской Федерации: Закон [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.garant.ru/law/12016250-000.htm>

<sup>3</sup> Про іноземні інвестиції: Закон Республіки Куба [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.posolstvo-cuba.ru/negocios/77.htm>

<sup>4</sup> Угода між Урядом України та Урядом Держави Ізраїль про торгівлю та економічне співробітництво від 16.06.1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® – Київ : Ліга. – 2009 – файл MU94018U.LHT.

<sup>5</sup> Наприклад, Угода між Урядом України і Урядом Китайської Народної Республіки про заохочення та взаємний захист інвестицій від 31.10.1992 р. // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 26. – Ст. 1516.

<sup>6</sup> Конвенція між Урядом України і Урядом Сполученого Королівства Великобританії і Північної Ірландії про усунення подвійного оподаткування та запобігання податковим ухиленням стосовно податків на доход і на приріст вартості майна від 10.02.1993 р. // Офіц. вісн. України. – № 29. – Ст. 1761.

Що стосується багатосторонніх угод, які регламентують інвестиційну діяльність, то тут слід відзначити: Вашингтонську конвенцію<sup>1</sup> «Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» 1965 р. (Вашингтонська конвенція), ратифіковану Україною 16 березня 2000 р.<sup>2</sup>; Сеульську конвенцію 1985 р. «Про заснування багатостороннього агентства по гарантіях інвестицій»<sup>3</sup> 1985 р. (Сеульська конвенція), ратифіковану Україною 3 червня 1992 р.<sup>4</sup>; Угоду про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи (ТРИМС) від 15 квітня 1994 р.<sup>5</sup>

Найпершим міжнародним договором у цій галузі, щодо якого вдалося досягти майже загальної згоди, є Вашингтонська конвенція «Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» 1965 р., яку разом із Сеульською конвенцією було розроблено під егідою МБРР.

Вашингтонська конвенція передбачає створення спеціальної установи — Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів, метою якого є надання послуг щодо примирення сторін та арбітражного розгляду інвестиційних спорів, які виникають між державами — учасницями Конвенції, з одного боку, та фізичними чи юридичними особами інших Договірних держав — з другого.

Юрисдикція Центру поширюється на всі спори, що виникають безпосередньо з відносин, пов'язаних з інвестиціями між державою — учасницею Конвенції (уповноваженим органом держави або агентством) та фізичною чи юридичною особою іншої держави-учасниці за умови згоди сторін на передачу відповідного спору до Центру на підставі письмової угоди. При цьому не допускається одностороння відмова від досягнутої угоди. Згода сторін на арбітражний розгляд виключає будь-які інші засоби правового захисту, якщо інше

<sup>1</sup> Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН®– К. : Ліга, 2009 – файл MU65K01U.LHT.

<sup>2</sup> Про ратифікацію Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами: Закон України від 16.03.2000 р. № 1547-III // Офіц. вісн. України. – 2000. – № 12. – Ст. 448.

<sup>3</sup> Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® – К. : Ліга, 2009 – файл MU85K06R.LHT.

<sup>4</sup> Про вступ України до Міжнародного валютного фонду, Міжнародного банку реконструкції та розвитку, Міжнародної фінансової корпорації, Міжнародної асоціації розвитку та Багатостороннього агентства по гарантіях інвестицій: Закон України від 03.06.1992 р. № 2402-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 33. – Ст. 474.

<sup>5</sup> Угода про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи (ТРИМС) від 15.04.1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravoteka.ru/pst/110/54752.html>

не передбачено договором. Разом з цим держава — учасниця Конвенції має право вимагати як умову своєї згоди на арбітражний розгляд у рамках Центру, щоб до початку розгляду були вичерпані всі місцеві адміністративні та судові засоби захисту.

Центр вирішує інвестиційний спір згідно з нормами права, обраного сторонами, а за відсутності такої угоди застосовує право держави — учасниці Конвенції, яка є стороною в спорі (включаючи її колізійні норми), і норми міжнародного права, які можуть підлягати застосуванню.

Сеульська конвенція «Про заснування багатостороннього агентства по гарантіях інвестицій» 1985 р. надає гарантії по іноземних інвестиціях. Так, у ст. 12 встановлено, що «інвестиції, які підпадають під гарантії, включають акціонерну участь, у тому числі середньострокові та довгострокові позики, надані власниками акцій зацікавленому підприємству або гарантовані ними, а також такі форми прямих капіталовкладень, які можуть бути визначені Радою директорів». При цьому Рада директорів зв'язана однією умовою: поширити гарантії можна лише на позики, пов'язані з конкретними капіталовкладеннями, схваленими Агентством. Це може бути, наприклад, будь-яке перерахування іноземної валюти, здійснене з метою модернізації, розширення або розвитку існуючого капіталовкладення (підприємства).

Головне завдання Агентства, що є міжнародною організацією, полягає в регулюванні інвестиційної діяльності у відносинах з державами — учасницями Конвенції, особливо з країнами, що розвиваються. Реалізуючи це завдання, Агентство надає гарантії (включаючи страхування від некомерційних ризиків) інвестицій, які здійснюються до будь-яких країн — членів Агентства резидентами інших країн — членів Агентства.

Захист інтересів іноземних інвесторів відповідно до Конвенції базується на підставі договору страхування, який укладається Агентством (страховиком) з іноземним інвестором (страхувальником, власником гарантії). При настанні страхового випадку та після виплати компенсації власнику гарантії до Агентства переходять права або вимоги, які пов'язані з гарантованим капіталовкладенням та можуть бути у власника гарантії стосовно країни-реципієнта чи інших боржників. Умови такої цесії передбачаються в договорі страхування. Основні принципи та механізми регулювання інвестиційних відносин, страхування та перестраховання ризиків, здійснення асигнувань та сприяння мирному вирішенню спорів також відображено в цій Конвенції.

Сеульська та Вашингтонська конвенції на цей час є єдиними чинними універсальними багатосторонніми угодами в галузі захисту іноземних інвестицій. Той факт, що в кожній з них бере участь більш ніж 140 країн світу, свідчить про зацікавленість цих країн у розв'язанні проблем захисту іноземних інвестицій та ефективність положень цих актів.

Як приклад регіональних міжнародних угод, присвячених регулюванню іноземних інвестицій, можна навести Конвенцію про захист прав інвестора, яку було підписано 28 березня 1997 р. у Москві країнами СНД<sup>1</sup> (Україна не підписала). Цим міжнародно-правовим документом визначаються «правові засади здійснення різних видів інвестицій, зареєстрованих на території країн СНД, і гарантії прав інвесторів на здійснення інвестицій та одержувані від них доходів» (ч. 1 ст. 2 Конвенції).

Відповідно до ч. 1 ст. 5 цієї Конвенції «умови здійснення інвестицій, а також правовий режим діяльності інвесторів у зв'язку зі здійсненими інвестиціями не можуть бути менш сприятливими, ніж умови здійснення інвестицій і режим діяльності, пов'язаної з ними, для юридичних або фізичних осіб країни-реципієнта, за винятком виключень, які можуть встановлюватися законодавством країни-реципієнта». Конвенція передбачає наслідки зміни норм законодавства країн-учасниць, що стосуються інвестицій, які, на думку однієї або декількох країн — учасниць Конвенції, погіршують умови й режим інвестиційної діяльності. Крім того, цей міжнародно-правовий документ надає країнам-учасницям можливість визначати виключення щодо галузей, підприємств і організацій, які не підлягають роздержавленню, а також пріоритети стосовно галузей, видів діяльності та регіонів, для яких застосовуються більш пільгові умови залучення інвестицій.

Державні гарантії захисту інвестицій, передбачені Конвенцією, охоплюють, зокрема: захист інвестицій від націоналізації, реквізиції, від рішень і дій (бездіяльності) державних органів і посадових осіб, що ущемляють права інвестора (ст. 9); компенсацію за завдання збитків інвестору (ст. 10); гарантії використання доходів, отриманих інвестором (ст. 12); страхування майна й ризиків підприємств з інвестиціями країн — учасниць Конвенції (ст. 13); право на розгляд спорів, які виникають у зв'язку зі здійсненням інвестицій, у судах країн — учасниць таких спорів, Економічному суді СНД і (або) в інших міжнародних судах або міжнародних арбітражних судах.

<sup>1</sup> Укр. інвестиц. газ. – 2000. – 5 трав. – № 19.

Третя і четверта частини Конвенції надають інвесторам права щодо придбання акцій та інших цінних паперів, речових прав на землю, інших природних ресурсів, а також інших майнових прав та участі у приватизації.

Процес інтернаціоналізації виробництва, який значно активізувався в 90-х рр. ХХ ст., справляв усе більший вплив на розвиток міжнародної торгівлі. Головною проблемою для іноземних інвесторів були правові можливості здійснювати капіталовкладення без яких-небудь примусових обтяжуючих умов у вигляді зобов'язань із закупівлі місцевих товарів, обмеження імпорту матеріалів та ін., що практикувалося в основному в країнах, які розвивалися. Крім того, інвестори мали бути впевнені, що зможуть вільно використовувати вироблену продукцію за межами країни, де було розміщено їхні інвестиції. Разом з тим прямий економічний ефект від застосування таких обмежувальних заходів, покликаних стимулювати розвиток місцевої промисловості та внутрішнього ринку, як показав досвід, був обмеженим. Більше того, ці заходи вели до подорожчання вартості інвестиційних проектів і зниження їхньої рентабельності, а деякі з них обмежували і деформували світову торгівлю. З розвитком міжнародного виробничого кооперування та інших форм економічних зв'язків, що підсилюють залежність зовнішньоторговельних потоків від прямих іноземних інвестицій, останні все частіше ставали об'єктом міжурядового регулювання.

Усе це спонукало учасників «Уругвайського раунду» переговорів, насамперед країн — експортерів капіталу, досягти домовленостей про усунення перешкод на шляху транскордонного інвестування, яке має безпосереднє відношення до торгівлі. У результаті було укладено угоду, яка розширила систему багатостороннього регулювання міжнародних економічних відносин.

На першій Конференції міністрів країн СОТ у Сінгапурі розвинені країни спробували розширити участь СОТ у регулюванні іноземних інвестицій (прагнули включити відповідне питання до порядку денного та після обговорення прийняти новий документ). Але вони зустріли сильну протидію з боку держав, що розвиваються, і домоглися лише створення робочої групи з питань взаємодії торгівлі та інвестицій.

Угода про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи (ТРИМС) умовно складається із двох основних частин. У першій частині вона зобов'язує країни-члени СОТ не застосовувати в галузі регулювання іноземних інвестицій заходи, що перешкоджають розвиткові

міжнародної торгівлі, а у другій частині встановлює конкретні заходи в цій галузі. Дія Угоди поширюється тільки на інвестиційні заходи, пов'язані з торгівлею товарами (регулювання іноземних інвестицій у сферу послуг здійснюється ГАТТ).

У преамбулі Угоди зазначається, що вона покликана «сприяти розширенню і поступовій лібералізації світової торгівлі та полегшенню іноземних інвестицій, аби прискорити економічне зростання всіх торговельних партнерів, особливо країн-членів, що розвиваються, забезпечуючи в той же час конкуренцію».

Іншими словами, акцент у цьому документі робиться на сприяння розвитку іноземних інвестицій і забезпечення вільної конкуренції, у чому зацікавлені насамперед і найбільш економічно розвинені країни (незважаючи на формальне застереження на користь держав, що розвиваються).

Відповідно до поставленої мети країни — члени СОТ, як передбачено в ст. 2 Угоди, зобов'язуються утримуватися від інвестиційних заходів, несумісних з положеннями ГАТТ-1994, що стосуються національного режиму (ст. III) і заборони на застосування кількісних обмежень у торгівлі (ст. XI). Маються на увазі обов'язкові і примусові заходи, які можуть бути застосовані до підприємств із іноземним капіталом на підставі національних законів або адміністративних розпоряджень.

У Додатку до Угоди міститься «ілюстративний» перелік заборонених інвестиційних заходів, що розглядаються як несумісні із зазначеними нормами ГАТТ, включаючи так звані вимоги місцевого компонента виробництва, балансування імпорту та експорту підприємства з іноземними інвестиціями, регулювання напрямів і обсягів експорту та імпорту такими підприємствами. Застосування таких заходів забороняється незалежно від того, чи є вони обов'язковою умовою створення підприємств із іноземним капіталом або їхнє дотримання необхідно для одержання останнім будь-яких пільг, наприклад у вигляді субсидій чи тимчасового звільнення від податків (від цього зобов'язання частково звільняються країни, що розвиваються).

У той же час ст. 3 Угоди не перешкоджає членам СОТ використовувати заборонені інвестиційні заходи, що підпадають під категорію так званих загальних винятків; виходячи з міркувань охорони життя і здоров'я населення, національної безпеки, платіжного балансу та ін. Не розглядаються як спотворюючі умови торгівлі вимоги до інвесторів щодо передання технології, ноу-хау та ін.



Інші статті Угоди мають процедурно-організаційний характер. Зокрема, встановлюються диференційовані строки скасування всіх заборонених інвестиційних заходів з моменту набрання Угодою чинності у відповідних країнах: протягом двох років для розвинених країн, п'яти років — для країн, що розвиваються, семи років — для найменш розвинених країн з можливістю подовження цього строку для останніх.

У перехідний період країни — члени СОТ не повинні змінювати умови застосування пов'язаних з торгівлею інвестиційних заходів у бік жорсткості. Однак дозволяється застосування нетарифних заходів відносно нових інвестицій, щоб не ставити в невідгідне становище раніше створені підприємства з іноземним капіталом, що виробляють аналогічні товари.

Велике значення в Угоді (ст. 6) надається зобов'язанням гласності і «прозорості» у застосуванні інвестиційних заходів, наданні відповідної інформації. Подальша еволюція ТРИМС регламентується ст. 9, яка містить норму про можливість доповнення Угоди положеннями з інвестиційної та конкурентної політики.

Значення ТРИМС полягає в тому, що ця Угода включає елементи більшої передбачуваності і дисципліни у практику застосування пов'язаних з торгівлею інвестиційних заходів, а тому сприяє створенню сприятливого клімату для іноземних інвесторів у країнах — членах СОТ. Угода не обтяжує ці країни новими зобов'язаннями порівняно з тими, які впливають із статей III та XI ГАТТ.

Слід відмітити, що в Угоді немає ні чіткого визначення поняття «пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи», ні об'єктивних критеріїв для вирішення питання про сумісність тих чи інших заходів з вимогами нового документа. Отже, вирішення зазначених питань фактично залишено на розсуд країни — члена СОТ. Це відкриває можливість для різної інтерпретації навіть тих заборонених заходів, які наведено в переліку Додатка. Що стосується не зазначених у переліку заходів, то вони, можливо, вважаються припустимими.

Угода ТРИМС припускає для всіх країн — членів СОТ (у тому числі для України) застосування однакових правил стосовно інвестиційних заходів, що обмежують торгівлю товарами, тобто виключає можливість використання таких заходів з метою дискримінації. Тому виконання умов ТРИМС має стимулювати приплив іноземних капіталовкладень в Україну та інвестицій українських підприємств за кордон.



## § 5. Правове становище власності України за кордоном

За кордоном знаходяться різні види майна, що входять до складу державної власності. Це майно, яке перейшло в порядку правонаступництва від СРСР, так і набуте за час незалежності України.

Зараз за кордоном перебувають державне майно, що належить посольствам, представництвам України при міжнародних організаціях, консульствам, торговельним представництвам та іншим органам держави, внески Національного банку України та «Ексімбанку», експортні товари, що тимчасово знаходяться за кордоном, морські судна, літаки та ін. Також слід зазначити що за кордоном може знаходитися майно, яке належить Українській православній церкві і різним громадським та благодійним організаціям.

Щодо державного майна, яке перебуває поза межами України, застосовується правило, згідно з яким правовий статус державної власності, що перебуває за кордоном, визначається як законодавством України, так і законодавством країни місцезнаходження майна, а також на підставі міжнародних угод за участю України.

Власність держави має особливий статус, бо вона наділена імунітетом. Імунітет власності держави припускає наявність особливого режиму такої власності, що пов'язано з особливим становищем суб'єкта права власності — суверенної держави. Власність держави користується недоторканністю — це майно не може бути об'єктом примусових заходів з боку тієї держави, де зазначене майно перебуває.

Відповідно до концепції імунітету держави, яка поширюється на власність іноземної держави, не допускається:

- 1) пред'явлення позовів безпосередньо до такої власності;
- 2) накладення арешту на власність для забезпечення будь-якого позову, незалежно від того, пов'язані ці вимоги з таким позовом чи ні;
- 3) примусове виконання рішення суду, винесеного стосовно власності.

Відповідно до Європейської конвенції про імунітет держав 1972 р. іноземна держава не користується імунітетом у судах іншої держави — учасника по спорах, що стосується права іноземної держави на нерухому власність, яка перебуває на території держави суду.

Як правило, на власність іноземної держави, якщо це не передбачено в угодах між державами, не поширюється дія принципу *lex rei sitae*. Отже, відносно цієї власності, виходячи із зазначеного принципу, повинні бути зроблені певні винятки.

У зв'язку з поширенням теорії функціонального (або обмеженого) імунітету велике значення має призначення державної власності. Так, не може бути звернене стягнення на майно, що належить державі, проти якої винесене судове рішення. В цьому разі, якщо майно застосовується для здійснення суверенних функцій і функцій публічно-правового характеру, то на нього поширюється імунітет. Якщо ж майно призначене для здійснення торговельних, комерційних цілей, то державу імунітетом не наділено.

Також слід відзначити, що у зміст поняття «імунітет державної власності» входить і те положення, згідно з яким органи іноземної держави, де перебуває це майно, не мають права брати участь у розгляді питання про те, чи належить це майно іноземній державі, яка на нього претендує.

Разом з цим користування імунітетом є правом, а не обов'язком держави. Отже, держава у деяких випадках не може посилатися на імунітет власності. Крім того, кожна держава самостійно визначає режим своєї власності: вона може передати власність або її частину в господарське відання або оперативне управління господарюючим суб'єктам.

Таким чином, на майно, що знаходиться в господарському віданні або оперативному управлінні національних юридичних осіб, не поширюється імунітет держави.

Важливим елементом спілкування, взаєморозуміння та взаємного зближення держав і народів є культурні цінності. Кожен об'єкт історико-культурного призначення, кожний витвір мистецтва, пам'ятник культури є однією з ланок такого нерозривного історичного цілого, а тому їх втрата має негативні наслідки для повноцінного розвитку народів та націй.

Об'єкти, що вважаються культурними цінностями, можуть не тільки перебувати у державній власності, а й належати приватним фізичним чи юридичним особам, знаходитися у цивільному обороті, тому чимало дослідників розглядають проблему повернення культурних цінностей як у публічно-правовому аспекті, так і в межах МПП<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Богуславский, М. М. Культурные ценности в международном обороте: правовые аспекты [Текст] / М. М. Богуславский. – М. : Юристъ, 2005; Мазеин, Д. В. Некоторые проблемы правового регулирования гражданского оборота движимых культурных ценностей [Текст] / Д. В. Мазеин // Актуальные проблемы гражданского права: сб. ст. – М. : Норма, 2004. – Вып. 8. – С. 140–172.

Культурні цінності мають спеціальний правовий статус, що зумовлює істотне значення публічно-правової категорії при регулюванні їх обігу. Саме специфікою культурних цінностей можна пояснити можливість у межах однієї території введення обмежень щодо вільного переміщення таких речей. У ст. 54 Конституції України передбачено захист культурної спадщини та вжиття з боку держави заходів щодо повернення культурних цінностей.

У деяких країнах діють законодавчі акти, які встановлюють заборону або обмеження стосовно культурних цінностей, але передбачені в них засоби не завжди спрацьовують. Це ускладнюється й тим, що обмеження, встановлені на національному рівні в одних країнах, не завжди збігаються і навіть різняться із законодавчими приписами іноземних держав. Існують навіть країни, в яких законодавчі норми не обмежують увезення культурних цінностей, що провокує контрабанду та інші порушення законодавчо встановленого режиму культурних цінностей.

Культурні цінності здебільшого належать до категорії рухомих речей, а тому існує реальна загроза їх незаконного переміщення через кордон з держави-власника до іншої країни. Головною відмінністю культурних цінностей є те, що при регулюванні їх правового статусу, особливо перемішень із однієї країни в іншу, на перше місце стає, незважаючи на розходження формулювань, загальнодержавний інтерес, інтерес публічно-правового характеру. Це особливо виявляється при регулюванні вивезення культурних цінностей із країни (заборона й обмеження вивезення, незастосування звичайних строків давності).

Стосовно культурних цінностей важливим також є визначення способів виникнення на них права власності. Так, право власності на культурні цінності може виникати не тільки в результаті створення речі, а й унаслідок придбання власності на безхазяйне майно (скарб) і результати археологічних розкопок, набувальної давності та націоналізації. Важливе місце відносно культурних цінностей посідають не тільки первісні, а й похідні способи виникнення права власності: купівля-продаж, дарування та спадкування. Особливе значення для обігу культурних цінностей мають продаж з публічних торгів безхазяйного майна та викуплення культурних цінностей державою чи приватними особами.

Головним засобом захисту права власності, в тому числі і на рухомі культурні цінності, є віндикаційний позов. Але існує проблема зіткнення інтересів власника та добросовісного набувача. І в цьому разі

у різних правових системах існують різні підходи. Так, одні правові системи виключають можливість виникнення права власності на культурні цінності добросовісним набувачем, інші припускають таку можливість навіть стосовно викрадених речей.

Крім того, при регулюванні цих питань велике значення мають строки давності. Причому як у законодавстві різних країн, так і в судовій практиці діють різні правила щодо застосування позовної та набувальної давності. Так, у ЦК Франції проводиться відмінність між позовною та набувальною давністю. До цінностей «публічної власності» не може бути застосована, як позовна, так і набувальна давність.

Більш того, культурні цінності можуть бути вивезені за кордон як легально, так і в незаконний спосіб. Тому при розгляді справ про повернення культурних цінностей виникає необхідність у вирішенні питання про визначення правової системи, що підлягає застосуванню до таких правовідносин. Головною в цьому випадку є колізійна норма — закон місця знаходження речі (*lex rei sitae*). При цьому на підставі правової системи тієї країни, з якої її було незаконно переміщено через кордон, вирішуватиметься питання про те, чи є особа добросовісним набувачем. З принципу закону місця знаходження речі (*lex rei sitae*) виходять суди Німеччини, Швейцарії, Австрії та інших країн. Але в США добросовісне набуття викрадених речей взагалі не визнається.

Питання визначення права, що підлягає застосуванню в разі продажу культурних цінностей, були предметом розгляду навіть такої авторитетної неурядової організації, як Інститут міжнародного права. На сесії цього Інституту в Базелі в 1991 р. було прийнято резолюцію про міжнародний продаж культурних цінностей з точки зору захисту культурної спадщини.

У цій резолюції зазначалося, що перевага при визначенні права, яке підлягає застосуванню, має віддаватися праву країни, з якою культурна цінність найбільш тісно пов'язана, а саме праву країни місця походження цінності (*lex originis*). Застосування цього принципу передбачено стосовно цінностей, які зареєстровані або в інший спосіб класифіковані як цінності, що входять до складу культурної спадщини певної держави. Тому держава країни походження може вимагати повернення незаконно вивезених із неї або викрадених цінностей (ст. 1), якщо їхня втрата може завдати значної шкоди культурній спадщині (п. 1 ст. 4). Резолюція Інституту не має обов'язкової сили, але вона може мати значення для створення моральних стандартів.

Процес повернення культурних цінностей є досить довготривалим і супроводжується не тільки розв'язанням правових проблем, а й залученням для цього низки державних органів і експертів, а також значним витрачанням фінансів. Практика свідчить про те, що повернення культурних цінностей може здійснюватись як у судовому порядку<sup>1</sup>, так і шляхом ведення безпосередніх переговорів між державами, музеями та з власниками (або спадкоємцями)<sup>2</sup>.

Під егідою ЮНЕСКО було розроблено низку багатосторонніх конвенцій про захист культурних цінностей і попередження їхнього незаконного переміщення, серед яких, зокрема: Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту (14.05.1954 р.)<sup>3</sup>, Конвенція про заходи, спрямовані на заборону і попередження незаконного ввезення, вивезення і передання права власності на культурні цінності (14.11.1970 р.)<sup>4</sup>, Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини (16.11.1972 р.)<sup>5</sup>, Конвенція УНІДРУА про викрадені або незаконно вивезені культурні цінності (24.06.1995 р.)<sup>6</sup>. У рамках СНД було укладено Угоду про співпрацю в галузі культури (15.05.1992 р.) та Угоду про вивезення і ввезення культурних цінностей (28.09.2001 р.)<sup>7</sup>. У рамках Європейського Союзу слід відзначити Директиву № 3911/92 про експорт культурних цінностей (09.12.1992 р.) та Директиву № 93/7 Ради ЄС про повернення культурних цінностей, незаконно переміщених з території держави — члена ЄС (15.03.1993 р.), а також деякі інші.

<sup>1</sup> Наприклад, у вересні 1998 р. рішенням Верховного суду Великої Британії було задоволено позов м. Гота (ФРН) до аукціону Сотбіс та панамської компанії «Коберт Файненс С.А.» про повернення картини «Святе сімейство зі св. Іоанном, св. Єлизаветою й ангелами» Йоахима А. Втевала, яку було вивезено як трофей Другої світової війни і 1992 р. виставлену на аукціоні Сотбіс. Судове рішення ґрунтувалося на застереженні про публічний порядок враховуючи законодавство Німеччини, зроблено висновок про те, що строк позовної давності у цій справі не минув і картина має бути повернена законному володільцю – музею м. Гота [Електронний ресурс] // City of Cotha v. Sotheby's and Cobert Finance SA H.M. High Court. 9<sup>th</sup> September, 1998, Mr. J. Moses. – Режим доступу: <http://iecl.iuscompr.org/gla/judgement/foreign/gotha>

<sup>2</sup> Так, у результаті довготривалих переговорів на міжурядовому та громадському рівнях Російській Православній Церкві 17 травня 2009 р. було повернено дзвони Данилова монастиря з Гарвардського університету США в обмін на їх копії [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.danilovbells.ru](http://www.danilovbells.ru)

<sup>3</sup> Система інформаційно-правового забезпечення ЛПА:ЗАКОН® – К. : Ліга, 2009. – файл MU54K01U.LHT.

<sup>4</sup> Там само. – файл MU70K04U.LHT.

<sup>5</sup> Там само. – файл t667300.LHT.

<sup>6</sup> Там само. 2009 – файл MU95333.LHT.

<sup>7</sup> Там само. 2009 – файл MU01220.LHT.

Так, Конвенція про заходи, спрямовані на заборону і попередження незаконного ввезення, вивезення і передання права власності на культурні цінності 1970 р., закріплює дозвільний порядок вивезення культурних цінностей і пропонує випадки, в яких передання прав власності на цінності, перелічені в Конвенції, характеризується як незаконне. Метою ж Конвенції УНІДРУА про викрадені або незаконно вивезені культурні цінності є захист культурного надбання та культурних обмінів, сприяння ефективній боротьбі з незаконним перевезенням і торгівлею культурними цінностями. Причому ця Конвенція містить визначення культурних цінностей як таких, що є важливими для археології, антропології, історії, літератури, мистецтва або науки і належать до однієї з категорій, перелічених у додатку до Конвенції. Крім того, Конвенція передбачає обов'язок недобросовісного власника культурної цінності повернути її законному володільцю. Прохання про повернення цінності має бути внесено в трирічний строк, починаючи з моменту, коли позивачеві стало відомо про місце, де ця цінність перебуває, і протягом 50-го строку з моменту вибуття цінності із володіння законного власника. У разі добросовісного придбання культурної цінності набувач має право вимагати з держави-позивача в момент повернення речі справедливого відшкодування збитків за умови, що він не знав або не припускав у момент придбання речі того, що її може бути викрадено.

З метою збереження культурної спадщини України, захисту культурних цінностей від незаконного вивезення, ввезення та передання права власності на них, а також сприяння розвитку міжнародного культурного співробітництва 21 вересня 1999 р. було ухвалено Закон України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей». У цьому Законі визначено поняття культурних цінностей, що підпадають під його дію, їх категорії, а також такі, що не підлягають вивезенню з України. Інші культурні цінності за Законом мають вивозитися відповідно до рішення про можливість їхнього вивезення, яке ухвалює компетентний державний орган. Культурні цінності, заявлені до вивезення, підлягають обов'язковій експертизі. При ухваленні рішення про можливість вивезення культурних цінностей видається свідоцтво на право їхнього вивезення. Один із розділів зазначеного Закону присвячено заходам щодо запобігання незаконного передання права власності на культурні цінності.

Питання, пов'язані з переданням права власності на документи Національного архівного фонду, захистом цього права, вивезенням

документів Національного архівного фонду за кордон, урегульовано Законом України від 24 грудня 1993 р. «Про Національний архівний фонд та архівні установи».

Закон України від 8 червня 2000 р. «Про охорону культурної спадщини» передбачає класифікацію об'єктів культурної спадщини, визначає принципи управління охороною культурної спадщини, порядок державної реєстрації об'єктів культурної спадщини та ведення Державного реєстру нерухомих пам'яток України, особливості здійснення права власності на пам'ятки, порядок забезпечення охорони пам'яток і захисту традиційного характеру середовища та об'єктів культурної спадщини. Встановлено також порядок фінансування охорони культурної спадщини та відповідальність за порушення законодавства про охорону культурної спадщини.

## **Контрольні запитання**

1. У чому полягають особливості колізійно-правового регулювання відносин власності в МПП?
2. У чому полягають особливості матеріально-правового регулювання відносин власності в МПП?
3. Як визначається правовий режим майна, що перебуває у дорозі?
4. Якими нормативними актами визначається міжнародний захист іноземних інвестицій?
5. У чому полягають особливості правового становища власності України за кордоном?

## Розділ VI

# Інтелектуальна власність у міжнародному приватному праві

### § 1. Міжнародно-правова охорона авторських прав

Поняття «інтелектуальна власність» є узагальнюючим щодо низки правових інститутів та використовується досить умовно, навіть незважаючи на його закріплення у ст. 2 Конвенції про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності від 14 липня 1967 р.

Зважаючи на положення ст. 2 цієї Конвенції, інтелектуальна власність включає права, які належать до літературних, художніх і наукових творів; виконавчої діяльності артистів, звукозапису, радіо- і телевізійних передач; винаходів у всіх галузях діяльності, наукових відкриттів; промислових зразків; товарних знаків, знаків обслуговування, фірмових найменувань, комерційних позначень; захисту від недобросовісної конкуренції та ін. Цей перелік не є вичерпним і постійно поповнюється у зв'язку з розвитком науково-технічного прогресу. Так, у багатьох країнах прийнято спеціальні закони щодо захисту комп'ютерних програм, електронних баз даних та інших нових об'єктів інтелектуальної творчості.

З урахуванням сформованої у цій галузі системи джерел права інтелектуальна власність поділяється на авторське право, суміжні права та право промислової власності. Насамперед у теорії виділяють інститут авторського права і суміжних прав. Ним регулюються відносини, які виникають у зв'язку зі створенням та використанням наукових, літературних та художніх творів (авторське право), фонограм, постановок, передач організацій ефірного і кабельного мовлення (суміжні права).

Авторські і суміжні права мають низку особливостей порівняно з речовими правами. По-перше, це відсутність екстериторіальної дії — авторські права мають так званий територіальний характер, сутність



якого полягає в тому, що їх захист здійснюється тільки в межах тієї країни, де авторське право виникло та визнано в установленому порядку. По-друге, обмежений строк охорони, котрий, як правило, складається з двох строків: усього часу життя автора та додаткового строку охорони після смерті автора, який встановлюється національним законодавством. По-третє, авторське право включає майнові права (право на переклад, на винагороду та ін.) і особисті немайнові права (право авторства на твір, право на оприлюднення твору, право на захист твору та захист репутації автора та ін.). По-четверте, особливий порядок передання авторських прав (на підставі авторських договорів). По-п'яте, суб'єктами авторських прав, як правило, виступають фізичні особи, у зв'язку з чим особисті немайнові права є невідчужуваними. Зазначені особливості, сучасні тенденції світового розвитку зумовили необхідність створення міжнародної системи захисту авторських і суміжних прав шляхом прийняття нормативно-правових актів міжнародного рівня.

## **§ 2. Основні міжнародні угоди щодо охорони авторських і суміжних прав**

З метою ліквідації практики незаконного передрукування літературних творів у 1886 р. прийнято першу багатосторонню міжнародну угоду — Бернську конвенцію про охорону літературних і художніх творів<sup>1</sup>. Надалі цей документ неодноразово переглядався на міжнародних конференціях, які проходили в 1896, 1908, 1914, 1928, 1948 і 1967 рр. Остання з них відбулася в 1971 р. у Парижі. Тому для країн-учасниць Конвенція діє в різних редакціях. Для України вона діє з 25 жовтня 1995 р.<sup>2</sup> у вигляді Паризького акта від 24 липня 1971 р., зміненого 2 жовтня 1979 р.

Відповідно до Бернської конвенції до охоронюваних прав належать авторські права на літературні і художні твори, у тому числі кінографічні, фотографічні, хореографічні та музично-драматичні.

При визначенні суб'єктів охорони Конвенція керується географічним критерієм, відповідно до якого перевага віддається країні походження (першого опублікування).

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 2007. – № 75. – Ст. 2809.

<sup>2</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 21. – Ст. 155.

Конвенція обмежує можливість вільного використання літературних і художніх творів за кордоном, домовляючись про обов'язкові умови одержання згоди власників авторських прав на опублікування таких творів, виплату авторського гонорару та ін.

Другим за значенням міжнародним договором, прийнятим з метою охорони авторських прав, є Всесвітня (Женевська) конвенція про авторське право 1952 р.<sup>1</sup>, розроблена під егідою ЮНЕСКО (в 1971 р. на дипломатичній конференції в Парижі до неї було внесено зміни). Для України вона діє з 27 травня 1973 р.<sup>2</sup>

Головною відмінністю між Бернською та Женевською конвенціями є те, що першу спрямовано на встановлення одноманітного правового режиму охорони авторських прав у країнах-учасницях, а друга забезпечує захист авторських прав іноземців відповідно до національного законодавства країн-учасниць.

Права авторів та інших власників авторських прав, як зазначено у ст. 1 Женевської конвенції, повинні охоронятися настільки, наскільки вони належать до творів літератури, науки та мистецтва, включаючи письмові, музичні, драматичні, кінематографічні твори, а також твори живопису, графіки та скульптури. Держави у своєму національному законодавстві мають право розширити цей перелік. Але права на зазначені категорії творів повинні бути захищені національним законодавством в обов'язковому порядку.

Конвенція передбачає охорону прав на випущені у світ (опубліковані) і не випущені у світ (неопубліковані) твори громадян країн-учасниць, причому навіть у тому разі, якщо цей твір уперше було опубліковано на території країни, яка не бере участі у Конвенції (ст. 2). Під випуском твору в світ розуміється «відтворення в будь-якій матеріальній формі та надання невизначеному колу осіб примірників твору для читання або ознайомлення шляхом публічного сприйняття» (так, музичний твір вважатиметься випущеним у світ не в момент його виконання, а в момент виходу нот із друку).

У Конвенції закріплено принцип національного режиму охорони авторських прав іноземців: опублікованим за кордоном творам, а також не випущеним у світ творам іноземних авторів країн-учасниць у цій державі надається така сама охорона, яка передбачена внутрішнім законодавством та вже надана творам власних громадян, що вперше опубліковані у цій країні.

---

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 2006. – № 46. – Ст. 3104.

<sup>2</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 70.

Стаття 3 Конвенції закріплює процедуру спрощення формальностей, необхідних для захисту авторського права. Відносно всіх охоронюваних Конвенцією творів формальні вимоги вважаються виконаними при додержанні двох умов:

- якщо даний твір вперше випущено у світ поза територію країни, де вимагається охорона, і якщо автор не є громадянином цієї країни;
- якщо, починаючи з першого випуску в світ твору, всі його примірники, видані з дозволу автора або будь-якого іншого власника його прав, матимуть знак © із вказівкою на ім'я власника авторського права та року першого випуску твору в світ.

Якщо ці умови відсутні, то держава, де вимагається охорона, може вимагати додержання всіх формальностей і умов, необхідних для набуття та реалізації авторського права в конкретній державі, у тому числі в процесуальному характері при розгляді справ про захист авторських прав у суді.

Основне правило Конвенції, що застосовується до визначення строку охорони авторського права, так само як і вся Конвенція, ґрунтується на принципі національного режиму і полягає в такому: твори, на які поширюються положення Конвенції, повинні в даній державі охоронятися протягом того самого строку, що й твори національних авторів.

Але із цього правила є два винятки:

- строк охорони авторських прав не може бути менше одного з чотирьох варіантів визначення мінімальних строків охорони, встановлених Конвенцією для певних випадків;
- жодна держава-учасник не зобов'язана охороняти твори іноземних авторів, на які поширюється Конвенція, протягом більш тривалого періоду, ніж строк, передбачений законодавством країни походження твору.

Єдине право автора, що прямо регламентується Конвенцією, — це право на переклад (ст. 5). Воно є виключним, і без дозволу автора або іншого власника авторських прав будь-який переклад твору буде неправомірним. Якщо дозвіл на переклад і на випуск його у світ отримано, то авторові або власникові його прав повинна бути виплачена відповідна винагорода.

Однак з виключного права автора на переклад Конвенція встановлює можливі винятки (так звана примусова ліцензія), які можуть поширюватися тільки на переклад письмових творів і повинні бути відображені

в національному законодавстві відповідної держави. Примусова ліцензія — це дозвіл на переклад і опублікування твору, який може бути надано «компетентним органом» тієї чи іншої країни. Її можуть одержати юридичні та фізичні особи відповідної держави за умови дотримання ними вимог, передбачених у п. 2 ст. 5 Конвенції. Однак примусова ліцензія не є виключною. Це означає, що вона не зачіпає права автора на видання власного дозволу на переклад; крім того, держава може видати декілька подібних ліцензій.

З другої половини ХХ ст. у МПП почали укладатися міжнародні договори, присвячені охороні суміжних прав.

Першим документом, прийнятим у цій галузі, стала Міжнародна конвенція з охорони інтересів артистів-виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення від 1961 р. (Римська конвенція). Україна приєдналась до неї згідно із Законом України від 20 вересня 2001 р.

У 1971 р. у Женеві підписано Конвенцію про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їх фонограм. У теперішній час її учасниками є близько 70 країн світу, включаючи Україну. У ст. 2 Конвенції визначено правило: «Кожна країна-учасник зобов'язана охороняти інтереси виробників фонограм, що є громадянами інших країн-учасниць, від виробництва копій фонограм без згоди виробника і від ввезення таких копій, коли згадані виробництво або ввезення здійснюються з метою їхнього поширення серед публіки, а також від поширення цих копій серед публіки». При цьому Конвенція встановлює, що держави-учасниці самі визначають юридичні заходи, за допомогою яких здійснюватиметься така охорона, а саме: охорона за допомогою авторського права або іншого виключного права; охорона за допомогою законодавства про недобросовісну конкуренцію; охорона за допомогою кримінального права (ст. 3). Крім того, ст. 4 Конвенції передбачає можливість встановлення кожною країною-учасницею за допомогою свого національного законодавства певного строку дії такої охорони. Останній, однак, не може бути менше двадцяти років, починаючи або з кінця року, в якому було зроблено перший запис фонограми, або з кінця року, коли її було вперше опубліковано.

Крім того, 21 травня 1974 р. у Брюсселі прийнято Конвенцію про поширення несучих програми сигналів, що передаються через супутники. Держави-учасниці взяли на себе зобов'язання вжити заходів щодо запобігання поширення зі своєї території будь-якої несучої програми сигналу тими органами, для яких такий сигнал не призначено.

Крім зазначених міжнародно-правових актів універсального характеру, певну роль в охороні авторських і суміжних прав відіграють регіональні угоди. Наприклад, це Панамериканська конвенція про літературну і художню власність, підписана в 1889 р. у Монтевідео та Угода про співробітництво в галузі охорони авторського права і суміжних прав, укладена державами — учасницями СНД у 1993 р. у Москві.

### **§ 3. Промислова власність та її міжнародна охорона**

Промислова власність є складовою частиною інтелектуальної власності і містить наукові відкриття, винаходи в усіх сферах людської діяльності, промислові зразки, товарні знаки, фірмові найменування, знаки обслуговування і комерційні позначення, захист проти недобросовісної конкуренції, а також усі інші права, що належать до інтелектуальної діяльності у промисловій сфері.

Право на промислову власність має територіальний характер, оскільки сам винахід необхідно зареєструвати в країні походження винаходу в спеціально створеному для цього державному патентному органі. Для того щоб одержати захист своїх прав в іншій країні, автору винаходу слід знову одержати охоронний документ відповідно до законів іншої держави. Саме міжнародний характер відносин у зазначеній сфері зумовив необхідність створення системи міжнародно-правової охорони права промислової власності.

Міжнародно-правову регламентацію питань захисту об'єктів промислової власності передбачено в основному міжнародному документі у цій сфері — Паризькій конвенції про охорону промислової власності 1883 р., у якій визначено, що об'єктами охорони промислової власності є: патенти на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування походження або найменування місця походження, а також питання недобросовісної конкуренції. Під промисловою власністю за Конвенцією слід розуміти не тільки промисловість і торгівлю, а й сільськогосподарське виробництво, видобувну промисловість, продукти промислового та природного походження, такі, наприклад, як вино, зерно та ін.

Держави — учасниці Конвенції заснували Паризький Союз із охорони промислової власності, куди входить й Україна як держава —

учасниця Конвенції (Стокгольмський Акт до Конвенції ратифіковано Верховною Радою УРСР 30 вересня 1968 р.). Норми Конвенції містять такі базові правила. По-перше, у ст. 2 Конвенції встановлено національний режим для громадян країн-учасниць. Це означає, що відносно охорони промислової власності громадяни кожної країни-учасниці користуються в усіх інших країнах-учасницях тими самими правами, які надаються відповідними законами власним громадянам, не обмежуючи при цьому прав, спеціально передбачених Конвенцією. По-друге, будь-яка особа, що належним чином подала заявку на патент на винахід, корисну модель, промисловий зразок або товарний знак в одній із країн Паризького Союзу, або правонаступник цієї особи користується для подання заявки в інших країнах правом пріоритету протягом 12 місяців для патентів на винаходи і для корисних моделей та 6 місяців для промислових зразків і товарних знаків, тобто користується правом «конвенційного пріоритету». Використання правила «конвенційного пріоритету» дає змогу захистити особу-заявника від недобросовісної конкуренції. Умови подання заявки і реєстрації товарних знаків визначаються в кожній країні-учасниці за її національним законодавством. У Конвенції безпосередньо вирішуються питання охорони промислової власності за допомогою патенту, встановлюються основні принципи щодо патентів (територіальності, незалежності реєстрації), містяться норми щодо захисту від недобросовісної конкуренції та ін.

З метою охорони промислової власності країни — учасниці Конвенції мають право укладати між собою спеціальні угоди, якщо ці угоди не суперечитимуть положенням Конвенції.

Крім Паризької конвенції 1883 р., правову регламентацію питань охорони права промислової власності передбачено в Мадридській угоді про міжнародну реєстрацію фабричних і товарних знаків 1891 р., яка є основним міжнародним документом щодо охорони товарних знаків (Україна участі не бере), Вашингтонському договорі про інтелектуальну власність стосовно інтегральних мікросхем 1989 р. (Україна участі не бере), Женевському договорі про закони щодо товарних знаків 1994 р. (чинний для України з 1 серпня 1996 р.), Найробіському договорі про охорону олімпійського символу 1981 р. (чинний для України з 20 грудня 1998 р.), Паризькій конвенції з охорони нових сортів рослин 1961 р. (чинна для України з 2 червня 1995 р.).

У міжнародно-правовій практиці відбувається й регіональне регулювання захисту об'єктів промислової власності. 9 вересня 1994 р.

країни — учасниці СНД підписали Євразійську патентну конвенцію, відповідно до якої для виконання адміністративних завдань, пов'язаних із функціонуванням Євразійської патентної системи та виданням євразійських патентів, було засновано Євразійську патентну організацію. Ця організація видає євразійський патент на винахід, що є новим, має винахідницький рівень і може бути промислово застосовуваним. Право на євразійський патент належить винахіднику або його правонаступнику. Власник євразійського патенту має виключне право використання, а також дозволу або заборони іншим у використанні запатентованого строку. Термін дії євразійського патенту становить 20 років з дати подання євразійської заявки. Україна бере участь у цій Конвенції.

## § 4. Угода СОТ щодо торговельних аспектів прав інтелектуальної власності

У рамках Уругвайського раунду ГАТТ 15 грудня 1993 р. було укладено Угоду щодо торговельних аспектів прав інтелектуальної власності. Вона набула чинності з 1 січня 1995 р. і на даний час є обов'язковою для всіх держав — членів СОТ. У міжнародній практиці цей нормативний акт іменується як ТРІПС відповідно до аббревіатури його назви англійською мовою (TRIPS — *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*). У цій Угоді порівняно з раніше прийнятими міжнародними договорами розширено перелік об'єктів інтелектуальної власності, що підлягають охороні, вперше закріплено зобов'язання країн-учасниць відносно додержання міжнародних стандартів захисту авторських прав і прав на промислову власність від усякого роду порушень, а також правила щодо розгляду спорів.

Угода по ТРІПС встановлює стандарти захисту прав інтелектуальної власності й порядок їх правозастосування. Вона передбачає, що кожна держава — член СОТ повинна виконувати зобов'язання, котрі випливають із інших міжнародних угод щодо прав інтелектуальної власності, доповнюючи їх зобов'язаннями по ТРІПС і гарантуючи, що в кожній країні-учасниці будуть застосовані примусові процедури для захисту прав інтелектуальної власності.

Угода по ТРІПС належить до одного із трьох основних правових інструментів СОТ. За ст. VI Угоди про заснування СОТ створюється Рада по ТРІПС як орган Конференції міністрів СОТ. Рада вирішує питання контролю дії Угоди по ТРІПС для держав-учасниць.

Угода складається із семи частин. У частині I розглядаються загальні принципи. Частина II містить стандарти захисту різних видів інтелектуальної власності: авторського права і суміжних прав, торговельних знаків, географічних вказівок, промислових зразків, патентів, топологію (топографії) інтегральних мікросхем, питання комерційної таємниці. Частина III регламентує примусові процедури щодо додержання прав інтелектуальної власності, а частина IV описує процедури набуття та надання доказів щодо таких прав. Нарешті, Угода визначає загальні процедури — в частині V, тимчасові угоди — в частині VI, організаційні та заключні положення — в частині VII.

Угода по ТРІПС вимагає від країн — членів СОТ додержання зобов'язань щодо норм Паризької конвенції про захист промислової власності (в редакції 1967 р.), виконання зобов'язань щодо Бернської конвенції про захист літературних і художніх творів (у редакції 1971 р.) (ст. 9 ТРІПС), а також Римської конвенції (1962 р.) і Вашингтонського договору 1989 р. (ст. 35 ТРІПС). Стаття 3 вимагає від держав-учасниць надавати національний режим, а стаття 4 — режим найбільшого сприяння з питань, що входять до компетенції ТРІПС.

Важливим нововведенням Угоди по ТРІПС є зобов'язання створити національні механізми з охорони прав інтелектуальної власності. З цією метою учасники ТРІПС повинні гармонізувати національне законодавство. Україна як держава — член СОТ бере участь у цій Угоді.

## Контрольні запитання

1. Охарактеризуйте особливості правового захисту авторських прав у МПП.
2. Охарактеризуйте особливості правового захисту суміжних прав у МПП.
3. Охарактеризуйте особливості правового захисту промислової власності у МПП.
4. У чому полягають особливості правового захисту загально-відомих товарних знаків?
5. Охарактеризуйте основні положення Угоди СОТ щодо торговельних аспектів прав інтелектуальної власності.



# Правочини та зобов'язання в міжнародному приватному праві

## § 1. Поняття та види правочинів з іноземним елементом

У сфері приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, дуже важливими з точки зору доктрини і практики законодавчого регулювання є питання визначення поняття (доктринального і нормативного) правочинів (договорів, угод). Причому підходи як у доктринальній літературі, так і в законодавстві різних держав стосовно визначення цих понять та спроба класифікувати їх види суттєво різняться. Саме тому на даний час як у доктрині МПП, так і у законодавчій практиці вирішення цього питання є вкрай актуальним і нагальним з урахуванням тих тенденцій (інтернаціоналізація економік, міграційні процеси, зближення законодавств та ін.), що відбуваються в сучасному світі.

У теорії і практиці законодавчого регулювання питань правочинів (угод, договорів) та їх класифікації за кордоном під ними прийнято розуміти угоди, в яких одна із сторін є іноземним громадянином (частіше за все підприємцем) або іноземною юридичною особою, а інша — її іноземним контрагентом. Змістом таких правочинів (угод, договорів) найчастіше є здійснення операцій щодо ввезення чи вивезення товарів (послуг) через державний кордон однієї або декількох країн. Разом із тим на практиці зростає кількість правочинів (угод, договорів), що мають інший зміст, — це договори страхування за участю іноземних страховиків, договори на надання послуг (юридичних, медичних, туристичних та ін.), що зумовлює необхідність законодавчих змін на внутрішньодержавному і міжнародному рівнях.

У міжнародному діловому обороті прийнято також використовувати термін «договір міжнародної купівлі-продажу». Це поняття, зокрема, закріплено у Віденській конвенції про договори міжнародної

купівлі-продажу 1980 р. у такий спосіб: «Договори міжнародної купівлі-продажу являють собою договори купівлі-продажу товарів, укладені між сторонами, комерційні підприємства яких перебувають у різних державах».

Відповідно до чинного законодавства України визначення поняття «правочин» міститься в ЦК України (ст. 202). Чинний ЦК визначає його як дію особи, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Разом із тим законодавець не запропонував нормативного визначення поняття «правочин з іноземним елементом», що є досить логічним з урахуванням труднощів у побудові такої правової конструкції. Втім відсутність у законодавстві України нормативної класифікації видів правочинів з іноземним елементом негативно впливає на стан правової регламентації відносин у цій сфері.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» створено лише колізійні норми стосовно правочинів і договорів, а саме: Розділ 3. Колізійні норми щодо правочинів, довіреності, позовної давності (статті 31–35); Розділ 6. Колізійні норми зобов'язального права (статті 43–47).

Доктрині та зарубіжному законодавству відомий і такий самостійний (за класифікацією) вид договору (угоди), як *зовнішньоекономічний договір (угода)*, що визначається зазвичай як угода, спрямована на встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності.

Класифікацію (досить умовну) зовнішньоекономічних договорів (контрактів) як різновиду правочинів з іноземним елементом можна здійснити за такими критеріями.

За об'єктним складом зовнішньоекономічні договори поділяються на:

- договір міжнародної купівлі-продажу товару (основний різновид зовнішньоекономічних угод);
- договір підряду, договір будівельного підряду;
- договір міни;
- договір лізингу;
- договір комісії та ін.

За кількістю учасників усі зовнішньоекономічні договори поділяються на:

- односторонні (видання доручення іноземній юридичній чи фізичній особі на вчинення дій);
- двосторонні (договори міжнародної купівлі-продажу товарів та ін.);

– багатосторонні (договір про спільну діяльність, установчий договір та ін.).

Зовнішньоекономічні договори також мають свою специфіку, яка дає змогу не ототожнювати їх із комерційними договорами у внутрішньодержавному обороті. До основних відмінностей зовнішньоекономічних договорів від цивільно-правових та господарсько-правових у внутрішньодержавному обороті можна, зокрема, віднести:

- суб'єктний склад;
- форму та порядок підписання;
- особливий порядок правового регулювання;
- зміст договору.

Втім в українському законодавстві запропоновано інший підхід до цієї категорії правочинів (договорів), а саме: зовнішньоекономічний договір (контракт) визначається як угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів... у сфері зовнішньоекономічної діяльності, під якою слід розуміти господарську діяльність, яка у процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном та/або робочою силою (ч. 1 ст. 337 ГК України). Така позиція дозволяє стверджувати про наявність серйозних прогалин у врегулюванні цих питань (як на рівні доктрини, так і на законодавчому рівні).

Проблемними є й класифікація *міжнародного комерційного правочину* та його нормативне визначення і закріплення на рівні міжнародних договорів з питань зовнішньоекономічної діяльності та зовнішньої торгівлі. В доктрині МПП вважається, що визначення поняття «міжнародний комерційний правочин» зводиться до відповіді на запитання: за наявності яких обставин цивільно-правовий правочин набуває міжнародного характеру?

## ■ § 2. Форма і зміст правочину.

### Сфера дії права, що застосовується до правочину

Вивчення питань стосовно форми і змісту правочину дають змогу стверджувати, що до цієї проблематики зверталися ще за часів Давнього Риму. Пізніше ці питання досліджували відомі зарубіжні і вітчизняні правники, зокрема Д. Мейер, який запропонував власну концепцію та типологію щодо визначення форми правочину. Він розглядав форму

правочину як зовнішню форму вираження волі учасника цивільних відносин (при цьому стверджував, що вона може бути або словесною, або письмовою). За радянських часів концепцію визначення форми правочину було розвинуто і вдосконалено такими відомими вченими-правниками, як: О. Йоффе, О. Красавчиков, О. Пушкін, В. Толстий, Ф. Хейфец та ін.

У чинному ЦК України (ст. 205) відбувається права регламентація питань визначення форми правочину, а саме: законодавець запозичує вже відому радянському законодавству норму (статті 43, 44 ЦК УРСР) щодо вчинення правочинів в усній та письмовій формах. Новелою, запропонованою українським законодавцем у чинному ЦК України, можна вважати певне правило, за яким якщо воля виражається не словесно, а через поведінку сторін, яка засвідчує їхню волю на настання відповідних правових наслідків, або ж мовчанням, то правочин вважається вчиненим в усній формі.

З точки зору МПП цікавою є позиція законодавця стосовно можливості вчинення правочинів в електронній формі (ч. 2 ст. 207 ЦК України). Така позиція є загальновизнаною і загальноживаною як у практиці міжнародного (Директива 2000/31/ЄС щодо електронної комерції<sup>1</sup>), так і внутрішньодержавного регулювання (§ 312b Цивільного уложення Германії<sup>2</sup>) форми правочину. Крім того, питання електронної форми правочину регулюються в Законі України від 22 травня 2003 р. «Про електронні документи та електронний документообіг», прийняття якого являє собою вдалий приклад трансформації норм міжнародної угоди у внутрішнє законодавство держави.

У деяких країнах діють норми, що передбачають можливість укласти правочин у будь-якій зручній для сторін формі. Подальший розвиток техніки і суспільних відносин має спричинити прийняття норми, аналогічної ст. 129 ЦК Бразилії<sup>3</sup>, що передбачає відсутність залежності волевиявлення сторін від будь-якої форми угоди, за винятком випадків, коли закон спеціально її вимагає, або норми ст. 143 ЦК Перу<sup>4</sup>, яка містить правило, за яким якщо закон не встановлює конкретної форми угоди, зацікавлені особи мають право укласти її в будь-якій зручній для них формі.

<sup>1</sup> Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® – К. : Ліга, 2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: файл MU00216.LHT

<sup>2</sup> Гражданское уложение Германии. – М., 2006. – С. 73.

<sup>3</sup> Гражданский кодекс Бразилии [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consultant.ru/article/1628>

<sup>4</sup> Гражданский кодекс Перу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consultant.ru/article/1627>

Особливостями законодавчого регулювання питань форми правочину в Україні є наявність спеціальної норми — ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право», що містить правило, згідно з яким форма правочину повинна відповідати вимогам того правопорядку, який застосовується до змісту правочину. Разом з цим визначено, що для дотримання вимог стосовно форми правочину достатньо дотримання вимог права місця, де його було вчинено, а у випадках знаходження сторін правочину в різних державах достатньо дотримання вимог права місця проживання сторони, яка зробила пропозицію — запропонована кумуляція колізійних прив'язок.

Новою для українського законодавства є й позиція стосовно форми правочину щодо нерухомого майна. Так, відповідно до положень ч. 2 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» форма такого правочину визначається за правопорядком тієї держави, в якій це майно знаходиться, а щодо нерухомого майна, яке зареєстроване на території України, — за правом України — імперативне правило.

Особливі вимоги висуває український законодавець до форми зовнішньоекономічного договору. За правилом ч. 3 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» зовнішньоекономічні договори за участю українських громадян та юридичних осіб повинні укладатися в письмовій формі незалежно від місця його укладення, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України. Причому це правило діє і відносно зміни, продовження або розірвання договору. Вимога щодо простої письмової форми зовнішньоекономічного договору міститься і в ч. 2 ст. 6 Закону України від 16 квітня 1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність»<sup>1</sup>.

У міжнародних договорах, зокрема у Віденській конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу 1980 р., не вимагається дотримання обов'язкової письмової форми при укладенні договору і вважається, що наявність договору може доводитися будь-якими засобами, включаючи показання свідків, однак за ст. 96 Конвенції держава може зробити заяву про незастосування до неї даного положення Конвенції у разі, якщо власне законодавство містить обов'язкову вимогу стосовно письмової форми зовнішньоекономічного договору (Україна зробила таку заяву згідно з Указом Президії Верховної Ради УРСР від 23 серпня 1989 р. «Про приєднання УРСР до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів»<sup>2</sup>. Отже, в законо-

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради Української РСР. — 1991. — № 29. — Ст. 377.

<sup>2</sup> Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — К. : Ліга, 2009 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: файл P897978.LHT

давстві України діє імперативне правило, за яким усі зовнішньоекономічні угоди повинні бути укладені в письмовій формі.

У МПП при визначенні змісту правочину значну роль відіграє принцип автономії волі сторін, закріплений у правових системах більшості країн світу.

Крім закріплення у внутрішніх законодавствах держав, цей принцип одержав і міжнародно-правове визнання, наприклад у Римській конвенції 1980 р. про право, що застосовується до договірних зобов'язань, відповідно до якої вибір права сторонами має бути прямо виражений в умовах договору чи в обставинах справи або прямо випливати з них. У Конвенції допускається можливість урахування «мовчазної волі сторін», під якою слід розуміти конклюдентні дії сторін.

Разом із тим у доктрині та законодавстві існують припустимі межі автономії волі, які в законодавстві різних держав встановлюються по-різному. Так, в одних країнах автономія волі сторін нічим не обмежується. Це означає, що сторони, уклавши угоду, можуть підпорядкувати її будь-якій правовій системі. В інших країнах (переважно англосаксонської системи права) діє принцип локалізації договору, відповідно до якого сторони можуть обрати тільки те право, що найбільш тісно пов'язане з даною угодою. Крім того, загальновизнаним є відоме багатьом країнам законодавче обмеження цього принципу, яке полягає в тому, що існуючі в національних правових системах імперативні норми виключають використання сторонами автономії волі.

У законодавстві України питання автономії волі сторін у договірних відносинах вирішуються за правилами статей 5 і 10 Закону «Про міжнародне приватне право», крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України (ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

У міжнародній практиці законодавчого регулювання договірних відносин спостерігається тенденція, за якою при застосуванні принципу автономії волі сторін прийнято відсилати не до певного правопорядку, а до «загальноприйнятих принципів і норм права» чи до «права міжнародної торгівлі»<sup>1</sup>. Таке відсилання в доктрині міжнародного приватного права є відсиланням до положень концепції «*Lex mercatoria*».

Якщо сторони самостійно не обрали право, що підлягає застосуванню до змісту правочину, його зміст визначається згідно з правом

<sup>1</sup> Міжнародное частное право [Текст] : учебник / под ред. Т. К. Дмитриевой. – М., 2001. – С. 335.

тієї держави, яке має найбільш тісний зв'язок з правочином. Цей принцип закріплено у внутрішньому законодавстві практично всіх європейських країн, оскільки вони беруть участь у Римській конвенції 1980 р. про право, що застосовується до договірних зобов'язань.

Законодавство України також виходить із принципу найбільш тісного зв'язку правочину із правом певної країни. Це правило відображено в Законі України «Про міжнародне приватне право» (ст. 32).

Критеріями визначення права країни, з якою договір найбільш тісно пов'язаний, виступають:

1) місце проживання фізичної особи, під яким у законодавстві України слід розуміти місце постійного, переважного або тимчасового проживання (ст. 28 ЦК України);

2) місцезнаходження юридичної особи, що визначається в Законі України «Про міжнародне приватне право» (ст. 25) як місце реєстрації такої особи (теорія інкорпорації) або місцезнаходження її виконавчого органу (теорія осілості).

Питання змісту правочину в доктрині МПП тісно пов'язане з поняттям «зобов'язальний статут». У МПП під зобов'язальним статутом прийнято розуміти право, яке підлягає застосуванню до зобов'язальних відносин, що виникають на підставі угод, укладених сторонами. Зобов'язальний статут вважається встановленим, коли сторони в угоді визначили право, що підлягає застосуванню, а у разі відсутності такого волевиявлення сторін — визначається компетентним правозастосовним органом на підставі колізійних норм. При цьому слід зазначити, що «під зобов'язальний статут підпадають далеко не всі аспекти правочину з іноземним елементом і тому важливим є визначення сфери дії зобов'язального статуту (тобто обраного права)»<sup>1</sup>.

У законодавстві України сферу дії права, що застосовується до правочину, визначено в ст. 33 Закону України «Про міжнародне приватне право». В цій нормі вирішуються питання дійсності правочину (матеріальна і формальна сторони правочину), його тлумачення (тлумачення його юридичної сутності та умов, що в ньому містяться) та правових наслідків його недійсності (загальні правила щодо правових наслідків недійсності правочину). При вирішенні цих питань законодавець відсилає до застосування відомих у МПП принципів — автономії волі та локалізації договору (ст. 32 Закону України «Про міжнародне

<sup>1</sup> Міжнародне приватне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – С. 167.

приватне право»). Крім того, право, що застосовується до змісту правочину, не може поширюватися на питання правосуб'єктності сторін (статті 16 і 30 Закону України «Про міжнародне приватне право»), речового права (статті 38–42 Закону України «Про міжнародне приватне право»), на вимоги щодо форми правочину (ст. 31). Що стосується наслідків недійсності правочину, то за законодавством різних держав вони можуть розрізнятися.

Окремо законодавець визначає сферу дії права, що застосовується до договору (зобов'язальний статут). У ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право» її визначено в такий спосіб: «Право, що застосовується до договору, охоплює:

- 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».

Разом з цим визначений у ч. 1 ст. 47 цього Закону перелік меж застосування зобов'язального статуту не є вичерпним. Треба також зазначити, що до сфери дії зобов'язального статуту не належать питання, які стосуються права, що застосовується до форми договору (таке право визначається відповідно до положень ч. 3 ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право», на підставі спеціальної колізійної норми — ст. 31 цього Закону.

### **§ 3. Особливості колізійного регулювання договірних зобов'язань у міжнародному приватному праві**

У міжнародній практиці правового регулювання договірних відносин за участю іноземного елемента визнаним є правило, за яким законодавець надає право сторонам самостійно обирати правопорядок, що регулюватиме ці відносини. Проте такий вибір може бути обмежений імперативними нормами, що містяться у відповідному законодавстві.



ві країн світу. Така норма є й у законодавстві України (ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Разом з тим, коли сторони договору не обрали це право, для вирішення питання про вибір компетентного правопорядку має застосовуватися право тієї країни, яка має найбільш тісний зв'язок з цим договором. Такий підхід у МПП прийнято називати доктриною характерного виконання, сутність якої зводиться до того, що договірні відносини повинні врегульовуватися особистим законом особи, на яку покладено виконання. Таку позицію відтворено і в законодавчих актах багатьох держав (наприклад, ст. 1211 ЦК РФ<sup>1</sup>), у тому числі України. Однак, використавши принцип найбільш тісного зв'язку, законодавці зарубіжних країн наповнили його іншим змістом. Передбачивши застосування цього принципу як субсидіарної прив'язки (за умови відсутності згоди сторін про застосовуване право), законодавець формулює конкретні прив'язки, які, на його думку, презюмують найбільш тісний зв'язок.

Стаття 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» містить колізійні прив'язки для видів договорів (ч. 1 пп. 1–23), стосовно яких визначення країни, що має найбільш тісний зв'язок з договором, здійснюється залежно від виду договору. Інакше, ніж за загальним правилом доктрини характерного виконання вирішується питання вибору права, що застосовується до договорів:

а) про нерухоме майно — застосовується право тієї держави, в якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації, — право держави, де здійснено реєстрацію;

б) про спільну діяльність або виконання робіт — право держави, в якій така діяльність провадиться або створюються передбачені договором результати;

в) укладених на аукціоні, за конкурсом або на біржі застосовуються правові норми держави, в якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

Принцип найбільш тісного зв'язку в сучасній доктрині та законодавстві держав світу застосовується не для всіх категорій договорів. Так, в Україні він не застосовується до договорів споживання та засновницького договору юридичної особи з іноземною участю (статті 45 і 46 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

<sup>1</sup> Международное частное право [Текст] / сост. Н. Ю. Ерпылева, М. Б. Касенова. – М., 2007. – С. 104.

Подібне правило закріплено і в законодавстві інших держав (статті 1212, 1214 ЦК РФ<sup>1</sup>, статті 1126, 1130 ЦК Республіки Беларусь<sup>2</sup>, ст. 1114 ЦК Республіки Казахстан<sup>3</sup>). До договорів за участю споживача застосовується правило, передбачене в ст. 45 Закону «Про міжнародне приватне право». Вибір права, що застосовується до договору, стороною якого є споживач, який набуває або замовляє споживані товари (послуги) для особистих потреб, не може обмежити захисту його прав, що надається імперативними нормами в країні його місця проживання (перебування або місяця знаходження), якщо мала місце хоча б одна з таких обставин:

1) укладенню договору в цій країні передувала оферта, адресована споживачеві, або реклама, споживач здійснив у цій країні всі дії, необхідні для укладення договору; або

2) контрагент споживача прийняв замовлення від споживача в цій країні; або

3) споживач здійснив подорож за кордон з метою укладення споживчого договору з ініціативи контрагента.

До договорів про створення юридичної особи з іноземною участю (засновницького договору) застосовується право держави, в якій буде створено цю юридичну особу (ст. 46 Закону «Про міжнародне приватне право»). Ця норма за своєю правовою природою є імперативною і виключає можливість вибору засновників іншого права, ніж право тієї держави, де буде створено юридичну особу. Слід зазначити, що це правило застосовується виключно до створення юридичної особи з іноземною участю. Щодо інших договірних відносин, зокрема відносин між юридичною особою та іншими суб'єктами МПП, право обирається за загальними правилами, що містяться у законодавстві певної держави.

## § 4. Договір міжнародної купівлі-продажу товарів

У праві різних країн існують різні положення, які регулюють купівлю-продаж товарів і суттєво розрізняються за своїм змістом, що

<sup>1</sup> Международное частное право [Текст] / сост. Н. Ю. Ерпылева, М. Б. Касенова. – М., 2007. – С. 105–106.

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Республики Беларусь. – СПб., 2003. – С. 1036–1037.

<sup>3</sup> Гражданский кодекс Республики Казахстан. – СПб., 2002. – С. 1021.

надзвичайно ускладнює правове регулювання цих відносин. Виходячи з теорії і практики МПП, доктринальних підходів та внутрішнього законодавства держав, слід визначити такі особливості, що притаманні даній категорії договорів:

1) договір міжнародної купівлі-продажу товарів — це угода суб'єктів МПП, спрямована на встановлення, зміну і припинення прав та обов'язків у сфері міжнародної купівлі-продажу товарів;

2) дії суб'єктів МПП у сфері міжнародної купівлі-продажу товарів мають комерційний характер;

3) комерційні підприємства суб'єктів договірних відносин з міжнародної купівлі-продажу товарів на момент укладення договору знаходяться в різних державах.

Правова регламентація відносин, що виникають з приводу укладення, зміни та розірвання даної категорії договорів, здебільшого відбувається у міжнародно-правових актах. Найбільш значущими серед них є Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів<sup>1</sup>, прийнята в 1980 р. у Відні, та Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів<sup>2</sup>, прийнята в 1974 р. у Нью-Йорку. Україна є учасницею обох цих Конвенцій.

Віденська конвенція ООН 1980 р. являє собою сукупність міжнародно-правових норм, головною метою яких є створення єдиного правового режиму угод міжнародної купівлі-продажу товарів. Вона має універсальний характер, оскільки в ній враховано принципи та інститути, характерні для різних правових систем, а також принципи рівності та взаємної вигоди.

Договорами міжнародної купівлі-продажу товарів за цією Конвенцією є «договори купівлі-продажу, котрі укладають контрагенти, комерційні підприємства яких знаходяться у різних державах». Причому за Конвенцією, якщо держава має декілька комерційних підприємств, то положення Конвенції застосовуються до комерційного підприємства, з яким договір має найбільш тісний зв'язок.

Положення Конвенції є обов'язковими для фізичних і юридичних осіб, що перебувають під юрисдикцією держави — учасниці Конвенції, тільки якщо інша сторона за укладеним договором міжнародної купівлі-продажу також перебуває під юрисдикцією іншої держави — учасниці Конвенції.

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. — 2006. — № 15. — Ст. 1171.

<sup>2</sup> Відом. Верхов. Ради України. — 1993. — № 36. — Ст. 368.

Норми Конвенції також мають диспозитивний характер, зокрема:

1) сторони можуть виключити застосування положень Конвенції повністю або відступати від них (ст. 6 Конвенції);

2) держава при приєднанні до Конвенції може зробити застереження про те, що для неї не буде юридично обов'язковою або частина II «Укладення договору», або частина III «Купівля-продаж товарів» (так, при приєднанні до Конвенції в 1989 р. УРСР зробила заяву щодо обов'язковості письмової форми для даної категорії договорів<sup>1</sup>).

Регулюючи процедуру укладення договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, а також права та обов'язки сторін, які впливають із контракту, Конвенція не застосовується до продажу товарів для особистого користування, з аукціону, в порядку виконавчого провадження, фондових і забезпечувальних паперів, акцій, оборотних документів та грошей, суден водного і повітряного транспорту, суден на повітряній подушці, електроенергії (ст. 2). Крім того, вона не зачіпає питань дійсності самого договору чи яких-небудь його положень, чи будь-якого звичаю та наслідків, які може мати договір щодо права власності на проданий товар (ст. 4).

Іншим відомим міжнародним документом у сфері міжнародної купівлі-продажу є Нью-Йоркська конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р. У 1980 р. було прийнято Протокол про зміну її положень з метою приведення їх у відповідність з нормами Віденської конвенції про міжнародну купівлю-продаж товарів.

Згідно з положеннями Нью-Йоркської конвенції під строком позовної давності слід розуміти проміжок часу, внаслідок закінчення якого вимоги покупця та продавця один до одного, що впливають з договору міжнародної купівлі-продажу товарів чи пов'язані з його порушенням, припиненням або недійсністю, не можуть бути задоволені. Конвенція встановлює єдиний строк позовної давності — чотири роки.

Питання правової регламентації відносин, що виникають з договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, вирішуються і в інших міжнародних договорах, наприклад, конвенціях УНІДРУА 1988 р. про

<sup>1</sup> Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів : Указ Президії Верхов. Ради Української РСР від 23 серпня 1989 р. // Система інформаційно-правового забезпечення ЛПА:ЗАКОН® – К. : Ліга, 2009 – файл P897978.LHT.

міжнародний фінансовий лізинг<sup>1</sup>; про міжнародний факторинг<sup>2</sup>. Україна також бере участь у них.

Міжнародні звичаї відіграють важливу роль у міжнародній торгівлі та торговельному мореплавстві. Зміст великої кількості зовнішньоторговельних угод визначається міжнародними торговельними звичаями. Наприклад, при морському перевезенні вантажів значного поширення набули звичаї торгового порту, які застосовуються при навантаженні та розвантаженні суден. На торговельні звичаї посиляється й зовнішньоторговельний арбітраж у процесі розгляду господарських спорів.

Відповідно до доктринальних позицій більшості країн світу міжнародний звичай (у тому числі міжнародний торговельний звичай) є джерелом сучасного МПП. Головними системоутворювальними ознаками міжнародного торговельного звичаю є: тривалість існування; систематичне однакове застосування; визначеність; відповідність імперативним приписам публічного порядку.

У більшості країн звичай (у тому числі міжнародний торговельний звичай) використовується як норма, що доповнює закон.

Згідно зі ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН міжнародний звичай є доказом загальної практики, визнаної як правова норма<sup>3</sup>. Міжнародні звичаї (міжнародні торговельні звичаї) можуть мати як правовий, так і неправовий характер (узвичаєння). Правовий характер вони мають у разі, якщо санкціоновані відповідним компетентним органом держави. Для застосування звичаю необхідне виконання двох головних умов: по-перше, наявність волі сторін, що означає обов'язковість звичаю у разі, коли сторони включили його в текст договору за принципом автономії волі; по-друге, використання звичаю правозастосовними органами незалежно від волі сторін у разі, коли його визнають як правову норму. Це правило може впливати із загальних норм законодавства держави або із судової практики.

Однак складність використання міжнародних торговельних звичаїв та узвичаєнь у конкретних правовідносинах обумовлена насамперед

<sup>1</sup> Україна приєдналася згідно із Законом України від 11 січня 2006 р. «Про приєднання України до Конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг» // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 6. – Ст. 278.

<sup>2</sup> Україна приєдналася згідно із Законом України від 1 січня 2006 р. «Про приєднання України до Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг» // Офіц. вісн. України. – 2006. – Ст. 279.

<sup>3</sup> Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® – К. : Ліга, 2009 – файл MU45001U.LHT.

тією обставиною, що вони не завжди збігаються за змістом у законодавстві різних держав. З метою подолання проблем, що виникають у зв'язку із цим, здійснюються узагальнення подібних правил, їхня класифікація та тлумачення. Особливе значення в розробленні стандартів, ділових звичаїв та інших уніфікованих правил у сфері зовнішньої торгівлі має діяльність міжнародних організацій, таких як Міжнародна торговельна палата (МТП), Європейська економічна комісія ООН, Комісія ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ), Міжнародний інститут уніфікації приватного права (УНІДРУА), Міжнародна морська організація (ММО).

Серед найважливіших актів, прийнятих цими міжнародними організаціями в галузі регулювання зовнішньоторговельних відносин, слід виділити Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА), розроблені Міжнародним інститутом уніфікації приватного права в 1994 р.

Метою цього документа є розроблення зводу універсальних принципів, призначених для використання незалежно від правових традицій, а також економічних і політичних умов держав, де вони застосовуватимуться. Принципи УНІДРУА присвячені регулюванню загальних положень у сфері договірних зобов'язань, містять положення стосовно процедури укладення договору, його змісту, виконання договору, визначення дійсності зовнішньоторговельного контракту і його тлумачення. Принципи УНІДРУА підлягають застосуванню у разі, якщо сторони погодилися на те, що їх договір буде врегульовано нормами цього документа. Крім того, принципи УНІДРУА можуть використовуватися для тлумачення міжнародних уніфікованих правових документів.

Одним з найбільш важливих актів МПП, що забезпечують у цей час однакове розуміння і застосування основних принципів міжнародних торговельних відносин, є Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати (ІНКОТЕРМС). Цей документ уперше опубліковано МТП у 1936 р. і діє в редакції 2000 р.<sup>1</sup>

Правила Інкотермс-2000 включають так звані базисні умови поставок. Вони містять правила тлумачення 13 найбільш уживаних торговельних термінів у зовнішній торгівлі. Всі вони мають короткі найменування (FCA, DDP, EXW і т.д.), що являють собою аббревіатури їхньої назви англійською мовою. Правила, що містяться в термінах,

<sup>1</sup> Уряд. кур'єр. – 2002. – № 63, 68.

можуть застосовуватися до поставок усіх видів товарів при їх перевезенні повітряним, водним, автомобільним, залізничним або змішаним видами транспорту. Однак при цьому слід мати на увазі, що деякі терміни (FAS, FOB, CFR, CIF, DES і DEQ) можуть бути використані тільки при укладенні контрактів, які передбачають перевезення вантажів у рамках морських чи водних сполучень.

Усі терміни, що містяться в Інкотермс-2000, поділено на чотири групи. Перша із цих груп — група «Е» — передбачає, що продавець надає товари покупцеві безпосередньо на власних площах (у своїх приміщеннях) — EXW (із заводу). Відповідно до термінів другої групи — групи «F» — продавець зобов'язується надати товар у розпорядження перевізника, найнятого покупцем, у погодженому географічному пункті: FCA (франко-перевізник), FAS (франко вздовж борту судна) і FOB (франко-борт). Відповідно до термінів третьої групи — групи «С» — продавець сам зобов'язується укласти договір перевезення. Проте при цьому він не несе ризику випадкової загибелі або пошкодження майна, а також будь-які інші додаткові витрати після завантаження товару на транспортний засіб: CFR (вартість та фрахт), CIF (вартість, страхування та фрахт), CPT (фрахт/перевезення оплачені до) і CIP (фрахт/перевезення та страхування оплачені до). Терміни четвертої групи — групи «D» — передбачають, що продавець приймає на себе всі витрати і ризику до моменту поставки товару в країну призначення: DAF (поставка до кордону), DES (поставка з судна), DEQ (поставка з причалу), DDU (поставка без сплати мита) і DDP (поставка зі сплатою мита).

Міжнародні правила тлумачення торговельних термінів мають рекомендаційний характер. Тому сторони контракту мають право залежно від виду транспорту або характеру взаємовідносин обрати будь-яку схему зовнішньоторговельної операції згідно з Правилами Інкотермс-2000 та укласти на її основі договір. Якщо ж окремі питання визначаються сторонами в договорі інакше, ніж у Правилах Інкотермс-2000, то такі положення повинні бути повністю викладено в контракті.

Серед інших документів, присвячених уніфікації торговельних правил та звичаїв, слід назвати Уніфіковані правила по інкасо в редакції 1995 р. та Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів у редакції 1993 р.<sup>1</sup> Менш відомими документами є Типовий закон

<sup>1</sup> Юрид. вісн. України. – 2008. – Серп. – № 34.



ЮНСІТРАЛ про міжнародні кредитні перекази<sup>1</sup>, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронні підписи<sup>2</sup> та ін.

## § 5. Загальна характеристика угод СОТ щодо міжнародної торгівлі

Міжнародна торгівля являє собою механізм, що забезпечує вдосконалення виробництва в інтересах національних економік країн світу. Саме тому світове господарство не може функціонувати без узгоджених та скоординованих дій держав щодо світового економічного розвитку в цілому. Реалізація цих завдань обумовила необхідність створення світової торговельної системи, яка б дала змогу врегулювати і впорядкувати норми та правила міжнародної торгівлі. Таку систему було створено 15 квітня 1994 р. — делегації 147 країн світу і 30 міжнародних організацій заснували Світову Організацію Торгівлі (було прийнято Марракеську угоду про заснування СОТ та створено інституційний механізм реалізації угод системи ГАТТ-1994).

Основними правовими документами в сфері міжнародної торгівлі є такі.

1. Марракеська угода про заснування СОТ.

Угода про заснування СОТ не містить будь-яких норм і правил торгівлі. Вона визначає сферу діяльності СОТ, її функції і структуру, умови приєднання держав до СОТ, а також деякі інші організаційні положення.

2. Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ-1994) — основний правовий документ СОТ. ГАТТ-1994 містить положення щодо скорочення тарифних бар'єрів у міжнародній торгівлі. Документ гарантує всім учасникам СОТ режим найбільшого сприяння, що передбачає відсутність дискримінації в торговельних відносинах. Крім того, ГАТТ-1994 проголошує право захисту внутрішнього ринку виключно за допомогою тарифних заходів, стратегію на послідовне та постійне зниження ставок митних тарифів, застосування національного режиму як інструменту, що доповнює режим найбільшого сприяння. Угода дає

<sup>1</sup> Офіц. сайт ЮНСІТРАЛ [Електронний ресурс] / Режим доступу: [http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral\\_texts/payments/1992Model\\_credit\\_transfers.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/payments/1992Model_credit_transfers.html)

<sup>2</sup> Офіц. сайт ЮНСІТРАЛ [Електронний ресурс] / Режим доступу: [http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/2001Model\\_signatures.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html)



визначення галузі вітчизняного виробництва і чітко встановлює процедури антидемпінгових заходів щодо національного товаровиробника. В Угоді визначається порядок здійснення торговельних субсидій, компенсаційних, захисних та антидемпінгових заходів.

3. Генеральна угода про торгівлю послугами (ГАТС) визначає правила міжнародної торгівлі послугами. Документ містить загальні, обов'язкові для всіх країн-учасниць СОТ положення і конкретні зобов'язання стосовно окремих галузей та видів послуг, що зафіксовані в окремих переліках. Угода створює правову базу для усунення перешкод щодо торгівлі й інвестицій у сфері послуг, містить визначення поняття та видів торгівлі послугами, а саме:

- а) транскордонна поставка (з однієї країни до іншої);
- б) споживання за кордоном (поставка послуги на території однієї країни споживачеві послуги з іншої країни);
- в) комерційна присутність (поставка послуги постачальником послуг з однієї країни шляхом комерційної присутності на території будь-якої іншої країни);
- г) присутність фізичних осіб (поставка послуги постачальником послуг з однієї країни шляхом присутності фізичних осіб країни на території будь-якої іншої країни).

Так само як і ГАТТ, даний документ містить положення про режим найбільшого сприяння та національний режим. ГАТС проголошує поступову лібералізацію всієї сфери послуг.

4. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС) встановлює зобов'язання держав — членів СОТ створити національні механізми захисту прав власників. Угода передбачає стандарти і принципи щодо забезпечення прав інтелектуальної власності, а також механізми їх захисту. ТРИПС містить конкретні механізми реалізації цих стандартів і контролю за їх виконанням. У документі містяться положення, що регулюють відносини в галузі:

- а) авторського права і суміжних прав;
- б) патентів (прав винахідників);
- в) товарних знаків (позначення послуг);
- г) географічних зазначень (зазначень щодо походження товару);
- г) промислових зразків (дизайну);
- д) топологій інтегральних мікросхем;
- е) ноу-хау.

ТРИПС відносить вирішення справ у галузі інтелектуальної власності до компетенції спеціального органу з розгляду спірних питань.

5. Угода про технічні бар'єри в торгівлі (ТБТ) являє собою правовий документ, основні положення якого зводяться до такого:

а) обов'язковість для всіх країн — членів СОТ встановлення вимоги щодо продукції, процесів та послуг лише на законних підставах (додержання норм внутрішньодержавного законодавства стосовно нагляду за додержанням стандартів, норм і правил; норм щодо охорони довкілля, захисту життя і здоров'я людини та ін.);

б) вимоги про обов'язкове додержання країнами — членами СОТ положень щодо розроблення та змісту технічних регламентів і стандартів;

в) уніфікація процедур оцінювання відповідності стандартів, норм і правил вимогам законодавства СОТ та визнання таких процедур у країнах — членах СОТ;

г) надання державою — учасницею Угоди країнам — членам СОТ належної інформації щодо впровадження та розроблення нових нормативних вимог до продукції, процесів та послуг і запровадження нових процедур у внутрішньому законодавстві.

16 травня 2008 р. Україна набула членства в СОТ згідно із Законом України від 10 квітня 2008 р. «Про ратифікацію Протоколу про вступ України до Світової Організації Торгівлі», що зумовило необхідність гармонізації національного законодавства відповідно до вимог, які висуваються до країн — членів СОТ.

## **§ 6. Договір міжнародного перевезення вантажів, пасажирів та їх багажу**

### **6.1. Поняття міжнародних перевезень**

Транспортна галузь України є однією з найважливіших складових національної економіки. Національне законодавство закріпило функціонування всіх видів транспорту зважаючи на внутрішні особливості та враховуючи велике транзитне значення території нашої держави.

Загальні положення про транспорт закріплено в Законі України від 10 листопада 1994 р. «Про транспорт»<sup>1</sup>, де встановлено, що транспортну систему України складають: транспорт загального користування

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 51. – Ст. 446.

(залізничний, морський, річковий, автомобільний і авіаційний, а також міський електротранспорт, у тому числі метрополітен), промисловий залізничний транспорт, відомчий транспорт, трубопровідний транспорт, шляхи сполучення загального користування.

Раніше, як правило, переміщення людей та товарів у просторі обмежувалося територією однієї країни. З розвитком міжнародного співробітництва перевезення не закінчуються на території однієї країни, а подовжуються на території іншої або держав. Україна, безперечно, зацікавлена в ефективному регулюванні не тільки внутрішніх транспортних перевезень, а й міжнародних.

Міжнародними вважаються перевезення пасажирів і вантажу між двома або декількома державами. Особливістю міжнародних транспортних відносин є наявність іноземного елемента: перевезення виконується за кордон, отже, процесу переміщення притаманний іноземний елемент. Характерною рисою таких перевезень є те, що основні питання цього виду діяльності регулюються міжнародними угодами (транспортними конвенціями). На це вказував російський правник О. М. Садиков у висновку про те, що міжнародним перевезенням (міжнародному сполученню) притаманна не одна, а дві ознаки: вони здійснюються, по-перше, між двома та більше країнами і, по-друге, на умовах, встановлених міжнародними угодами<sup>1</sup>.

Норми як внутрішньодержавних, так і міжнародних документів підкреслюють необхідність укладення договору перевезення. Деякі дослідники відзначають, що сторонами такого договору повинні бути особи, які мають різну національну належність чи розташування на території різних країн пункту відправлення та пункту призначення чартерного перевезення або, якщо пункт відправлення та пункт призначення розміщено на території однієї країни, то узгоджена зупинка на території іншої країни<sup>2</sup>.

Факт укладення договору перевезення, який передбачає перетинання кордонів країни не менш як двох країн, є саме тією ознакою в якій виявляється «іноземний елемент».

Залежно від видів транспорту можна виділити такі перевезення: водні, залізничні, автомобільні, авіаційні; залежно від періодичності транспортних операцій — регулярні (лінійні) та нерегулярні; з ураху-

<sup>1</sup> Садиков, О. Н. Правовое регулирование международных перевозок [Текст] / О. Н. Садиков. — М. : Юрид. лит., 1981. — С. 6, 7.

<sup>2</sup> Діковська, І. А. Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. А. Діковська. — К., 2002. — С. 3.

ванням завершення перевезення на території країни-сусідки чи ні — сусідні, транзитні та прохідні (кільцеві). Є ще інші підстави для класифікації перевезень.

Зараз основним джерелом правового регулювання міжнародних перевезень пасажирів та їх багажу, вантажів є міжнародні угоди. Багато із них охоплюють усі або декілька видів транспорту. Наприклад, такою є Конвенція ООН про міжнародні змішані перевезення вантажів від 24 травня 1980 р. Найбільш важливі міжнародні конвенції охарактеризовано у відповідних підрозділах цього розділу.

Крім міжнародних угод, у процесі регулювання міжнародних перевезень велике значення мають внутрішньодержавні акти. В Україні це Цивільний кодекс, Повітряний кодекс, Кодекс торговельного мореплавства, закони України «Про залізничний транспорт»<sup>1</sup>, «Про автомобільний транспорт»<sup>2</sup>.

Практика міжнародних перевезень визначила найбільш поширені колізійні прив'язки. Серед них — закон місця відправлення товару, закон місця заподіяння шкоди, особистий закон перевізника та ін.

Правова регламентація міжнародних перевезень тісно пов'язана з діяльністю міжнародних організацій.

Міжнародні транспортні організації виникли наприкінці XIX ст. Вони розробляють проекти конвенцій, уніфікованих правил та технічних регламентів. Для розгляду і прийняття конвенцій міжнародні організації скликають дипломатичні чи інші конференції.

Міжнародні транспортні організації створюються за видами транспорту. Найбільшу групу становить організації в галузі водного транспорту (їх налічується близько 100). Серед міжурядових організацій найбільш авторитетною є Міжнародна морська організація (ІМО), створена в 1949 р.<sup>3</sup> Одне із основних її завдань — заохочення ліквідації дискримінаційних заходів та зайвих обмежень з боку урядів, які стосуються міжнародного торговельного судноплавства.

Міжнародні організації залізничного транспорту мають статус неурядових організацій. Більшість із них є регіональними та займаються вузьким колом проблем. У 1950 р. створено Європейську спілку по залізничним перевезенням. Її основна мета — представництво і захист у міжнародних організаціях інтересів європейських залізничних

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 40. – Ст. 183.

<sup>2</sup> Там само. – 2006. – № 32. – Ст. 273.

<sup>3</sup> Конвенція про Міжнародну морську організацію 1948 р. в редакції 1982 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 44. – Ст. 2982.

адміністрацій у відносинах з іншими міжнародними транспортними та економічними адміністраціями, які пов'язані з перевезеннями у міжнародному сполученні вантажів та пасажирів, а також організація і здійснення міжнародних залізничних перевезень у межах транспортної мережі країн — членів спілки.

Серед міжнародних організацій повітряного транспорту найбільш авторитетною є Міжнародна організація цивільної авіації (ІКАО)<sup>1</sup>. Її створено в 1944 р. як спеціалізовану установу ООН. Одне із завдань ІКАО — унеможливлення економічних втрат, які виникли внаслідок нерозумної конкуренції.

На сьогодні функціонують міжнародні організації автомобільного транспорту та автошляхів. Так, у 1948 р. створено Міжнародну автошляхову федерацію, в 1957 р. — Міжнародну спілку водіїв вантажівок далекого слідування і відповідних транспортних засобів. Ці організації займаються уніфікацією транспортної документації, правил дорожнього руху, стандартизацією систем стягнення за порушення правил перевезення вантажів, пасажирів та їх багажу.

Із міжнародних організацій по річковому сполученню найбільш активною є Дунайська комісія. Вона вивчає та вирішує питання, що стосуються юридичних аспектів судноплавства на внутрішніх водних шляхах міжнародного значення; готує необхідні правила відносно комерційних питань плавання Дунаєм; розроблює однакові норми митного, санітарного, фітосанітарного нагляду; складає проекти угод щодо спрощення правил перевезення вантажів та пасажирів.

## 6.2. Міжнародні морські перевезення

Морський транспорт є основним засобом перевезення зовнішньоторгових вантажів. Традиційно відзначають його відносну дешевизну. На морському транспорті склалися дві основні форми його експлуатації: *трампове судноплавство* — за його умов робота вантажних суден не пов'язана з певними постійними районами плавання, портами навантаження і розвантаження, не обмежена певними видами вантажів, а ціна перевезення встановлюється за згодою сторін; *лінійне судноплавство* — форма регулювання судноплавства, яке обслуговує напрямки перевезень із стабільними пасажиро- та вантажопотоками і передбачає

<sup>1</sup> Конвенція про міжнародну цивільну авіацію від 7 грудня 1944 р. // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 40. – Ст. 2667.

організацію руху закріплених за лінією суден за розкладом з оплатою за тарифом. Характерною ознакою лінії є постійний оборот суден на підставі існуючого розкладу.

Традиційно міжнародні морські перевезення здійснюються за договором морського чартеру або на підставі коносаментів.

*Чартер* є документом, який посвідчує наявність і зміст договору фрахтування, укладеного між фрахтовиком або фрахтувальником, і розрахований на перевезення великих партій вантажів, перш за все масових. Під час перевезень за чартером надається все судно, частина або його певне приміщення.

Залежно від умов перевезення різних видів вантажів застосовуються певні форми стандартних чартерів. Як правило, в міжнародному торговельному мореплаванні використовуються типові форми чартерів, розроблені, ухвалені або рекомендовані міжнародними морськими організаціями або національними палатами судноплавства. Практично всі чартери складаються із основної (стандартної) частини та адендумів. В останніх закріплюються особливі умови фрахтування суден та перевезення вантажів. Усі чартери містять різні застереження. Положення чартерів є диспозитивними, що дозволяє сторонам змінювати їх за своїм розсудом.

*Коносамент* — документ, що видається перевізником власнику відправленого морем вантажу як посвідчення факту прийняття його до перевезення і зобов'язання передати в порту призначення вантажоотримувачу. Коносамент може бути підписаний особою, наділеною відповідними повноваженнями від імені перевізника.

За способом визначення особи, яка має право вимагати видання вантажу, коносаменти можуть бути іменними, ордерними та на пред'явника.

Коносамент є: а) офіційною квитанцією судовласника (перевізника), що підтверджує факт приймання вантажу з метою його відправлення; б) меморандумом договору перевезення, який у деталях повторює умови договору; в) товаророзпорядчим документом на вантаж (товар), який дозволяє покупцеві розпорядитися ним шляхом передаточного надпису і надання коносаменту.

Міжнародне регулювання коносаменту закріплено в Міжнародній конвенції про уніфікацію деяких правил щодо коносаменту 1924 р. (правила Гаага-Вісбі), Конвенції ООН про морські перевезення вантажів 1978 р. (Гамбурзькі правила) і національних законодавчих

актах. Згідно зі ст. 138 КТМ України коносамент повинен містити такі реквізити: найменування судна; найменування перевізника; місце приймання або навантаження вантажу; найменування відправника; місце призначення вантажу; найменування одержувача вантажу; найменування вантажу, його маркування, кількість місць чи кількість та/або міра; фрахт та інші належні перевізнику платежі; час і місце видання коносаменту; кількість складених примірників коносаменту; підпис капітана або іншого представника перевізника. За згодою сторін у коносамент можуть бути внесені інші умови та застереження.

Міжнародне перевезення вантажів морем здійснюється на підставі договору. За договором міжнародного морського перевезення вантажів перевізник зобов'язується доставити вантаж, який йому передав або передасть відправник, у порт призначення і видати його уповноваженій на одержання вантажу особі, а відправник або фрахтувальник — сплатити встановлену плату (фрахт).

Договір морського перевезення вантажів може бути укладено: 1) за умови надання для морського перевезення вантажу всього судна, його частини або певних судових приміщень (чартер); 2) без такої умови.

Сторонами такого договору є перевізник і фрахтувальник.

У Гамбурзі 31 березня 1978 р. прийнято Конвенцію ООН щодо морського перевезення вантажів. Положення цієї Конвенції мають імперативний характер і застосовуються незалежно від національної належності судна, перевізника, фактичного перевізника, вантажовідправника, вантажоотримувача або будь-якої зацікавленої особи.

Найбільш детально угода регулює питання відповідальності перевізника і вантажовідправника. Відповідальність перевізника презюмується, тобто, як правило, обов'язок доказування покладається на перевізника. Відповідальність перевізника за вантаж охоплює період, протягом якого вантаж знаходиться у віданні перевізника в порту навантаження, під час перевезення і в порту розвантаження. Він несе відповідальність за збитки, які виникли внаслідок втрати або пошкодження вантажу.

Перевізник не несе відповідальності, крім випадків загальної аварії, коли вони виникли внаслідок заходів щодо спасіння життя або розумних заходів щодо спасіння майна на морі.

Для розрахунків використовується розрахункова одиниця «спеціального права запозичення», як її визначено Міжнародним валютним



фондом (МВФ). Одержані суми переводяться в національну валюту держави відповідно до вартості цієї валюти на дату судового рішення або на дату, узгоджену сторонами. Вартість в одиницях «спеціального права запозичення» національної валюти держави-учасника Конвенції, яка є членом МВФ, розраховується за методом визначення вартості, який застосовується МВФ на відповідну дату для його власних операцій та розрахунків.

Будь-який позов щодо перевезень за Конвенцією 1978 р. погашується давністю, якщо судовий або арбітражний розгляд не був розпочатий протягом двох років. Строк позовної давності починається в день, коли перевізник передав вантаж чи його частину або коли вантаж взагалі не було передано, — в останній день, коли вантаж повинен бути переданий. День, коли починається строк позовної давності, до цього строку не включається.

Договір морських перевезень вантажів має бути укладено в письмовій формі. Наявність і зміст такого договору можуть підтверджуватися чартером, коносаментом або іншими письмовими доказами.

КТМ України визначає відповідальність перевізника, відправника та фрахтувальника. Розмір відповідальності визначається за правилами, закріпленими в чинному законодавстві.

У ст. 176 КТМ України названо випадки звільнення перевізника від відповідальності за втрату, нестачу і пошкодження вантажу: наявність форс-мажорних обставин; прихованих недоліків вантажу; дій чи упущень відправника або одержувача; дій щодо запобігання забрудненню довкілля тощо.

Міжнародні перевезення морем пасажирів та їх багажу регламентується Міжнародною конвенцією про уніфікацію деяких правил про перевезення пасажирів морем 1961 р., Афіньською конвенцією про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 р.<sup>1</sup>, Протоколом до цієї Конвенції 1976 р. та іншими договорами.

Згідно з Афіньською конвенцією 1974 р. поняття «перевезення» охоплює такі періоди:

а) щодо пасажира та його каютного багажу — період, протягом якого пасажир та/або його каютний багаж знаходяться на борту судна,

<sup>1</sup> Про приєднання України до Афіньської конвенції про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 року і Протоколу 1976 р. до неї : Закон України від 15 липня 1994 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – Ст. 305; Афіньська конвенція про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 року і Протокол 1976 р. до неї // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 61. – Ст. 2436.



період посадки та висадки і період, протягом якого пасажир та його каютний багаж доставляються водним шляхом з берега на судно або навпаки, якщо вартість такого перевезення входить до вартості квитка. Не входить до перевезення період, коли пасажир знаходиться на морському вокзалі, на причалі або в іншій портовій споруді;

б) щодо каютного багажу — також період, протягом якого пасажир знаходиться на морському вокзалі, на причалі або іншій портовій споруді, якщо цей багаж прийнято перевізником, його службовцем або агентом і ще не видано пасажиру;

в) щодо іншого багажу, який не є каютним багажем, — період з моменту прийняття його перевізником, його службовцем або агентом на березі або на борту судна до моменту його видання перевізником, його службовцем або агентом.

Відповідно до ст. 3 Афіїнської конвенції перевізник відповідає за шкodu, завдану внаслідок смерті пасажирів або ушкодження його здоров'я, а також у результаті втрати або пошкодження багажу, якщо випадок виник під час перевезення та є наслідком вини чи необережності перевізника, його службовців або агентів, які діяли в межах своїх повноважень. Обов'язок доводити наявність такого випадку покладається на позивача.

Якщо перевізник доведе, що вина або необережність пасажирів стала причиною або сприяла його смерті чи тілесному ушкодженню або втраті чи пошкодженню його багажу, суд може відповідно до положень законодавства країни суду звільнити перевізника від відповідальності повністю чи частково.

Відповідальність перевізника у разі смерті пасажирів або ушкодження його здоров'я аж ніяк не може перевищувати 46 666 розрахункових одиниць щодо перевезення в цілому. Відповідальність перевізника за втрату або пошкодження каютного багажу в жодному разі не повинна перевищувати 833 розрахункових одиниць щодо перевезення в цілому.

Глава 3 розділу 5 КТМ України докладно регламентує процес перевезення морем пасажирів та їх вантажу. Однією з організаційних форм морських перевезень пасажирів та їх багажу на сучасному етапі виступає лінійне судноплавство, характерною ознакою якого є постійний оборот суден. Морські лінії поділяються на три групи: а) односторонні, що експлуатуються судовласниками однієї країни; б) спільні або змішані, що обслуговуються судовласниками зазвичай

чай двох країн; в) конференційні, що функціонують у рамках лінійних конференцій<sup>1</sup>.

З метою вдосконалення системи лінійних конференцій у 1974 р. схвалено Конвенцію про Кодекс поведінки лінійних конференцій<sup>2</sup>. Вона має за мету сприяти розвитку регулярних та ефективних лінійних послуг, адекватним потребам відповідної торгівлі, а також забезпечити рівновагу інтересів тих, хто надає послуги лінійного судноплавства, і тих, хто користується ними.

### 6.3. Міжнародні залізничні перевезення

Залізничний транспорт порівняно з іншими видами транспорту має низку переваг. По-перше, він може виконувати масові перевезення пасажирів та вантажів. По-друге, залізниця здійснює перевезення на великі відстані за відносно високої швидкості перевезень. По-третє, перевезення залізничними дорогами мають порівняно низьку собівартість і високу безпеку доставлення вантажів.

Головним договором щодо регулювання залізничних перевезень у Європі є Угода про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ) 1980 р., якою затверджено Організацію міжнародного залізничного транспорту (Україна приєдналася до цього договору в 2003 р. із відповідними застереженнями)<sup>3</sup>.

Перевезення в прямому міжнародному сполученні регулюються Єдиними правилами до договору про міжнародне залізничне перевезення пасажирів і багажу (ЦІВ), що становлять Додаток А до Конвенції; Єдиними правилами до договору про залізничне перевезення вантажів (ЦІМ), що становлять Додаток В до Конвенції. Єдині правила ЦІВ і ЦІМ разом з двома додатками є невід'ємною частиною Конвенції.

Особливою відмінною ознакою договору перевезення залізничним транспортом є те, що залізниця зобов'язана укласти такий договір з кожною особою. Як угода ЦІМ, так і угода ЦІВ передбачають детальне і широке регулювання прав та обов'язків за договором перевезення залізничним транспортом.

<sup>1</sup> Садиков, О. Н. Правовое регулирование международных перевозок [Текст] / О. Н. Садиков. – С. 227–228.

<sup>2</sup> ЗП Уряду ССРСР. Раздел второй. – 1984. – № 1–2.

<sup>3</sup> Про приєднання України до Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ) : Закон України від 5 черв. 2003 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 342.

Залізниця зобов'язана здійснити безпечне перевезення вантажів у строк і без втрат. У разі заподіяння шкоди чи втрати вантажу або прострочення в його доставленні залізниця несе відповідальність у порядку провини, що презюмується. Перевізник тим не менш може спростувати цю презумпцію шляхом надання доказів про те, що шкоду було викликано однією з обставин, за які залізниця згідно з ЦІМ не відповідає. До них належать: 1) особиста провина особи, яка має право на товар (вантаж); 2) обставини, викликані властивостями, що належать самому товару (властивість швидко псуватись, усушка); 3) неминучі обставини. Якщо залізниця доведе, що шкода могла виникнути в результаті однієї із подій, включених у список спеціальних ризиків, діятиме презумпція, за якою таку шкоду було заподіяно цією обставиною. Доки заявник не доведе інше, відповідальність залізниці не матиме сили. Тягар доказування зворотного несе заявник.

Конвенція визначає граничний розмір відповідальності залізниць у разі несхоронності вантажів у розрахункових одиницях МВФ — «спеціальних правах запозичення» (17 СПЗ, або 51 старий золотий франк на 1 кг ваги брутто). Він може бути зменшений сторонами в контракті за умови зниження звичайних ставок оплати за перевезення. Строк для заявлення вимог — один рік. Але у разі умисного пошкодження вантажу або через обманні дії залізниці строк позовної давності визначено ЦІМ у два роки.

Під час перевезення пасажирів та їх вантажу застосовуються правила ЦІВ, які розрізняють особисту шкоду, завдану пасажиру (смерть або каліцтво), і пошкодження вантажу. У разі смерті особи або каліцтва залізниця несе сувору відповідальність, якщо тільки не доведе, що ці події сталися внаслідок нещасного випадку: а) який не пов'язаний з експлуатацією залізничного транспорту та функціонуванням залізниці і якого неможливо було уникнути або попередити; або б) який повністю чи частково викликаний провинною самого пасажиром; або в) який спричинено діями третіх осіб, котрі не можна було попередити чи перекладати на залізницю. За пошкодження або втрату зареєстрованого багажу, а також за прострочення в доставленні, заподіянні перевізником, залізниця несе відповідальність у всіх випадках, якщо не доведе, що шкода сталася внаслідок однієї із таких причин: 1) провини самого пасажиром; 2) вказівок, наданих пасажиром; 3) характеру багажу; 4) обставин непереборної сили; 5) особливих ризиків, пов'язаних з неналежним чи відсутнім пакуванням.

Право висунення вимог до залізниці втрачається у випадках, якщо особа протягом трьох місяців не повідомить перевізника про випадки смерті або каліцтва пасажира. У разі пошкодження, втрати або несвоєчасного доставлення вантажу вимоги мають бути заявлені в такому самому порядку, що і за правилами ЦІМ.

У КОТІФ передбачені граничні строки доставлення вантажів. Наприклад, загальні строки доставлення вантажів становлять для вантажів великої швидкості 400 км, а для вантажів малої швидкості — 300 км на добу.

Укладення договору перевезення вантажу, пасажирів та їх багажу в рамках цієї Конвенції здійснюється на підставі накладної затвердженої форми і квитка, а також плацкарти (проїзного документа) для проїзду в спальному вагоні та провезення безоплатно 35 кг ручної поклажі. Багаж понад зазначену вагу перевозиться за наявності багажної квитанції.

Перевізна плата стягується із вантажовласників згідно з внутрішніми тарифами шляхів країни відправлення та призначення, а за умови транзитного слідування — відповідно до узгоджених транзитних тарифів.

Позови до залізних доріг подаються до суду з обов'язковим попереднім поданням претензії перевізникові.

Україна бере також участь в Угоді про міжнародні залізничні сполучення 1951 р. (переглянуто в 1992 р.). Вона встановлює пряме залізничне сполучення для перевезення вантажів між залізницями Китаю, КНДР, Монголії, Росії, України та деяких інших країн.

У ст. 7 цієї Угоди передбачено, що перевезення вантажів оформлюється накладною, яка складається із трьох аркушів: оригіналу накладної, аркуша видання вантажу, аркуша повідомлення про прибуття вантажу. Відправник повинен оголосити в накладній вартість вантажу. Залізниця не зобов'язана перевіряти правильність і достатність документів, які відправник додав до накладної.

В Угоді визначаються строки доставлення вантажів великої та малої швидкості. Ці строки можуть бути подовжені на час затримання для виконання митних та інших правил і в інших випадках.

За умови прибуття вантажу на станцію призначення залізниця зобов'язана видати вантаж, оригінал накладної та лист повідомлення про прибуття вантажу його отримувачеві.

Угода детально встановлює види та форми відповідальності залізниць. Залізниця відповідальна за прострочення в доставленні

вантажів та збитки, які сталися внаслідок повної чи часткової втрати, нестачі маси, пошкодження, псування або зниження якості вантажу з інших причин за час з моменту прийняття вантажу до перевезення до видання його на станції призначення.

Претензії і позови за договором перевезення можуть бути заявлені протягом дев'яти місяців, за винятком претензій і позовів про прострочення доставлення вантажів, для подання яких встановлено дво-місячний строк.

Крім того, Україна уклала низку двосторонніх договорів з питань регламентації залізничних перевезень<sup>1</sup>. Цими угодами вирішуються питання координації залізничних перевезень і особливості правового регулювання діяльності підприємств, установ та організацій залізничного транспорту. В угодах з країнами СНД констатується збереження чинного порядку здійснення міжнародних перевезень вантажів та пасажирів залізничним транспортом. Вони зберігають існуючі технологічні зв'язки між залізницями, встановлюють систему відповідальності за порушення технологічних параметрів перевезень.

В Україні залізничні перевезення регулюються низкою внутрішніх нормативних актів та міжнародними угодами, основні з яких розглянуто в цьому підрозділі.

#### **6.4. Міжнародні автомобільні перевезення**

На початку ХХ ст. міжнародні автомобільні перевезення регламентувала Конвенція про врегулювання автомобільного руху між країнами, встановлення технічних вимог до автомашин у міжнародному сполученні, прав керування автомобілем, уніфікації сигналів на автошляхах (Париж, 1926 р.). Поширення міжнародних автомобільних перевезень призвело до розроблення Конвенції про дорожній рух та Протоколу про дорожні знаки і сигнали (Женева, 19 вересня 1949 р.). До них приєдналися майже 150 країн. Колишній СРСР також був їх учасником з 1959 р. Україна як його правонаступниця продовжує брати участь у цих конвенціях.

<sup>1</sup> Див.: Угода між Урядом України і Урядом Республіки Білорусь про діяльність залізничного транспорту від 17 груд. 1992 р. // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 12. – Ст. 609; Угода між Урядом України і Урядом Республіки Польща про залізничне сполучення через Державний кордон від 18 черв. 1993 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 39. – Ст. 2642.

Умови договору міжнародного автомобільного перевезення вантажів між європейськими державами визначаються в Конвенції про договір міжнародного перевезення вантажів, підписана у Женеві 19 травня 1956 р. (КДПВ)<sup>1</sup>

Конвенцію про договір міжнародного перевезення вантажів було прийнято з метою уніфікації умов, що регулюють міжнародне перевезення вантажів автотранспортом, зокрема щодо документів, які застосовують для перевезення, а також відповідальності перевізника. Вона застосовується, по-перше, до перевезень автомобілями, автомобілями-тягачами, причепами, напівпричепами тощо; по-друге, до будь-якого платного договору перевезення вантажів, коли місце прийняття вантажу до перевезення та місце доставлення вантажу знаходяться у різних державах, з яких хоч би одна є учасницею Конвенції; по-третє, до перевезень вантажів між державами, коли частина шляху проходить морем, залізницею, внутрішніми водно-повітряними шляхами. Якщо втрата чи пошкодження або прострочення доставлення мали місце під час перевезення іншими видами транспорту і не були викликані дією або бездіяльністю автоперевізника, його відповідальність норми зазначеної Конвенції регулюють тільки за відсутності іншого відповідного міжнародного договору.

Автомобільні перевезення оплачуються за тарифом з розрахунку за перевезення однієї тонни вантажу залежно від відстані. Передбачено також надбавки, знижки та штрафи відповідно до встановленої плати (тарифу).

Згідно з Конвенцією для здійснення автотранспортного перевезення укладається єдиний договір навіть у разі його реалізації декількома перевізниками. Останні мають укладати додаткові угоди між собою. Але умови цих угод не повинні відхилятися від положень єдиного договору та зазначеної Конвенції. В протилежному разі вони вважатимуться недійсними.

Кожен з перевізників відповідає за здійснення всієї операції перевезення. Другий і наступні перевізники стають сторонами у договорі перевезення на умовах, зазначених у відвантажувальній накладній. У цьому разі позов у зв'язку зі втратою, пошкодженням чи затриманням

<sup>1</sup> Про приєднання України до Конвенції про договір міжнародного автомобільного перевезення вантажів: Закон України від 1 серп. 2006 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2006. – № 39. – Ст. 341; Конвенція про договір міжнародного дорожнього перевезення вантажів (КДПВ) від 19 травня 1956 р. // Відом. Мін-ва транспорту та зв'язку України. – 2006. – № 15–16.

доставлення вантажу може бути пред'явлений тільки до першого перевізника, останнього, або до того, який здійснював контроль над вантажем, коли сталася його втрата, пошкодження чи затримання у доставленні. Позов можна пред'явити одночасно до декількох перевізників. Відповідальність згідно з вимогами Конвенції ґрунтується на принципі провини. У разі неможливості встановити винну особу збитки відшкодовують усі перевізники пропорційно. Якщо один з перевізників є неплатоспроможним, його частку повинні сплатити інші перевізники.

Конвенція передбачає, що договір перевезення вантажу автотранспортом підтверджується накладною на перевезення вантажу, яка засвідчує прийняття вантажу перевізником. Відсутність накладної чи її дефект не повинні впливати на дійсність договору.

До автотранспортної накладної відправник додає всі необхідні документи, наприклад, пакувальні листи, відвантажувальні специфікації, сертифікати якості, інші документи, необхідні для проходження товаром митного контролю.

Відповідно до норм Конвенції перевізник відповідає, якщо вантаж втрачено повністю або частково чи заподіяно шкоду в період з моменту прийняття вантажу до перевезення і до моменту його доставлення, а також унаслідок затримання доставки. Перевізник завжди відповідає, якщо: втрата, пошкодження чи затримання в доставленні викликані несправністю транспортного засобу; мала місце неправомірна поведінка чи недбалість особи, в якій транспортний засіб було орендовано, або службовців транспортної організації.

Перевізник звільняється від відповідальності, якщо доведе, що втрата, збитки чи затримання доставлення вантажу виникли у результаті: а) неправомірних дій чи недбалості позивача; б) вказівок позивача, не пов'язаних з неправомірними діями чи недбалістю перевізника; в) недоліків вантажу, зумовлених його специфічними властивостями; г) настання обставин, яких перевізник не міг уникнути, і наслідків, яких він не міг відвернути. В останньому випадку перевізник повинен довести розсудливість своїх дій та неможливість уникнення шкоди.

Про втрату чи пошкодження вантажу одержувач має повідомити перевізника. Факт приймання вантажу є доказом того, що вантажодержувач отримав вантаж у стані, описаному в накладній. Якщо у накладній не зазначено умов, який стан повинен мати вантаж під час його отримання перевізником, то, як правило, презюмуються його на-



лежний стан, а також непошкодженість упаковки, відповідність маркування і номерів вантажу відомостям, зазначеним у накладній.

Компенсація перевізником збитків, завданих повною чи частковою втратою вантажу, обмежено максимальним розміром. За незбереження вантажу максимальна відповідальність перевізника сягає 25 золотих франків за 1 кг ваги бруто (ст. 23 КДПВ). Крім того, перевізник повністю відшкодовує витрати, пов'язані з перевезенням, мито тощо.

Конвенція містить перелік спеціальних ризиків, які звільняють перевізника від відповідальності, наприклад, використання відкритих (без брезентового покриття) вантажних машин, якщо це було узгоджено у накладній.

У Женеві 5 липня 1978 р. держави-учасниці Женевської КДПВ 1956 р. уклали Протокол до цієї Конвенції. У ньому по-іншому тлумачиться розмір відповідальності, зазначений у ст. 23 КДПВ. Встановлено, що розмір відповідальності не може перевищувати 8,33 розрахункових одиниць за 1 кг відсутньої ваги бруто. Зазначену статтю доповнено нормами, в яких роз'яснено поняття та застосування розрахункової одиниці. Нею вважають одиницю спеціальних прав запозичення, яка визначається МВФ. Вказаний розмір розрахункової одиниці перераховують у національну валюту держави, суд якої розглядає справу, на підставі вартості цієї валюти у день винесення рішення або у день, визначений домовленістю сторін. Виражена в одиницях спеціальних прав запозичення вартість національної валюти держави, що є членом МВФ, обчислюється згідно з методом оцінювання, який використовує МВФ для своїх операцій та угод під час їх вчинення. Якщо держава не є учасницею цієї організації, для обчислення застосовують метод, встановлений державою, в якій відбувається таке обчислення.

Серед міжнародних договорів є такі, що регулюють перевезення специфічних вантажів або таких, що вимагають спеціальних застережних заходів і особливих умов при транспортуванні. Такою є, наприклад, Європейська конвенція про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів від 30 вересня 1957 р., яка набрала чинності 29 січня 1968 р. Її учасницями є близько 20 країн.

До зазначених міжнародних договорів належить також Угода про міжнародні перевезення харчових продуктів, що швидко псуються, і про спеціальні транспортні засоби, призначені для цих перевезень від 1 вересня 1970 р., яка стала чинною 21 листопада 1976 р. До Угоди приєдналися Франція, Іспанія, ФРН, колишній СРСР та деякі інші країни.



У Європейській угоді про роботу екіпажів транспортних засобів, що виконують міжнародні автомобільні перевезення, укладеній 1 липня 1970 р., зазначено, що під час будь-якого міжнародного автомобільного перевезення, до якого застосовується ця Угода, підприємство і члени екіпажу повинні дотримуватися вимог щодо тривалості відпочинку і керування, а також складу екіпажу, розпоряджень, встановлених національним законодавством у тому районі держави, де член екіпажу переважно займається своєю виробничою діяльністю, а також чинними в даному районі арбітражними рішеннями і колективними договорами. Тривалість відпочинку та керування визначається відповідно до цього законодавства арбітражними рішеннями або колективними договорами.

Особливості міжнародних автомобільних перевезень регулюються міжнародними договорами, основний зміст яких спрямовано на регламентацію митного проходження вантажів. Наприклад, митний режим при перетинанні кордонів європейських держав автотранспортом регулює Митна конвенція про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП від 14 листопада 1975 р., яка набрала чинності 20 березня 1978 р.<sup>1</sup>

Конвенція стосується перевезення вантажів без їх проміжного перевантаження у дорожніх транспортних засобах, сполученнях транспортних засобів або контейнерах, з перетинанням одного або декількох кордонів від митниці місця відправлення однієї з договірних сторін до митниці призначення іншої договірної сторони або тієї самої договірної сторони за умови, що визначена частина операції МДП між її початком і закінченням здійснюється автомобільним транспортом.

Відповідно до ст. 4 цієї Конвенції вантажі, перевезені з додержанням процедури МДП, звільнюються від сплати або депозиту ввізних чи вивізних податків і зборів у проміжних митницях. Крім того, вантажі, перевезені з додержанням процедури МДП у запломбованих дорожніх транспортних засобах, запломбованих сполученнях транспортних засобів або запломбованих контейнерах, як правило, звільнюються від митного огляду на проміжних митницях.

Зазначена Конвенція є обов'язковою для України як однієї із правонаступниць колишнього Союзу РСР, що було підтверджено у 1994 р.

---

<sup>1</sup> Митна конвенція про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенція МДП) від 14 листопада 1975 р. // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 3. – Ст. 138.

Відповідно до її норм міжнародним документом, який застосовують для автомобільних перевезень вантажів через митні кордони декількох держав без їх перевантаження є книжка МДП (далі — Книжка МДП). Цей документ видає Асоціація, яка входить до складу Міжнародної спілки автомобільного транспорту, а в Україні — уповноважені на це митні органи.

Конвенція про договір міжнародного дорожнього перевезення пасажирів і багажу, укладена в Женеві 1 березня 1973 р., застосовується до будь-якого договору автомобільного перевезення пасажирів та (у відповідних випадках) їхнього багажу транспортними засобами, коли в договорі зазначено, що перевезення здійснюється територією принаймні двох держав і що пункт відправлення або/і пункт призначення розташовані на території однієї з договірних держав. Застосування Конвенції не залежить від проживання і громадянства сторін, що укладають договір (ст. 1).

Розділ 4 Конвенції передбачає відповідальність перевізника за шкоду, заподіяну як особі, так і багажу. Перевізник відповідає за збиток, пов'язаний зі смертю, тілесними ушкодженнями чи заподіянням будь-якої іншої шкоди фізичному або психічному здоров'ю пасажирів внаслідок події, пов'язаної з перевезенням, що має місце під час перебування пасажирів в транспортному засобі, під час його посадки чи висадки або у зв'язку з навантаженням чи вивантаженням багажу (ст. 11). Якщо головна контора перевізника розташована в такій державі або в державі, що не є договірною стороною, законодавство якої передбачає вищу межу або не встановлює ніякої межі, для визначення загальної суми застосовується законодавство цієї держави, за винятком норм, що належать до колізійного права (ст. 13).

Конвенція про міжнародні автомобільні перевезення пасажирів і багажу, укладена 9 жовтня 1997 р.<sup>1</sup>, поширюється на перевізників сторін, які виконують перевезення пасажирів у міжнародному сполученні автобусами, незалежно від країни їх реєстрації, та має для них обов'язкову силу, а також на перевезення пасажирів та їх багажу автобусами, якщо в договорі перевезення зазначено, що воно здійснюється територіями не менш як двох сторін і пункт відправлення або пункт призначення розташовані на території однієї із сторін.

---

<sup>1</sup> Про ратифікацію Конвенції про міжнародні автомобільні перевезення пасажирів і багажу: Закон України від 08.04.1999 // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 19. – Ст. 179.

Конвенція регламентує умови та правила перевезень, відповідальність перевізників, порядок подання претензій та позовів.

Декілька слів про договір пасажирського перевезення та його особливості. По-перше, з договором пасажирського перевезення завжди поряд інші відносини — перевезення багажу, який зазвичай містить особисті речі пасажирів. Перевезення багажу тісно пов'язане з пасажирським: воно можливе лише за пред'явлення пасажирського квитка і з урахуванням умов, передбачених договором перевезення пасажирів. Тому перевезення багажу зазвичай визнається додатковим (акцесорним) договором до договору перевезення пасажирів.

По-друге, для договору перевезення пасажирів характерними є диференціація та динаміка умов. Пасажирам, особисті інтереси і майнові можливості яких різні та можуть змінюватися, мають бути надані можливості для визначення умов договору перевезення і наступного внесення змін до вже укладеного договору: право скористатися договором лише частково, на більш вигідних умовах або взагалі відмовитися від нього (хвороба, зміна маршруту).

По-третє, значні особливості наявні в умовах відповідальності транспортних організацій перед пасажиром. Якщо відповідальність перевізника за багаж є близькою до правил перевезення вантажів, то його відповідальність перед пасажиром будується на інших підставах і є більш суворою.

Внутрішнє право багатьох країн розглядає відповідальність транспорту перед пасажиром як деліктну (позадовірну) або допускає її використання поряд з договірною відповідальністю, як правило, незалежно від вини перевізника. В іншому відношенні відповідальність транспорту за договором пасажирського перевезення є зниженою, оскільки відповідно до внутрішнього права перевізники, як правило, не несуть відповідальність у разі порушення строків перевезення пасажирів.

По-четверте, є деякі особливості в порядку пред'явлення вимог до транспортних організацій за договором перевезення пасажирів. Під час висунення вимог про заподіяну шкоду здоров'ю в інтересах пасажирів звичайно не передбачається претензійний строк, як під час перевезення вантажів, і встановлюється більш тривала позовна давність. Ці відмінності теоретично не є істотними, але мають важливе практичне значення.

Крім багатосторонніх угод, країни можуть укладати і двосторонні. У цих угодах передбачають сферу їх застосування (перевезення пасажирів, вантажів, їх транзит тощо); порядок здійснення регулярних (за певними маршрутами, згідно з розкладом руху, на підставі узгоджених тарифів) та нерегулярних перевезень; обов'язкове страхування транспортних засобів; своєчасне обов'язкове страхування цивільної відповідальності кожного автотранспортного засобу, який виконує міжнародні перевезення; заборону певних видів перевезень, наприклад, здійснюваних перевізником однієї з договірних держав між двома пунктами у другій договірній державі чи деяких предметів, матеріалів, речовин.

Регулярні перевезення здійснюються на підставі дозволу-документа на проїзд, що дозволяє в'їзд/виїзд автотранспортного засобу однієї договірної держави на/з територію(ї) іншої держави або надає право на проїзд транзитом через територію іноземної договірної держави. Дозволи видаються на підставі встановлених квот. Для нерегулярних перевезень дозвіл не є обов'язковим. У міжнародних договорах можуть передбачатися випадки перевезень, на виконання яких дозвіл не потрібний.

Міжнародні договори можуть містити застереження про заборону перевезення між державами, що домовляються, або транзит їх територіями окремих вантажів, наприклад, зброї, боєприпасів, військового спорядження, вибухових матеріалів та інших небезпечних чи шкідливих речовин.

Договори встановлюють вимоги до перевізних документів та їх відповідності загальноприйнятим міжнародним зразкам, а також до прав водія та реєстраційних документів на автотранспортний засіб. Норми міжнародних договорів можуть визначати порядок здійснення платежів чи умови звільнення від них або відсилати з цих питань до національного законодавства держав.

В угодах може зазначатися, що перевізники та екіпажі транспортних засобів під час перебування на території іншої договірної держави зобов'язані додержуватися законів і правил, які діють на цій території, у тому числі правил перевезень та дорожнього руху. У разі порушення норм національного законодавства чи міжнародних договорів до перевізника застосовують заходи покарання, передбачені договорами.

## 6.5. Міжнародні повітряні перевезення

Міжнародні повітряні перевезення також регулюються багатосторонніми договорами. Серед них — Чиказька конвенція про міжнародну цивільну авіацію від 7 грудня 1944 р., ратифікована Україною 10 серпня 1992 р.<sup>1</sup>, яка є основою для національних норм. Встановивши принцип визнання державного суверенітету, Конвенція цим утвердила право кожної держави регулювати повітряні перевезення у межах своєї території, комерційну діяльність автотранспортних підприємств та здійснювати юрисдикцію щодо перевезень. Чиказька конвенція встановила загальні вимоги до діяльності цивільної авіації під час здійснення міжнародних польотів. Йдеться про принципи і правила польотів, реєстрацію повітряних суден та їх документацію, розслідування повітряних пригод, порядок встановлення технічних норм.

У 1944 р. створено міжурядову спеціалізовану установу — Міжнародну організацію цивільної авіації (ІКАО), яка почала функціонувати у 1947 р. Відповідно до ст. 44 Чиказької конвенції та Статуту ІКАО організація сприяє розвитку міжнародної цивільної авіації, розробляючи рекомендації та стандарти щодо правил польотів, експлуатації літаків, сприяє безпеці польотів на міжнародних авіалініях.

У рамках ІКАО підготовлено багато документів різного плану, в яких визначено діяльність пілотів, екіпажів літаків, операторів служби повітряного руху і наземних екіпажів, регламентовано вимоги щодо літаків та їх устаткування, аеронавігаційних карт тощо.

Одними з основних є Конвенція для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень (Варшава, 12 жовтня 1929 р.) та Гаазький протокол до неї (28 вересня 1955 р.). Конвенція застосовується до будь-якого міжнародного перевезення людей, багажу чи вантажів, що здійснюється за плату з допомогою повітряного судна, а також до безкоштовних перевезень за допомогою повітряного судна, що виконуються підприємством повітряних перевезень (ст. 1). Використовується для перевезень, які здійснюються державою або іншими публічно-правовими юридичними особами. Не застосовується під час перевезення поштової кореспонденції та поштових посилок (ст. 2).

<sup>1</sup> Конвенція про міжнародну цивільну авіацію від 7 грудня 1944 р. // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 40. – Ст. 2667.

Глава II «Перевізні документи» (розділ I «Проїзний квиток») містить вимогу видання під час перевезення пасажирів квитка, в якому зазначено місце відправлення і місце призначення. Якщо вони розташовані на території однієї з договірних сторін, а одна чи декілька передбачених зупинок — на території іншої держави, то повинна бути вказана принаймні одна така зупинка. Якщо пасажир здійснює подорож, за якої місце остаточного призначення та зупинка знаходяться не в країні відправлення, до такого перевезення можуть застосовуватися положення Варшавської конвенції, яка визначає й у більшості випадків обмежує відповідальність перевізника у разі смерті чи поранення осіб, а також втрати чи пошкодження багажу.

Розділ II «Багажна квитанція» містить вказівки щодо перевезення багажу. Згідно зі ст. 4 повинна видаватися багажна квитанція, яка (якщо її не об'єднано з проїзним квитком чи не внесено в нього) повинна містити: зазначення місця відправлення і місця призначення; якщо місце відправлення і призначення знаходяться на території однієї договірної сторони, а одна чи декілька передбачених зупинок — на території іншої держави, зазначення принаймні однієї такої зупинки; повідомлення про те, що в разі перевезення, за якого місце остаточного призначення чи зупинка знаходяться не в країні відправлення, до такого перевезення можуть застосовуватися положення Варшавської конвенції, яка визначає й у більшості випадків обмежує відповідальність перевізників у разі втрати або ушкодження багажу.

Глава III «Відповідальність перевізника» регламентує відповідальність перевізника за шкоду, заподіяну внаслідок смерті, поранення чи будь-якого іншого тілесного ушкодження пасажира, якщо нещасний випадок, що заподіяв шкоду, стався на борту повітряного судна або під час посадки чи висадки та в інших випадках. Конвенція встановлює обмеження відповідальності перевізника. Проте за допомогою особливої угоди перевізник і пасажир можуть встановити і вищу межу відповідальності.

Конвенція містить 18 додатків, де врегульовано окремі питання повітряних перевезень, наприклад, видання свідоцтв особовому складу, правила польотів, питання аеронавігаційних карт тощо.

Україна уклала з іноземними державами окремі двосторонні угоди, де передбачені особливості повітряних перевезень на окремих напрямках.

Гватемальський протокол від 8 березня 1971 р. став наступним актом, спрямованим на підвищення відповідальності авіап перевізників.

ка перед пасажиром. Його норми передбачають відповідальність авіаперевізника незалежно від його провини. Водночас відповідальність унеможлиблюється, якщо шкоду викликано станом здоров'я пасажир чи його провинною. У Гватемальському протоколі в декілька разів збільшилася відповідальність перевізника перед пасажиром порівняно з правилами Гаазького протоколу.

З метою уніфікації деяких правил щодо міжнародних перевезень, що виконуються іншою особою, а не перевізником за договором, 18 вересня 1961 р. у Гвадалахарі підписано Конвенцію для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень, здійснюваних особою, яка не є перевізником за договором, Гвадалахарська конвенція доповнює Варшавську конвенцію 1929 р. Її прийняття було викликано необхідністю нормативного врегулювання поширених послуг надання однією авіакомпанією іншим літаків для здійснення перевезень на підставі особливого договору. За аналогією з морськими перевезеннями цей договір одержав назву чартеру. Провідні авіакомпанії розробили проформи чартерних договорів. Норми Конвенції 1961 р. визначають, що фактичним перевізником вважається авіакомпанія, яка надає літак за договором чартеру чи на інших правових засадах.

Національне законодавство держав стосовно міжнародних перевезень містить переважно матеріально-правові норми. Так, Повітряний кодекс України визначає поняття перевізника. Ним визнається будь-яка юридична чи фізична особа, що виконує повітряні перевезення, має права експлуатанта авіаційної техніки. Стосовно іноземних повітряних перевізників визнаються права експлуатанта за документами, які видані компетентним органом відповідної зарубіжної держави і відповідають вимогам міжнародних договорів та угод за участю України (ст. 59). Іноземні перевізники здійснюють свою діяльність на території України згідно із законодавством України, міжнародними угодами та договорами (ст. 66). Звичайно національне законодавство не обмежується лише зазначеним нормативним актом.

## **6.6. Міжнародні річкові перевезення**

Річкові перевезення мають низку переваг, а саме: більшу порівняно із сухопутними видами транспорту вантажопідйомність рухомого складу; високу пропускну спроможність шляху; відносно дешеве облаштування річкового русла порівняно зі спорудженням залізничного полотна або автостради; низьку собівартість перевезення річками.



Для України характерними є міжнародні перевезення внутрішніми водними шляхами з подальшим виходом у море (ріка — море). До таких перевезень застосовуються норми КТМ України та деяких конвенцій, що мають двосторонній або регіональний напрямок.

Україна активно розвиває співробітництво з багатьма країнами Дунайського регіону. Так, 14 грудня 1959 р. укладено Угоду про міжнародне пряме змішане залізнично-водне вантажне сполучення, яка визначає порядок перевезення вантажів річкою Дунай. Згідно зі ст. 2 цієї Угоди умови перевезення вантажів у міжнародному водному змішаному залізнично-водному вантажному сполученні та впливаючі із них права, обов'язки, відповідальність, взаємовідносини між залізницями, дунайськими портами і судноплавними підприємствами, з одного боку, та відправниками і одержувачами вантажів — з другого, а також тарифні питання та взаємовідносини між залізницями, дунайськими портами і судноплавними підприємствами регулюються правилами та інструкціями, узгодженими транспортними міністерствами та міністерствами зовнішньої торгівлі сторін, що домовляються.

Розрахунки між залізницями, дунайськими портами та судноплавними підприємствами різних країн здійснюються відповідно до чинних платіжних угод сторін, що домовляються.

Відносно недавно прийнята Будапештська конвенція про договір перевезення вантажів внутрішніми водними шляхами (22 червня 2001 р.) застосовується до всіх договорів перевезення вантажів, згідно з яким порт завантаження та порт розвантаження або порт здавання вантажу розташовано на території двох різних країн, принаймні одна з яких є учасницею Конвенції. Під час таких перевезень видається транспортний документ (передбачено застереження, які він може містити) та за проханням відправника вантажу може видаватися коносамент, якщо це було застереження до завантаження вантажу чи до прийняття його до перевезення.

## **6.7. Міжнародні змішані перевезення**

Міжнародні змішані (комбіновані) перевезення передбачають перевезення вантажів принаймні двома різними видами транспорту на підставі договору змішаного (комбінованого) перевезення із пункту в одній країні, де вантажі поступають до відання оператора змішаного перевезення, до обумовленого місця доставлення в іншій країні.



Головним організатором змішаного (комбінованого) перевезення є оператор, який виконує функції експедитора та перевізника. Під час змішаного (комбінованого) перевезення між вантажовласником і перевізником не виникає відносин, оскільки останнього замінює оператор.

Найбільш часто до таких перевезень застосовується Конвенція ООН про міжнародні змішані перевезення вантажів від 24 травня 1980 р. З цією угодою якщо укладено договір змішаного (комбінованого) перевезення і він підпадає під дію даної Конвенції, то її положення є обов'язковими для учасників.

Конвенція дає визначення таких правових термінів:

«Оператор змішаного (комбінованого) перевезення» — будь-яка особа, яка від власного імені або через іншу діючу від її імені особу укладає договір змішаного (комбінованого) перевезення, виступає як сторона договору та бере на себе відповідальність за виконання договору;

«Договір змішаного (комбінованого) перевезення» — це договір, на підставі якого оператор змішаного (комбінованого) перевезення за сплату провізних платежів зобов'язується здійснити або забезпечити здійснення міжнародного перевезення;

«Документ змішаного (комбінованого) перевезення» — це документ, який посвідчує договір змішаного (комбінованого) перевезення, прийняття вантажу оператором змішаного (комбінованого) перевезення до свого відання, а також його зобов'язання доставити вантаж відповідно до умов договору;

«Вантаж» включає будь-який контейнер, піддон чи аналогічний пристрій для транспортування або упакування, якщо вони надані вантажовідправником.

Конвенція не обмежує права кожної держави регулювати та контролювати на національному рівні операції щодо змішаного (комбінованого) перевезення та операторів змішаного (комбінованого) перевезення.

За Конвенцією в документі змішаного (комбінованого) перевезення містяться такі дані: загальний характер вантажу, основні марки, необхідні для ідентифікації вантажу; зовнішній стан вантажу; назва та місцезнаходження основного комерційного підприємства оператора змішаного (комбінованого) перевезення; назва вантажовідправника і вантажоодержувача; місце та дата прийняття операторами вантажу

до свого видання; місце та дата видання документа змішаного (комбінованого) перевезення.

Конвенція 1980 р. встановлює межі відповідальності оператора за втрату або пошкодження вантажу — його відповідальність обмежується сумою, яка не перевищує 920 розрахункових одиниць за місце або іншу одиницю відвантаження, або 2,75 розрахункової одиниці за кілограм ваги бруто втраченого або пошкодженого залежно від того, яка сума більше. Однак оператор не має права обмежувати відповідальність, якщо доведено, що втрата, пошкодження або затримання в доставленні стали результатом дій оператора.

Будь-який позов у справі з міжнародних перевезень погашується давністю, якщо судовий або арбітражний розгляд не було розпочато протягом двох років.

Конкуренція між різними видами транспорту в міжнародному сполученні веде до поступового нівелювання правових режимів перевезення. Зараз на порядку денному стоїть завдання щодо уніфікації міжнародного транспортного права, а регулювання саме комбінованих перевезень вантажів — це перший крок у цьому напрямку.

## **§ 7. Позадоговірні зобов'язання у міжнародному приватному праві**

### **7.1. Поняття та зміст позадоговірних зобов'язань у міжнародному приватному праві**

Під позадоговірними зобов'язаннями в широкому сенсі розуміють зобов'язання сторін у правовідносинах, які виникають не на основі домовленості (договору) між сторонами. Поняття, зміст та види позадоговірних зобов'язань у різних правових системах значно відрізняються. Наприклад, ЦК України до них відносить:

- зобов'язання з відшкодування позадоговірної шкоди (деліктні зобов'язання);
- публічну обіцянку винагороди;
- вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення;
- рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи;
- створення загрози життю, здоров'ю фізичної особи, майну фізичної або юридичної особи;

– набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

Найчастіше під позадоговірними зобов'язаннями в МПП розуміються зобов'язання з позадоговірного відшкодування шкоди (деліктні зобов'язання) та зобов'язання, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (безпідставного збагачення).

Закон України «Про міжнародне приватне право» у ст. 48 «Право, що застосовується до недоговірних зобов'язань» визначає, що до зобов'язань, які виникають з дії однієї сторони, з урахуванням положень статей 49–51 цього Закону застосовується право держави, в якій мала місце така дія. Отже, будь-яке недоговірне зобов'язання з іноземним елементом підлягає регулюванню за законодавством тієї країни, де воно виникло.

У МПП стосовно позадоговірних зобов'язань основну увагу приділяють деліктним зобов'язанням.

Підставою виникнення деліктних зобов'язань є правопорушення, або делікт (від лат. *delictum* — провина, проступок). Серед правопорушень, що породжують зобов'язання, найчастіше фігурує заподіяння шкоди. За одним із визначень, *делікт* — це незаконна дія, яка заподіює шкоду іншій особі, на підставі чого виникає зобов'язання в особи, яка заподіяла шкоду, відшкодувати її. При цьому маються на увазі саме випадки позадоговірного заподіяння шкоди. Звичайно, таке заподіяння можливе і внаслідок невиконання зобов'язань однією із сторін за договором, проте такі відносини регулюватимуться нормами договірної відповідальності. Інститут деліктної відповідальності спрямовано на врегулювання стосунків між особами, які не пов'язані договірними відносинами, та за певних умов передбачає відшкодування заподіювачем шкоди, завданої потерпілому.

Цей вид позадоговірних зобов'язань останнім часом набув особливого значення завдяки стрімкому розвитку науки і техніки, а також значному посиленню економічних, соціокультурних та політичних зв'язків між державами, що зробило можливими й навіть необхідними інтенсивну взаємодію суб'єктів МПП між собою і відповідно обтяження правовідносин іноземним елементом.

Слід зазначити, що, як і позадоговірні зобов'язання в цілому, деліктні зобов'язання різняться за змістом, значенням та принципами регулювання залежно від конкретної держави. Наприклад, у таких державах романо-германської правової сім'ї, як Німеччина, Франція,

Україна, відповідальність регулюється відповідно до певних загальних правил (наявність протиправної поведінки, заподіяння шкоди, причинний зв'язок між протиправною поведінкою та шкодою, провина заподіювача шкоди). Разом з цим у Великій Британії та США, що належать до англосаксонської правової сім'ї, таке регулювання відбувається шляхом визнання певних конкретних типів правопорушень, що спричиняють шкоду (недбалість, необережне порушення чужих прав володіння, образа тощо), кожний з яких регулюється окремими нормами. Тому важливим є врахування цих відмінностей при аналізі конкретної ситуації.

## 7.2. Колізійне регулювання деліктних зобов'язань

Для регулювання позадоговірних зобов'язань з іноземним елементом найчастіше застосовуються колізійні норми, адже уніфікувати законодавство різних держав у цій сфері досить важко. За допомогою колізійних норм формується *статут деліктного зобов'язання* — сукупність матеріальних норм національного права, обраного на підставі колізійної норми.

Незважаючи на істотні відмінності регулювання деліктних правовідносин матеріальним правом різних держав, колізійне регулювання з цього питання є майже тотожним. Для визначення статуту деліктного зобов'язання застосовують такі прив'язки:

- закон місця заподіяння шкоди (*lex loci delicti commissi*);
- закон країни суду (*lex fori*);
- закон прапора (*lex flagi*);
- закон місця реєстрації транспортного засобу;
- особистий закон сторони (сторін) (*lex patriae, lex domicilii*);
- закон, обраний сторонами (стороною) деліктного зобов'язання (*lex voluntatis*).

Протягом сторіч домінуючою колізійною прив'язкою у цій сфері є принцип *lex loci delicti commissi* — застосування закону місця заподіяння шкоди.

Чинне законодавство України також визнає загальним правилом закон місця заподіяння шкоди. Так, у ч. 1 ст. 49 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлено, що права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають унаслідок заподіяння шкоди, визначаються правом держави, в якій мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди.

Але найновіші тенденції у розвитку МПП свідчать про поступову втрату популярності цієї колізійної прив'язки. Законодавство і судова практика намагаються якнайкраще врахувати всі обставини справи та обрати право, що має найбільш тісний зв'язок із правопорушенням.

Аргументи щодо недоцільності неухильного додержання принципу *lex loci delicti commissi* можна проілюструвати міркуваннями суддів Апеляційного суду штату Нью-Йорк у справі 1963 р. *Babcock v. Jackson*<sup>1</sup>.

Подружжя Беккок та Джексонів з м. Рочестер (штат Нью-Йорк) вирушили машиною м-ра Джексона на уїк-енд до Канади. На території Канади, в провінції Онтаріо, м-р Джексон втратив контроль над машиною; вона з'їхала з дороги і врізалась у кам'яну стіну, в результаті чого пасажирка міс Беккок дістала серйозних травм. Повернувшись до свого штату, вона подала позов проти Вільяма Джексона, звинувативши його в необережності при керуванні автомобілем.

На час інциденту в провінції Онтаріо чинним був закон, який передбачав, що власник автомобіля не несе відповідальності за шкоду, заподіяну здоров'ю осіб, які знаходилися у машині, якщо тільки не йдеться про ділові поїздки чи перевезення пасажирів за плату. Відповідач позов не визнав, спираючись на закон місця події.

Проте суд вирішив, що застосування в цьому разі *lex loci delicti commissi* буде неправильним, оскільки «зв'язок» цієї справи з правом штату Нью-Йорк незрівнянно більш тісний, ніж з правом провінції Онтаріо, і «інтерес» штату Нью-Йорк значно більший. Як потерпілий, так і заподіювач шкоди — обидва мешканці цього штату, машина зареєстрована, застрахована і, якщо не використовується, то стоїть у гаражі в штаті Нью-Йорк, подорож розпочалась і повинна була закінчитися саме тут. Єдиний зв'язок з Онтаріо — те, що подія суто випадково мала місце в цій провінції.

Позиція законодавчих органів штату Нью-Йорк до проблеми відшкодування збитків, вчинених тому, хто приїхав з іншого штату (*guest*), у результаті необережності водія, однозначна — шкода, заподіяна в такій ситуації, має бути відшкодована. Суд також висловив впевненість, що у законодавця провінції Онтаріо не було наміру позбавити права на відшкодування мешканця штату Нью-Йорк, який постраждав через свого земляка. Метою цього закону було відвернен-

<sup>1</sup> Офіц. сайт Апеляційного суду штату Нью-Йорк / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock\\_jackson.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm)

ня можливості пред'явлення шахрайських вимог пасажирів до водіїв і страхових компаній провінції.

Далі суд зазначив, що хоча оцінка поведінки відповідача (тобто, правомірна вона чи ні) може залежати від законів тієї території, якою проїздить автомобіль, права і обов'язки водія і пасажирів стосовно одне одного не повинні змінюватися залежно від пересування машини. На практиці іноді застосовуються закони, аналогічні закону провінції Онтаріо, але ніколи раніше питання не стояло так, як у даному випадку, і сліпе слідування закону без урахування його мети та інших чинників може призвести до несправедливого результату. Суд зробив висновок про те, що він не вбачає причин підкоряти всі питання, котрі виникають з деліктних вимог, одному правопорядку. Ця справа стала віхою в судовій практиці вирішення такої категорії справ у США.

Українське право, незважаючи на визнання *lex loci delicti commissi* загальним правилом, також, як і право інших держав, реагуючи на нові тенденції, передбачає винятки із нього щодо певних правовідносин.

Так, у ч. 2 ст. 49 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що права та обов'язки за зобов'язаннями, котрі виникають внаслідок заподіяння шкоди за кордоном, якщо сторони мають місце проживання або місцезнаходження в одній державі (*lex domicilii*), визначаються правом цієї держави. Тут набуває значення особистий закон осіб, що беруть участь у деліктних правовідносинах. Подібне положення закріплено й у ст. 42 Конвенції країн СНД 1993 р. «Про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах»: «Якщо заподіювач шкоди та потерпілий є громадянами однієї Договірної сторони, застосовується законодавство цієї Договірної сторони». Тут також ідеться про особистий закон учасників деліктних правовідносин, проте інший його різновид — *lex patriae*, або закон громадянства.

Тобто, як бачимо, у Конвенції 1993 р. за основу взято принцип громадянства осіб, які беруть участь у деліктних відносинах, а в Законі України «Про міжнародне приватне право» — закон місця проживання для фізичних осіб (доміциль), або місцезнаходження для юридичних осіб.

Таку саму конструкцію з визначення права, за яким розглядатимуться деліктні відносини, де сторонами є громадяни однієї держави, визначили такі країни, як Алжир, Німеччина, Монголія, Греція, Бельгія, Італія. Закон Угорщини «Про міжнародне приватне право», як і українське законодавство, в подібній ситуації визначає основним критерієм не громадянство, а місце постійного проживання (доміциль).

Закон місця реєстрації транспортного засобу може мати значення при визначенні матеріального права, що застосовується до деліктних зобов'язань, котрі виникають з володіння та керування транспортним засобом. Так, ст. 3 Гаазької конвенції про право, що застосовується до дорожньо-транспортних пригод (1971 р.), визначає загальне правило, відповідно до якого право, що підлягає застосуванню до деліктних зобов'язань, котрі виникають унаслідок дорожньо-транспортної пригоди (ДТП), є правом держави, де сталась така пригода, тобто *lex loci delicti commissi*. В той же час ст. 4 Гаазької конвенції встановлює винятки із цього правила коли деліктні зобов'язання, що виникають з ДТП, регулюються державою, в якій зареєстровано транспортний засіб (транспортні засоби), що є учасником (учасниками) ДТП.

Закон прапору (*lex flagi*), як можна зрозуміти з самої його назви, застосовується до міжнародних морських правовідносин, в основному тих, що виникають у торговельному мореплаванні. Так, КТМ України у ст. 5 передбачає, що у разі заподіяння судном шкоди, не передбаченої статтями 296 і 314 цього Кодексу, відшкодування завданих збитків регулюється законодавством держави, де мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди, а якщо шкоду заподіяно у відкритому морі, — законодавством держави, під прапором якої плаває судно. Разом з тим п. 6 ст. 14 КТМ України встановлює, що межі відповідальності судновласника та оператора ядерного судна, яке плаває під прапором іноземної держави, регулюються законом держави, під прапором якої плаває судно. Якщо ці межі нижчі від установлених цим Кодексом, то під час розгляду спору про відповідальність у суді або господарському суді України застосовуються положення цього Кодексу.

Іншим ключовим питанням, крім визначення колізійного правила, при визначенні права, яке підлягає застосуванню в деліктних відносинах, є з'ясування наявності автономії волі сторін. Принцип автономії волі (*lex voluntatis*) означає, що сторона (сторони) позадоговірних правовідносин у МПП можуть обирати матеріальне право, яке буде застосовано до їх правовідносин. Отже, в кожному разі слід з'ясувати, чи можуть сторони деліктних відносин самостійно обирати право, яким вони керуватимуться.

У світовій практиці існують різні погляди на можливість існування автономії волі сторін у деліктних зобов'язаннях у МПП, а також на ступінь такої автономії. По-перше, різняться погляди на сам факт існування автономії волі сторін у таких правовідносинах. Так, у свій



час Л. Раапе зазначав: «Принцип місця вчинення делікту є примусовим, у деліктному праві не існує автономії волі сторін». У минулому практика не визнавала можливість встановлення статуту деліктного зобов'язання на основі угоди сторін про право, яке застосовуватиметься. Ще недавно статуту деліктних зобов'язань надавався примусовий характер і при цьому відкидалася можливість застосування принципу автономії волі сторін (*lex voluntatis*).

Проте останнім часом спостерігається відмова від підходу, згідно з яким сторони деліктних зобов'язань не повинні мати автономію волі. Тому тепер найбільш поширеною є відмінність саме в підході до обсягу і випадків застосування автономії волі. Правопорядок конкретної держави стикається тут з такими запитаннями: чи повинна постраждала сторона мати автономію волі? Чи повинен заподіювач шкоди мати право впливу на обрання права управомочною стороною? Чи має право вибору надаватися лише обом сторонам за їх згодою? Коли слід визнавати таку домовленість належною: до, після заподіяння шкоди чи в обох випадках? Право яких саме держав входить до переліку, з якого управомочена сторона (сторони разом) повинна мати змогу обрати матеріальне право? Як забезпечити справедливий захист постраждалої сторони? Як захистити заподіювача шкоди від надмірного чи іншим чином несправедливого стягнення з нього відшкодування на користь постраждалої сторони?

Найчастіше принцип обмеженої автономії волі визначається тоді, коли жодна із сторін не має необмеженого права впливу на обрання матеріального права. Обрання сторони в такому разі обмежується необхідністю отримати згоду іншої сторони чи встановленням досить обмеженого переліку випадків, коли автономія волі є можливою, або дуже обмеженого переліку держав, матеріальне право яких можна обрати, тощо.

Цікавим у цьому контексті є застосування в праві деяких держав (наприклад, Чеської Республіки) правила *lex loci delicti commissi*, під яким розуміється як саме місце вчинення акту, що заподіює шкоду, так і місце, де настали шкідливі наслідки. В такому разі управомочена сторона може мати право вибору між правом держави, де було вчинено такий акт, і правом держави, де настали шкідливі наслідки акту, якщо наслідки такого акту настали в іншій державі.

Українське законодавство, враховуючи сучасні тенденції, також визнає можливість застосування принципу автономії волі в деліктних відносинах. Так, у ч. 3 ст. 49 Закону України «Про міжнародне приватне право» зазначено: «Сторони зобов'язання, що виникло внаслідок



заподіяння шкоди, у будь-який час після його виникнення можуть обрати право держави суду». Тобто в даному випадку можна говорити про обмежену автономію волі, оскільки сторони деліктного зобов'язання можуть обрати тільки закон суду (*lex fori*). До того ж такий вибір права за принципом *lex fori* можливо здійснити тільки після виникнення зобов'язання внаслідок заподіяння шкоди. Це зумовлено самою природою недоговірних зобов'язань. Як правило, сторони до настання шкоди не мають будь-яких зв'язків і тим більше не можуть знати, де, коли і як між ними виникнуть деліктні відносини.

Можливість застосування закону суду (*lex fori*) в рамках принципу автономії волі сторін (*lex voluntatis*) зумовлена тим, що принцип *lex fori* відігравав домінуючу роль у вирішенні питань деліктної відповідальності. При відносно нерозвинутій системі МПП достатньо природною видається тенденція суду звертатися до власного права для вирішення колізійних питань.

Щоправда, принцип автономії волі теж обмежений, ми також спостерігаємо і в ст. 50 Закону України «Про міжнародне приватне право», де зазначається, що 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.

Принцип автономії волі у деліктних відносинах, що виникають у рамках захисту прав споживачів, який надає споживачеві, що постраждав через недоліки товарів, право вибору матеріального права, є досить поширеним у світовій практиці. Він визнається, наприклад, Швейцарією, Ліхтенштейном, Тунісом, Італією, Естонією, Канадською провінцією Квебек, американським штатом Луїзіана, Казахстаном, Узбекистаном та ін.

Крім цього, існує спеціальна Гаазька конвенція, укладена 2 жовтня 1973 р., що застосовується до відповідальності, спричиненої неякісним товаром, яка також передбачає можливість обрання матеріального права постраждалою стороною з урахуванням певних правил серед права держави місця постійного проживання постраждалої особи, держави основного місця діяльності заподіювача шкоди, держави місця, де придбано неякісний товар. Відповідно учасники цієї Конвен-

ції, якими, зокрема, є Хорватія, Франція, Фінляндія та ін., визнають автономію волі сторін у цих правовідносинах незалежно від фіксації права на таку автономію в їх національному праві.

Заслуговує на увагу також загальне обмеження, передбачене у ч. 3 ст. 49 Закону України «Про міжнародне приватне право», згідно з якою 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. Відповідно український суд відшкодовуватиме незалежно від обраного найбільш сприятливого права лише шкоду, завдану поведінкою, яка вважається протиправною за українським правом.

Подібні норми містяться і в законодавстві інших країн, а саме у ст. 32 закону про міжнародне приватне право Угорщини, § 133 закону про міжнародне приватне право Швейцарії. У свою чергу, звід законів про конфлікти законів США рекомендує в такій ситуації використовувати ці ж самі принципи, а також брати до уваги місце проживання і право держави, в якій виникли колізійні відносини сторін.

Альтернативні колізійні норми покликані в даному випадку як найбільшим чином захистити інтереси потерпілої сторони, але якщо потерпілий не скористається таким альтернативним вибором права, то потрібно застосовувати закон місця заподіяння шкоди (вчинення делікту) — *lex loci delicti commissi*, який є універсальним з огляду як на Закон України «Про міжнародне приватне право» (статті 48, 49), так і на міжнародне законодавство, а саме Гаазьку конвенцію 1973 р. про право, що застосовується до відповідальності виробника.

Сторони зобов'язання у будь-який час після його виникнення можуть домовитися про застосування до нього права держави суду.

Одним з елементів позадоговірних, деліктних зобов'язань у МПП є зобов'язання з відшкодування моральної шкоди, на яке також поширюється загальне правило *lex loci delicti commissi*. Однак проблема полягає у тому, що законодавство деяких країн не містить інституту моральної (немайнової) шкоди, а отже, і норм, відповідно до яких цю шкоду можна було б відшкодувати. Це перш за все країни мусульманського світу. Навіть у праві держав, що визнають інститут моральної шкоди, підходи до обчислення її розміру, доказування, а також випадків спричинення можуть істотно різнитися.

Зобов'язання, що виникають з незаконного збагачення, є поряд з деліктними одним з найбільш уживаних різновидів позадоговірних зобов'язань у МПП. В українському праві ці зобов'язання називають-

ся зобов'язаннями з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави і регулюються гл. 83 ЦК України.

Зобов'язання, що виникають з незаконного збагачення, не є деліктними зобов'язаннями, оскільки, незважаючи на те, що власник майна зазнає певної шкоди, пов'язаної з безпідставним набуттям його майна третьою особою, вони не передбачають своїм обов'язковим елементом деліктну поведінку з боку набувача такого майна. Так, зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 1212 ЦК України положення Кодексу про набуття, збереження майна без достатньої правової підстави застосовуються незалежно від того, чи безпідставне набуття або збереження майна було результатом поведінки набувача майна, потерпілого, інших осіб чи наслідком події.

Регулюючи правовідносини з незаконного збагачення, українське право відповідно до статей 1212–1214 ЦК України передбачає за загальним правилом повернення такого майна (в натурі, якщо це можливо), а також доходів, отриманих з такого майна, потерпілій особі.

На практиці незаконне збагачення нерідко відбувається через помилкові дії суб'єктів господарювання. Наприклад, комерційні підприємства, що знаходяться і здійснюють свою діяльність у двох різних державах, уклали договір поставки певних товарів і здійснюють один з одним грошові розрахунки, передбачені укладеним договором. Покупець товарів помилково переказує грошову оплату за партію товарів не постачальникові (продавцеві), а якійсь третій особі, яка перебуває в якійсь іншій державі. Така третя особа буде відповідно особою, яка незаконно (безпідставно) набула ці грошові кошти. Покупець, бажаючи повернути свої кошти, буде змушений діяти згідно з матеріальним правом, яке вкажуть колізійні норми МПП і яке в цьому разі регулюватиме правовідносини з незаконного збагачення.

Звісно, незаконне збагачення може статися не тільки у підприємницькій практиці. Такі правовідносини можуть скластись і за участю фізичних осіб у їх повсякденному житті, наприклад, при втраті фізичною особою своїх речей під час закордонної подорожі тощо.

Правилом, яке найчастіше регулює обрання матеріального права у правовідносинах з незаконного збагачення в МПП, є правило, відповідно до якого такі правовідносини регулюються правом держави, де мали місце дії з набуття майна без достатньої правової підстави (тобто *lex loci delicti commissi*, але з урахуванням того, що ці правовідносини не обов'язково будуть деліктними).

Чинне українське законодавство (ст. 51 Закону України «Про міжнародне приватне право») також передбачає, що до зобов'язань,

які виникли внаслідок набуття, збереження майна без достатніх правових підстав, застосовується право держави, в якій такі дії мали місце. Проте, як і в разі деліктних зобов'язань, українське право визнає у правовідносинах з незаконного збагачення обмежену автономію волі сторін, і сторони в таких правовідносинах можуть у будь-який час після виникнення відповідного зобов'язання домовитися про застосування до нього права держави суду.

### **7.3. Особливості відшкодування шкоди, завданої іноземною державою**

Міжнародно-правове регулювання відшкодування цивільно-правової шкоди, завданої іноземною державою, є досить специфічним і тісно пов'язано з принципами міжнародного публічного права.

Річ у тім, що держава є специфічним суб'єктом МПП, який володіє суверенітетом і відповідно має певний імунітет від цивільно-правової відповідальності. За загальним правилом цивільно-правова відповідальність держави настає в разі, якщо держава сама дозволить таку відповідальність і відмовиться від імунітету. Відмова від імунітету необов'язково має відбутися в повному обсязі і не означає його повного скасування (тобто не означає скасування імунітету від усієї та будь-якої відповідальності). Для можливості настання цивільно-правової відповідальності держави за заподіяння позадоговірної шкоди буде достатнім, якщо держава відмовиться від імунітету лише в частині саме цієї відповідальності.

Слід зазначити, що на сьогодні більшість держав відмовилися від імунітету щодо великої частини можливих деліктних зобов'язань і тому відшкодування завданої державою позадоговірної шкоди в основному є можливим.

Крім зазначеного, держава має імунітет від юрисдикції судових органів іноземної держави, тому в разі відшкодування в судовому порядку завданої державою шкоди в суді іншої держави необхідною є відповідна відмова від імунітету щодо таких позовів держави-відповідача.

Слід також урахувати, що держава фактично не є певною однорідною особою, складається із різних органів, установ, посадових та службових осіб тощо. Кожна конкретна держава погоджується визнати своєю відповідальністю відповідальність за поведінку певного кола службових осіб та органів. Коло таких осіб та органів визначається кожною державою самостійно за власною волею і не є однаковим для

кожної держави. Так само перелік видів і характеристики поведінки осіб та органів, що належать до зазначеного кола, за які держава погоджується нести відповідальність, також залежать від конкретної держави.

Через зазначені специфічні умови існування і реалізації позадоговірної відповідальності держави необхідним є посилання на право держави-заподіювача шкоди, яким ця держава дозволяє свою відповідальність за конкретну поведінку конкретних осіб, а також обраний потерпілою стороною порядок притягнення себе до такої відповідальності.

Отже, притягнення іноземної держави до позадоговірної цивільно-правової відповідальності можливе лише згідно з правом цієї держави незалежно від існування відповідної колізійної норми та прив'язки до права цієї держави.

Україна як держава в питаннях своєї позадоговірної цивільно-правової відповідальності ставиться до іноземних громадян як до своїх власних. Так, відповідно до ч. 1 ст. 73 Закону України «Про міжнародне приватне право» 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. За ч. 1 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 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.

Норма ч. 4 ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає існування в міжнародній практиці взаємності в питанні судового імунітету (тобто норм у праві іноземних держав, які дозволяють притягнення в іноземних судах України до деліктної відповідальності лише за згодою України). Звісно, така взаємність виникає не із зазначеної норми Закону України, проте ця норма є свідченням урахування чинним українським законодавством світової практики та вказує

на можливість незастосування судами України в певних випадках загального правила судового імунітету іноземної держави. Однак у будь-якому разі слід враховувати, що виконання судового рішення, прийнятого щодо певної держави іноземним судом, частіше за все відбуватиметься за правилами, встановленими державою, щодо якої таке рішення прийнято. Відповідно невизнання такою державою рішення іноземного суду та/або небажання виконувати його, що може статися при погіршенні відносин між державами в умовах, які призвели до застосування принципу взаємності, унеможливує його виконання. Тому в цих правовідносинах важливими є досягнення і додержання між державами домовленостей з приводу порядку відшкодування шкоди, завданої іноземною державою.

ЦК України (статті 1173–1176) передбачає цивільно-правову позадоговірну відповідальність України за протиправну поведінку органів державної влади, їх посадових та службових осіб, спричинену при здійсненні ними своїх повноважень. Крім цього, Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» передбачає випадки і порядок відшкодування державою шкоди, завданої цими органами.

Таким чином, урахуовуючи відсутність у чинному українському законодавстві вказівки на протилежне, наведене вище означає, що іноземні громадяни та особи без громадянства мають таке саме право на відшкодування позадоговірної цивільно-правової шкоди, завданої Україною, як і громадяни України, як це передбачено ЦК України та іншими нормативно-правовими актами. Проте для здійснення відшкодування такої шкоди в судовому порядку необхідно звернутися до компетентного українського суду.

## **■ § 8. Представництво, довіреність та позовна давність у міжнародному приватному праві**

### **8.1. Види представництва в міжнародному приватному праві**

У зв'язку з розширенням експортно-імпортних відносин за участю осіб як юридичних, так і фізичних українських осіб, інтенсивною інтеграцією України у світову спільноту, в тому числі її вступом у СОТ,

особливого значення набуває інститут представництва. Завжди важливим аспектом залишається правильна кваліфікація набуття і реалізації цивільних прав, виконання обов'язків. Це зумовлює необхідність з'ясувати низку питань теорії представництва і повноваження, зокрема, кваліфікації представництва, довіреності, які розглядаються в контексті представництва у комерційних відносинах, що в свою чергу є окремим випадком представництва в цілому.

За своєю сутністю представництво — це реалізація правосуб'єктності під час вчинення правочинів та інших юридичних дій, що здійснює представник у межах наданих йому повноважень, з котрих як з юридичних фактів випливають правовідносини за участю того, кого представляють, і третіх осіб. У свою чергу представник залишається за межами відносин, породжених його діями, не набуває ніяких прав і не несе ніяких обов'язків. Таким чином, дії представника породжують юридичні наслідки для того, кого представляють, однак не для самого представника.

У міжнародних приватноправових відносинах виділяють такі загальні види представництва, як законне представництво і представництво, що виникає внаслідок спеціального уповноваження особи. Останній вид представництва традиційно для вітчизняного законодавства має назву просто «представництво», або «уповноважене представництво», тоді як, наприклад, закон Італії «Реформа італійської системи міжнародного приватного права» 1995 р. класифікує представництво на таке, що виникло на підставі припису закону, і «добровільне представництво».

У свою чергу, добровільне представництво може використовуватись у вигляді представництва за довіреністю, комерційного представництва та ін. Зокрема комерційне представництво заслуговує на особливу увагу, оскільки його регулювання є досить новим для українського права (ст. 243 ЦК України), а застосування у приватноправових відносинах з іноземним елементом навпаки, — досить поширеним і суперечливим. Для галузі комерційного представництва характерною є різноманітність класифікації його відносин, наданих різними правовими системами. З урахуванням цього обрання права підпорядкування у кожному конкретному випадку комерційного представництва може не тільки вплинути на зміст такого представництва, а й сприятиме позбавленню в подальшому недійсності певних положень договору. Зокрема, слід визначити, право якої держави може бути застосовано до конкретного правочину, чи може бути застосована автономія волі



(принцип, відображений у ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право»), чи є припустимими обрані види договорів. Наприклад, законодавство деяких країн забороняє діяльність представників, що не є їх громадянами або юридичними особами.

Певним чином ситуацію ускладнює відсутність колізійних норм, що регулюють інститут представництва в цілому. Окремі питання цього інституту можуть бути вирішені в межах норм, що регулюють порядок видання, строки дії довіреності, котрі визначено у ст. 34 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Колізійною нормою українського права щодо безпосереднього врегулювання питання довіреності є ст. 34 Закону України «Про міжнародне приватне право», згідно з якою порядок видання, строк дії, припинення та правові наслідки припинення довіреності визначаються правом держави, у якій видано довіреність.

За своєю сутністю видання довіреності — односторонній правочин. На сучасному етапі загальною тенденцією для законодавств більшості країн, а також низки міжнародних договорів, наприклад, Конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань, та ін., є відображення принципу автономії волі сторін. Його значення полягає у наданні певної свободи сторонам правочину за участю іноземного елемента. Саме такий підхід є характерним і для законодавства України, колізійні норми якого щодо правочинів містяться у Законі «Про міжнародне приватне право». Відповідно до ст. 31 цього Закону 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, — місця проживання сторони, яка зробила пропозицію, якщо інше не встановлено договором. У свою чергу, зміст правочину за ст. 32 Закону може регулюватися правом, обраним сторонами. У разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином.

## **8.2. Колізійні та матеріально-правові норми щодо позовної давності**

Відносно визначення позовної давності для учасників міжнародного комерційного обігу підлягає вирішенню традиційне для всіх правовідносин за участю іноземного елемента питання: право якої держави застосовується в тому чи іншому випадку?



Отже, позовна давність — це строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого права або інтересу. Колізійні норми щодо врегулювання питань позовної давності містить Закон України «Про міжнародне приватне право», згідно із ст. 35 якого позовна давність визначається правом, що застосовується для визначення прав та обов'язків учасників відповідних відносин. Відповідно до цієї самої статті вимоги, на які позовна давність не поширюється, визначаються правом України, якщо хоча б один з учасників відповідних відносин є громадянином України або її юридичною особою.

Виходячи з того, що норми українського права з питань позовної давності є матеріально-правовими, їх застосування можливо як у випадках, коли право України обрано сторонами як право правочину, так і у випадках, коли відсутня угода сторін і його застосування визнається внаслідок колізійної норми.

Ускладнення виникають при застосуванні норм іноземного права. Це пов'язано із тим, що законодавство різних країн містить норми, в яких не збігаються ні тривалість строків позовної давності, ні порядок їх обчислення. До того ж у країнах континентальної системи права позовна давність кваліфікується як інститут матеріального права, коли законодавство англо-американської правової системи відносить його до процесуального права. Також до значної невизначеності у правовому регулюванні призводять розрізненість та недостатня кількість джерел інформації про норми іноземного законодавства щодо тривалості строків позовної давності. Так, у Великій Британії встановлено загальний строк позовної давності у шість років, у Франції, Швейцарії та Італії — десять років, у Німеччині — тридцять років.

Крім того, як і в Україні, законодавство багатьох країн визначає як загальні, так і спеціальні строки позовної давності за позовами окремих категорій. Зазначені строки можуть бути скороченими або більш тривалими. І як в Україні, трапляються випадки ще більшої градації спеціальних строків позовної давності, зокрема, ЦК Італії передбачає строки тривалістю у п'ять, три, два, півтора роки, а також у шість місяців (статті 2946–2955). Така нормативна різноманітність вимагає уважного підходу до вирішення питання про те, коли саме спливає строк позовної давності спірної вимоги.

З 80-х років ХХ ст. спостерігається зменшення гостроти проблеми спливу строку позовної давності за рахунок усе більшого переходу до

матеріально-правової кваліфікації і англо-американських систем правопорядку. У Великій Британії, наприклад, це відбулося на основі Закону про іноземні строки позовної давності 1984 р. У багатьох федеральних штатах США норми загального права містять так звані «позичені» закони, що сприяє врахуванню державою за місцем знаходження суду норм інших держав з більш короткими строками, хоча їх застосування не є обов'язковим.

Ситуація спрощується, коли спірні правовідносини підпадають під регулювання матеріально-правових норм стосовно строків позовної давності, що містяться у міжнародних договорах України. Наприклад, § 1 ст. 31 Угоди про міжнародне залізничне вантажне сполучення 1950 р. встановлює, що претензії та позови учасників правовідносин, котрі регулюються зазначеним нормативним актом можуть бути заявлені протягом дев'яти місяців, за винятком претензій та позовів про прострочення у доставленні вантажу, для пред'явлення яких встановлено строк два місяці.

Відповідно до Конвенції ООН «Про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів» 1974 р. єдиним для всіх договорів міжнародної купівлі-продажу встановлено строк позовної давності чотири роки. Одночасно Конвенція містить норми про перерву та подовження строку позовної давності, а також встановлює загальне обмеження строку до десяти років.

## Контрольні запитання

1. Визначте сферу дії права, що застосовується до форми та змісту правочину з іноземним елементом.
2. Назвіть особливості колізійно-правового регулювання договірних зобов'язань у МПП.
3. Охарактеризуйте основні положення Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р.
4. Назвіть основні джерела правового регулювання міжнародних перевезень вантажів, пасажирів та багажу.
5. У чому полягають особливості колізійно-правового та матеріально-правового регулювання деліктних зобов'язань у МПП?

# Трудові відносини в міжнародному приватному праві

## § 1. Загальна характеристика трудових відносин у міжнародному приватному праві

Трудова міграція — явище, характерне для сучасного світу. На збільшення кількості працівників-мігрантів впливають різні чинники економічного і політичного характеру. Серед них можна виділити такі події початку 90-х років ХХ ст.: розпад СРСР, воєнні конфлікти на території колишньої Югославії, міжетнічні зіткнення і помилки під час переходу країн Східної Європи до ринкової економіки. І як наслідок — практично в кожній країні світу є певна група працівників, які законно чи незаконно прибули з іншої держави для працевлаштування.

Дослідники відзначають, що сьогодні триває процес переселення людей до багатих країн. Основна мета переселенців — вирішення завдань економічного характеру, звичайно, є й інші цілі — родинні, релігійні тощо. Як правило, прибулі знаходять застосування своєї праці у тих галузях, які через різні причини є непривабливими для працівників корінної нації. Такими галузями є: аграрне виробництво, будівництво, сфера обслуговування (вивезення сміття, доглядання за хворими і престарілими) та ін.

Проблемам правового регулювання «транскордонної» трудової діяльності велика увага приділяється як на міждержавному рівні, так і на рівні національному. Законодавством переважної більшості держав право їх громадян на виїзд за кордон з метою працевлаштування нічим не обмежується. Деякі країни стимулюють виїзд громадян за кордон шляхом підписання дво- і багатосторонніх договорів.

Кожна держава встановлює власний порядок в'їзду на її територію іноземних громадян. Багато країн світу обмежують в'їзд іноземців

шляхом одержання спеціального дозволу на отримання роботи. Такі дозволи вимагаються за законодавством Німеччини, Франції, Великої Британії, США, Австрії та інших держав.

Крім того, деякі країни встановлюють щорічні квоти на в'їзд іноземців з метою працевлаштування (США, Австрія, Швеція та ін.). Додатково окремі держави приймають спеціальне законодавство, що регулює трудові відносини на спільних підприємствах та у вільних економічних зонах, наприклад, Закон КНР про спільні підприємства з китайським та іноземним капіталом 1979 р.

Право, яке регулює трудові відносини, має подвійний характер: йому, крім приватноправового елемента, належить і елемент публічно-правовий. А тому В. П. Звеків дійшов висновку про те, що система норм, яка впливає на трудові відносини з іноземним елементом, формує підгалузь МПП — міжнародне приватне трудове право, що складається із матеріально-правових і колізійних норм<sup>1</sup>. До сфери дії МПП належать ті з них, що мають цивілістичний характер, — відносини трудового найму, питання відшкодування шкоди, завданої трудовим каплітвом, тощо.

Для практики судів і доктрини країн Заходу характерні спроби розподілити застосування права до трудових відносин за питаннями приватного і публічного права. Одні автори відповідно до національних концепцій намагаються застосувати до трудових угод загальні колізійні принципи зобов'язального права (обрання права сторонами на підставі автономії волі сторін, застосування закону місця укладення угоди та ін.). Інші висувають на перший план питання публічно-правового характеру, відносно яких не може застосовуватись іноземне публічне право, а завжди підлягає застосуванню правило країни місця роботи.

Міжнародно-правове регулювання трудової міграції — це встановлена міжнародними договорами (актами) система стандартів відносно регулювання трудової міграції, яку держава, що приєдналася до відповідного договору (ратифікувала його), використовує в національному законодавстві. Визначальними є положення Загальної декларації прав людини щодо права особи вільно покидати будь-яку країну, включаючи власну (ст. 13), та права вільно обирати роботу (ст. 23).

Сучасна міжнародно-правова регламентація міграційних процесів розвивається частіше за все як договірне право. Джерелом міжнародно-

<sup>1</sup> Звеків, В. П. Международное частное право [Текст] : курс лекций / В. П. Звеків. — М., 1999. — С. 410.

правової регламентації міграційних процесів стає вся сукупність міжнародних угод, які регулюють міграційні процеси незалежно від географічного охоплення та кількості учасників. Тому ця проблема стала предметом багатосторонніх, двосторонніх угод, договорів та угод держав, вона перебуває в полі зору універсальних і регіональних міжнародних організацій.

У доктрині міжнародного права немає єдиного погляду на термін «міжнародний трудовий мігрант». У науці міжнародного трудового права виділяють п'ять основних типів міжнародних мігрантів: 1) поселенців; 2) контрактних працівників; 3) професіоналів; 4) нелегальних іммігрантів; 5) осіб, що шукають притулок, і біженців.

«Трудящі-мігранти» — це контрактні працівники, якими є особи, прийняті на роботу на обмежений строк, як правило, некваліфіковані чи низькокваліфіковані сезонні робітники; професіонали — особи з високим рівнем освіти і достатнім досвідом роботи, велика кількість яких є співробітниками багатонаціональних корпорацій і які переїжджають з однієї філії до іншої. Здебільшого у міжнародних документах використовується термін «трудящий-мігрант» (іноді перекладається українською як «працівник-мігрант»).

Універсальні і глобальні міжнародні організації, пов'язані з регулюванням міграційних процесів, можна поділити на дві групи: 1) інституції, які розв'язують міграційні проблеми в рамках своєї основної функціональної компетенції: МОП, ЮНЕСКО, ВООЗ та ін.; 2) міжнародні органи, які мають за мету міждержавну співпрацю з упорядкуванням саме міграційних процесів та визначення статусу мігранта: Міжнародна організація міграції, Управління Верховного комісара ООН з справ біженців, Міждержавний фонд допомоги біженцям і вимушеним переселенцям (на рівні СНД) Характер проблеми регламентації міграційних процесів обумовлює розширення інституційного співробітництва у всіх сферах.

Двосторонні договори закріплюють норми щодо захисту мігрантів та інші питання стосовно працевлаштування іноземців. Саме ці угоди вирішують такі питання: 1) статус компетентного органу держави, який вирішуватиме питання направлення працівників в іноземні країни; 2) порядок обміну інформацією про вакансії; 3) порядок визначення нелегального мігранта та його подальшої долі; 4) зміст списку кандидатів на одержання роботи; 5) порядок попереднього відбору із списку кандидатів на одержання вакансії; 6) порядок медичного обсте-

ження та подальшого медичного обслуговування; 7) порядок прибуття іноземців на територію країни роботи та в'їзні документи; 8) порядок одержання дозволу на проживання та працевлаштування або їх відсутність; 9) якими мовами або мовою укладається трудовий договір та його умови; 10) хто оплачує витрати на проживання; 11) визначається компетентний орган, який має право розв'язувати можливі спори.

## § 2. Колізійне регулювання міжнародних трудових відносин

У Законі України «Про міжнародне приватне право» названо таку основну колізійну прив'язку — право держави, де виконується робота (ст. 52). У законодавстві ж інших країн закріплено не тільки такі, а й відмінні правила. Тому у сфері трудових відносин склалися основні колізійні принципи, наведені нижче.

1. Закон країни праці (*lex loci laboris*) — основний принцип законодавства про МПП Австрії, Угорщини, Іспанії, Швейцарії, Бразилії та ін. Згідно з цим принципом до іноземців застосовується закон країни праці. Даний принцип визначається по-різному. В одних випадках — закон країни місця знаходження підприємства, де працює особа.

2. Вільний вибір права (автономія волі — *lex voluntatis*). Законодавство деяких країн дозволяє сторонам трудової угоди обирати закон для її врегулювання.

3. Закон місця знаходження працедавця. Цей колізійний принцип застосовується у тих випадках, коли трудові функції виконуються на території декількох держав, і тоді застосовується закон місця знаходження, закон місця проживання або закон місця комерційної діяльності працедавця.

4. Закон прапора судна (*lex flagi*). Трудові відносини працівника, який виконує службові обов'язки на водному чи повітряному транспорті, регламентуються законом країни, де зареєстровано транспортний засіб.

5. Особистий закон роботодавця — фізичної або юридичної особи (*lex personalis / lex societatis*). Застосовується тоді, коли відряджений працівник виконує свої трудові функції за кордоном або коли місце роботи практично неможливо встановити. Іноді при відрядженні працівника в іншу країну для виконання тих або інших трудових за-

вдань застосовується принцип закону країни установи, яка відрядила працівника (*lex loci delegationis*).

6. Закон країни укладення угоди про найом (*lex loci contractus*). Деякі країни у своєму законодавстві визначають, що до трудових відносин, укладених у цих країнах застосовується місцеве право (Велика Британія, США).

Російський дослідник І. Я. Кисельов називає два випадки екстериторіального застосування трудового права: а) за допомогою укладення спеціальної угоди; б) іноземне право застосовується у всіх випадках, коли колізійні норми прямо відсилають до іноземного закону<sup>1</sup>. Будь-яка країна може заборонити застосування на своїй території норм іноземного права, якщо це суперечить публічному порядку. Інші країни бажають розширити екстериторіальну дію свого трудового законодавства (наприклад, деякі закони США не тільки діють на території США, а й поширюються на трудові відносини американських громадян, що проживають за кордоном, з американськими компаніями, які функціонують за межами США).

### § 3. Міжнародно-правове регулювання праці

Серед великої кількості міжнародно-правових актів багатостороннього чи двостороннього характеру, що регулюють працю іноземців, чільне місце посідає Загальна декларація прав людини 1948 р., яка визнає за кожною людиною право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі та сприятливі умови праці та на захист від безробіття (ст. 23).

Держави-учасниці Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 р. визнають право на працю, що включає право кожної людини на одержання можливості заробити собі на життя працею, яку вона вільно обирає або на яку вона вільно погоджується, та зроблять належні кроки до забезпечення цього права (ст. 6). Ці ж самі держави визнають право кожного на справедливі і сприятливі умови праці, включаючи, зокрема, винагороду, що забезпечувала б мінімум усім трудящим: справедливу зарплату та однакову винагороду за працю однакової цінності без будь-якої різниці; умови роботи, що

<sup>1</sup> Кисельов, И. Я. Зарубежное трудовое право [Текст] / И. Я. Кисельов. – М., 1998. – С. 182.

відповідають вимогам безпеки та гігієни; однакову для всіх можливість просування на роботі на відповідно більш високі щаблі виключно на підставі трудового стажу та кваліфікації; відпочинок, дозвілля і розумне обмеження робочого часу, оплачувану періодичну відпустку та винагороду за святкові дні (ст. 7).

Під егідою ООН прийнято та схвалено Конвенцію про захист прав працівників-мігрантів і членів їх сімей 1990 р. Її основні положення такі: а) трудящі-мігранти і члени їх сімей мають право бути повністю інформованими державою походження або державою роботи про умови їх допущення до роботи, зокрема, про умови їх перебування і оплачуваної діяльності, якою вони можуть займатися, а також щодо вимог, яких вони повинні дотримуватися в державі роботи, і щодо можливого органу, до якого вони мають звертатися з метою змінення цих умов; б) заборонено дискримінацію мігрантів у сфері праці і трудових відносин. Встановлено, що вони користуються не менш сприятливим ставленням, ніж громадяни держави роботи. Це стосується як трудових відносин, так і колективних договорів та соціально-партнерських відносин; в) трудящі-мігранти і члени їх сімей користуються правом вільного пересування територією держави роботи та свободою обрання місця проживання в ній; г) трудящі-мігранти мають право створювати профспілки в державі роботи за наймом; г) у країнах, де приймання на роботу трудящих-мігрантів пов'язаний з обмеженнями, останні повинні не застосовуватися до працівників-мігрантів, що прожили в країні працевлаштування більше п'яти років; д) трудящий-мігрант не позбавляється права на проживання або одержання роботи та не повинен висилатися із країни тільки на підставі невиконання зобов'язань, які випливають з трудового договору, якщо тільки виконання такого зобов'язання не було умовою для отримання дозволу на роботу; е) після закінчення перебування в країні роботи за наймом трудящий-мігрант і члени його сім'ї мають право перевести свій заробіток і заощадження на батьківщину і вивезти своє особисте майно та речі. Депортація з країни не позбавляє трудящого-мігранта заробітної платні та інших виплат, що належать йому; є) у разі смерті трудящого-мігранта або розірвання шлюбу держава роботи за наймом повинна позитивно вирішити питання про надання членам сім'ї цього мігранта дозволу на проживання; ж) щодо трудящих-мігрантів, які одержали обмежений у строках дозвіл на роботу, держава роботи за наймом може: надавати право вільного вибору діяльності за умови,



що трудящий-мігрант законно проживав на території держави роботи за наймом протягом передбаченого в його національному законодавстві періоду, який не повинен перевищувати двох років; обмежувати доступ трудящого-мігранта до трудової діяльності, зважаючи на надання пріоритету місцевим громадянам. Проте будь-яке таке обмеження не застосовується до трудящого-мігранта, який законно проживає на території країни приймання протягом передбаченого в національному законодавстві періоду, що не повинен перевищувати п'яти років. У разі законного проживання на її території протягом певного періоду надається право вибору діяльності, протягом більш тривалого періоду — необмежений доступ до трудової діяльності.

Конвенція передбачає утворення Міжнародного комітету із захисту прав трудящих-мігрантів і членів їх сімей. Держави, що ратифікували Конвенцію, зобов'язані регулярно надавати в цей комітет доповіді про виконання своїх зобов'язань. Комітет має право розглядати скарги, у тому числі індивідуальні, щодо порушення державами положень Конвенції.

Найбільшу кількість нормативних актів, що регулюють умови праці та життя працюючих, розроблено під егідою спеціалізованої установи ООН — Міжнародної Організації Праці, створеної в 1919 р. відповідно до Версальського мирного договору. На сьогодні членами МОП є 174 держави. Згідно зі Статутом МОП від 28 червня 1919 р. її членом може бути кожна держава — член ООН.

У даний час МОП повинна вирішувати такі завдання: а) розроблення узгодженої політики і програм, спрямованих на розв'язання соціально-трудова проблем; б) розроблення і ухвалення міжнародно-трудова норм (конвенцій та рекомендацій) для втілення прийнятої політики в життя; допомога країнам-членам МОП у розв'язанні проблем зайнятості та скорочення безробіття тощо. МОП як міждержавна організація є тристоронньою: в ній представлені уряди, представники підприємців і працівників. Її документи є результатом докладного обговорення відповідних питань на щорічних сесіях міжнародних конференцій праці, на яких присутні по чотири делегати від кожної країни: два — від уряду, один — від підприємців та один — від трудящих (профспілок). Ці делегати мають однакові права, виступають і голосують окремо.

Міжнародні норми про працю набувають форми конвенцій і рекомендацій. Конвенції підлягають ратифікації державами, а тому

зобов'язують держави-учасниці виконувати певні юридичні обов'язки. У разі ратифікації конвенції держава зобов'язана регулярно (раз у два роки або раз у п'ять 5 років) подавати до МОП доповіді щодо вжитих заходів для ефективного застосування ратифікованої конвенції. Якщо конвенцію не ратифікована, держава все ж таки зобов'язана відповідати на запити Адміністративної ради про стан національного законодавства і практики його застосування відносно нератифікованої конвенції і про заходи, які передбачається вжити для надання їй чинності.

Рекомендації ратифікації не підлягають. Вони є побажаннями, які держава може, але не зобов'язана використовувати під час правового регулювання праці. Рекомендація — джерело інформації і можлива модель для вдосконалення національного законодавства. Нині в МОП обговорюється питання про підвищення ролі рекомендацій як одного з джерел міжнародно-правового регулювання праці.

Норми МОП, як правило, по суті є виразом світового прогресивного досвіду в галузі праці на період їх ухвалення. Під час їх розроблення МОП прагне врахувати реальні можливості держав, з тим щоб втілити ці норми у життя якомога ширше. Отже, важливим є те, що в галузі міграції МОП ставить завдання розроблення і здійснення партнерами низки заходів, спрямованих на ефективний захист працівників-мігрантів та вдосконалення механізму регулювання потоків мігрантів, а особливо — щодо зменшення випадків дискримінації, інтеграції легальних мігрантів у суспільстві країн, що приймають, тощо.

Конвенції і рекомендації, прийняті Міжнародною конференцією праці, мають загальний характер. Це означає, що вони застосовуються до всіх працівників незалежно від громадянства. Серед конвенцій можна назвати такі: «Про припинення трудових відносин» 1982 р.<sup>1</sup>, «Про оплачувані відпустки» 1970 р.<sup>2</sup>, «Про рівноправність громадян країни та іноземців і осіб без громадянства у галузі соціального забезпечення» 1962 р.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Конвенція МОП № 158 про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця від 22.06.1982 // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 92. – Ст. 3388; Про ратифікацію Конвенції Міжнародної Організації Праці № 158 про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця: Постанова Верховної Ради України від 04.02.1994 // Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 23. – Ст. 166.

<sup>2</sup> Конвенція № 132 про оплачувані відпустки від 24.06.1970 // Юрид. вісн. України. – 2007. – № 22.

<sup>3</sup> Конвенція № 118 про рівноправність громадян країни та іноземців і осіб без громадянства у галузі соціального забезпечення від 28.06.1962 // Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2004. – № 10.

У звітах для Комітету експертів МОП серед причин, які заважають ратифікації конвенцій МОП з питань міжнародної трудової міграції урядами різних держав, як правило, називають відсутність в їх законодавстві предмета міжнародної міграції або його наявність у зародковому стані.

На міжнародно-правове регулювання праці значний вплив справляє діяльність Всесвітньої федерації профспілок (ВФП). У 50–60-ті рр. ХХ ст. ВФП ухвалила три найважливіших акти: Програму дії профспілок на сучасному етапі і захист інтересів та прав трудящих (1961 р.), Хартію профспілкових прав трудящих (1954 р.) і Хартію соціального страхування (1961 р.). Діяльність цієї організації триває і сьогодні, але це не єдина міжнародна профспілкова організація. Серед них — Міжнародна конференція вільних профспілок з її галузевою системою, Європейська конфедерація профспілок та ін.

## ■ § 4. Працевлаштування іноземців в Україні

В Україні діє законодавство, яке в цілому прирівнює трудові права іноземців до прав громадян України у цій сфері. Праця іноземців регулюється в першу чергу Конституцією України, а також КЗпП України, де в ст. 8 закріплено норму про те, що трудові відносини громадян України, які працюють за її межами, а також трудові відносини іноземних громадян регулюються законодавством держави, в якій здійснюється працевлаштування (наймання) працівника, і міжнародними договорами України. У ст. 8<sup>1</sup> КЗпП України визначено співвідношення міжнародних договорів про працю і законодавства України, а саме: якщо міжнародним договором або міжнародною угодою, в яких бере участь Україна, встановлено інші правила, ніж ті, що їх містить законодавство України про працю, то застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди.

Такими міжнародними договорами є конвенції МОП. Це безпосередньо впливає із Закону України «Про міжнародні договори України». Включаючи в наше законодавство норми міжнародного трудового права (конвенції і рекомендації МОП), слід забезпечити їх реальне виконання.

Ця формула потребує подальшої конкретизації, оскільки іноземні громадяни, вступаючи в трудові відносини на території України,

поділяються на категорії, в кожній з яких правовий режим у сфері праці має свої особливості. За різними категоріями можна виділити такі основні категорії іноземних громадян.

1. За строком перебування на території України:

- іноземні громадяни, що постійно проживають на території;
- іноземні громадяни, що тимчасово проживають на території;
- іноземні громадяни, що тимчасово перебувають на території,

у тому числі іноземна робоча сила, яка залучається на певний час з інших держав.

2. За підставами в'їзду в Україну:

- працівники-мігранти;
- біженці;
- особи, що прибувають на навчання.

3. За видами організацій і підприємств, з якими іноземні громадяни перебувають у трудових відносинах:

- ті, хто працюють в українських організаціях;
- ті, хто задіяні на підприємствах і в організаціях з іноземними інвестиціями, у тому числі з пайовою участю іноземних інвестицій, що повністю належать іноземним інвесторам, у філіях іноземних юридичних осіб;

- ті, хто працюють на підприємствах і в організаціях, розташованих у вільних економічних зонах;

- ті, хто відряджаються на якийсь час іноземними юридичними особами до України для виконання певних робіт;

- працівники дипломатичних представництв іноземних держав в Україні.

Ця класифікація, безумовно, не є вичерпною, проте дає змогу зрозуміти різноманіття категорій іноземців.

Відомо, що ефективність їх застосування прямо залежить від того, наскільки внутрішнє законодавство готове до їх сприйняття і чи здатне воно саме належним чином регулювати правові відносини, враховуючи політичний, економічний, соціальний стан країни.

У ст. 26 Конституції України зазначено: «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». Зазначений принцип щодо здійснення прав, свобод і обов'язків іноземцями

закріплено і в Законі України «Про правовий статус іноземців». Іноземці можуть реалізовувати ці права і обов'язки так само, як і громадяни України.

Закон України «Про міжнародне приватне право» містить особливості регулювання трудових відносин іноземців та осіб без громадянства, які працюють в Україні (ст. 54). Зокрема, вказано два випадки, коли трудові відносини іноземців та осіб без громадянства не регулюються правом України: а) іноземці та особи без громадянства працюють у складі дипломатичних представництв іноземних держав або представництв міжнародних організацій в Україні; б) іноземці та особи без громадянства за межами України уклали з іноземними роботодавцями — фізичними чи юридичними особами трудові договори про виконання роботи в Україні. Наведені положення можна змінити міжнародними договорами.

Національний режим стосовно цивільної правоздатності іноземців має безумовний характер. Це означає, що такий режим надається іноземцям у кожному конкретному випадку без вимоги взаємності, незалежно від того, чи надаються такі самі права громадянам країни на батьківщині іноземців.

Законодавство України може встановлювати винятки щодо правоздатності іноземців. Ці винятки стосуються, зокрема, обмежень призначення на посади або певної діяльності, що пов'язано з належністю до громадянства України. Так, відповідно до ст.4 Закону України від 16 грудня 1993 р. «Про державну службу»<sup>1</sup> право на державну службу мають тільки громадяни України. Згідно зі ст. 7 Закону України «Про статус суддів»<sup>2</sup> право на зайняття посади судді мають тільки громадяни України.

Іноземні громадяни та особи без громадянства не можуть бути аудиторами і нотаріусами (ст. 5 Закону України від 22 квітня 1993 р. у редакції від 14 вересня 2006 р. «Про аудиторську діяльність»<sup>3</sup>, ст. 3 Закону України від 2 вересня 1993 р. у редакції від 1 грудня 2008 р. «Про нотаріат»<sup>4</sup>).

Обсяг прав та обов'язків іноземців не є усталеним. Він може бути змінений внаслідок набуття особами іншого правового статусу, наприклад, внаслідок набуття, зміни чи позбавлення громадянства, зміни

---

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.

<sup>2</sup> Там само. – № 8. – Ст. 56.

<sup>3</sup> Там само. – 2006. – № 44. – Ст. 432.

<sup>4</sup> Там само. – 2009. – № 13. – Ст. 161.

тимчасового перебування у державі на постійне місце проживання у ній. Так, згідно з «Правилами в'їзду іноземців в Україну, їх виїзду з України і транзитного проїзду через її територію», затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 29 грудня 1995 р.<sup>1</sup>, статус іноземця, який прибув до України у приватних справах, може бути змінено органом внутрішніх справ за письмовим клопотанням заінтересованої організації чи фізичної особи, якщо інше не передбачено законодавством України. Іноземці, які в'їхали в Україну для тимчасового перебування, можуть отримати посвідчення на постійне проживання в установленому порядку. Кількість прав і обов'язків може збільшитися внаслідок застосування взаємності шляхом укладення міжнародних угод чи зменшитися через застосування реторсії.

Встановлюючи право тимчасового перебування іноземців в Україні, Закон України «Про правовий статус іноземців» не визначив строку такого перебування. Це питання вирішується іншими нормативно-правовими актами.

Віднесення іноземців за строком їх перебування в Україні до таких, які перебувають постійно чи тимчасово, у ряді випадків зумовлює різний правовий статус цих осіб. Так, у разі постійного проживання в Україні іноземці можуть займатися трудовою діяльністю на підставах і в порядку, встановлених для громадян України. Іноземці, які іммігрували в Україну для працевлаштування на певний строк, можуть займатися трудовою діяльністю відповідно до одержаного в установленому порядку дозволу на працевлаштування.

Окремо регулюється прибуття в Україну іноземців для виконання трудових функцій. Постановою Кабінету Міністрів України від 8 квітня 2009 р. розроблено Порядок видання, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства<sup>2</sup>. Одержання такого дозволу слугує підставою для видачі іноземному громадянину візи на в'їзд в Україну.

Згідно із зазначеним Порядком 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

<sup>1</sup> ЗП. – 1996. – № 4. – Ст. 148.

<sup>2</sup> Офіц. вісн. України. – 2009. – № 26. – Ст. 871.

інше не передбачене міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Дозвіл на використання праці іноземця видається Державним центром зайнятості або за його дорученням обласними чи міськими центрами зайнятості роботодавцю, що зареєстрований у центрі зайнятості як платник страхових внесків до Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття та не має заборгованості перед ним.

Українські підприємства, установи, організації та іноземні суб'єкти господарської діяльності, що діють на території України, подають до центрів зайнятості низку документів, що посвідчують обґрунтованість залучення іноземної робочої сили, дані про освіту або кваліфікацію іноземців тощо. Після вивчення всіх поданих документів центр зайнятості приймає рішення про його видання або відмову. Дозвіл видається на строк до одного року. Строк може подовжуватися в тому самому порядку і на той самий строк.

Контроль за трудовою діяльністю іноземних працівників здійснюється тим самим центром зайнятості, що видав дозвіл на працевлаштування. У разі порушення ним умов працевлаштування він несе відповідальність аж до видворення з України.

Дозвіл на використання праці іноземця анулюється у разі:  
дострокового розірвання з роботодавцем трудового договору (контракту);

встановлення факту підроблення документів чи надання роботодавцем неправдивих відомостей у документах, на підставі яких видано дозвіл (продовжено строк його дії);

скорочення строку тимчасового перебування іноземця в Україні в установленому законодавством порядку або його видворення за межі України;

встановлення факту використання праці іноземця на інших умовах, ніж ті, що зазначені у дозволі на використання праці іноземця, або іншим роботодавцем.

Про анулювання дозволу на використання праці іноземця центр зайнятості протягом трьох робочих днів повідомляє органи внутрішніх справ та державної прикордонної служби з використанням міжвідомчої інтегрованої інформаційно-телекомунікаційної системи або за відсутності можливості використання зазначеної системи надсилає їм письмове повідомлення.

Розвиток економічної ситуації в світі і в Україні, зокрема, значно впливає на можливість працевлаштування іноземців та осіб без громадянства в державі. Тому затверджена політика держави у сфері працевлаштування впливатиме на можливість одержання дозволів на працевлаштування в Україні.

## **§ 5. Трудові права українських громадян за кордоном**

Зовнішня трудова міграція є характерною для України, і вона має різноспрямований характер — схід/захід. Кількість українських громадян, які постійно працюють за межами України, постійно зростає. При цьому держава вживає відповідних заходів щодо захисту своїх громадян. Дискримінація громадян України, що працюють за кордоном, є доведеним фактом, і тому держава вживає заходів щодо покращення захисту наших заробітчан.

Крім того, громадяни України мають право на укладання трудових контрактів з іноземними наймачами, що перебувають за кордоном, для виконання роботи на території України. Це право впливає з економічної волі індивіда, що лежить в основі демократії, правової держави, дійсно громадянського суспільства. Це важливе положення як частина економічної незалежності індивіда означає свободу продажу громадянином за своїм розсудом власної робочої сили як товару.

Але у більшості випадків наші громадяни працюють в іноземних наймачів за кордоном за трудовим договором. Під час улаштування на роботу трудові відносини виникають і регулюються трудовим законодавством відповідної іноземної держави. Доступ до праці постійно проживаючого громадянина України, обсяг його трудових прав і обов'язків залежать від права конкретної країни (зокрема, від норм, що визначають правовий статус іноземців) і чинного в цій країні трудового права. Вітчизняне законодавство громадян у галузі праці в цьому разі не діє. Однак для наших громадян, що постійно проживають за кордоном, під час повернення їх на батьківщину слід передбачити правові гарантії щодо пенсійного та соціального забезпечення, зарховувати стаж роботи за кордоном до загального стажу, що надає їм право на різні соціальні виплати.



Велика кількість громадян України працюють за кордоном офіційно, а кількість осіб, що працюють нелегально, — в декілька разів більша. Деякі держави виявляють занепокоєння з приводу проникнення наших громадян на «чорний ринок» робочої сили. Нелегальній міграції сприяє комерційна діяльність різноманітних посередницьких організацій, що з'явилися недавно, які займаються питаннями працевлаштування наших громадян за кордоном.

Ця проблема стала предметом розгляду Верховної Ради України, де було підтверджено, що міграція українців нині перетворилася на проблему державного рівня. Більшість українців працюють у статусі нелегальних мігрантів, тому їх захист значно ускладнюється.

Серед причин міграційних процесів головними є соціально-економічні, а також низькі доходи громадян в Україні. За рейтингом ООН, за рівнем ВВП Україна посідає 102 місце у світі. Високий рівень безробіття — також причина пошуку кращої долі за кордоном. Іноземні країни найбільш зацікавлені в приході висококваліфікованої робочої сили. Так, Україна витрачає значні кошти на підготовлення кваліфікованих фахівців, а вони застосовуються в країнах, що економлять кошти на підготовлення та перепідготовлення різних спеціальностей. Підкреслювався і позитивний бік трудової міграції — держава одержує додатково значні фінанси.

За 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. Для реалізації цього принципу громадяни України мають право, зокрема, укладати трудові договори з іноземними наймачами як на території України, так і за кордоном.

Для визначення права, яке регулюватиме подібні трудові відносини, у ст. 8 КЗпП України закріплено норму про те, що трудові відносини громадян України, які працюють за її межами, а також трудові відносини іноземних громадян регулюються законодавством держави, в якій здійснюється працевлаштування (наймання) працівника, і міжнародними договорами України.

Крім того, ст. 53 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає два випадки, коли праця громадян України за кордоном регулюватиметься правом України: а) громадяни України працюють у закордонних дипломатичних установах України; б) 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.

Таким чином, для українських громадян, які працюють за кордоном з іноземним наймачем, вітчизняне колізійне право встановлює прив'язку до права країни працевлаштування. Це означає, що трудові відносини українських громадян за кордоном залежать від політики іноземної держави у сфері працевлаштування іноземців (допущення іноземців на ринки праці, заснування квот, установлення відповідальності тощо) і регулюються відповідно до міжнародних договорів про працевлаштування, трудового законодавства конкретної країни, статуту відповідного підприємства, трудових договорів та інших локальних нормативних актів. Від них залежать права та 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.

Додатково питання трудової міграції можуть бути врегульовано двосторонніми угодами. Наприклад, Угода між урядами України та Російської Федерації від 14 січня 1993 р. про трудову діяльність та соціальний захист громадян України та Російської Федерації, працюючих за межами своїх держав, виходить із принципу національного режиму, передбачає взаємне застосування трудового законодавства до громадян обох держав, порядок відшкодування збитків працівнику внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, одержаного внаслідок виконання ним трудових обов'язків, визнання дипломів, свідоцтв та інших документів про освіту та кваліфікацію без легалізації.

## **§ 6. Правове регулювання праці співробітників міжнародних та міжурядових організацій**

Трудові відносини між міжнародною і міжурядовою організацією та її персоналом незалежно від категорії та громадянства регулюються виключно положеннями та правилами про персонал і не підпадають під сферу дії норм національного трудового права. Це обґрунтовується тим, що міжурядова організація, яка є суб'єктом міжнародного приватного права, користується повною автономією щодо розгляду питань,

які стосуються її внутрішньої діяльності. Отже, організація має особливий характер правосуб'єктності, на нього не впливатиме ні місце укладення угоди, ні місце виконання співробітником своїх обов'язків.

Трудові спори ООН та її спеціалізованих установ зі своїм персоналом розглядаються адміністративними трибуналами цих організацій.

Відповідно до свого Статуту Адміністративний трибунал ООН компетентний заслуховувати та виносити рішення за заявами, які стосуються порушень контрактів найму персоналу Секретаріату ООН або умов найму такого персоналу. В ст. 14 Статуту встановлено, що компетенція Трибуналу може поширюватися на будь-яку спеціалізовану установу на умовах, передбачених спеціальною угодою, яка повинна бути укладена з кожною такою установою Генеральним секретарем ООН.

Адміністративний трибунал МОП компетентний розглядати скарги, пов'язані з додержанням за змістом або за формою умов призначення на посаду та застосування до даного випадку відповідних приписів Положення про персонал співробітників Міжнародного бюро праці та співробітників тих міжнародних організацій, які визнали правомочність Трибуналу (наприклад, ЮНЕСКО, Міжнародний союз електров'язку, Продовольча та сільськогосподарська організація, Всесвітній поштовий союз та ін.).

Положення про персонал міжнародних організацій закріпили права і обов'язки та основні умови праці осіб, які працюють за наймом на постійних або тимчасових засадах. Усі члени персоналу організацій є міжнародними цивільними службовцями та їх відповідальність має міжнародний характер.

У положеннях про персонал передбачаються порядок найму персоналу, виплати зарплатні та інших грошових винагород, відрядження, а також пенсійне забезпечення. Відповідно до Статуту ООН не встановлено жодних обмежень щодо прав жінок та чоловіків брати участь у виконанні трудових функцій, так само і підбирання на роботу здійснюється без різниці за ознаками раси або релігії. За можливістю підбирання має здійснюватися на конкурсних засадах. Вирішуються й інші важливі умови виконання трудових обов'язків працівників таких організацій: надання відпусток, пенсійне забезпечення, дисциплінарна відповідальність працівника, години праці та відпочинку, медичних оглядів або медичного забезпечення, виплат різного роду компенсацій тощо.

Таким чином, правове регулювання праці персоналу ООН та інших міжурядових організацій здійснюється тільки на основі положень про персонал. Одні організації впроваджують це докладно, а інші — визначають лише загальні умови праці. Конкретні питання трудової діяльності співробітників вирішує вища посадова особа організації. Правила про персонал цих організацій не передбачають застосування внутрішньодержавних правових норм.

У Юридичному висновку Секретаріату ООН від 16 лютого 1976 р. з цього питання підкреслювалося, що ООН може лише деколи у порядку консультацій витребувати думку місцевих влад про існуюче становище у сфері внутрішньодержавного права<sup>1</sup>.

## ■ Контрольні запитання

1. У чому полягають особливості колізійно-правового регулювання трудових відносин у МПП?
2. У чому полягають особливості матеріально-правового регулювання трудових відносин у МПП?
3. Охарактеризуйте порядок працевлаштування іноземних громадян в Україні.
4. Охарактеризуйте порядок працевлаштування громадян України за кордоном та особливості захисту їхніх трудових прав.
5. Назвіть основні функції МОП у сфері захисту прав трудових мігрантів.

---

<sup>1</sup> Юридический ежегодник Организации Объединенных Наций. – Нью-Йорк, 1976.– С. 222.

# Шлюбно-сімейні відносини в міжнародному приватному праві

## § 1. Особливості правового регулювання шлюбно-сімейних відносин у праві різних держав

При вивченні будь-якого розділу Особливої частини МПП стає очевидним, що кожна держава у межах своєї юрисдикції встановлює власні правила регулювання однакових відносин. Сфера шлюбно-сімейних відносин у цьому сенсі є унікальною, оскільки ні процес уніфікації, ні існування міжнародних звичаїв не можуть нівелювати ту специфіку в регулюванні, що зумовлюється національними нормами. На регулювання шлюбно-сімейних відносин дуже сильний вплив справляють історичні традиції, релігійні настанови, місцеві звичаї, соціально-економічні та побутові особливості та ін., що й породжує специфічну регламентацію цих відносин. Відмінним у різних державах є і співвідношення норм різного характеру. Так, однакова за змістом норма у різних спільнот може бути закріплена як норма етична, релігійна чи правова, крім того, різні нормативні чинники набувають різного значення у різних культурах (наприклад, у мусульманських державах переважає вплив релігійних норм, в інших (Японія, Китай) — етично-світоглядних традиційних норм, у європейських — правових норм).

До шлюбно-сімейних відносин у МПП належить вирішення колізій щодо: укладання та розірвання «шлюбу з іноземним елементом», тобто шлюбу між особами різної державної належності або здійснення цих дій за кордоном; регулювання відносин подружжя у шлюбах з іноземним елементом; «міжнародне усиновлення», тобто усиновлення дитини особами з іншою державною належністю; аліментні зобов'язання батьків і дітей та ін. У сучасних умовах у сфері правового регулювання сімейних відносин також набуває гостроти проблема

регулювання так званих «нових» відносин, пов'язаних з науковими досягненнями та змінами ціннісних орієнтирів у деяких суспільствах (наприклад, відносини щодо «цивільних» шлюбів, одностатевих шлюбів, сурогатного материнства тощо).

Підставою виникнення колізій у галузі шлюбно-сімейних відносин є застосування у різних державах різного правового регулювання до однакових фактичних обставин. Правова система кожної держави закріплює такий інститут сімейного права, як укладання шлюбу. При цьому національне законодавство звичайно містить як власне поняття шлюбу (шлюб-договір, шлюб-статус, шлюб-партнерство)<sup>1</sup>, так і власні вимоги щодо його дійсності. Ці вимоги можна поділити на такі групи.

1. Вимоги до осіб, які укладають шлюб (шлюбний вік, стать, наявність і ступінь споріднення, добровільна згода на шлюб сторін, їх батьків чи інших осіб, відсутність попереднього нерозірваного шлюбу, стан здоров'я та ін.). Такі вимоги ще називають *матеріальними*. Недодержання матеріальних вимог тягне за собою визнання шлюбу недійсним. Разом із тим наявність у кожній державі власних матеріальних вимог до осіб, які укладають шлюб, сприяє виникненню «кульгаючих відносин» — таких відносин, які одержали неоднакову оцінку в праві різних держав, тобто в одній державі визнаються юридично дійсними, а в іншій — вважаються нікчемними і не породжують жодних правових наслідків.

Так, в Україні до матеріальних умов укладання шлюбу відповідно до статей 21–26 СК України належать досягнення шлюбного віку (для жінок — 17 років, для чоловіків — 18 років), добровільна згода, одношлюбність, різна стать сторін, а також відсутність обставин, що перешкоджають укладанню шлюбу (наприклад, наявність прямого споріднення в осіб, що укладають шлюб, та ін.).

У законодавстві різних держав містяться великі розбіжності щодо шлюбного віку осіб, які укладають шлюб. Наприклад, за законодавством Франції шлюбний вік для чоловіків становить 18 років, для жінок — 15 років, в Японії — відповідно 18 і 16, в Іспанії — 14 і 12, у США в різних штатах шлюбний вік може коливатися від 15 до 21 для чоловіків і від 14 до 18 для жінок. У деяких державах взагалі не встановлено вікового цензу для осіб, які укладають шлюб, зокрема, шлюбний вік не передбачено законодавством Ємену. В кожному конкретному випадку він визначається індивідуально: 10-річний юнак і 9-річна

<sup>1</sup> Кибенко, Е. Р. Международное частное право [Текст] : учеб.-практ. пособие / Е. Р. Кибенко. – Харьков : Эспада, 2003. – С. 118.

дівчина можуть бути визнані повнолітніми і одержати право на шлюб (за умови досягнення ними статевої зрілості)<sup>1</sup>. За законодавством більшості держав шлюбний вік може бути знижено за наявності поважних причин відповідним компетентним органом (наприклад, за законодавством Італії у виключних випадках шлюбний вік може бути знижено на два роки відповідно до постанови державного прокурора при суді). Згоду законних представників на шлюб неповнолітніх передбачають законодавство Франції та Англії (до 21 року), Німеччини (до 18 років) та деяких інших держав.

Взаємна згода сторін на укладання шлюбу є обов'язковою у більшості європейських держав (Франція, Велика Британія) та США, проте у мусульманських державах таку умову укладання шлюбу не передбачено. Відповідно до сімейного законодавства Ємену, Ірану, Пакистану від імені нареченої шлюбний договір укладає її батько або опікун, який може видати заміж неповнолітню дівчину без її згоди.

Різностатевість сторін за законодавством окремих держав не є обов'язковою умовою укладання шлюбу. Так, за законодавством Швеції, Нідерландів, Франції, Італії одностатеві шлюби є дозволеними.

Одношлюбність — обов'язкова умова укладання шлюбу в Україні, США, країнах Європи та Латинської Америки. У мусульманських країнах шлюби залишаються полігамними (чоловік може мати до чотирьох дружин). Звичайне право окремих африканських племен взагалі не містить обмежень полігамії щодо кількості жінок або чоловіків.

Відсутність між сторонами прямого споріднення чи відносин свояцтва є обов'язковою умовою укладання шлюбу за законодавством більшості держав. Забороняються також шлюби між двоюрідними братами і сестрами, племінниками і тітками (дядьками) та між усиновителями та усиновленими ними дітьми. В одних державах шлюб припиняє відносинам з усиновлення (Німеччина, Франція), а в інших (Україна) такий шлюб можливий при скасуванні усиновлення.

У сімейному законодавстві різних держав можуть міститися й інші матеріальні вимоги до осіб, які укладають шлюб: задовільний стан здоров'я (у деяких державах необхідним є проходження спеціального медичного огляду до укладання шлюбу (Іспанія); відсутність тимчасової заборони на укладання шлюбу — «жалобний строк» після смерті чоловіка або строк «після розлучення» встановлюється для жінок

<sup>1</sup> Сюккйяйнен, Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики [Текст] / Л. Р. Сюккйяйнен. — М. : Наука, 1986. — С. 164.

з метою уникнення можливих спорів про батьківство (300 днів — у Франції, Швейцарії, 302 дні — у Німеччині); інші заборони (у мусульманських країнах заборона шлюбів з іновірцями (Ірак), обітниця ченця тощо).

2. Вимоги до процедури укладання шлюбу (*формальні вимоги*) також є досить різними за законодавством різних держав: а) визнається лише цивільна форма реєстрації шлюбу в компетентних органах держави (Україна, Росія, Франція, Німеччина, Японія та ін.); б) дозволеною є як цивільна, так і релігійна форма шлюбу в таких державах, як Велика Британія, Італія, Бразилія тощо; в) тільки релігійна форма шлюбу є правомірною і породжує правові наслідки у більшості мусульманських держав (Ірак, Іран) та Ізраїлі, Греції, Ліхтенштейні; г) дозволяються юридично не оформлені шлюби, тобто шлюби за загальним або звичаєвим правом, «*common law marriage*» (відомі у деяких штатах США, низці провінцій Канади). У цьому разі достатніми є наявність добровільного волевиявлення стати чоловіком і дружиною та існування фактичних шлюбних відносин. Як порівняння — за правом Об'єднаних Арабських Еміратів спільне проживання чоловіка і жінки без укладання шлюбу і навіть поцілунок на людях караються тюремним ув'язненням.

Загальним правилом за законодавством більшості держав є обов'язкова особиста присутність обох сторін при укладання шлюбу. Лише в окремих державах допускається шлюб через представника (Перу, Іспанія, Мексика). Різними є вимоги щодо присутності повнолітніх свідків (від двох до шести у Німеччині та Швеції; трьох свідків-мусульман за правом Іраку). В законодавстві деяких держав передбачено обов'язкові процедури, що передують укладанню шлюбу: публічне повідомлення про шлюб є обов'язковим у Франції, Італії; одержання спеціального дозволу (ліцензії) на шлюб — у США, Великої Британії; заручини тощо. Іноді встановлюється необхідність одержання попереднього дозволу компетентного органу державної влади на шлюб з іноземцями (Ірак, Індія, Норвегія, Італія, Швеція).

Суттєвими у праві різних держав є і відмінності, що стосуються припинення шлюбу. Ще й досі існують держави, в яких розірвання шлюбу не допускається (Ірландія, Андорра, деякі держави Латинської Америки, де значний вплив католицизму). Не схвалюється розірвання шлюбу й у мусульманських країнах, проте воно є можливим. Наприклад, за правом Об'єднаних Арабських Еміратів жінка може вимагати



розірвання шлюбу, якщо чоловік забезпечує її гірше за батька. Чоловіку ж достатньо тричі вимовити слово «розлучення», щоб шлюб було розірвано. Однак норми шаріату вимагають суттєвих підстав для цього. Крім того, дружина має залишатися під одним дахом з чоловіком протягом трьох місяців, аби він переконався, що вона не вагітна.

Різними є й підходи щодо визначення підстав розірвання шлюбу: у деяких державах воно є можливим лише за умови винної поведінки одного із подружжя, причому у законодавстві цих держав, як правило, міститься вичерпний перелік підстав розірвання шлюбу, до яких взаємна згода подружжя не належить (Велика Британія, деякі штати США); закони інших держав є більш ліберальними і дозволяють розірвання шлюбу за різними підставами, включаючи взаємну згоду подружжя. Наприклад, за законодавством Швеції допускається можливість негайного розірвання шлюбу без будь-яких додаткових умов, підстав чи доказів розпаду шлюбу в разі наявності взаємної згоди подружжя. Винятки становлять випадки, коли у подружжя є діти, які не досягли 16-річного віку. У такому разі розірвання шлюбу є можливим лише після закінчення шестимісячного строку. Проте дана умова не застосовується, якщо подружжя жило окремо протягом двох років.

У деяких державах обов'язковим етапом, що передує розірванню шлюбу, чи окремою підставою такого розірвання виступає сепарація — роздільне проживання подружжя протягом певного проміжку часу (Велика Британія, Італія, більшість держав Латинської Америки, деякі штати США, Франція). Так, за законодавством Франції однією з підстав розірвання шлюбу, поряд зі взаємною згодою подружжя, винною поведінкою одного із подружжя та ін., є окреме проживання протягом останніх шести років.

## **§ 2. Колізійне регулювання укладання та розірвання шлюбу в міжнародному приватному праві**

Укладання шлюбу з іноземним елементом передбачає різні ситуації: укладання шлюбу громадянином (-кою) України з особою іншої державної належності як на території України, так і за її межами, укладання шлюбу в консульській установі або дипломатичному представництві, визнання шлюбів, укладених за кордоном.

*Укладання шлюбу на території України.* Відповідно до ст. 56 Закону України «Про міжнародне приватне право» формальні умови (форма і порядок укладання шлюбу) в Україні між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, а також між іноземцями або особами без громадянства визначаються правом України. Щодо матеріальних вимог, то ст. 55 цього Закону закріплює, що право на шлюб визначається особистим законом кожної з осіб, які подали заяву про укладання шлюбу. В разі укладання шлюбу в Україні застосовуються вимоги СК України щодо підстав його недійсності.

*Укладання шлюбу за кордоном.* Питання про визнання таких шлюбів в Україні залежить від державної належності осіб, які укладають шлюб. 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 стосовно громадянина України вимог СК України щодо підстав недійсності шлюбу (ч. 1 ст. 58 Закону «Про міжнародне приватне право»).

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 (ч. 2 ст. 58 цього Закону), тобто такі шлюби визнаються в Україні і за формальними, і за матеріальними умовами відповідно до права держави місця укладання шлюбу (прив'язка *lex loci celebrationis*). Дана прив'язка традиційно використовується у шлюбно-сімейних відносинах, проте найчастіше вона регулює саме формальні умови укладання шлюбу. До матеріальних вимог з метою запобігання виникненню «кульгаючих відносин» застосовується кумулятивна прив'язка — права держави місця укладання шлюбу (прив'язка *lex loci celebrationis*) та особистого закону кожної з осіб, які укладають шлюб (*lex personalis*). Так, відповідно до Закону Угорщини про МПП вимоги до шлюбу регулюються спільним особистим законом осіб, що укладають шлюб. Якщо особисті закони цих осіб є різними, то шлюб буде дійсним лише у разі додержання умов дійсності шлюбу за особистими законами обох сторін.

*Укладання шлюбу в консульській установі або дипломатичному представництві.* Такі шлюби одержали назву «консульські шлюби». Можливість укладання консульських шлюбів виникає тоді, якщо обидві особи мають національну належність держави, що призначила посла чи консула.

Відповідно до ст. 57 зазначеного Закону 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. Такі шлюби беззаперечно визнаються в Україні.

Укладення шлюбу між іноземцями в консульській установі або дипломатичному представництві відповідних держав в Україні регулюється правом держави, що акредитує. Умовою визнання таких консульських шлюбів може бути взаємність (в Україні визнаватимуться шлюби, укладені у консульських установах тих держав, які визнають шлюби, укладені консульствами України у цих державах). Ці питання вирішуються, як правило, консульськими угодами між державами. Іноді консульські конвенції містять застереження про те, що консул має право здійснювати реєстрацію шлюбів за правом держави, що акредитує, якщо це не суперечить законам держави перебування, чи про те, що консул здійснює реєстрацію шлюбів, якщо він уповноважений на це своєю державою та за умови додержання законодавства держави перебування. Обов'язковим є повідомлення місцевих органів про реєстрацію шлюбу консулом, якщо цього вимагають місцеві закони.

Взагалі у сфері колізійного регулювання сімейних відносин головним і найбільш поширеним є принцип особистого закону (*lex personalis*). Усі найбільш важливі питання регулювання сімейних відносин вирішуються за особистим законом учасників цих відносин, що зумовлюється тісним зв'язком сімейних відносин, по-перше, з особистим статусом людини, обсягом її правосуб'єктності, і, по-друге, з соціокультурною традицією<sup>1</sup>. Тому цілком виправданим є відсилання до правової системи, до якої належать учасники сімейних відносин. Специфіка міжнародного приватноправового регулювання полягає у необхідності в більшості випадків встановлення спільного особистого закону подружжя. Так, відповідно до Закону України «Про міжнародне приватне право» (статті 60, 63) правові наслідки шлюбу, включаючи припинення шлюбу та правові наслідки такого припинення, визначаються спільним особистим законом подружжя, а за його відсутності — правом держави, в якій подружжя мало останнє спільне місце проживання, за умови, що хоча б один з подружжя все ще має місце проживан-

---

<sup>1</sup> Очерки международного частного права [Текст] / под ред. проф. А. Довгерта. – Харьков : Одиссей, 2007. – С. 248.

ня 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 застосовуватиметься 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. Однак у цьому разі автономія волі є обмеженою, оскільки існує вибір лише між особистими законами кожного з подружжя. Вибір права, здійснений подружжям, має бути зафіксовано у письмовій формі або явно впливати з умов шлюбного договору. В разі укладення угоди про вибір права в Україні необхідним є її нотаріальне посвідчення (ст. 62 цього Закону).

Класичним прикладом комбінованого підходу до визначення спільного особистого закону подружжя є так звана «шкала Кегеля», яку було закріплено у Вступному законі до Цивільного уложення Німеччини. Ця шкала передбачає наступні прив'язки у такій послідовності: закон спільного громадянства подружжя; у разі його відсутності — закон останнього спільного громадянства, якщо один із подружжя зберіг його; за його відсутності — закон звичайного спільного місця проживання подружжя на даний момент; у разі відсутності спільного місця проживання — закон останнього спільного місця проживання, якщо один із подружжя і зараз там проживає; за відсутності всіх цих умов — закон держави, з якою відносини мають найбільш тісний зв'язок. Така система забезпечує можливість для гнучкого й ефективного розв'язання колізійних проблем з урахуванням широкого кола можливих фактичних обставин і можливості обрання прив'язок<sup>1</sup>. Подібний підхід щодо визначення спільного особистого закону подружжя закріплено і у Мінській конвенції СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 р. (ст. 30).

Окремою проблемою у сфері регулювання шлюбно-сімейних відносин є визнання розірвання шлюбу (розлучення), що мало місце за кордоном. Це визнання полягає у поширенні законної сили рішення іноземного суду (чи іншого правозастосовного органу) на територію України. Таке визнання може здійснюватися у двох формах: або у вигляді визнання іноземного судового рішення про розлучення судом

<sup>1</sup> Кисіль, В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації [Текст] / В. І. Кисіль. – К. : Україна, 2000. – С. 273.

України, або шляхом легалізації документа про розлучення, виданого за кордоном. Про це детальніше йтиметься у розділі, присвяченому питанням визнання і виконання рішень іноземних судів та легалізації документів, виданих за кордоном.

Міжнародно-правове регулювання шлюбно-сімейних відносин має на меті уніфікацію правового регулювання у даній сфері. До основних міжнародних договорів слід віднести Конвенцію про стягнення за кордоном аліментів 1956 р., Конвенцію про згоду на одруження, шлюбний вік і реєстрацію шлюбу 1962 р., Конвенцію про визнання розлучень і рішень про окреме проживання подружжя 1970 р., Конвенцію про укладення і визнання дійсності шлюбів 1978 р., Конвенцію про право, що застосовується до режимів власності подружжя 1978 р., Конвенцію про захист дітей та співробітництво у галузі міжнародного усиновлення 1993 р.

### **§ 3. Майнові відносини подружжя в міжнародному приватному праві**

Подружжя може бути суб'єктом майнових відносин, у тому числі відносин власності, як на загальних цивілістичних засадах, так і на спеціальних умовах, визначених наперед фактом перебування їх у шлюбі. Породження шлюбом майнових відносин подружжя є загально визнаним фактом. При цьому найбільш істотно виявляються особливості тих майнових відносин подружжя, які складаються між ними (внутрішні відносини). Ці особливості визначаються переважно нормами сімейного законодавства окремих держав.

Правові системи різних держав містять суттєві відмінності щодо визначення правового режиму майна подружжя. У порівняльно-правовому аспекті можна виділити три основні види правових режимів майна подружжя: а) режим роздільності майна («*separate property*»), коли майно належить кожному з подружжя окремо. Такий режим було встановлено в Англії законом 1882 р. і прийнято іншими державами загального права; б) режим спільності майна («*community property*»), що передбачає об'єднання майна подружжя в єдиний майновий масив і встановлення спеціальних правил щодо його володіння, користування та розпорядження. При цьому кожний із подружжя зберігає право власності на дошлюбне, успадковане та подароване майно. Цей режим

(як і режим роздільності) має у правовій культурі глибокі традиції, його елементи можна знайти у Кодексі царя Хаммурапі, праві античних Єгипту і Греції тощо. Класичний правовий режим спільності рухомого і придбаного майна подружжя було встановлено Французьким Цивільним кодексом 1804 р.; в) режим відкладеної спільності («*deferred community*») полягає в тому, що кожний з подружжя визнається власником належного йому майна, яким він володіє, користується і розпоряджається самостійно. У разі ж припинення шлюбу все майно подружжя розподіляється між ними порівну. Такий правовий режим встановлено у Німеччині, Данії, Фінляндії, Ісландії, Норвегії і Швеції.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» міститься спеціальна стаття (ст. 61), яка закріплює правило визначення компетентного правопорядку для регулювання майнових відносин подружжя, ускладнених іноземним елементом. Відповідно до закону за відсутності вибору права подружжям майнові наслідки шлюбу визначаються правом, яке застосовується до правових наслідків шлюбу (як уже зазначалося, першочергово застосовується прив'язка до спільного особистого закону подружжя, потім до права місця останнього спільного проживання). Тобто законом встановлюється автономія волі стосовно регулювання майнових відносин подружжя. Однак у даному випадку автономія волі є обмеженою, оскільки імперативно визначаються умови (відсутність спільного особистого закону або спільного місця проживання) і види відносин, до яких допускається застосування принципу автономії волі (правові наслідки шлюбу (ст. 60), майнові відносини подружжя (ст. 61), укладання шлюбного договору (ст. 59)). Також обмеженим є коло правопорядків, з поміж-яких можливий вибір — подружжя може обрати для регулювання майнових наслідків шлюбу: 1) право особистого закону одного з подружжя, або 2) право держави, в якій один із них має звичайне місце перебування, або 3) стосовно нерухомого майна, право держави, в якій це майно знаходиться. Вибране право 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. Закріплення у законодавстві обмеженої автономії волі пов'язано насамперед з намаганням запобігти обходу закону і по-

рушенню внаслідок цього прав і свобод одного з подружжя або третіх осіб.

Майнові права подружжя можуть регулюватися як нормами закону (легальний режим), так і договором, укладеним між ними (договірний режим майна подружжя). За шлюбним договором (контрактом) подружжю надається можливість урегулювати майнові відносини на свій розсуд, у тому числі й передбачити порядок управління майном. Законодавство багатьох держав передбачає порядок укладення шлюбного договору. Так, за законодавством Німеччини обов'язковими є особиста присутність обох сторін і нотаріальне посвідчення їх підписів<sup>1</sup>. Можливість укладення шлюбного договору передбачено і правом України. Щодо розв'язання колізійної проблеми, то відповідно до ст. 59 Закону України «Про міжнародне приватне право» сторони шлюбного договору можуть обрати право, що застосовується до шлюбного договору, відповідно до перелічених вище вимог.

## **§ 4. Міжнародне усиновлення та його наслідки**

Інститут усиновлення міцно ввійшов у життя нашого суспільства і є у певному сенсі мірилом гуманності будь-якого суспільства і держави. Цей інститут має багату і цікаву історію, яка бере витoki з найдавніших часів. Норми про усиновлення було закріплено у законах Хаммурапі, праві Стародавнього Риму тощо. Особливого інтересу набуває усиновлення дітей іноземцями. Якщо у середині 40-х рр. ХХ ст. мали місце лише одиничні випадки такого усиновлення, то на кінець 80-х рр. таке усиновлення стало у більшості держав світу звичайною практикою. У цей період починає широко використовуватися термін «міжнародне усиновлення», що раніше об'єднував окремі поняття «усиновлення дітей-іноземців» і «усиновлення дітей іноземцями».

У випадку міжнародного усиновлення зачіпаються інтереси декількох осіб, які є громадянами різних держав, або осіб, які проживають на території різних держав. У праві цих держав можуть закріплюватись різні, навіть протилежні погляди на усиновлення. Ці

---

<sup>1</sup> Фединяк, Г. С. Міжнародне приватне право [Текст] : курс вибраних лекцій / Г. С. Фединяк. – К. : Юрінком Інтер, 1997. – С. 164.



розбіжності зумовлюються насамперед різними цілями, що поставлені перед інститутом усиновлення у цих державах.

Так, у країнах Західної Європи законодавчо закріплено, що усиновлення можливе лише з урахуванням інтересів дітей, але у той же час воно спрямоване на те, щоб «забезпечити бездітних осіб спадкоємцями, зробити можливим існування фірми»<sup>1</sup>, внаслідок чого у деяких державах допускаються шлюби між усиновителем та усиновленою ним дитиною, а також усиновлення повнолітніх осіб.

Цікавим є той факт, що у мусульманських країнах усиновлення взагалі заборонено. Це базується на одному з положень Корану: «Не створив Аллах для людини двох сердець усередині і не зробив ваших годованців вашими дітьми. Возведіть їх до їхніх батьків, це є більш справедливим у Аллаха, а якщо не знаєте їх батьків, то це ваші брати у вірі і ваші близькі». Єдиною мусульманською державою, де функціонує інститут усиновлення, є Туніс<sup>2</sup>. В інших державах існує інститут «прийому» чи «притулку», відповідно до якого подружжя зобов'язується прийняти дитину і надати їй необхідну допомогу, проте дитина не може ні носити прізвище своєї нової сім'ї, ні розраховувати на частину майна чи спадок<sup>3</sup>.

Оскільки у відносинах міжнародного усиновлення бере участь іноземний елемент, то можливими є такі випадки усиновлення: 1) в Україні іноземець усиновлює дитину-громадянина України; 2) в Україні громадянин України всиновлює дитину-громадянина іншої держави; 3) в Україні іноземець всиновлює дитину-іноземця; 4) за кордоном громадянин України всиновлює дитину-іноземця; 5) за кордоном громадянин України всиновлює дитину-громадянина України; 6) за кордоном іноземний громадянин усиновлює дитину-громадянина України. Як бачимо, випадків немало, у зв'язку з чим виникає питання вибору компетентного правопорядку.

Міжнародною практикою розроблено три підходи до регулювання цього питання: 1) усиновлення за участю іноземного елемента регулюється особистим законом усиновлювача (Австрія, Німеччина,

<sup>1</sup> Городецкая, И. К. Международная защита прав и интересов детей [Текст] / И. К. Городецкая. – М. : Междунар. отношения, 1973. – С. 74.

<sup>2</sup> Синкевич, Н. Регламентация иностранного усыновления в международном частном праве [Текст] // Белорус. журн. междунар. права и междунар. отношений [Електронний ресурс] / Н. Синкевич. – Режим доступу: [www.http://beljournal.by.ru](http://beljournal.by.ru)

<sup>3</sup> Рыжкова, Е. А. Смешанные браки мусульман с мусульманами [Текст] / Е. А. Рыжкова // Моск. журн. междунар. права. – 1999. – № 4. – С. 58.



Швейцарія); 2) усиновлення регулюється законом усиновленого (Велика Британія, Беларусь). У Великій Британії наказ про усиновлення видається судом, а усиновлення регулюється внутрішнім англійським правом; 3) відносини з усиновлення регулюються особистим законом усиновлювача з органічним застосуванням особистого закону усиновленого (Російська Федерація, Франція, Норвегія, Швеція, Фінляндія, країни Латинської Америки).

Особливістю колізійного регулювання відносин з усиновлення в Україні є застосування кумуляції, тобто одночасного використання права різних держав. Відповідно до ст. 69 Закону України «Про міжнародне приватне право» усиновлення та його скасування регулюються особистим законом дитини та особистим законом усиновлювача. Якщо усиновлювач — подружжя, яке не має спільного особистого закону, то застосовується право, що визначає правові наслідки шлюбу. При цьому здатність особи бути усиновлювачем визначається відповідно до її особистого закону. Щодо правових наслідків усиновлення або його припинення, то вони визначаються особистим законом усиновлювача. Нагляд та облік дітей, усиновлених відповідно до положень цієї статті, здійснюються відповідно до особистого закону дитини.

Процедура усиновлення в Україні регламентується постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2008 р. № 905, якою затверджено Порядок провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей<sup>1</sup>, і Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 2 вересня 2008 р. № 510, що затвердив Перелік захворювань, які дають право на усиновлення хворих дітей без дотримання строків перебування на обліку в Державному департаменті з усиновлення та захисту прав дитини при Міністерстві України у справах сім'ї, молоді та спорту та ін.

Усиновлення дитини-громадянина України громадянами України, які проживають за межами України, та іноземцями можливе у разі, якщо строк перебування цієї дитини на централізованому обліку Державного департаменту з усиновлення та захисту прав дитини становить більше року (недодержання даного строку можливе, якщо дитина страждає на захворювання, що включене до Переліку, затвердженого Міністерством охорони здоров'я України, або якщо усиновитель є родичем цієї дитини).

---

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 2008. – № 79. – Ст. 2660.

Громадяни України, які проживають за межами України, та іноземці, які бажають усиновити дитину, що проживає в Україні, подають до Департаменту справу, яка складається з таких документів: 1) заява про взяття на облік кандидатів в усиновителі, засвідчена нотаріально; 2) копія паспорта або іншого документа, що посвідчує особу, у двох примірниках; 3) висновок компетентного органу країни проживання, який підтверджує можливість заявників бути усиновителями, де зазначаються житлово-побутові умови (кількість спальних кімнат, наявність умов для проживання дитини), біографічні дані, склад сім'ї (кількість осіб, які проживають разом із заявником, ступінь родинного зв'язку, наявність власних дітей), ставлення заявників до усиновлення. Висновок має містити рекомендації щодо кількості, віку та стану здоров'я дітей, яких можуть усиновити заявники; 4) дозвіл компетентного органу країни проживання заявників на в'їзд і постійне проживання усиновленої дитини; 5) зобов'язання заявника (у двох примірниках): поставити дитину на облік у відповідній консульській установі чи дипломатичному представництві України протягом місяця після в'їзду до країни проживання; забезпечити право усиновленої дитини зберігати громадянство України до досягнення нею 18 років; подавати консульській установі чи дипломатичному представництву України не менш як один раз на рік протягом перших трьох років після усиновлення та в подальшому один раз на три роки до досягнення дитиною вісімнадцяти років звіт про умови проживання та стан здоров'я усиновленої дитини; надавати можливість представникові консульської установи чи дипломатичного представництва України спілкуватися з дитиною; повідомляти консульську установу чи дипломатичне представництво України про зміну місця проживання усиновленої дитини; 6) засвідчена нотаріально письмова згода другого з подружжя на усиновлення дитини (у разі усиновлення дитини одним з подружжя), якщо інше не передбачено законодавством; 7) довідка про заробітну плату за останні шість місяців або копія декларації про доходи за попередній календарний рік, засвідчена нотаріально або органом, який її видав; 8) засвідчена нотаріально копія документа про шлюб, зареєстрований в компетентних органах країни (у двох примірниках); 9) висновок про стан здоров'я кожного заявника; 10) довідка про наявність чи відсутність судимості для кожного заявника, видана компетентним органом країни проживання; 11) засвідчена нотаріально копія документа, що підтверджує право власності або користування

житловим приміщенням, із зазначенням його загальної і житлової площі та кількості спальних кімнат.

Усі документи (крім копії паспорта або іншого документа, що посвідчує особу) підлягають легалізації у відповідній закордонній дипломатичній установі України, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, і подаються до Департаменту разом з їх перекладом на українську мову, що засвідчується в установленому порядку. Строк дії цих документів становить один рік від дати їх видання, якщо інше не передбачено законодавством країни (про що зазначається в документі), в якій вони видані. При цьому на день подання документів до Департаменту строк їх подальшої дії має становити не менше як шість місяців.

Департамент протягом 20 робочих днів перевіряє документи і в разі відповідності законодавству бере заявників на облік кандидатів в усиновлювачі із занесенням даних про них до Книги обліку кандидатів в усиновлювачі та Єдиного банку даних. Після цього дані особи набувають право на ознайомлення з інформацією про дітей, які можуть бути усиновлені, на знайомство та встановлення контакту з дитиною. У випадку виявлення кандидатом в усиновителі бажання усиновити конкретну дитину (чи дітей) після знайомства з нею (ними) розпочинається стадія підготовки документів для подання до суду. Дані особи звертаються до служби у справах дітей за місцем проживання (перебування) дитини із заявою про бажання усиновити дитину, яка складається українською мовою та засвідчується нотаріусом. Служба у справах дітей за місцем проживання (перебування) дитини протягом 10 робочих днів від дня надходження заяви кандидатів в усиновителі: а) з'ясовує, чи згодна дитина на усиновлення, відповідно до вказаного Порядку; б) готує проект висновку про доцільність усиновлення та відповідність його інтересам дитини. Для одержання письмової згоди Департаменту на усиновлення кандидатом в усиновлювачі подаються відповідна заява, висновок про доцільність усиновлення та відповідність його інтересам дитини, копія письмової згоди дитини на усиновлення та інші документи, передбачені у Порядку.

Усиновлення дітей проводиться на підставі рішення суду.

Усиновлення дитини, яка є громадянином України, але проживає за її межами, здійснюється консульськими установами чи дипломатичними представництвами України в країні проживання дитини.

Порядком провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за додержанням прав усиновлених дітей встановлюються також права й обов'язки кандидатів в усиновлювачі та усиновлювачів, а також здійснення нагляду за додержанням прав усиновлених дітей.

Щодо наслідків усиновлення, то одним з них є одержання усиновленим громадянства усиновителів. Закон України від 18 січня 2001 р. «Про громадянство України»<sup>1</sup> серед підстав набуття громадянства України, встановлених ст. 6, окремо передбачає таку, як усиновлення. Згідно зі ст. 11 Закону дитина, яка є іноземцем або особою без громадянства і яку усиновляють громадяни України або подружжя, один з якого є громадянином України, а другий — особою без громадянства або іноземцем, стає громадянином України з моменту набрання чинності рішенням про усиновлення незалежно від того, проживає вона постійно в Україні чи за кордоном. Як бачимо, в цьому Законі містяться односторонні імперативні норми, в ньому відсутнє будь-яке колісійне регулювання питань, пов'язаних з громадянством дитини у випадках народження чи усиновлення, що мали місце у змішаних шлюбах. До речі, і в Законі України «Про міжнародне приватне право» це питання залишилося невирішеним.

## § 5. Аліментні зобов'язання в міжнародному приватному праві

Загальновизнаними у міжнародному приватноправовому регулюванні є обов'язок батьків утримувати своїх неповнолітніх чи повнолітніх непрацездатних дітей, які потребують матеріальної допомоги, та кореспондуючий обов'язок повнолітніх дітей піклуватися про своїх батьків і утримувати непрацездатних батьків, що потребують допомоги. В разі ухилення від виконання цього обов'язку кошти на утримання можуть бути стягнуті у судовому порядку.

Закон України «Про міжнародне приватне право» закріплює, що права та обов'язки батьків і дітей визначаються особистим законом дитини або правом, яке має тісний зв'язок із відповідними відносинами і якщо воно є більш сприятливим для дитини (ст. 66). Відповідно до ст. 67 цього Закону зобов'язання щодо утримання, які виникають із сімейних відносин, крім випадків, передбачених ст. 66 цього Закону,

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 13. – Ст. 65.

регулюються правом держави, в якій має місце проживання особа, яка має право на утримання. Якщо дана особа не може одержати аліменти відповідно до вказаного права, застосовується право їхнього спільного особистого закону. Якщо це неможливо і за останнім правом, то застосовуватиметься право держави, в якій особа, яка зобов'язана надати утримання, має місце проживання.

Окрему норму присвячено розв'язанню колізійної проблеми щодо утримання родичів та інших членів сім'ї (крім батьків та дітей) (ст. 68). Відповідно до закону вимога про утримання вказаних осіб не може бути задоволена, якщо відповідно до права місця проживання особи, яка зобов'язана надати утримання, такого зобов'язання про утримання не існує.

Важливу роль у регулюванні аліментних зобов'язань відіграють міжнародні конвенції та договори про правову допомогу. Так, Конвенція про право, що застосовується до аліментних зобов'язань, підписана у Гаазі у 1973 р., встановлює загальні положення відносно вибору компетентного права, що застосовується до аліментних зобов'язань, як відносно повнолітніх осіб, так і стосовно дітей (до цього моменту діяла Конвенція 1956 р. про право, що застосовується до аліментних зобов'язань відносно дітей). Конвенція 1973 р. застосовується до аліментних зобов'язань, що виникають із сімейних відносин, батьківства і материнства, шлюбу та свояцтва, включаючи аліментні зобов'язання щодо позашлюбної дитини. Вибір права відповідно до Конвенції здійснюється за допомогою декількох прив'язок, які перебувають у субпідрядному зв'язку: звичайно застосовується право держави звичайного проживання кредитора, що одержує аліменти (у разі зміни звичайного місця проживання кредитора внутрішнє право нового звичайного місця проживання застосовується з моменту настання змін); якщо за названим правом одержання аліментів неможливе, застосовується право їх спільного громадянства; якщо й останнє не надає права на одержання аліментів, застосовується внутрішнє право держави місця знаходження компетентного органу, до якого здійснюється запит. Обране за вказаними правилами право визначає, чи має право кредитор вимагати аліментів і від кого; хто має право порушувати справу про стягнення аліментів і які строки позовної давності для її порушення; розмір зобов'язань боржника.

Україна є учасницею Конвенції про стягнення аліментів за кордоном від 20 червня 1956 р., яку було ратифіковано 20 липня 2006 р. На

відміну від Конвенції 1973 р. ця Конвенція спрямована на матеріально-правове регулювання аліментних відносин. На її виконання Наказом Міністерства юстиції України від 29 грудня 2006 р. було затверджено Інструкцію про виконання в Україні Конвенції про стягнення аліментів за кордоном<sup>1</sup>.

Сфера дії Конвенції поширюється на стягнення аліментів, на які особа (позивач), що перебуває на території однієї з Договірних Сторін, заявляє своє право, з іншої особи (відповідача), яка підпадає під юрисдикцію іншої Договірної Сторони. Ця мета досягається за допомогою установ і органів, які називаються Органи, що передають, та Органи, що приймають. Функції цих органів в Україні відповідно до Інструкції про виконання в Україні Конвенції про стягнення аліментів за кордоном покладено на Міністерство юстиції України.

Інструкція відповідно до положень Конвенції закріплює порядок звернення із заявою про стягнення аліментів з відповідача (боржника), який проживає за кордоном; звернення з клопотанням про визнання і виконання рішення суду України про стягнення аліментів на території іншої держави; опрацювання звернень, що надходять від іноземних заявників, про стягнення аліментів та про визнання і виконання рішення іноземного суду про стягнення аліментів з осіб, які проживають в Україні; надання міжнародної правової допомоги у зв'язку з розглядом справ на підставі Конвенції; функції Мін'юсту України як органу, що приймає, та органу, що передає, а також територіальних управлінь юстиції.

Зокрема, у випадку одержання звернення із заявами (клопотаннями) відповідно до Конвенції, що стосуються стягнення аліментів за кордоном, територіальне управління юстиції перевіряє правильність оформлення одержаних документів, в разі потреби вживає заходів для їх до оформлення і надсилає до Міністерства юстиції України.

Одержавши від Міністерства юстиції заяву (клопотання) іншої Договірної Сторони про стягнення аліментів на території України та про визнання і виконання рішення, територіальне управління юстиції:

- у необхідних випадках вживає заходів для встановлення (уточнення) місцезнаходження боржника (відповідача);
- надсилає заяву на розгляд суду за місцезнаходженням відповідача;
- інформує Міністерство юстиції про стан розгляду заяви та виконання рішення суду стосовно стягнення аліментів.

---

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 2007. – № 1. – Ст. 57.

Після набрання законної сили судовим рішенням України, що задовольняє заяву (клопотання), територіальне управління юстиції на підставі доручення позивача одержує виконавчий лист і звертається до компетентного органу Державної виконавчої служби з метою забезпечення стягнення коштів та їх надіслання заявнику на підставі рішення суду України про стягнення аліментів або ухвали суду України про надання дозволу на примусове виконання іноземного рішення.

Конвенція СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р. також містить норми щодо розв'язання колізійної проблеми у випадках виникнення аліментних зобов'язань. Так, відповідно до ч. 2 ст. 32 цієї Конвенції у справах про стягнення аліментів з повнолітніх дітей застосовується законодавство Договірної держави, на території якої має місце проживання особа, що претендує на одержання аліментів.

Законодавство України містить певні обмеження у праві виїзду за кордон осіб, які мають непогашені аліментні зобов'язання. Відповідно до п. 2 ст. 6 Закону України від 21 січня 1994 р. «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» громадянини України може бути тимчасово відмовлено у виїзді за кордон або у виданні паспорта у разі, якщо діють неврегульовані аліментні, договірні чи інші невиконані зобов'язання — до виконання зобов'язань, або розв'язання спору за погодженням сторін у передбачених законом випадках, або забезпечення зобов'язань заставою, якщо інше не передбачено міжнародним договором України.

Постановою Кабінету Міністрів України від 19 серпня 2002 р. «Про затвердження Порядку стягнення аліментів на дитину (дітей) у разі виїзду одного з батьків для постійного проживання в іноземній державі, з якою не укладено договір про надання правової допомоги»<sup>1</sup> встановлюється обов'язок виконати аліментні зобов'язання з утримання дитини (дітей) до досягнення нею повноліття, що оформляються договором між цією особою та одним з батьків, з яким залишається дитина (діти), чи її опікуном (піклувальником), або договором про припинення права на аліменти для дитини (дітей) у зв'язку з переданням права власності на нерухоме майно (житловий будинок, квартиру, земельну ділянку тощо).

Якщо аліментні зобов'язання не були виконані особою, що виїжджає, стягнення аліментів провадиться за рішенням суду.

---

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 2002. – № 34. – Ст. 1599.

Виконання зазначених аліментних зобов'язань підтверджується договором про виплачення аліментів, або нотаріально засвідченою заявою про відсутність у одержувача аліментів вимог щодо стягнення аліментних платежів, або копією рішення суду про виплачення аліментів. Подання цих документів є необхідним при оформленні права виїзду на постійне місце проживання в іншу державу.

## ■ Контрольні запитання

1. Назвіть основні джерела міжнародного сімейного права.
2. Назвіть особливості укладання та розірвання шлюбу в МПП.
3. У чому полягають особливості колізійно-правового та матеріально-правового регулювання майнових відносин подружжя в МПП?
4. Охарактеризуйте чинне законодавство щодо стягнення аліментів за кордоном.
5. Охарактеризуйте порядок та правові наслідки міжнародного усиновлення.



# Спадкові відносини в міжнародному приватному праві

## § 1. Основні колізії у спадкуванні за міжнародним приватним правом

Спадкове право — це сукупність норм, які регулюють відносини, пов'язані з переходом прав та обов'язків померлого до інших осіб.

Унаслідок міграції населення в усьому світі кількість спадкових справ, ускладнених наявністю іноземного елемента, постійно збільшується. Переселенці часто пов'язані родинними стосунками з громадянами країни свого походження, що і стає підставою для виникнення спадкових справ з іноземним елементом. Різноманітність практики в цій галузі та труднощі, що виникають при вирішенні конкретних спадкових справ, пояснюються значними розбіжностями у матеріальному праві різних держав.

Інститут спадкування в системах загального та континентального права розглядається по-різному: у першому випадку — як система норм, що регулюють відносини, пов'язані з виконанням адміністратором (або виконувачем заповіту) функцій особистого представника померлого; у другому — як система норм, що регулюють правонаступництво, де права та обов'язки померлого переходять безпосередньо до спадкоємців. Правові системи Великої Британії та США не передбачають правонаступництва: майно померлого спочатку переходить за правом довірчої власності до так званого особистого представника — адміністратора, який передає спадкоємцям ту частку майна, що залишається після розрахунків з кредиторами, або, навпаки, вимагає повернення боргів з боржників померлого, а потім вирішує усі питання із спадкоємцями. Адміністратор, а не спадкоємці, несе відповідальність за своєчасний та вірний розрахунок за борги спадкодавця. Спадкоємці одержують від адміністратора свої долі майна після того, як усі борги будуть повернуті.

Спадкові відносини у системі континентального права базуються на універсальному правонаступництві, що за своєю природою є близьким до інституту спадкування, закріпленого в законодавстві України. Майно померлого без «посередників» переходить до спадкоємців за законом або за заповітом. Спадкоємці вже самі відповідають за зобов'язаннями спадкодавця.

Спадкування за заповітом є одним із видів спадкування. Заповіт являє собою волевиявлення спадкодавця, яке спрямоване на визначення юридичної долі його майна після смерті, що складене у формі, прописаної законом<sup>1</sup>. Метою регулювання спадкових відносин на законодавчому рівні є встановлення такого порядку та вимог до заповіту, які б виключали будь-які сумніви стосовно останньої волі заповідача. За законодавством майже всіх країн світу заповіт, який було складено з порушенням формальних вимог, передбачених законом, може бути визнаний недійсним.

У законодавстві кожної держави встановлюються власні вимоги до порядку складання заповіту та його форми. Для законодавства більшості країн континентальної Європи характерними є такі форми заповіту:

1) власноручний (олографічний) заповіт — документ, текст якого складається, датується та підписується спадкодавцем власноруч, при цьому друковані машинописні тексти не допускаються (Нідерланди, Іспанія, Італія, Швейцарія, Німеччина);

2) заповіт у формі публічного акта — укладається згідно із встановленою законодавством процедурою за участі офіційної посадової особи, найчастіше нотаріуса. При участі двох нотаріусів або одного, але в присутності двох свідків, укладається заповіт у Франції. Законодавством Швейцарії закріплено, що заповіт має укладатися за участі одного нотаріуса та двох свідків. Залучення свідків при укладанні забезпечує гарантії справжності заповіту і подальшого його виконання, як того бажав спадкодавець;

3) таємний заповіт — заповіт складено спадкодавцем та переданий у закритому вигляді на зберігання нотаріусу в присутності свідків (Франція, Німеччина, Швейцарія). Заповіт у таємній формі має як позитивні, так і негативні риси. Позитивним є те, що така форма заповіту гарантує забезпечення конфіденційності та збереження документа. У свою чергу, негативним є те, що заповіт складається самостійно спадкодавцем без

<sup>1</sup> Скаридов, А. С. *Международ. част. право [Текст] : учеб. пособие / А. С. Скаридов.* – СПб. : Изд-во Михайлова В. А., Полиус, 1998. – С. 535.

допомоги фахівців та компетентних посадових осіб. Таємний заповіт може містити розпорядження з подвійним тлумаченням або взагалі протизаконні, що у подальшому призведе до неможливості їх виконання;

4) усна (спрощена) форма заповіту — спадкодавець висловлює свою останню волю усно, але обов'язково в присутності свідків. Таку форму заповіту передбачено законодавством Великої Британії, Німеччини, і вона можлива в разі виникнення надзвичайних життєвих ситуацій, наприклад: військовими, які знаходяться на військових завданнях; моряками, які знаходяться у плаванні.

Законодавством України (ст. 1247 ЦК) закріплено, що заповіт складається у письмовій формі із зазначенням місця та часу його складання, має бути особисто підписаний заповідачем і посвідчений нотаріусом або іншими посадовими, службовими особами у встановленому ЦК. Законом гарантується таємниця заповіту або його скасування (яке може бути зроблено заповідачем у будь-який час).

При складанні заповіту важливу роль відіграє питання здатності особи на його складання. Заповіт не мають права складати недієздатні та неповнолітні особи. Визнаються недійсними заповіти, складені психічнохворими особами, а також ті, які було складено внаслідок погроз та вчинення насильницьких дій.

Спадкове право іноземних країн містить різний віковий ценз із набуттям якого особа має право складати заповіт. З 18 років мають право складати заповіт у Франції, Швейцарії, Великій Британії, більшості штатів США, а також в Україні. Однак французьким законодавством передбачено, що неповнолітня особа 16-річного віку має право скласти заповіт стосовно половини належного їй майна, а за відсутності родичів до шостого ступеня родинності — на рівні з повнолітньою особою. З 16 років мають право складати заповіти громадяни Німеччини<sup>1</sup>.

У ст. 72 Закону України «Про міжнародне приватне право» закріплено, що здатність особи на складання і скасування заповіту, а також форми заповіту і акта його скасування визначаються правом держави, у якій спадкодавець мав постійне місце проживання в момент складання акта або в момент смерті. 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

<sup>1</sup> Гражданское и торговое право капиталистических государств [Текст] / под ред. Р. Л. Нарышкиной. — М. : Междунар. отношения, 1984. — Ч. 2. — С. 285–286.

складання акта чи в момент смерті, а також права держави, у якій знаходиться нерухоме майно. Отже, українське законодавство до форми заповіту та здатності особи його скласти застосовує колізійну прив'язку — право держави постійного місця проживання спадкодавця, але в момент складання акта або в момент смерті.

Заповіти, в яких відображено волю двох чи більше осіб, найчастіше між подружжям — це спільні заповіти, які дозволяються законодавством Німеччини, Великої Британії та США і заборонені у Франції, Польщі, Італії, Іспанії. Українське законодавство закріплює (ст. 1243 ЦК), що подружжя має право скласти спільний заповіт щодо майна, яке належить йому на праві спільної сумісної власності (так званий спадковий договір). Запроваджено своєрідне двоступеневе спадкування: після смерті одного з подружжя спадщина переходить до другого, а після його смерті — до тих, хто визначений у заповіті.

Для захисту інтересів членів сім'ї у законодавстві багатьох держав закріплено різну ступінь свободи заповіту. Спадкодавець має право розпоряджатися власним майном тільки в межах, дозволених законом, а інша частина майна переходить до членів його сім'ї, які мають право на обов'язкову частку (резерв) у спадку. Коло осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадку у різних країнах визначається неоднаково, як правило, до таких осіб належать один із подружжя, неповнолітні діти та батьки померлого. У кожній країні по-різному визначається розмір самої обов'язкової частки. Обов'язкова частка в Іспанії становить  $\frac{2}{3}$  для дітей та  $\frac{1}{2}$  для батьків частки, яку вони б одержали у разі спадкування за законом. Згідно із законами Сербії, Чорногорії, Хорватії, Словенії незалежно від змісту заповіту діти померлого одержують половину, а батьки й один з подружжя —  $\frac{1}{3}$  тієї частки, яку вони одержали б у разі спадкування за законом. Мусульманське право значно обмежує свободу заповіту. Основним тут є спадкування за законом: спадкодавець не має права змінити встановлений правом порядок спадкування і в змозі розпоряджатися лише  $\frac{1}{3}$  спадкового майна на користь осіб, які не входять до спадкоємців за законом<sup>1</sup>.

Згідно з правом Великої Британії чоловіку тому з подружжя, хто пережив, незалежно від заповіту надається право на одержання у довічне використання половини майна спадкодавця<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Міжнародне приватне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. В. М. Гайворонського та В. П. Жушмана. – С. 186–187.

<sup>2</sup> Гражданское и торговое право капиталистических государств [Текст] : учебник / под ред. Е. А. Васильева. – М. : Междунар. отношения, 1993. – С. 543.

У ЦК Російської Федерації (ст.1149) закріплено, що право на обов'язкову частку у спадку мають неповнолітні діти, непрацездатний чоловік або жінка, батьки та непрацездатні утриманці спадкодавця. Розмір обов'язкової частки становить не менш ніж половини частки, яка була б належати кожному з них, якщо спадкування проходило за законом.

Згідно з українським законодавством (ст. 1241 ЦК) право на обов'язкову частку у спадщині мають неповнолітні, повнолітні, але непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки. Обов'язкова частка складається із половини частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом.

Спадкове право іноземних країн щодо змісту заповіту припускає можливість зробити в його тексті не тільки розпорядження майном, а й визнання позашлюбної дитини, призначення опікуна неповнолітній особі або виконавця заповіту.

Стосовно спадкування за законом, то в праві різних країн існує велике різноманіття у визначенні кола осіб, які мають право на одержання спадку. Історично склалися дві базові системи спадкування за законом: романська система та система парантел.

1. Романська система — заснована на поділі спадкоємців за низхідними, висхідними та боковими лініями, класами, чергами та розрядами. Так, у Франції є чотири розряди спадкоємців за законом: перший — низхідні родичі спадкодавця (діти, онуки та ін.); другий — батьки спадкодавця — його брати, сестри та їх низхідні родичі; третій — усі інші висхідні родичі спадкодавця (дід, бабка, прадід та ін.); четвертий — інші родичі за боковою лінією (двоюрідні брати, сестри, дядьки та ін.). Спадкувати за законом в Італії можуть: 1) родичі спадкодавця за низхідною лінією — батьки, брати, сестри спадкодавця; 2) висхідні родичі — дід, бабка, прадід та інші родичі за боковими лініями. За законодавством Румунії спадкують діти, їхні низхідні; якщо дітей немає, тоді спадкують батьки, брати, сестри померлого; у разі їх відсутності — дід, бабка та ін. Той з подружжя, хто пережив, спадкує самостійно і одноособово тільки в тому разі, якщо не залишилося родичів ближче четвертого ступеня.

2. Система парантел. *Парантела* — група кровних родичів зі спільним предком і його низхідними родичами. За законодавством Німеччини спершу спадкують низхідні спадкодавця, а потім — батьки,

їх низхідні, дід і бабка, їхні низхідні, прадід, прабабка, їхні низхідні. Всередині першої і другої парантел майно поділяється порівну між дітьми спадкодавця та відповідно його батьками. У третій та інших парантелях висхідні родичі усувають від спадкування низхідних, майно поділяється порівну між родичами по батьківській та материнській лініях, а у разі відсутності родичів у одній з парантел усе майно поділяється всередині іншої; низхідні родичі спадкують за правом представництва. Отже, у Німеччині кількість парантел необмежена, тому в разі відсутності заповіту навіть далекі родичі можуть стати спадкоємцями. У Швейцарії коло спадкоємців за законом обмежено першими трьома парантелами, родичам четвертої парантели надається право користуватися майном спадкодавця (узуфрукт)<sup>1</sup>.

У законодавстві багатьох країн існує інститут негідного спадкоємця. За законодавством Ірану спадкових прав позбавлено осіб іншого віросповідання та осіб, які вчинили умисне вбивство спадкодавця (крім необхідної самооборони), позашлюбні діти. Не можуть бути спадкоємцями подружжя, якщо у судовому порядку один із них звинуватив другого у подружній зраді<sup>2</sup>.

Законом Іспанії про спадкування (1981 р.) визначено коло осіб, які не мають право на спадкування ні за заповітом, ні за законом: батьки, які покинули власних дітей або вимагали від них займатися проституцією; особи, засуджені за дії, вчинені проти спадкодавця або його подружжя; особи, які неправдиво звинуватили спадкодавця у вчиненні злочину, внаслідок чого його було засуджено, та ін.<sup>3</sup>

Отже, внаслідок великих розбіжностей у матеріальному праві різних країн на практиці для врегулювання спадкових відносин традиційно використовують такі колізійні прив'язки: особистий закон спадкодавця (як закон громадянства, так і закон доміцилію); закон звичайного місця перебування спадкодавця (на момент складання заповіту або на момент смерті); закон місця знаходження майна (в основному застосовується у разі спадкування нерухомого майна); закон місця складання заповіту.

<sup>1</sup> Международное частное право [Текст] : учебник / Г. Ю. Федосеева. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Эксмо, 2007. – С. 272.

<sup>2</sup> Перевин, М. С. Наследование в Иране [Текст] / М. С. Перевин // Междунар. част. право. – 1997. – № 1. – С. 3.

<sup>3</sup> Международное частное право [Текст] : учебник / И. В. Гетьман-Павлова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Эксмо, 2009. – С. 443.

## § 2. Міжнародно-правове регулювання спадкових відносин

Найуспішнішою формою уніфікації спадкових норм на сьогодні є їхня уніфікація на регіональному рівні. Найвідомішими регіональними міжнародними договорами залишаються: 1) Кодекс міжнародного приватного права 1928 р. (Кодекс Бустаманте), учасницями якого є 15 країн Латинської Америки<sup>1</sup>; 2) Конвенція країн СНД про правову допомогу та правові відносини по цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р. (Мінська конвенція), учасницями якої є країни СНД, у тому числі Україна.

У Кодексі Бустаманте питанням спадкування присвячено підрозділи III–V розділу III. Відповідно до нього правове регулювання спадкування здійснюється згідно з англо-американською системою права: спадкове майно розподіляється особистим представником спадкодавця. Призначення та повноваження особистого представника регулюються особистим законом спадкодавця. Успадкування як за законом, так і за заповітом теж регулюється особистим законом спадкодавця. Сформульовано положення, згідно з яким низка правовідносин у сфері спадкування належить до міжнародного публічного порядку. Так, до міжнародного публічного порядку належать положення, що забороняють сумісні або усні заповіти, норми відносно форми заповіту та акта його скасування, здобуті під дією загроз або шахрайства.

У Мінській конвенції питанням спадкування присвячено ч. V, яка складається із семи статей. Держави-учасниці (Україна також є учасницею) в питаннях спадкування закріпили принцип рівності спадкування як за законом, так і за заповітом, на територіях інших Договірних Сторін (принцип національного режиму). Цей принцип означає, що громадяни будь-якої договірної держави незалежно від того, на території якої з них вони закликаються до спадкування, мають ті самі права, що і громадяни відповідної держави. Колізійною прив'язкою у питаннях спадкування є закон останнього місця проживання спадкодавця. Так, право успадкування визначається за законодавством Договірної Сторони, на території якої спадкодавець мав постійне місце проживання.

<sup>1</sup> Международное частное право [Текст] : сб. док. / сост. К. А. Бекашев, А. Г. Ходаков. – М. : БЕК, 1997. – С. 15.

Право на успадкування рухомого майна визначається за законодавством Договірної Сторони, на території, якої спадкодавець мав своє останнє постійне місце проживання, а щодо нерухомого майна — законодавством Договірної Сторони, на території якої це майно знаходиться. У випадках, якщо спадкоємцем є держава, встановлюється змішаний режим для рухомого та нерухомого майна: рухоме майно переходить до держави, громадянином якої спадкодавець був у момент смерті; нерухоме — до держави, на території якої воно знаходиться.

Спори, які виникають унаслідок спадкових відносин, розглядаються: відносно нерухомого майна — установами держави місця знаходження майна; стосовно рухомого майна — установам держави на території якої спадкодавець мав місце проживання в момент смерті.

Здатність особи до складання та скасування заповіту, а також форма заповіту визначаються правом тієї країни, де спадкодавець мав місце проживання в момент його складання. Проте заповіт чи його скасування не можуть бути визнані недійсними через недодержання форми, якщо вона відповідає вимогам права місця його складання.

Гаазька конвенція про колізії законів стосовно форми спадкових розпоряджень від 5 жовтня 1961 р.<sup>1</sup> належить до уніфікованого міжнародного договору. Конвенція в інтересах спадкодавця надає перелік правопорядків, за приписами яких щодо форми може бути складено спадкове розпорядження. Так, у ст. 1 Конвенції закріплено альтернативну колізійну норму, згідно з якою спадкове розпорядження може бути складено у формі, передбаченій законом:

- держави місця складання заповіту;
- держави, громадянином якої був заповідач на момент складання заповіту або смерті;
- держави місця проживання в час складання заповіту або в момент смерті;
- держави, в якій заповідач мав постійне місце проживання в час складання заповіту або в момент смерті;
- держави, на території якої знаходиться нерухоме майно, якщо воно є предметом спадкового розпорядження.

Згідно з Конвенцією кожна держава-учасниця може зробити застереження стосовно того, що вона не визнаватиме спадкові розпорядження, зроблені в усній формі. Застереження про публічний порядок

<sup>1</sup> Международное частное право [Текст] : сб. док. / сост. К. А. Бекашев, А. Г. Ходаков. – М. : БЕК, 1997. – С. 664.



закріплено у ст. 7 Конвенції, згідно з якою держави мають право не застосовувати колізійні норми цієї Конвенції у випадках, коли їх застосування суперечить публічному порядку. Застосування колізійних норм, закріплених у цій Конвенції, не обумовлені вимогами взаємності, тобто якщо колізійна норма цієї Конвенції зробила вибір на користь законодавства України, незважаючи на те, що Україна не є учасницею, застосовуватиметься право України.

Також до міжнародних договорів, які знаходяться на універсальному рівні, належать: Гаазька конвенція 1989 р. про право, яке підлягає застосуванню до спадкового майна, Гаазька конвенція про міжнародне управління спадковим майном 1973 р., Вашингтонська конвенція про форму міжнародного заповіту 1973 р.

На жаль, Україна не бере участі в жодному багатосторонньому міжнародному договорі з питань спадкування, але є учасницею близько 30 двосторонніх договорів про правову допомогу, якими і врегулюються питання іноземного спадкування.

Характерними рисами договорів про правову допомогу у спадкових справах є те, що: 1) майже всі вони надають національний режим громадянам іншої сторони у спадкових міжнародних відносинах щодо здатності до складання заповіту і здатності одержувати майно та права; 2) договори виходять із розщеплення спадкування згідно з категоріями майна, яке спадкується, тобто сповідується принцип дуалізму, коли до рухомого майна застосовується закон громадянства чи закон постійного місця проживання, а до нерухомого — закон місця його знаходження; 3) форма заповіту майже завжди визначається за законом громадянства спадкодавця на момент смерті чи на момент місця складення заповіту<sup>1</sup>.

### **§ 3. Спадкові права іноземців в Україні**

В Україні іноземні громадяни можуть на загальних засадах разом з українськими громадянами бути суб'єктами спадкових відносин. Надання іноземцям національного режиму у сфері зазначених відносин ґрунтується на положеннях Конституції України, Закону України «Про правовий статус іноземців», ЦК України, а також консульських

---

<sup>1</sup> Степанюк, А. А. Міжнародне приватне право [Текст] : підручник / А. А. Степанюк. – Х. : Кроссрод, 2008. – С. 610.

конвенцій та міжнародних договорів про правову допомогу. Національний режим має безумовний характер, тобто надається іноземному громадянину без вимоги про взаємність.

Іноземці-спадкодавці, як і українські громадяни, можуть заповідати майно, призначаючи спадкоємців шляхом складання заповіту; на власний розсуд розподіляти між спадкоємцями спадкове майно, майнові права та обов'язки; не вказуючи причин, позбавляти права на спадкування будь-яку особу з числа спадкоємців за законом; включати до заповіту інші розпорядження, передбачені ЦК України; скасовувати чи змінювати складений заповіт тощо. Іноземці-спадкоємці в Україні можуть спадкувати майно за законом і за заповітом або відмовитися від прийняття спадщини; закликатися до спадкування у порядку черговості.

Із принципу рівності громадян і іноземців виходять також багатосторонні та двосторонні угоди про правову допомогу, в яких зазначено, що громадяни кожної з Договірних Сторін можуть спадкувати на території інших Договірних Сторін майно або права за законом або за заповітом на рівних умовах і в тому ж обсязі, як і громадяни даної Договірної Сторони (ст. 44 Мінської конвенції).

Надаючи іноземцям національний режим щодо спадкування, Україна не ставить умови про взаємність. Разом із тим, прирівнюючи іноземців до громадян України у правах і обов'язках, держава може встановити певні обмеження, закріпивши їх у законі або міжнародному договорі. Так, спадкування громадян однієї держави на території іншої допускається лише відносно таких видів майна, які за законом цієї держави можуть бути об'єктами спадкування його власних громадян.

В Україні до спадкової маси не можуть входити об'єкти, вилучені із цивільного обороту. Перелік видів майна, що не може перебувати у власності громадян, громадських об'єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України, затверджено постановою Верховної Ради України від 17 червня 1992 р. «Про право власності на окремі види майна»<sup>1</sup>.

ЗК України обмежує право власності іноземців на землі. Так, у його п. 4 ст. 81 встановлено, що землі сільськогосподарського призначення, прийняті у спадщину іноземними громадянами, а також особами без громадянства, протягом року підлягають відчуженню іншій фізичній

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 35. – Ст. 517.

або юридичній особі, яка згідно із законодавством України має право на набуття земельних ділянок у власність.

До складу спадщини при спадкуванні на території однієї держави громадянами іншої не можуть входити об'єкти, не передбачені законом держави перебування для її власних громадян. У ст. 1219 ЦК України визначено перелік прав і обов'язків особи, які не входять до складу спадщини.

Кошти, що підлягають виплаті в рахунок спадщини іноземним спадкоємцям, переводяться з України безперешкодно за наявності взаємності щодо таких переводів з боку протилежної сторони, що відображується у відповідних міжнародних угодах. Переміщення через кордон спадкового майна здійснюється з урахуванням обмежень щодо ввезення та вивезення предметів через митний кордон, встановлених чинним українським законодавством.

Відповідно до ст. 70 Закону України «Про міжнародне приватне право» спадкові відносини регулюються правом держави, у якій спадкодавець мав останнє місце проживання, якщо спадкодавцем не обрано у заповіті право держави, громадянином якої він був (закон місця проживання спадкодавця). Тобто в разі смерті іноземного спадкодавця, останнім місцем проживання якого була Україна, спадкові відносини мають бути врегульовані українським законодавством. Поняття місця проживання фізичної особи міститься у ст. 29 ЦКУ, згідно з якою місцем проживання є місце, у якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово.

Норми, спрямовані на врегулювання питань спадкування з іноземним елементом, містяться у міжнародних конвенціях і угодах, укладених Україною. Ці питання підлягають колізійному врегулюванню на основі спеціальних прив'язок: для спадкування рухомого майна застосовується особистий закон спадкодавця (*lex domicilii*), а для нерухомого — закон місцезнаходження майна (*lex rei sitae*). Переважно на таких самих засадах визначається держава, органи якої здійснюють діловодство у справах про спадкоємство. При спадкуванні рухомого майна компетентними є установи тієї держави, на території якої мав місце проживання спадкодавець у момент смерті; при спадкуванні нерухомого майна — установи тієї держави, на території якої знаходиться майно. Окремими міжнародними договорами може бути встановлено інший розподіл компетенції провадження по справах про успадкування рухомого майна. Так, договором про правову допомогу між Україною та Литовською

Республікою<sup>1</sup> встановлено, що якщо все рухоме майно знаходиться на території Договірної Сторони, на якій спадкодавець не мав останнього місця проживання, то за заявою спадкоємця чи відмовника, коли з цим згодні всі спадкоємці, провадження по справі про успадкування провадять установи цієї Договірної Сторони.

Якщо йдеться про спадкування за заповітом, то згідно зі ст. 46 Мінської конвенції здатність особи до складання і скасування заповіту, а також форма заповіту та його скасування визначаються за правом тієї країни, де заповідач мав місце проживання в момент складання акта. Але заповіт або його скасування не можуть бути визнані недійсними внаслідок недержання форми, якщо остання задовольняє вимогам права місця його складання.

Нотаріус повинен повідомити про відкриття спадщини дипломатичне представництво або консульську установу держави, громадянством якої є спадкодавець або спадкоємець.

Українське законодавство для прийняття спадщини встановлює строк у шість місяців, який починається з часу відкриття спадщини (з моменту смерті спадкодавця). Однак міжнародними договорами може бути встановлено його відлік з моменту повідомлення дипломатичного чи консульського представництва про смерть спадкодавця.

Іноземні спадкоємці у зазначений строк повинні особисто або через представників подати в нотаріальну контору за місцем останнього проживання спадкодавця заяву про прийняття спадщини. Якщо місце проживання спадкодавця невідоме — за місцезнаходженням нерухомого майна або основної його частини, а за відсутності нерухомого майна — за місцезнаходженням основної частини рухомого майна (ст. 1221 ЦК України). Якщо спадкоємці-іноземці відсутні за місцезнаходженням спадщини, вони подають заяву про прийняття спадщини до посольства чи консульства України за кордоном. Спадкоємці, які у встановлений строк не подали до нотаріуса заяву про прийняття спадщини, вважаються такими, що не прийняли її. Проте за заявою спадкоємця, який пропустив строк для прийняття спадщини з поважної причини (від'їзд, хвороба), за згодою інших спадкоємців або у судовому порядку строк для подання заяви в нотаріальну контору може бути продовжений.

До прийняття спадщини спадкоємцями охорона спадкового майна здійснюється нотаріусом за місцем відкриття спадщини.

На майно, що переходить у порядку спадкування до спадкоємців і знаходиться в Україні, нотаріус видає свідоцтво про право на спадщину.

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. — 1993. — № 52. — Ст. 499.

## § 4. Спадкові права українських громадян за кордоном

У зв'язку зі смертю за кордоном громадянина України, відкриттям спадщини і наявністю за кордоном спадкового майна виникають спадкові відносини, що регулюються на підставі або колізійних норм внутрішнього законодавства певної держави, або норм міжнародної угоди. Україна визнає права спадкування, що виникли під дією іноземного закону. Громадяни України як спадкодавці за кордоном мають право заповідати своє майно і майнові права. Це означає, що українські громадяни можуть виступати спадкоємцями певної черги при спадкуванні за законом і мають право на одержання спадкової частки у разі відкриття спадщини за кордоном за законом держави, в якій відкрилася спадщина.

У більшості випадків внутрішнє законодавство, міжнародні угоди з правової допомоги та консульські конвенції виходять із принципу розщеплення режиму спадкування майна залежно від його категорії. Відносно нерухомого майна застосовується закон місцезнаходження майна, а відносно рухомого — закон громадянства спадкодавця (або закон місця проживання). Якщо, наприклад, український громадянин помер на території іноземної держави, то його рухоме майно передається консулу України для того, щоб він вчинив з ним за законом своєї держави. На нерухоме ж майно поширюється закон держави, на території якої воно знаходиться. Однак при успадкуванні майна в деяких країнах цей принцип може не зберігатися. Так, відповідно до ЦК Іспанії спадкування регулюється законом громадянства спадкодавця, що визначається на момент його смерті, якими би не були природа майна і держава, де воно знаходиться.

Згідно з договорами про правову допомогу, які уклала Україна з КНДР, Румунією, Чеською Республікою та ін., здатність особи складати або скасовувати заповіт, а також визначення правових наслідків недоліків волевиявлення встановлюються законодавством тієї Договірної Сторони, громадянином якої був заповідач на момент складання або скасування заповіту. Форма складання або скасування заповіту визначається законодавством тієї Договірної Сторони, громадянином якої був заповідач на момент складання або скасування заповіту. Проте достатньо, щоб було додержане законодавство Договірної Сторони, на території якої складено або скасовано, змінено заповіт.

На відміну від законодавства України, яке передбачає шестимісячний строк для прийняття спадщини, у більшості зарубіжних країн цей строк

є значно більшим. Наприклад, у Великій Британії він сягає сім років. У США, Австралії, Канаді питання спадкування регулюються законодавством адміністративних одиниць цих країн (штатів, провінцій). Ним визначається і строк подання заяви на одержання спадщини, який може дорівнювати від кількох років до 30 років.

Захист спадкових прав українських громадян за кордоном покладений на консулів. Компетенцію дипломатичного представництва або консульської установи визначено Консульським статутом України, затвердженим Указом Президента України від 2 квітня 1994 р., а також положеннями консульських конвенцій. Зазначеними актами на консулів відносно спадкування покладено обов'язок вживати заходів щодо охорони майна, яке залишилося після смерті громадянина України. Якщо консулу стане відомо про спадщину, що відкрилася на користь громадян України, які проживають в Україні, він негайно передає у МЗС відомі йому дані про таку спадщину і можливих спадкоємців. Консул має право приймати спадкове майно для передання його спадкоємцям, які перебувають в Україні, вчиняти нотаріальні дії — посвідчувати заповіти, видавати свідоцтва про право на спадщину.

У справах про спадкоємство, у тому числі зі спадкових спорів, дипломатичні представництва або консульські установи є компетентними представляти (за винятком права на відмову від спадщини) без спеціальної довіреності в установах інших держав громадян своєї держави, якщо вони відсутні або не призначили представника.

Громадяни України мають можливість доручити ведення справи про спадщину за кордоном Ін'юрколегії.

## **§ 5. Правовий режим відумерлої спадщини у міжнародному приватному праві**

При спадкуванні майна в будь-якій державі світу можлива така правова ситуація, за якої на спадкове майно, що залишилося після смерті спадкодавця, ніхто із спадкоємців не претендує. Таке майно називається відумерлим.

В Україні правовий режим відумерлої спадщини врегульовано ст. 1277 ЦК України, згідно з якою підставами визнання спадщини відумерлою є: 1) відсутність спадкоємців за заповітом і за законом;

2) усунення їх від права на спадкування; 3) неприйняття ними спадщини, а також відмова від її прийняття. За наявності таких підстав майно за рішенням суду, яке може бути постановлене після спливу одного року після відкриття спадщини переходить у власність територіальної громади за місцем відкриття спадщини.

Спадкове право майже всіх країн передбачає перехід відумерлого майна до державної казни, що унеможливорює втрату права власності на спадкове майно і тим самим сприяє його захисту від можливого пошкодження або втрати. Для набуття державою права на відумерле майно прийняття спадщини законом не передбачено.

Разом з тим у різних правових системах існують дві різні концепції права держави на спадкування відумерлого майна. Концепція «права окупації» означає, що відумерле майно, яке знаходиться на території держави, переходить у її власність як безхазяйне, вільне від будь-яких обтяжень на підставі принципу місцезнаходження речі або місця смерті громадянина (Франція, Австрія, США). Держава обертає таке майно на свою користь незалежно від зв'язків між нею і спадкодавцем. Право окупації виключає можливість передання відумерлого майна іноземній державі, яка претендує на нього за правом спадкування.

Концепція «права спадкування» ґрунтується на універсальному правонаступництві і передбачає наявність зв'язку між державою і спадкодавцем, оскільки відумерле майно переходить у власність держави, громадянином якої був померлий, незалежно від місцезнаходження майна (Росія, Іспанія, Швейцарія). У цьому разі держава несе відповідальність за боргами спадкодавця. Отже, якщо громадянин помер за кордоном і в нього немає спадкоємців, то за концепцією права окупації відумерле майно перейде до держави, в якій громадянин помер або де знаходиться спадкова маса. Перехід же майна за правом спадкування означатиме, що воно буде звернено державі, громадянином якої був спадкодавець.

Різний правовий режим, як правило, передбачено при переході до держави різних категорій майна. Рухоме відумерле майно передається державі, громадянином якої був спадкодавець (особистий закон спадкодавця), а нерухоме — за будь-яких умов переходить до держави, на території якої воно знаходиться (закон місцезнаходження речі). Такий принцип роздвоєння статуту спадкування відумерлого майна відображено у Мінській конвенції, згідно із ст. 46 якої якщо за законодавством Договірної Сторони, що підлягає застосуванню при

спадкуванні, спадкоємцем є держава, то рухоме спадкове майно переходить Договірній Стороні, громадянином якої є спадкодавець у момент смерті, а нерухоме спадкове майно переходить Договірній Стороні, на території якої воно знаходиться.

Питання про те, яке майно вважається рухомим, а яке — нерухомим, вирішується за правом держави, на території якої знаходиться майно.

З метою визначення права, яке необхідно застосовувати до зазначених відносин, слід урахувати двосторонні міжнародні договори про правову допомогу у цивільних справах, де спадкуванню взагалі і спадкуванню відумерлого майна приділено певну увагу і які мають пріоритет перед внутрішнім законодавством. Наприклад, Угодою між Україною та Турецькою Республікою про правову допомогу та співробітництво у цивільних справах<sup>1</sup> встановлено, що якщо померлий громадянин однієї з Договірних Сторін не має спадкоємця на території другої Договірної Сторони, то його рухоме та нерухоме майно буде передано у власність тієї держави, на чій території воно знаходиться.

Таким чином, доля відумерлого майна залежить: 1) від того, якої концепції його переходу додержується конкретна держава; 2) від місцезнаходження спадкової маси; 3) від належності майна до рухомого чи нерухомого.

## **Контрольні запитання**

1. Назвіть особливості колізійно-правового регулювання спадкових відносин у МПП.
2. Назвіть особливості матеріально-правового регулювання спадкових відносин у МПП.
3. У чому полягають особливості спадкування за законом в МПП?
4. У чому полягають особливості спадкування за заповітом в МПП?
5. Охарактеризуйте правовий режим відумерлої спадщини в МПП.

---

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 44. – Ст. 225.



## Розділ XI

# Міжнародний цивільний процес

## § 1. Поняття міжнародного цивільного процесу та його джерела

У Загальній частині МПП зазначалося, що основною проблемою МПП є проблема вибору між правовими системами декількох країн, які «стикаються» одна з одною при виникненні приватноправових відносин з іноземним елементом. Проблема вибору стосується не тільки матеріального права, а й правопорядку в цілому, включаючи вибір судової юрисдикції певної країни. Слід відмітити, що у деяких державах саме розв'язання колізії юрисдикцій розглядається як головне, першочергове завдання МПП. Так, англійські науковці зазначають: «Якщо виникає міжнародний спір, першим кроком, який слід зробити в міжнародному приватному праві, — це визначити судові органи, що мають компетенцію його розглядати. Наступним кроком суду має стати вирішення інших процесуальних питань — як має бути повідомлений відповідач, про початок судових процедур, які форми доказування будуть прийнятними для суду...»<sup>1</sup> В багатьох державах включення процесуального елемента до сфери дії МПП відображено в чинному законодавстві, і це характерно не тільки для країн англо-американської системи права, а й для Австрії, Чехії, Угорщини, Монголії, країн Латинської Америки. Наприклад, сфера дії Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» включає: 1) компетенцію швейцарських судів та відомств; 2) належне до застосування право; 3) підстави визнання та виконання іноземних судових рішень; 4) арбітраж та підсудність.

З огляду на тісний зв'язок колізійних питань про вибір права з процесуальними питаннями в Україні запроваджено комплексне регулю-

<sup>1</sup> Koppenol-Laforce, M. et als. International Contracts. Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law. /M. Koppenol-Laforce et als/ – L., 1996. P. 7./ Цит. за Ануфриєва, Л. П. Международное частное право [Текст] : в 3 т. – Т. 3: Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс: учебник / Л. П. Ануфриева. – М. : БЕК, 2001. – С. 279.

вання проблеми колізії законів та колізії юрисдикцій в одному нормативному акті — Законі України «Про міжнародне приватне право». Отже, в навчальному курсі МПП традиційно розглядаються питання міжнародного цивільного процесу (МЦП).

*Міжнародне цивільне процесуальне право* — це сукупність процесуальних правових норм, що містяться у внутрішньому праві держави і міжнародних договорах за участю цієї держави, які регулюють цивільно-процесуальні відносини з іноземним елементом при здійсненні правосуддя з цивільних справ і надання міжнародної правової допомоги.

Для МЦП притаманні такі особливості: по-перше, він потрібен, якщо в цивільному правовідношенні з'являється іноземний елемент; по-друге, своєю метою МЦП має захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави; по-третє, МЦП має в цілому публічний характер; по-четверте, МЦП припускає взаємозв'язок та взаємодію органів різних держав та міжнародних організацій, які реалізують функції в галузі захисту цивільних прав.

До компетенції МЦП найчастіше відносять вирішення питань щодо:

- 1) цивільного процесуального становища іноземців, осіб без громадянства, іноземних підприємств і організацій;
- 2) судового імунітету іноземної держави та її дипломатичних представників, міжнародних (міждержавних) організацій;
- 3) міжнародної підсудності (юрисдикції) з цивільних справ;
- 4) іноземних судових доручень;
- 5) визнання та примусового виконання іноземних судових рішень з цивільних справ та ін.<sup>1</sup>

На підставі ст. 2 ЦПК України цивільне судочинство здійснюється відповідно до Конституції України, цього Кодексу та Закону України «Про міжнародне приватне право». Якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, передбачено інші правила, ніж встановлені цим Кодексом, застосовуються правила міжнародного договору. Перш за все це означає, що участь іноземців у цивільному процесі як позивачів чи відповідачів або заінтересованих осіб не змінює загального порядку розгляду справ

<sup>1</sup> Шак, Х. Международное гражданское процессуальное право [Текст] : підручник / Х. Шак : пер. с нем. — М. : БЕК, 2001. — С. 4–5; Светланов, А. Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции [Текст] / А. Г. Светланов. — М. : ТОН — Остожье, 2002. — С. 7–8.

у суді України. Провадження ведеться за загальними правилами цивільного судочинства, встановленими ЦПК України.

Отже, цивільне судочинство та пов'язані з ним цивільні процесуальні відносини з іноземним елементом, як правило, підпорядковані власному праву суду. Безумовно, переважне значення власного цивільного процесуального права, що застосовується при розгляді будь-яких цивільних справ з іноземним елементом, для більшості теоретиків і практиків завжди видавалося аксіомою. У тих випадках, коли міжнародний договір стосується цього питання, він, як правило, вирішує його саме в зазначеному сенсі, тобто називає «закон суду», де відбуваються процесуальні дії.

Таким чином, згідно з чинним законодавством та домінуючою в МПП доктриною суд, розглядаючи справу з іноземною особою, повинен застосовувати, як правило, процесуальне право своєї країни, або закон місця розгляду спору, або «закон суду» (*lex fori*).

Головним внутрішнім джерелом МЦП є Конституція України. Стаття 26 Конституції гарантує іноземцям та особам без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, ті самі права і свободи та покладає на них такі самі обов'язки, як і на громадян України, за деякими винятками. Відповідно до ч. 2 ст. 55 Конституції кожний, тобто громадянин України, іноземець, особа без громадянства, мають гарантоване державою право оскаржити в суді рішення, дії чи бездіяльність будь-якого органу державної влади, органу місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Закон України «Про міжнародне приватне право» містить розділи XI–XIII, присвячені провадженню у справах за участю іноземних осіб, підсудності та виконанню іноземних судових доручень, визнанню та виконанню рішень іноземних судів. Також спеціальні розділи — про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні (VIII) та провадження у справах за участю іноземних осіб (X) — містяться в ЦПК України. Слід зазначити, що процесуальні норми цих нормативних актів певним чином дублюють та доповнюють одна одну. Так, ст. 414 ЦПК містить відсилочну норму щодо врегулювання питань підсудності справ за участю іноземних осіб, а статті 70–77 Закону України «Про міжнародне приватно право» докладно регулюють ці відносини. У той же час Закон «Про міжнародне приватне право» у статтях 81–82 встановлює лише загальні засади визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. Докладний порядок розгляду таких справ регламентується статтями 390–401 ЦПК України.

Цивільні процесуальні норми містяться і в законах України від «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»<sup>1</sup>, «Про біженців»<sup>2</sup>, «Про нотаріат»<sup>3</sup> та ін.

Враховуючи, що іноземна держава, її дипломатичні представники і деякі інші особи користуються судовим імунітетом, до джерел МЦП слід віднести затверджений Указом Президента України від 25 червня 2002 р. у редакції Указу від 11 вересня 2006 р. Порядок здійснення захисту прав та інтересів України під час урегулювання спорів, розгляду в закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України<sup>4</sup>, Консульський Статут від 2 квітня 1994 р.<sup>5</sup>, Положення про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні, затверджене Указом Президента України від 10 червня 1993 р.<sup>6</sup>, а також Положення про дипломатичне представництво України за кордоном, затверджене розпорядженням Президента України від 22 жовтня 1992 р.<sup>7</sup>

Процесуальні норми містяться в багатьох підзаконних актах внутрішнього законодавства. Одним з найважливіших з них 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, Державної судової адміністрації України від 27 червня 2008 р.<sup>8</sup> Ця Інструкція визначає порядок опрацювання доручень про вручення документів, отримання доказів, вчинення інших процесуальних дій, а також клопотань про визнання і виконання судових рішень на виконання чинних міжнародних договорів України з питань надання правової допомоги в цивільних справах.

Друга група джерел МЦП — міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Важливим джерелом МЦП є Віденська конвенція від 23 серпня 1978 р. «Про правонаступництво держав відносно договорів»<sup>9</sup>, яка набрала чинності

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. — 1994. — № 23. — Ст. 161.

<sup>2</sup> Там само. — 2001. — № 47. — Ст. 250.

<sup>3</sup> Там само. — 1993. — № 39. — Ст. 383.

<sup>4</sup> Офіц. вісн. України. — 2006. — № 37. — Ст. 2541.

<sup>5</sup> Там само. — 2002. — № 21. — Ст. 1012.

<sup>6</sup> Укази Президента України [Текст]. — К., 1997. — Т. 1. — С. 813.

<sup>7</sup> Уряд. кур'єр. — 1992. — № 50–51.

<sup>8</sup> Офіц. вісн. України. — 2009. — № 17. — Ст. 545.

<sup>9</sup> Там само. — 2006. — № 37. — Ст. 2541.

для України 6 листопада 1996 р. Стосовно міжнародних договорів, у яких Україна самостійно не брала участі, діють загальні положення Конвенції, викладені в ч. IV «Об'єднання та відокремлення держав», зокрема у ст. 34 «Правонаступництво держав в разі відокремлення частин держави». Згідно з цією статтею, якщо частини території держави відокремлюються і утворюють нові держави, будь-який договір, що діє на момент правонаступництва держав, продовжує діяти відносно кожної утвореної таким чином держави-наступника. Норми міжнародного цивільного процесу містяться й у Конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р., яка встановила умови та межі дії міжнародних угод.

Важливими джерелами, що створюють необхідні засоби для полегшення передання та виконання судових доручень, а також своєчасного вручення за кордоном судових або позасудових документів, є дві конвенції, до яких Україна приєдналась 19 жовтня 2000 р.: Конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах, укладена 18 березня 1970 р., та Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах, укладена 15 листопада 1965 р. Ці конвенції замінюють положення статей 1–16 Гаазької конвенції від 1 березня 1954 р. з питань цивільного процесу.

Після приєднання України до Статуту Ради Європи 31 жовтня 1995 р. слід відзначити Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., а також Перший протокол та протоколи № 2, 4, 7, 11 до цієї Конвенції, які було ратифіковано Україною 17 липня 1997 р.

До джерел міжнародного цивільного процесу належать також норми Віденської конвенції про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р. та Віденської конвенції про консульські зносини від 24 квітня 1963 р., у яких брав участь СРСР і які є чинними для України.

Цивільні процесуальні норми містяться також в укладених Україною консульських конвенціях та договорах про правову допомогу. На сьогодні є чинними, зокрема, такі міжнародні договори з цього питання:

а) Конвенція про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах, укладена державами-членами СНД у Мінську 22 січня 1993 р.<sup>1</sup>;

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 2005. – № 44. – Ст. 2824.

б) Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, підписана урядами держав-учасниць СНД у Києві 20 березня 1992 р.<sup>1</sup>;

в) Конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень, укладена у Нью-Йорку в 1958 р.<sup>2</sup>;

г) двосторонні договори України про правову допомогу та правові відносини в цивільних справах: з Республікою Грузія (підписано 9 січня 1995 р.), Естонською Республікою (підписано 15 лютого 1995 р.), Республікою Молдова (підписано 13 грудня 1993 р.), Республікою Польща (підписано 24 травня 1993 р.), Китайською Народною Республікою (підписано 31 жовтня 1992 р.), Литовською Республікою (підписано 7 липня 1993 р.), Латвійською Республікою (підписано 23 травня 1995 р.), Монголією (підписано 27 червня 1995 р.), Республікою Узбекистан (підписано 19 лютого 1998 р.), Соціалістичною Республікою В'єтнам (підписано 6 квітня 2000 р.); Республікою Македонія (підписано 10 квітня 2000 р.); Турецькою Республікою (підписано 23 листопада 2000 р.); Угорською Республікою (підписано 2 серпня 2001 р.); Чеською Республікою (підписано 28 травня 2001 р.); Республікою Куба (підписано 27 березня 2003 р.); Корейською Народньо-Демократичною Республікою (4 червня 2004 р.); Республікою Кіпр (ратифіковано 22 вересня 2005 р.); Республікою Болгарія (22 вересня 2005 р.); Румунією (ратифіковано 7 вересня 2005 р.); Ісламською Республікою Іран (ратифіковано 7 вересня 2005 р.);

г) двосторонні договори про взаємну правову допомогу, укладені СРСР та є чинними для України: з Народною Республікою Албанія, Алжирською Народною Демократичною Республікою, Народною Республікою Болгарія, Грецькою Республікою, Іракською Республікою, Народною Демократичною Республікою Ємен, Республікою Кіпр, Корейською Народною Демократичною Республікою, Румунською Народною Республікою, Туніською Республікою, Фінляндською Республікою, а також Конвенція між СРСР та Італійською Республікою про правову допомогу в цивільних справах;

д) двосторонні договори про взаємну правову допомогу, які були укладені СРСР та є чинними для України: з Народною Республікою Албанія, з Алжирською Народною Демократичною Республікою, із Іракською Республікою, з Народною Демократичною Республікою

<sup>1</sup> Офіц. вісн. України. – 2005. – № 12. – Ст. 587.

<sup>2</sup> Там само. – 2004. – № 45. – Ст. 3004.

Ємен, з Німецькою Демократичною Республікою, з Туніською Республікою, з Фінляндською Республікою, а також Конвенція між СРСР та Італійською Республікою про правову допомогу в цивільних справах;

е) угода між СРСР та Австрійською Республікою з питань цивільного процесу від 11 березня 1970 р.;

є) Угода між СРСР та Францією про передання судових та нотаріальних документів і виконання судових доручень по цивільних та торговельних справах від 11 серпня 1936 р.

## § 2. Правове становище іноземних осіб у цивільному процесі

Під іноземними особами в МЦП розуміються всі фізичні особи, що не є громадянами даної країни (іноземці та особи без громадянства), усі юридичні особи, що не мають «національності» даної країни (іноземні фірми та міжнародні юридичні особи), а також іноземні держави та міжнародні організації (далі — іноземні особи).

До цивільних процесуальних прав іноземних осіб передусім належить право на звернення до суду і на засоби судового захисту, а також право на справедливий і публічний розгляд у суді. Ці права закріплено як у двосторонніх договорах про взаємну правову допомогу, так і у внутрішньому законодавстві кожної держави.

Міжнародні договори закріплюють принцип надання іноземцям та особам без громадянства захисту цивільних прав на засадах національного режиму. Цей принцип означає, що іноземці в даній державі мають право на захист тих самих цивільних прав тими самими засобами та в тому самому порядку, як і всі громадяни цієї держави, і не можуть претендувати на винятки з місцевого закону.

Відповідно до ст. 22 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» іноземці і особи без громадянства мають право на звернення до суду та до інших державних органів для захисту їх особистих, майнових та інших прав.

Розділ X ЦПК, а також розділ XI Закону України «Про міжнародне приватне право» присвячено, зокрема, цивільним процесуальним правам іноземців і осіб без громадянства.



Згідно з ч. 2 ст. 410 ЦПК іноземні особи мають процесуальні права та обов'язки нарівні з фізичними і юридичними особами України, за винятками, встановленими Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Наданий іноземним особам в Україні національний режим у судовому провадженні є безумовним. Це означає, що суд, як правило, не повинен ставити в кожному окремому випадку питання про наявність взаємності, тобто не повинен з'ясовувати в процесі конкретної справи, чи передбачено законодавством іноземної держави рівнозначні права для фізичних та юридичних осіб України.

Разом з тим, якщо в іноземній державі допущено обмеження цивільних процесуальних прав фізичних осіб, установ, підприємств чи організацій, законом України можуть бути встановлено відповідні обмеження (реторсії) щодо фізичних та юридичних осіб тих держав, у яких допускаються такі спеціальні обмеження (ч. 3 ст. 410 ЦПК України). Природно, якщо іноземна держава скасовує спеціальні обмеження цивільних процесуальних прав фізичних або юридичних осіб, Україна згідно із законом теж скасовує відповідні обмеження.

Цивільне процесуальне законодавство України не містить обмежень чи умов, виконання яких є необхідним іноземним особам для звернення до суду. Між тим законодавство деяких держав містить норми, що дозволяють обмежити цивільну процесуальну правоздатність іноземних осіб. До таких обмежень можна віднести, зокрема, інститут внесення застави стосовно забезпечення судових витрат, що обмежує вільний доступ іноземців до суду. Сутність цього інституту полягає у покладенні на позивача-іноземця обов'язку внести завчасно до суду певну грошову суму для забезпечення судових витрат на той випадок, якщо відповідач їх понесе при відмові позивачеві — іноземній особі в позові. Даний обов'язок передбачений § 110 ЦПК ФРН, § 57 ЦПК Австрії, статтями 166, 167 ЦПК Франції (ці статті формулюють вимоги щодо досудового забезпечення). Цей інститут відомий також законодавству Бельгії, Швеції та ін.<sup>1</sup>

Аби усунути перешкоди для вільного доступу в суд, більшістю країн урегульовано питання про звільнення іноземців від внесення застави в договорах про правову допомогу і правові відносини у цивільних та кримінальних справах.

<sup>1</sup> Цит. за: Нешатаєва, Т. Н. Международный гражданский процесс [Текст] : учеб. пособие / Т. Н. Нешатаева. – М. : Дело, 2001. – С. 82.



Іноземні особи можуть бути суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин, якщо вони визнані носіями процесуальних прав та обов'язків, наділені процесуальною правоздатністю і володіють процесуальною дієздатністю. На відміну від матеріальної цивільної права та дієздатності в питаннях процесуальної праводієздатності в МЦП немає єдності ні відносно термінології, ні відносно змісту понять, ні відносно критеріїв, що визначають можливість іноземних осіб брати участь у зарубіжних цивільних процесах.

Слід зазначити, що у зв'язку з прийняттям Закону України «Про міжнародне приватне право» з нового ЦПК було виключено спеціальні норми (статті 411, 412) про цивільну процесуальну правоздатність і дієздатність іноземних осіб. Згідно із ст. 74 Закону від 23 червня 2005 р. *процесуальна правоздатність і дієздатність іноземних осіб в Україні* визначаються відповідно до права України, тобто в цьому питанні діє правило «закону суду» (*lex fori*). Тому можна вважати, що особа, яка відповідно до права своєї держави не є процесуально дієздатною, може бути визнана процесуально дієздатною на території України, якщо вона відповідно до ЦПК має цивільну процесуальну дієздатність, тобто, за загальним правилом, досягла повноліття — 18 років. Це означає, що іноземець, який досяг повноліття за українським законодавством (18 років), може особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в українському суді, незважаючи на те, що за законом своєї країни він вважається неповнолітнім.

Підкреслимо, що відповідно до ст. 411 ЦПК (зараз виключена) процесуальна правоздатність та дієздатність іноземця визначалася правом держави, громадянином якої він є, а процесуальна правоздатність та дієздатність особи без громадянства — правом держави, в якій ця особа постійно або переважно проживає.

Міжнародні договори, як правило, не вирішують питання про визначення цивільної процесуальної право-дієздатності іноземних осіб, а містять норми про їх матеріальну цивільну правосуб'єктність, тобто визначають правовий статус іноземних фізичних і юридичних осіб.

Виходячи з наведеного, можна зробити висновок про те, що цивільна процесуальна правоздатність та дієздатність іноземних осіб в Україні визначається за цивільним процесуальним законодавством України, тобто діє принцип національного режиму та «закону суду».

*Цивільна процесуальна дієздатність іноземних осіб* — це здатність особи не тільки особисто здійснювати свої права в суді, а й доручати

ведення справи представникові. В силу принципу «закон суду» (*lex fori*), тобто відповідно до цивільного процесуального законодавства України, особиста участь у справі іноземної особи не позбавляє її права мати за цією справою представника.

Оскільки національний режим цивільного судочинства поширюється на іноземних осіб, можна вважати, що їх представниками в суді теоретично можуть бути всі особи, зазначені в ст. 40 ЦПК. Проте найчастіше представниками іноземців у суді виступають адвокати України, а також інші повнолітні особи, допущені судом, що розглядає справу, до представництва по справі, незалежно від того, є вони громадянами України чи іноземцями. Стаття 41 ЦПК встановлює, хто не може бути представником в суді, і не містить будь-яких обмежень за ознакою громадянства.

Разом із тим іноземні особи доручають ведення своїх справ, як правило, Українській іноземній юридичній колегії (далі — Укрінюрколегія), Міжнародній адвокатській компанії Бі.Ай.Ем., спеціалізованому об'єднанню адвокатів з іноземних справ «Українська Правнича Колегія» тощо. Але й іноземні адвокати можуть також надавати правову допомогу іноземним особам.

Унаслідок принципу «закон суду» (*lex fori*) порядок оформлення довіреності на ведення справи в суді передбачено ст. 42 ЦПК. Однак при вирішенні цього питання, наприклад, стосовно названих адвокатських об'єднань та адвокатів, які спеціалізуються з питань міжнародного приватного права, слід мати на увазі, що довіреність на ведення справи може бути оформлено іноземною особою не тільки згідно із законодавством України, а й за законодавством держави, в якій він має постійне місце проживання. Так, відповідно до Закону України від 23 червня 2005 р. порядок видання, строк дії, припинення та правові наслідки припинення довіреності визначаються правом держави, у якій видано довіреність (ст. 34).

Однак іноземна довіреність, як і будь-який інший офіційний документ, що походить від іноземної влади, за загальним правилом має бути легалізована. Відповідно до Консульського статуту України органи України приймають такі документи і акти на розгляд лише за наявності консульської легалізації, якщо інше не передбачено законодавством України або міжнародними договорами, учасниками якого є Україна і держава перебування (ст. 54). Відповідно до Закону України від 10 січня 2002 р. «Про приєднання України до Конвенції, що скасовує

вимогу легалізації іноземних офіційних документів» Україна приєдналась до Гаазької конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів, яка набула чинності для України 22 грудня 2003 р. та застосовується у відносинах з державами, що не висловили заперечення проти приєднання України до цієї Конвенції<sup>1</sup>. Починаючи з 22 грудня 2003 р., документи, які мають бути представлені на території однієї з Договірних держав, звільняються від консульської легалізації. Єдина формальна вимога, що матиме місце при застосуванні цієї Конвенції, — це проставлення апостиля компетентним органом відповідної держави. Отже, якщо в міжнародних договорах містяться правила про скасування легалізації, то в цьому разі суди та інші органи України приймають іноземні довіреності та інші документи, якщо вони завірені апостилом.

Заперечення проти приєднання України до зазначеної Конвенції висловили Бельгія та Федеративна Республіка Німеччина. Відповідно до ст. 12 Конвенції це означає, що на території України не прийматимуться документи, виконані на території цих країн і завірені апостилом, а продовжує застосовуватися вимога додержання процедури консульської легалізації.

У міжнародному цивільному процесі широко застосовується також представництво іноземців у судах консулами відповідних держав. Ідеться про процесуальне представництво консулами як іноземців і осіб без громадянства в судах України, так і громадян України в іноземних судах. Таке представництво передбачено і внутрішнім законодавством України, і укладеними нею міжнародними угодами, в першу чергу консульськими конвенціями.

Відповідно до Консульського статуту України консульські установи України захищають за кордоном права та інтереси України, юридичних осіб і громадян України (ст. 1). Згідно із ст. 26 цього статуту консул має право без окремого доручення представляти в установах держави перебування громадян України, якщо вони є відсутніми і не доручили ведення справи якійсь особі або не можуть захищати свої інтереси з інших причин. Це представництво триває доти, поки особи, яких представляють, не призначать своїх уповноважених або не візьмуть на себе захист своїх прав та інтересів.

<sup>1</sup> Перелік держав, у відносинах з якими для України діятиме Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів, див: *Офіц. вісн. України*. — 2004. — № 3.

Процесуальне представництво консулом конкретного громадянина своєї держави слід віднести до офіційного представництва, бо консул захищає за кордоном права та інтереси фізичних і юридичних осіб унаслідок свого офіційного становища на підставі своїх повноважень.

### § 3. Міжнародна підсудність (юрисдикція) цивільних справ з іноземним елементом

У практичному аспекті під міжнародною підсудністю цивільної справи з іноземним елементом розуміють установлення таких її властивостей і ознак, за якими її може бути віднесено до компетенції судових органів тієї чи іншої країни.

Таким чином, *міжнародна підсудність* — це розмежування компетенції між судовими органами тієї чи іншої держави щодо розгляду і вирішення певних категорій цивільних справ з іноземним елементом та здійснення окремих процесуальних дій стосовно іноземної особи. При вирішенні питання про міжнародну підсудність суд іноземної держави повинен встановити межі власної компетенції та не зачіпати питання про те, чи компетентний вирішувати дану справу будь-який інший іноземний суд або інший юрисдикційний орган.

Вирішуючи питання про підсудність справ з іноземним елементом, суди України повинні керуватися не тільки нормами внутрішнього процесуального законодавства, а й тими колізійними нормами, які містяться перш за все у двосторонніх міжнародних договорах про правову допомогу та інших міжнародних договорах.

Відповідно до ст. 414 ЦПК підсудність судам України цивільних справ по спорах, у яких беруть участь іноземці, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, а також по спорах, у яких хоча б одна із сторін проживає за кордоном, визначається законодавством України. Отже, при вирішенні питання про міжнародну підсудність в Україні також діє «закон суду» (*lex fori*).

Загальні правила підсудності цивільних справ з іноземним елементом регулюються ст. 75 Закону України «Про міжнародне приватне право»: 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.

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 і з тих самих підстав.

Зазначений закон передбачає два види міжнародної підсудності: виключну та альтернативну.

Випадки альтернативної підсудності справ судам України, коли вони можуть приймати до свого провадження і розглядати будь-які справи з іноземним елементом, встановлено ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право»:

1) якщо сторони передбачили своєю угодою підсудність справи з іноземним елементом судам України, крім випадків, передбачених у ст. 77 цього Закону;

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 місцезнаходження в Україні;

6) якщо у справі про спадщину спадкодавець у момент смерті був громадянином України або мав в Україні останнє місце проживання;

7) якщо 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.

Договірна підсудність, передбачена п. 1 ст. 76 зазначеного Закону, найчастіше використовується у господарських правовідносинах, оскільки сторони заздалегідь можуть домовитися про те, в якій юрисдикції та в якому суді розглядатимуться можливі спори. Угоди сторін, у яких обирається установа, яка буде компетентна розглядати можливі спори, у винятку із чинних правил щодо підсудності називаються пророгаційними та дерогаційними. Такі угоди можуть мати місце лише у випадку альтернативної, тобто невиключної, підсудності. Угода, внаслідок якої непідсудний спір за загальними диспозитивними нормами про підсудність стає підсудним, називають *пророгаційною* (від лат. *pro rogatio* — продовження). Угода, внаслідок якої спір, що підлягає розгляду певною установою на підставі загальних диспозитивних норм, вилучається із сфери її юрисдикції та передається іншій судовій установі, називається *дерогаційною*. Слід зазначити, що пророгаційні та дерогаційні угоди не можна ототожнювати з арбітражними угодами, оскільки вони мають відношення лише до державного судочинства.

Стаття 77 Закону України «Про міжнародне приватне право» містить перелік випадків, коли справи з іноземним елементом підсудні виключно судам України і не можуть розглядатися за кордоном:

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 спадкодавець — громадянин України і мав в ній місце проживання;

4) якщо спір пов'язаний з оформленням права інтелектуальної власності, яке потребує реєстрації чи видання 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) якщо справи стосуються усиновлення, яке було здійснено або здійснюється на території України;

10) в інших випадках, визначених законами України.

Викладені правила про визначення міжнародної підсудності за законодавством України застосовуються, якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, не встановлено інших правил. Слід зазначити, що правила про підсудність, що передбачені в міжнародних договорах, мають пріоритет перед нормами внутрішнього права (ч. 2 ст. 2 ЦПК). Норми права про розмежування підсудності містяться насамперед у двосторонніх договорах про правові відносини та правову допомогу в цивільних і кримінальних справах, а також в однойменній багатосторонній Конвенції держав — членів СНД.

Міжнародні договори України містять як загальні правила розмежування підсудності, так і спеціальні правила стосовно підсудності окремих категорій цивільних і сімейних справ. Договори встановлюють, на території і в органах (судах, нотаріаті, РАЦС) якої саме країни належить здійснювати ті чи інші юридичні дії.

Більшість договорів про правову допомогу передбачають загальне правило розмежування підсудності — пред'явлення позовів за місцем проживання (місцезнаходженням) відповідачів (принцип доміцилію). Так, у ст. 21 договорів України з Литовською Республікою, Республікою Грузія, Естонською Республікою зазначено: якщо ці договори не встановлюють іншого, суди кожної з Договірних Сторін компетентні розглядати цивільні та сімейні справи, коли відповідач має на її території місце проживання; позови до юридичних осіб їм підсудні, якщо на території цієї Сторони знаходиться орган управління, представництво або філія юридичної особи.

Крім загального правила, в договорах рівною мірою застосовується розмежування підсудності шляхом віднесення справи до ведення судів обох держав (альтернативна підсудність), ведення судів конкретної держави (виключна підсудність), укладання письмової угоди сторін (договірна підсудність). Зокрема, в ч. 2 ст. 21 таких договорів зазначено, що суди держав розглядають справи і в інших випадках, якщо про це є письмова угода сторін. За наявності такої угоди суд за місцем проживання відповідача припиняє провадження у справі за його заявою, якщо таку заяву зроблено до подання заперечень по суті позову. Виключну компетенцію судів не може бути змінено угодою сторін.



Конвенція держав — членів СНД від 22 січня 1993 р. містить також правила визначення виключної підсудності. Зокрема, із позовами про право власності та про інші речові права на нерухоме майно можна звертатися тільки до компетентних судів за місцезнаходженням майна. Позови до перевізників, що випливають із договорів перевезення вантажів, пасажирів і багажу, подаються за місцезнаходженням управління транспортної організації, до якої в установленому порядку була пред'явлена претензія (ч. 3 ст. 20 Конвенції). Виключна компетенція судів також не може бути змінена угодою сторін (ч. 1 ст. 21 Конвенції).

Деякі міжнародні договори про правову допомогу містять спеціальні норми про підсудність окремих категорій справ, як правило, пов'язаних з особистим статусом громадян. Ідеться про справи окремого провадження — про обмеження дієздатності, визнання осіб безвісно відсутніми або оголошення померлими і встановлення факту смерті; про сімейні справи — про розірвання шлюбу і визнання шлюбу недійсним; про справи, які виникають із особистих і майнових відносин подружжя, правовідносин між батьками і дітьми; а також про деякі категорії цивільних справ — про власність, зобов'язання, що виникають унаслідок заподіяння шкоди; у спадкових справах. При цьому передбачається комбінування таких критеріїв, як громадянство, місце проживання сторін, місце знаходження майна. Найчастіше критерієм виступає громадянство. Наприклад, відповідно до ст. 22 договорів України з Республікою Молдова, Республікою Польща, Корейською Народно-Демократичною Республікою при обмеженні в дієздатності або визнанні особи недієздатною компетентним є суд тієї Договірної Сторони, громадянином якої є особа, яка має бути обмежена в дієздатності або визнана недієздатною.

Згідно зі ст. 23 наведених договорів справи про визнання особи відсутньою, оголошення її померлою і встановлення факту смерті належать до компетенції суду тієї Договірної Сторони, громадянином якої ця особа була в той час, коли вона за останніми відомостями була живою.

За ознаками громадянства особи та її місця проживання договорами про правову допомогу встановлюється підсудність у справах про розірвання шлюбу. Так, за ст. 26 Договору між Україною і Республікою Польща у справах про розірвання шлюбу компетентним є орган тієї Договірної Сторони, громадянами якої є подружжя в момент порушен-



ня справи. Якщо в момент порушення справи один із подружжя є громадянином однієї Договірної Сторони, а другий — громадянином іншої Договірної Сторони, компетентним є орган тієї Договірної Сторони, на території якої подружжя має місце проживання. Якщо один із подружжя проживає на території однієї Договірної Сторони, а другий — на території іншої Договірної Сторони, компетентними є органи обох Договірних Сторін.

## § 4. Іноземні судові доручення

Витребування і одержання доказів від іноземних установ, а також виконання окремих процесуальних дій на території іншої держави можливі в порядку надання правової допомоги. Оскільки суд може діяти в межах території своєї держави, виконання процесуальних дій у такому разі можливо лише шляхом його звернення за сприянням до судів інших держав.

У широкому розумінні слова *міжнародна правова допомога у цивільних справах* — це сприяння, яке надається компетентними судами та іншими установами однієї держави судам та іншим установам іншої держави у зв'язку з розглядом цивільних справ. Виходячи із змісту міжнародних договорів про правову допомогу, можна виділити такі види міжнародної правової допомоги у цивільних справах: складання і пересилання документів; вручення документів; проведення дій щодо забезпечення доказів — огляд, призначення експертизи, допит сторін, третіх осіб, свідків, експертів, видання речових доказів; розшук осіб; визнання і виконання іноземних судових рішень.

Відповідно до ст. 80 Закону України «Про міжнародне приватне право» у разі, якщо при розгляді справи з іноземним елементом у суду виникне необхідність у врученні документів або одержанні доказів, проведенні окремих процесуальних дій за кордоном, суд може направити відповідне доручення компетентному органу іноземної держави в порядку, встановленому ЦПК України або міжнародним договором України.

У міжнародному цивільному процесі під *іноземним судовим дорученням* розуміють звернення компетентного суду однієї держави до суду іншої держави з проханням про надання міжнародної правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, одержання

доказів та виконання інших процесуальних дій на території іншої держави. Таке звернення може здійснюватися у формі доручення, прохання, запиту — залежно від вимог міжнародного договору України.

Відповідно до ст. 415 ЦПК суди України можуть звертатися до іноземних судів з дорученням про виконання окремих процесуальних дій (вручення повісток та інших документів, допит сторін і свідків, проведення експертизи і огляду на місці тощо). Порядок зносин судів України з іноземними судами визначається законодавством України, двосторонніми міжнародними договорами України про взаємну правову допомогу, Конвенцією про вручення за кордоном судових та поза-судових документів у цивільних або комерційних справах від 15 листопада 1965 р. (далі — Гаазька конвенція від 15 листопада 1965 р.), Конвенцією про одержання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах від 18 березня 1970 р. (далі — Гаазька конвенція від 18 березня 1970 р.) та Інструкцією про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, одержання доказів та визнання і виконання судових рішень, затвердженою Наказом Міністерства юстиції та Державною судовою адміністрацією України від 27 червня 2008 р.

Щодо змісту та обсягу іноземних судових доручень, то практично в кожному міжнародному договорі України про правову допомогу визначено перелік процесуальних дій, які можуть провадитися для виконання доручень іноземних судів. Наприклад, відповідно до Угоди між Україною та Турецькою Республікою правова допомога включає виконання судових процесуальних дій, передбачених законодавством Договірних Сторін, зокрема, опитування сторін, свідків, експертів, здійснення експертизи, судового огляду, вручення та передання документів, та інших правових дій, якщо це не суперечить законодавству запитуваної Договірної Сторони (ст. 5).

Перелік процесуальних дій, про що зазначено у ст. 415 ЦПК та міжнародних договорах, не є вичерпним. Тому теоретично можливе виконання й інших процесуальних дій, передбачених законодавством України.

Іноземне доручення виконується судом України без необґрунтованих зволікань протягом місяця з дати його одержання. В обґрунтованих випадках суд України виконує доручення протягом тривалішого розумного строку.

У разі, якщо в іноземному дорученні міститься прохання щодо його виконання у певний строк, суд України його додержується.

Практичне значення має питання щодо змісту та форми доручення про надання правової допомоги. Аналіз міжнародних договорів дає змогу зробити висновок про те, що в дорученні (клопотанні) про надання правової допомоги з цивільних справ повинні міститися такі реквізити: 1) найменування запитуючої установи; 2) найменування запитуваної установи; 3) назва справи, по якій запитується правова допомога; 4) імена і прізвища сторін, місце їх постійного або тимчасового проживання, громадянство, заняття, а щодо юридичних осіб — їх назва і місце знаходження; 5) імена і прізвища, адреси представників сторін; 6) зміст клопотання і необхідна для його виконання інформація, зокрема імена, прізвища і адреси свідків, якщо вони відомі, докази, які можуть бути одержані або інша процесуальна дія, яку потрібно провести, запитання, які потрібно поставити особам в ході опитування, документи або інше нерухоме чи особисте майно, що підлягають огляду, тощо.

Клопотання про надання правової допомоги повинно бути засвідчене підписом компетентної посадової особи і скріплене гербовою печаткою запитуючої Договірної Сторони. Договірні Сторони можуть застосовувати двомовні бланки для клопотань про надання правової допомоги.

Внутрішнє процесуальне законодавство, а також міжнародні договори про правову допомогу передбачають підстави для відмови у наданні правової допомоги. Згідно із ч. 1 ст. 415 ЦПК суди України не виконують передані їм у встановленому порядку доручення іноземних судів у таких випадках: 1) коли виконання доручення суперечить суверенітету України або загрожує національній безпеці України; 2) якщо виконання доручення не належить до юрисдикції суду.

Власне, такі самі підстави для відмови у наданні правової допомоги містяться в договорах про правову допомогу. Так, згідно з Конвенцією держав — членів СНД від 22 січня 1993 р. у проханні про надання правової допомоги може бути відмовлено повністю або частково, якщо надання такої допомоги може заподіяти шкоду суверенітету чи безпеці або суперечить законодавству запитуваної Договірної Сторони. У разі відмови в проханні про надання правової допомоги запитувана Договірна Сторона негайно повідомляє про причини відмови (ст. 19 Конвенції).

Крім того, Мін'юст України повертає іноземне доручення органу, від якого воно надійшло, якщо його виконання не охоплюється обсягом правової допомоги згідно з міжнародним договором України, на підставі якого його складено.

При виконанні доручень іноземних судів про вчинення окремих процесуальних дій запитувана установа застосовує законодавство своєї держави. Проте на прохання установи, від якої виходить доручення, вона може застосовувати процесуальні норми Договірної Сторони, від якої виходить доручення, якщо вони не суперечать законодавству її держави. Якщо запитувана установа не компетентна виконати клопотання, вона пересилає його компетентній установі, повідомивши про це запитуючу установу.

Відповідно до внутрішнього законодавства України та правил міжнародних договорів при зверненні українських судів до іноземних та під час виконання судами України доручень іноземних судів застосовуються два способи направлення доручень:

1) дипломатичний порядок зносин установ юстиції України з установами юстиції держав, з якими не укладено договори про правову допомогу, або з державами, з якими міжнародні угоди прямо передбачають дипломатичний порядок зносин;

2) зносини установ юстиції через свої центральні органи. Такий порядок визначено в більшості міжнародних договорів про правову допомогу, а також Гаазькими конвенціями від 15 листопада 1965 р. та від 18 березня 1970 р.

Згідно з дипломатичним порядком зносин суд запитуючої держави надсилає доручення своєму Міністерству закордонних справ, яке через своє посольство або консульство звертається до Міністерства закордонних справ запитуваної держави, а вже Міністерство закордонних справ цієї держави надсилає доручення у відповідний суд із проханням про його виконання. Дипломатичний порядок зносин передбачено у двосторонніх договорах про правову допомогу, що укладені СРСР з Іракською Республікою, Народно-Демократичною Республікою Ємен, Туніською Республікою, Фінляндською Республікою, а також в Конвенції між СРСР та Італійською Республікою, які зберігають чинність для України.

У зносинах через центральні органи суд однієї сторони надсилає доручення центральному органу юстиції своєї країни, який, у свою чергу, передає його центральному органу юстиції іншої країни, а той

надсилає доручення органу, компетентному його виконати. Доручення надсилаються центральному органу держави виконання без посередництва будь-якого іншого органу цієї держави. Більшість двосторонніх договорів про правову допомогу, а також Гаазька конвенція від 18 березня 1970 р. передбачають надання допомоги у цивільних справах судам через центральні установи, якщо договорами не встановлено інше. До центральних установ, як правило, належать міністерства юстиції. І тільки за договорами, укладеними між Україною та Китайською Народною Республікою, Україною та Монголією, до центральних установ сторони відносять не тільки Міністерство юстиції, а й Верховний Суд. Доручення іноземних установ юстиції, надіслані безпосередньо до судів, виконуються тільки за вказівкою Міністерства юстиції України.

Дещо інакше вирішене питання про порядок зносин у Конвенції держав — членів СНД від 22 січня 1993 р. Згідно зі ст. 5 цієї Конвенції в редакції від 28 березня 1997 р. компетентні установи юстиції Договірних Сторін зносяться одна з одною через свої центральні, територіальні та інші органи, якщо тільки цією Конвенцією не встановлено інший порядок зносин. Договірні Сторони визначають перелік своїх центральних, територіальних та інших органів, уповноважених на здійснення безпосередніх зносин, про що повідомляють депозитарій. Отже, названа Конвенція передбачає і змішаний порядок зносин судів різних держав.

Як виняток із загального правила деякі договори про правову допомогу, що закріплюють порядок зносин через центральні установи, а також безпосередній порядок зносин (наприклад, договір між Україною та Ісламською Республікою Іран), передбачають і можливість викликати та допитувати власних громадян через свої дипломатичні представництва або консульські установи. Однак при цьому не можуть застосовуватися заходи примусового характеру, оскільки дипломатичні та консульські представники не мають ніяких судових функцій.

У наданні правової допомоги Договірні Сторони, як правило, користуються державною мовою своєї країни з доданням завіреного перекладу всіх документів державною мовою іншої сторони або іншими мовами, якщо це передбачено міжнародним договором. Наприклад, відповідно до договору між Україною та Корейською Народно-Демократичною Республікою про надання правової допомоги і додатки до нього складаються мовою запитуючої Договірної Сторони і до них додаються засвідчені копії перекладу на мову другої Договірної Сторони чи на російську або англійську мову. Переклад

завіряється нотаріусом, або посадовою особою запитуючої установи юстиції, або дипломатичним представництвом, або консульською установою запитуючої Договірної Сторони (ст. 5).

Взаємне надання правової допомоги договірними державами здійснюється за загальним правилом безоплатно.

## § 5. Визнання та примусове виконання іноземних судових рішень

Судове рішення, яке набрало законної сили, за загальним правилом може бути виконано лише в межах тієї держави, суд якої постановив це рішення. Для виконання рішення за межами цієї держави необхідно особливе розпорядження, яке має назву «екзекватура» (від лат. *exequatur*, що означає «нехай буде виконано»). Екзекватура — це розпорядження суду про дозвіл виконання рішення іноземного суду. Відповідно до ст. 82 Закону України «Про міжнародне приватне право» визнання та виконання рішень іноземних судів здійснюються у порядку, встановленому законом України. В теперішній час порядок визнання та звернення до виконання рішень іноземних судів, що підлягають примусовому виконанню в Україні, визначаються розділом VIII ЦПК, а також відповідними міжнародними договорами України.

*Визнання рішення іноземного суду* — це поширення законної сили рішення іноземного суду на територію України в порядку, встановленому ЦПК. Визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, означає, що воно слугує підтвердженням цивільних прав і обов'язків у такому ж ступені, що і рішення власного суду. *Виконання ж рішення іноземного суду* означає застосування засобів примусового виконання рішення іноземного суду в Україні в порядку, передбаченому ЦПК. Визнання іноземного судового рішення є необхідною передумовою його примусового виконання, яке можливо лише внаслідок відповідного розпорядження компетентного суду тієї держави, у якої запрошується дозвіл на таке виконання.

Відповідно до ст. 390 ЦПК, ст. 84 Закону України від 21 квітня 1999 р. «Про виконавче провадження»<sup>1</sup> умовами визнання та виконання рішення іноземного суду є наявність міжнародного договору України або взаємність за домовленістю *ad hoc* з іноземною державою, рішення суду

<sup>1</sup> Відом. Верхов. Ради України. — 1999. — № 24. — Ст. 207.

якої має виконуватися в Україні. Міжнародні договори України — це, як правило, договори про надання правової допомоги у цивільних, трудових, сімейних та кримінальних справах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також інші міжнародні двосторонні або багатосторонні договори за участю України, якими передбачаються визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів.

Отже, суди повинні з'ясувати наявність чинних міжнародних договорів між Україною і державою, від якої надійшло клопотання про визнання та виконання рішення її суду<sup>1</sup>.

Якщо держава не є учасницею однієї із названих Конвенції або міжнародного договору про правову допомогу (наприклад, США, Ізраїль, Франція), за якими Україна взяла на себе зобов'язання щодо визнання і виконання судових рішень іншої договірної сторони, клопотання про визнання і виконання на території України рішень судів цієї держави судами України не розглядаються, а в разі надходження таких суд постановляє ухвалу про відмову в їх прийнятті на підставі п. 1 ч. 2 ст. 122 ЦПК. Якщо провадження у справі було відкрито, його закривають на підставі п. 1 ст. 205 цього Кодексу<sup>2</sup>.

Але треба мати на увазі, що такі наслідки настають тоді, якщо немає домовленості про взаємність виконання рішень із відповідною іноземною державою. Під взаємністю слід розуміти відомі дії чи відносини в одній державі, що ставляться в залежність від таких само дій і відносин в іншій державі. На жаль, ні ЦПК України, ні Закон України «Про міжнародне приватне право» не передбачають механізму з'ясування наявності взаємності. При виникненні спірних питань щодо наявності взаємності їх слід вирішувати через Міністерство закордонних справ України.

Практичне значення має питання про те, що слід розуміти під «рішенням іноземного суду», про яке йдеться в розділі VIII ЦПК та договорах, бо цей термін у них, як правило, не пояснюється, за винятком договорів між Україною та Монголією, а також між Україною та Китайською Народною Республікою.

Згідно із Законом України «Про міжнародне приватне право» в Україні можуть бути визнані і виконані рішення іноземних судів у спра-

<sup>1</sup> Перелік міжнародних договорів наведено в § 1 цього розділу.

<sup>2</sup> Про практику розгляду судами клопотань про визнання і виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 р. // Вісн. Верхов. Суду України. — 2000. — № 1.



вах, що виникають із цивільних, трудових, сімейних та господарських правовідносин, 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 цього Закону).

У нормах міжнародних договорів під рішеннями розуміються владні постанови суду або арбітражу, якими визначаються обов'язкові для сторін певні права та обов'язки. Це може бути як рішення у вузькому розумінні цього слова, так і затверджена судом мирова угода (інший акт примирення), ухвала, постанова (в тому числі про стягнення аліментів) суду (судді) та судовий наказ<sup>1</sup>.

Коло рішень, які згідно з міжнародними договорами визнаються і виконуються на території іншої держави, досить широке. Як правило, визнання і виконання не пов'язуються з характером правовідносин, по яких постановлено рішення. Наприклад, відповідно до Конвенції держав-членів СНД від 22 січня 1993 р. кожна з Договірних Сторін визнає і виконує такі рішення, ухвалені на території інших Договірних Сторін:

а) рішення судів з цивільних та сімейних справ, включаючи затверджені судом мирові угоди;

б) рішення судів з кримінальних справ у частині, що стосується відшкодування шкоди, заподіяної злочином.

У більшості договорів питання про коло рішень, які підлягають визнанню та виконанню, вирішуються аналогічним чином.

Рішення іноземного суду може бути пред'явлено до примусового виконання в Україні протягом трьох років з дня набрання ним законної сили, за винятком рішення про стягнення періодичних платежів протягом строку, що перевищує три роки, яке може бути пред'явлено до примусового виконання протягом усього строку проведення стягнення з погашенням заборгованості за останні три роки (ст. 21 Закону України «Про виконавче провадження»).

Дуже важливим є питання про визначення міжнародної підсудності цієї категорії справ. Відповідно до ч. 1 ст. 392 ЦПК клопотання стягувача про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається судом за місцем проживання (перебування) або

<sup>1</sup> Пункт 9 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 р. «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» // Вісн. Верхов. Суду України. – 2000. – № 1.



місцем знаходження боржника, тобто діє правило загальної територіальної підсудності. За Законом України від 11 грудня 2003 р. «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» місцем проживання є адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком понад шість місяців на рік; а місцем перебування — адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше шести місяців на рік (ст. 3).

У разі коли боржник не має місця проживання (перебування) або місця знаходження на території України, або його місце проживання (перебування), або місце знаходження невідоме, питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається судом за місцем знаходження в Україні майна боржника (ч. 2 ст. 392 ЦПК).

Питання про те, ким і куди подається клопотання про визнання і виконання рішень іноземних судів вирішують міжнародні договори. Так, згідно зі ст. 53 Конвенції держав-членів СНД від 22 січня 1993 р., ст. 50 Договору між Україною і Республікою Молдова, ст. 51 Договору між Україною і Республікою Польща клопотання про визнання і виконання рішення може бути подано безпосередньо до компетентного суду Договірної Сторони, де рішення підлягає виконанню. Проте зазначені договори передбачають, що таке клопотання може бути подано до суду, який постановив рішення у справі за першою інстанцією. Цей суд надсилає клопотання суду, компетентному винести рішення про задоволення цього клопотання або про відмову в його задоволенні.

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду може бути подано до компетентної установи не тільки стягувачем, а і його представником, повноваження якого належним чином посвідчені. Така можливість прямо впливає із п. 5 ч. 3 ст. 394 ЦПК.

У ч. 2 ст. 393 ЦПК встановлено випадки, коли міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, передбачено подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду тільки через органи державної влади України. У цьому разі суд приймає до розгляду клопотання, що надійшло саме через орган державної влади України. Наприклад, згідно з договором між Україною та Республікою Македонія клопотання про дозвіл на виконання рішення подається особою, на користь якої воно винесено, Міністерству юстиції Договірної Сторони, на території якої має бути визнане і виконане рішення (ст. 46).

Якщо клопотання надійшло безпосередньо від суду Договірної Сторони чи безпосередньо від стягувача, компетентний суд повинен відмовити у прийнятті клопотання.

Більшість міжнародних договорів про правову допомогу, як правило, не містять реквізитів клопотання, а зазначають, що його форма і зміст устанавлюються запитованою договірною стороною. Про вимоги до клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду йдеться, наприклад, у Договорі між Україною та Грецькою Республікою. Згідно зі ст. 21 цього Договору запит (клопотання) має містити таке: а) ім'я та адресу заявника; б) зміст запиту; в) належний підпис.

Якщо міжнародними договорами не визначено вимоги до клопотання, то щодо форми і змісту клопотання про визнання і виконання іноземних рішень в Україні застосовуються положення ч. 1 ст. 394 ЦПК.

До клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду додаються документи, передбачені міжнародними договорами про правову допомогу в цивільних справах. Майже кожний договір про правову допомогу містить такий перелік документів. Так, відповідно до ст. 20 Договору між Україною та Республікою Болгарія до клопотання додаються:

1) завірена належним чином копія рішення з підтвердженням суду про те, що воно набрало законної сили та підлягає виконанню;

2) підтвердження про те, що відповідач, який не брав участі у процесі, був належним чином і вчасно повідомлений про розгляд справи відповідно до законодавства Договірної Сторони, на території якої постановлено рішення. У разі, коли відповідач на час розгляду справи був недієздатним або обмежено дієздатним, має бути додане підтвердження, що він був належним чином представлений у суді;

3) підтвердження того, що сторона, проти якої було постановлено рішення, була повідомлена про прийняте рішення та порядок його оскарження відповідно до законодавства Договірної Сторони, на території якої воно було постановлено;

4) документ, що підтверджує часткове виконання рішення на момент направлення клопотання;

5) засвідчений переклад клопотання про визнання і надання дозволу на виконання рішення та документів, зазначених у цьому пункті мовою запитованої Договірної Сторони.

Якщо міжнародними договорами не визначено перелік документів, що мають додаватися до клопотання, або за відсутності такого дого-

вору (при додержанні принципу взаємності), до клопотання додаються документи, передбачені ч. 3 ст. 394 ЦПК.

Слід зазначити, що на підставі принципу «закон суду» (*lex fori*) за подання до українського суду клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду повинно бути сплачено за загальними правилами судовий збір (у розмірі 50 % ставки, встановленої для оплати державним митом позовної заяви, що подається до суду, згідно із Декретом Кабінету Міністрів України від 21 січня 1993 р.), а також витрати на інформаційно-технічне забезпечення розгляду судової справи (згідно із Порядком оплати витрат з інформаційно-технічного забезпечення судових процесів, пов'язаних з розглядом цивільних та господарських справ, та їх розмірів, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 21 грудня 2005 р. у редакції 14 квітня 2009 р.).

Тому до клопотання, яке подається до українського суду, повинні бути також додані відповідні документи, що підтверджують оплату судових витрат. У противному разі суд повинен залишити клопотання без розгляду та повернути його стягувачеві (або його представникові).

Компетентний суд України при вирішенні питання про прийняття клопотань про визнання і виконання рішення іноземного суду повинен перевіряти відповідність їх вимогам міжнародних договорів і національному законодавству щодо форми, змісту, мови, переліку документів, які мають додаватися, враховувати, що питання про виконання рішень може вирішуватися лише в межах, визначених у клопотанні, а саме — подаватися лише особою, на користь якої постановлено рішення, або належно уповноваженим її представником. Якщо зазначене клопотання і документи, що додаються до нього, не оформлено відповідно до вимог, передбачених цією нормою, або до клопотання не додано всі перелічені документи, відповідний суд України залишає його без розгляду та повертає клопотання разом з документами, що додані до нього, стягувачеві (або його представникові). Однак це не позбавляє стягувача права на повторне звернення до компетентного суду з відповідним клопотанням.

Компетентний суд при розгляді клопотання перевіряє його на предмет відповідності встановленим формі і змісту та наявності підстав для визнання і виконання рішення, але не може перевіряти його по суті справи, оскільки це порушувало б суверенітет держави, суд якої ухвалив рішення.

При розгляді таких клопотань суди України мають керуватися ст. 395 ЦПК, відповідно до якої компетентний суд України повинен

у п'ятиденний строк письмово повідомити боржника про надходження клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду і запропонувати йому у місячний строк подати можливі заперечення проти цього клопотання.

Після подання боржником заперечень у письмовій формі або у разі його відмови від подання заперечень, а так само, коли у місячний строк з часу повідомлення боржника про одержане судом клопотання заперечення не подано, суддя постановляє ухвалу, в якій визначає час і місце судового розгляду клопотання, про що стягувач і боржник повідомляються письмово не пізніше ніж за 10 днів до його розгляду (ч. 2 ст. 395 ЦПК).

За заявою стягувача або боржника і за наявності поважних причин суд може перенести час розгляду клопотання, про що повідомляє сторони. Нез'явлення без поважних причин у судові засідання стягувача або боржника або їх представників, стосовно яких суду відомо про своєчасне вручення їм повістки про виклик до суду, не є перешкодою для розгляду клопотання.

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається суддею одноособово у відкритому судовому засіданні (частини 3–5 ст. 395 ЦПК).

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 стягувачеві та боржникові у триденний строк із дня постановлення ухвали. Цю ухвалу може бути оскаржено стягувачем або боржником в апеляційному порядку в строки, передбачені ч. 2 ст. 294 ЦПК.

Якщо рішення іноземного суду вже виконувалося раніше, компетентний суд України визначає, в якій частині чи з якого часу воно підлягає виконанню.

Якщо в рішенні іноземного суду суму стягнення зазначено в іноземній валюті, суд, який розглядає це клопотання, визначає суму в національній валюті за курсом Національного банку України на день постановлення ухвали (ч. 8 ст. 395 ЦПК). Якщо компетентний суд України в резолютивній частині ухвали не визначив суму в національній валюті, ухвала про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду підлягає скасуванню.

Відповідно до ч. 1 ст. 396 ЦПК клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не задовольняється у випадках, передбачених міжнародними договорами. Наприклад,

у визнанні рішення і дозволі на його примусове виконання може бути відмовлено згідно зі ст. 22 Угоди про правову допомогу в цивільних справах між Україною та Грецькою Республікою:

а) якщо відповідач, проти якого було винесено рішення, не з'явився до суду, оскільки він не був належним чином повідомлений відповідно до законодавства Договірної Сторони, на території якої було винесено рішення;

б) якщо раніше вже було винесено остаточне рішення між тими самими сторонами у тій самій справі судом Договірної Сторони, на території якої рішення має бути визнане та виконане;

с) якщо рішення, яке повинно бути визнане та виконане, може спричинити шкоду публічному порядку Договірної Сторони, на території якої таке рішення повинно бути визнане та виконане;

д) якщо відповідно до законодавства Договірної Сторони, на території якої судове рішення має бути визнане та виконане, суди цієї Договірної Сторони мають виключну компетенцію у розгляді справи.

Якщо міжнародними договорами не передбачено підстав для відмови у задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, суди України повинні керуватися ч. 2 ст. 396 ЦПК, яка передбачає, крім названих у ст. 22 Угоди між Україною та Грецькою Республікою, ще такі підстави для відмови у задоволенні клопотання:

– якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду;

– якщо виконання рішення загрожувало б інтересам України;

– в інших випадках, встановлених законами України.

Перелік передбачених договорами підстав для відмови у задоволенні клопотання, як правило, є вичерпним. Тому суди не мають права відмовляти у виданні дозволу на примусове виконання рішення з інших підстав.

На підставі рішення іноземного суду та ухвали про надання дозволу на його примусове виконання, що набрала законної сили, компетентний суд України видає виконавчий лист, який надсилається для виконання в порядку, встановленому Законом України від 21 квітня 1999 р. «Про виконавче провадження».

Порядок визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, регламентує глава 2 розділу VIII ЦПК.

Рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, практично визнається у такий самий спосіб, як і звернення до ви-

конання рішення іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню.

У договорах про правову допомогу по-різному вирішується питання про визнання рішень, які не потребують примусового виконання. В окремих договорах указується на конкретні категорії справ, рішення за якими визнаються на території іншої Договірної Сторони без проведення дій про визнання. Так, у договорах між Україною та Республікою Польща, між Україною та Республікою Молдова йдеться про рішення по цивільних немайнових справах, що набрали законної сили, а по справах, що стосуються батьківських прав, — про рішення, які не набрали законної сили, але підлягають негайному виконанню.

Угодою про правову допомогу в цивільних справах між Україною та Грецькою Республікою передбачено, що рішення судів, а також інших компетентних установ у цивільних справах стосовно особистого статусу, прийняті на території Договірних Сторін, визнаються без спеціального провадження (ст. 20).

Проте багато договорів не розрізняють рішення про визнання і про виконання.

На відміну від розгляду клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, у справі про визнання рішення іноземного суду основні учасники називаються заінтересованими особами, замість стягувача та боржника. Це пов'язано перш за все з тим, що предметом визнання є рішення не про присудження, а про визнання певних прав, а також рішення по деяких категоріях справ окремого провадження (про встановлення фактів, що мають юридичне значення, визнання особи недієздатною, визнання безвісно відсутнім, оголошення померлим та встановлення факту смерті та ін.).

## ■ Контрольні запитання

1. Визначте предмет міжнародного цивільного процесу.
2. Поясніть значення поняття «конфлікт юрисдикцій».
3. Розкрийте поняття та зміст цивільної процесуальної права та дієздатності іноземних фізичних та юридичних осіб.
4. Назвіть види підсудності цивільних справ за участю іноземних осіб.
5. Які документи не підлягають легалізації? Поясніть значення поняття «апостиль».

# Міжнародний комерційний арбітраж

## § 1. Поняття і види міжнародного комерційного арбітражу

Міжнародний комерційний арбітраж (або третейський суд) є різновидом комерційного арбітражу. Законодавство про арбітраж багатьох країн відображає природу арбітражу як альтернативного засобу вирішення спорів, що виникають у сфері економічного обігу, в основі якого лежить договір і який виключає юрисдикцію державних судів щодо розгляду конкретної справи.

Договірна природа арбітражу означає, що його формування є прерогативою сторін. Заснування або обрання арбітражу здійснюється сторонами, між якими існує спір про право.

Чинне законодавство різних держав, як правило, закріплює можливість розгляду міжнародними комерційними арбітражами цивільних справ між національними, з одного боку, та іноземними суб'єктами права — з другого, а в деяких випадках — і можливість розгляду арбітражами цивільних справ у спорах між іноземними суб'єктами права.

Так, згідно із Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» у міжнародний комерційний арбітраж можуть передаватися спори, що виникають з договірних та інших цивільно-правових відносин при здійсненні зовнішньоторгових та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном, а також спори підприємств з іноземними інвестиціями та міжнародних об'єднань і організацій, створених на території України, між собою, спори їх учасників, а рівно їх спори з іншими суб'єктами права України (ст. 1). У ст. 3 Регламенту міжнародного арбітражного суду при Беларуській Торговельно-промисловій палаті передбачено, що арбітражний суд поряд з іншими спорами розглядає спори між іноземними суб'єктами господарювання, розташованими за межами Беларусі.

В умовах усе більшого розвитку і спеціалізації міжнародного економічного обміну роль комерційного арбітражу зростає. В літературі слушно підкреслюються ефективність арбітражу, його переваги при розгляді міжнародних цивільних справ порівняно з національними судами.

Перевага арбітражу полягає перш за все у тому, що він забезпечує прийнятну, доступну і більш просту, на відміну від судової, процедуру вирішення спорів. Досить суттєвим є і те, що сторони можуть формувати склад арбітражу, який розглядає і вирішує справи, що сприяє довірі сторін до арбітрів і їх компетентності.

Провадження в арбітражі передбачає також можливість узгодити взаємно прийнятну мову провадження. Провадження в арбітражі має конфіденційний характер на відміну від гласності судового процесу, що також є його перевагою.

До переваг арбітражу належить і можливість обирати не тільки прийнятну арбітражну процедуру, а й прийнятне право. Рішення комерційного арбітражу, на відміну від рішень суду, є остаточними, що сприяє завершеності будь-якого арбітражного провадження.

Особливо слід підкреслити існування механізму, що забезпечує визнання і виконання рішень комерційного арбітражу в межах конвенційного регулювання цього питання.

Міжнародна практика створила різні види комерційного арбітражу: випадковий та інституційний. Випадковий арбітраж створюється для розгляду конкретного спору (австрійський юрист Ламмош назвав його арбітражем *ad hoc*). Після вирішення того чи іншого спору арбітраж припиняє існування. Процедура випадкового арбітражу може визначатися сторонами самостійно чи шляхом домовленості про застосування модельних правил арбітражу (наприклад, Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ).

У даний час значно поширені постійно діючі, або інституційні, арбітражі. Вони створюються при торговельних палатах, біржах, різних асоціаціях, організаціях та ін. Інституційний арбітраж організується як арбітражна установа, що не входить до складу державного апарату і є недержавним утворенням. Склад інституційного арбітражу може формуватися в різні способи. Як правило, він утворюється з осіб, що внесені до списку арбітрів, органом тієї організації, при якій він перебуває. У деяких арбітражних установах коло осіб, які можуть

<sup>1</sup> ЮНСІТРАЛ – Комісія ООН з прав міжнародної торгівлі.



входити до складу арбітражу, визначається не списком арбітрів, а членством у відповідній організації. Для інституційного арбітражу, на відміну від арбітражу *ad hoc*, характерним є також наявність власних правил процедури, які передбачають порядок утворення складу арбітражу і вирішення комерційних спорів.

Інституційний арбітраж зазнав деякої еволюції у своєму розвитку. В цьому відношенні слід відмітити спеціалізацію постійно діючих арбітражів. Так, поряд з арбітражами, так би мовити, загальної юрисдикції, які розглядають будь-які спори з договірних або інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших форм міжнародних економічних зв'язків, створюються арбітражі із спеціальною (обмеженою) юрисдикцією (торговельні, морські тощо). До арбітражів спеціальної юрисдикції належать, наприклад, Міжнародний третейський суд по справах морського і річного пароплавства у Гдині, Арбітражний суд Асоціації з бавовни в Польщі, Морська арбітражна комісія при Торговельно-промисловій палаті України, Морська арбітражна комісія при Торговельно-промисловій палаті Російської Федерації та ін.

## § 2. Міжнародно-договірна уніфікація комерційного арбітражу

У міру поширення міжнародного комерційного арбітражу зростала необхідність його правової регламентації. В першу чергу це відображено в укладенні двосторонніх договорів і угод, що містять положення про арбітраж. Особливо ж слід відмітити колективні зусилля держав у плані міжнародно-договірної уніфікації питань арбітражу в багатосторонніх угодах на регіональному або універсальному рівні.

Двосторонні договори і угоди давали можливість здолати відмінності в практиці виконання рішень іноземного арбітражу в різних державах, урахувуючи те, що внутрішнє законодавство по-різному визначало умови визнання і примусового виконання його рішень.

У міжнародно-правовій практиці норми про визнання та приведення до виконання арбітражних рішень вперше було включено у Конвенцію про компетентність судів і про приведення до виконання рішень з цивільних справ, укладену між Францією і Швейцарією 15 червня 1869 р.

Норми про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень було передбачено у Договорі про міжнародне процесуальне право 1889 р., Договорі про приведення до виконання іноземних актів, підписаних або ратифікованих незначною кількістю держав (Аргентиною, Болівією, Колумбією, Парагваєм, Перу, Венесуелою, Еквадором).

У 1925 р. у Гавані на шостій конференції американських держав було прийнято Кодекс міжнародного приватного права (Кодекс Бустаманте), який передбачав умови виконання іноземних арбітражних рішень. Порівняно із зазначеними договорами цей Кодекс застосовувався у багатьох державах (Бразилія, Куба, Коста-Ріка, Гаїті, Нікарагуа, Панама та ін.).

Найбільш масштабною спробою міжнародно-договірної уніфікації питань арбітражу стали Женевські угоди, про які вже йшлося (Протокол про арбітражні застереження 24 вересня 1923 р. і Конвенція про визнання приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 26 вересня 1927 р.).

Наступна уніфікація правового регулювання питань арбітражу відбулася в Нью-Йоркській конвенції про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р.

Конвенція 1958 р. містить норми про визнання арбітражної угоди і про виконання іноземних арбітражних рішень. Сферу її поширення закріплено в ст. 1, у якій передбачено, що Конвенція застосовується відносно визнання і приведення до виконання арбітражних рішень, винесених на території держави іншої ніж та держава, де одержується визнання і приведення до виконання таких рішень, по спорах, сторонами в яких можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Вона застосовується також до арбітражних рішень, які не вважаються внутрішніми рішеннями в тій державі, де одержується їх визнання і приведення до виконання.

Підвищенню ефективності правової регламентації функціонування арбітражу сприяла і сприяє Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р., яка є прикладом регіональної уніфікації інститутів арбітражного провадження. У преамбулі Конвенції передбачено, що вона покликана сприяти розвитку європейської торгівлі шляхом усунення, у міру можливості, деяких ускладнень у функціонуванні зовнішньоторговельного арбітражу при розгляді спорів у відносинах між фізичними та юридичними особами різних європейських

країн. Згідно зі ст. 1 Конвенції вона застосовується: а) до арбітражних угод як фізичних, так і юридичних осіб, які на момент укладення таких угод мають постійне місце проживання або відповідно своє місце проживання в різних державах, що домовляються, про вирішення в порядку арбітражу спорів, що виникають при здійсненні операцій із зовнішньої торгівлі; б) до арбітражних процесів і рішень, що ґрунтуються на цих угодах.

У зв'язку з формуванням в останні роки економічного простору в рамках СНД досить актуальною стала проблема міжнародної підсудності спорів між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності країн СНД. У правовому забезпеченні зовнішньоекономічних зв'язків країн СНД виняткове значення має механізм вирішення правових спорів, котрі, як свідчить практика, виникають досить часто. При цьому найбільш принциповими є питання про компетенцію судів, інших органів, що вирішують ці спори, і визнання та виконання відповідних іноземних рішень.

Першою спробою міжнародно-правового регулювання у цій сфері стала Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, підписана урядами держав – учасниць СНД 20 березня 1992 р. у м. Києві. В Угоді передбачено, що господарюючі суб'єкти кожної з держав СНД користуються правовим і судовим захистом своїх майнових та законних інтересів, рівним з господарюючими суб'єктами даної держави правом безперешкодно звертатися до судів, арбітражних, господарських судів, третейських судів та інших органів, до компетенції яких належить вирішення господарських спорів (ст. 3). Передбачено також взаємне визнання та виконання рішень компетентних судів (ст. 7), що набрали законної сили.

Крім зазначених конвенцій та угод, заслуговує на увагу і Міжамериканська конвенція про міжнародний комерційний арбітраж 1975 р. Незважаючи на регіональне походження та найменування, приєднатися до цієї Конвенції може будь-яка держава. Конвенція передбачає остаточність рішення арбітражу та порядок його визнання і виконання, який діє відносно рішень, винесених місцевими або іноземними загальними судами відповідно до процесуального законодавства країни, де воно повинно бути виконане, та положеннями міжнародних договорів (ст. 4).

### § 3. Міжнародні регламенти, типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж ЮНСІТРАЛ

Поряд з формуванням міжнародно-договірною регулювання комерційного арбітражу вживалися й інші зусилля, спрямовані на уніфікацію арбітражної процедури. Особливе значення при цьому мають міжнародні регламенти ЮНСІТРАЛ, СЕК<sup>1</sup>, ЕКАДС<sup>2</sup>, а також Типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж ЮНСІТРАЛ, розроблені під егідою ООН.

У Резолюції 31/98, прийнятій Генеральною Асамблеєю ООН 15 грудня 1976 р., відмічається, що, визнаючи цінність арбітражу як методу регулювання спорів, що виникають з міжнародних торговельних угод, та доцільність розроблення регламенту для спеціального арбітражу, який був би прийнятним для держав з різними правовими, соціальними і економічними системами, з метою гармонізації міжнародних економічних відносин Генеральна Асамблея при врегулюванні таких спорів рекомендує використовувати Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, зокрема, шляхом посилання на Регламент у комерційних контрактах.

Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, на відміну від інших міжнародних регламентів, є документом, що містить універсальні правила арбітражної процедури, які характеризують її як завершене процесуальне провадження.

Згідно зі ст. 1 Регламенту, якщо сторони в договорі погодились у письмовій формі на те, що спори, які належать до цього договору, будуть передані на розгляд в арбітражі відповідно до Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, підлягають розгляду згідно з цим Регламентом з тими змінами, про які сторони можуть домовитись у письмовій формі. Арбітражний регламент регулює арбітражний розгляд, за винятком випадків, коли те чи інше з його правил суперечить нормі застосованого до його арбітражу закону, від якої сторони не мають права відступати. До цього слід додати, що Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, як впливає із Резолюції 31/98 і його змісту, розроблено для спеціального арбітражу, тобто арбітражу *ad hoc*, та не торкається правила процедури в інституційних арбітражах.

<sup>1</sup> СЕК – Економічна комісія ООН для Європи.

<sup>2</sup> ЕКАДС – Економічна комісія ООН для Азії та Далекого Сходу.

Регламент ЄЕК та Правила ЕКАДС, як і Регламент ЮНСІТРАЛ, є результатом уніфікації правил арбітражної процедури. Однак, якщо Регламент ЮНСІТРАЛ має більш універсальний характер, Регламент ЄЕК та Правила ЕКАДС розроблялись, як видно з їх найменування, для регіонального застосування. В Правилах ЕКАДС прямо передбачено їх застосованість до арбітражного розгляду, що виникає з міжнародної торгівлі регіону ЕКАДС (ст. 1). Як і Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, Регламент ЄЕК та Правила ЕКАДС регулюють процедуру арбітражу *ad hoc*.

Комісія ООН з права міжнародної торгівлі підготувала і прийняла у 1985 р. Типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж. Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 40/172 від 11 грудня 1985 р. з урахуванням потреб міжнародної торгівлі цей закон рекомендовано всім державам з метою одноманітності арбітражного законодавства і конкретних потреб практики міжнародного комерційного арбітражу.

Типовий закон не має прямої дії в національній системі законодавства тієї чи іншої держави. Йдеться про те, що національні закони про арбітраж повинні ґрунтуватися на Типовому законі ЮНСІТРАЛ.

Законодавство, що ґрунтується на Типовому законі, вже прийнято в Австралії, Канаді, Кіпрі, Нігерії, штаті Каліфорнія (США), Російській Федерації, Україні.

Найбільш принципове положення закону можна звести до такого. Типовим законом визначено сферу його застосування. Стаття 1 передбачає, що він застосовується до міжнародного комерційного арбітражу за умови додержання будь-якої угоди, що діє між даними державами та будь-якою іншою державою або державами. Положення цього закону застосовуються тільки в тому разі, якщо місце арбітражу знаходиться в даній державі. Арбітраж є міжнародним, якщо комерційні підприємства сторін арбітражної угоди в момент її укладання знаходяться в різних державах або одне з наступних місць знаходиться за межами держави, в якій сторони мають свої комерційні підприємства (місце арбітражу; місце, де повинна бути виконана значна частина зобов'язань або з яким найбільше пов'язаний предмет спору; сторони домовилися про те, що предмет арбітражної угоди пов'язаний більше ніж з однією стороною).

Велика кількість норм типового закону має диспозитивний характер, що дає можливість сторонам за своєю згодою встановлювати інші правила процедури (п. 1 ст. 19).

## § 4. Арбітражна угода та компетенція міжнародного комерційного арбітражу

В основі арбітражного вирішення спорів лежить арбітражна угода, тобто угода про передання спору на розгляд і вирішення арбітражу. Арбітражна угода є умовою для визнання компетенції арбітражу, і тому найбільш актуальними були і залишаються проблеми правової природи арбітражної угоди та компетенції арбітражу.

Арбітражна угода є специфічним договором. Специфічність арбітражної угоди полягає в тому, що, будучи цивільно-правовим правочином, вона має процесуальні наслідки. А це означає, що для кваліфікації арбітражної угоди як цивільно-правового правочину застосовується цивільне законодавство. Що ж стосується виключення державного суду, тобто вилучення тієї чи іншої справи з його ведення та допустимості арбітражної угоди, то ці питання вирішуються на підставі цивільного процесуального законодавства.

У міжнародному комерційному обігу зустрічаються два види арбітражних угод: арбітражне застереження і третейський запис. Угода про арбітраж, включена до контракту як така, що передбачає можливість розгляду спорів, котрі можуть виникнути з контракту, називається арбітражним застереженням. Угода про арбітраж, що передбачає можливість розгляду спору, укладена у формі окремої від зовнішньоторговельного контракту угоди, називається третейським записом.

У більшості країн, у тому числі в Україні, Білорусії, Росії, країнах Східної Європи, Великій Британії, Франції, Німеччині, Данії, Норвегії, США, Канаді та ін., передбачено єдиний правовий режим арбітражного застереження і третейського запису. Згідно зі ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» арбітражна угода — це угода сторін про передання до арбітражу всіх або окремих спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, мають вони договірний характер чи ні. Арбітражна угода може бути укладена у вигляді арбітражного застереження або окремої угоди. Аналогічна норма міститься у ст. 7 Закону Російської Федерації «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Як правило, у внутрішньому законодавстві передбачено коло спорів, які підлягають розгляду міжнародним комерційним арбітражем. Крім того, для більшості країн характерним для визначення дійсності арбітражної угоди є застосування категорії публічного порядку. Інакше

кажучи, якщо спір стосується публічного порядку відповідної країни, він виключається з компетенції арбітражу.

Відповідно до п. 2 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» до міжнародного комерційного арбітражу можуть передаватися спори з договірних або інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї з сторін знаходиться за кордоном, а також спори підприємств з іноземними інвестиціями та міжнародних об'єднань і організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України. Закон також передбачає можливість скасування арбітражного рішення і відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення, якщо суд вирішить, що арбітражне рішення суперечить публічному порядку України (п. 2 ст. 34) або визнання та приведення до виконання цього рішення суперечить публічному порядку України (п. 1 ст. 36).

## **§ 5. Арбітражні рішення. Виконання рішень**

Розглянувши спір, арбітраж виносить рішення, яким розв'язується справа по суті.

Арбітражне рішення є остаточним. Воно виноситься в письмовій формі та підписується одноособовим арбітром або арбітрами. При колегіальному арбітражному розгляді достатньо наявності підписів більшості членів арбітражу за умови пояснення причини відсутності інших підписів. В арбітражному рішенні повинні бути зазначені мотиви, на яких воно ґрунтується, висновок про задоволення або відхилення позовних вимог, сума арбітражного збору та витрат по справі, їх розподіл між сторонами, дата і місце арбітражу. Після винесення арбітражного рішення кожній стороні повинна бути надана його копія, підписана арбітрами.

У національному законодавстві можуть бути встановлені різні форми оскарження рішення (заява про скасування, апеляція та ін.). Типовий закон ЮНСІТРАЛ передбачає можливість скасування арбітражного рішення шляхом оскарження. Оскарження в суді арбітражного рішення може бути здійснено тільки шляхом передання клопотання про скасування, зокрема у разі, коли сторона, яка заявляє клопотання, надасть докази того, що одна із сторін в арбітражній угоді була будь-якою мірою недієздатною; якщо



ця угода недійсна за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а за відсутністю такої вказівки — за законом країни суду; якщо сторона не була належним чином повідомлена про призначення арбітра чи про арбітражний розгляд або з інших причин не могла надати свої пояснення, або рішення винесено по спору, не передбаченому чи такому, що не підлягає умовам арбітражної угоди, або містить постанови з питань, що виходять за межі арбітражної угоди; якщо склад арбітражного суду або арбітражна процедура не відповідали угоді сторін та ін. Рішення може бути оскаржене і в тому разі, коли суд визначить, що об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законами даної держави або арбітражне рішення суперечить публічному порядку цієї держави.

Рішення арбітражу виконуються добровільно. Добровільність виконання рішень арбітражу відповідає правовій природі цієї юрисдикції. Разом з цим іноді виникає необхідність звернення до застосування заходів примусового виконання рішень арбітражу.

Арбітражне рішення національного арбітражу в тій чи іншій державі звичайно виконується в тому самому порядку, що й рішення суду.

Для міжнародного комерційного арбітражу більш актуальною проблемою є порядок виконання іноземного арбітражного рішення. Йдеться про те, чи може арбітражне рішення бути виконаним в іншій країні.

Попри на відмінності у національних законодавствах, можна констатувати, що в принципі можливість примусового виконання іноземного арбітражного рішення передбачена у всіх країнах. При цьому загальний принцип виконання іноземних арбітражних рішень зводиться до того, що вони можуть бути виконані за законодавством іншої країни, де одержується їх виконання. Якщо ж є міжнародний договір, учасниками якого є та чи інша держава, то відповідно до договірної міжнародної практики застосовуються міжнародно-правові норми.

Незважаючи на загальне положення про можливість примусового виконання іноземного арбітражного рішення, існують різні механізми визнання іноземного арбітражного рішення як підстави його наступного виконання.

Згідно із ст. 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» арбітражне рішення незалежно від того, в якій країні воно було винесено, визнається обов'язковим та при поданні в компетентний суд письмового клопотання приводиться до виконання. Сторона, яка спирається на арбітражне рішення або клопотання про приведення його до виконання, повинна надати оригінал належним чином завіреного арбітражного рішення або належним чином завірену копію останньо-



го, а також оригінал арбітражної угоди або належним чином завірену її копію. Якщо арбітражне рішення або угода викладені іноземною мовою, сторона повинна надати належним чином завіреним переклад цих документів українською або російською мовою.

Отже, в наведених випадках для визнання рішення іноземного арбітражу законодавство не передбачає формальної процедури підтвердження юридичної дійсності рішення (екзекватурування). Однак у законодавстві окремих країн передбачені різні процедури екзекватурування. Так, згідно зі статтями 1477, 1478 ЦПК Франції іноземне арбітражне рішення підлягає приведенню до виконання тільки на підставі постанови про екзекватуру, що надходить від суду першої інстанції, в районі якого рішення було винесено. Екзекватура видається судовим виконавцем зазначеного суду.

Правила визнання і можливості виконання арбітражних рішень уніфіковані в міжнародному масштабі, зокрема у Нью-Йоркській конвенції про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р.

Конвенцією врегульовано основні питання про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень (статті III, IV, V, VI). Зобов'язання учасників Конвенції про визнання і приведення до виконання арбітражних рішень міститься перш за все в ст. III, яка передбачає, що держава, яка домовляється, визнає арбітражні рішення як обов'язкові і приводить їх до виконання відповідно з процесуальними нормами тієї території, де одержуються визнання і приведення до виконання цих рішень, на умовах, викладених у наступних статтях. До визнання і приведення до виконання арбітражних рішень не повинні застосовуватися суттєво більш обтяжуючі чи більш високі мито або збори, ніж ті, які існують для визнання і приведення до виконання внутрішніх арбітражних рішень.

Конвенція встановила норми, що попереджають дискримінаційний підхід до визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, передбачивши необтяжливий митний режим. Крім того, з цією ж метою ст. IV передбачає вичерпний перелік документів, які повинна надати сторона, що одержує визнання і приведення до виконання при поданні такого прохання. Це належним чином завірене автентичне арбітражне рішення або належним чином завірена його копія, автентична арбітражна угода або належним чином завірена її копія.

За ст. V Конвенції у визнанні і приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання тієї сторони, проти якої воно спрямоване, тільки якщо ця сторона надасть компетентній владі за місцем, де одержуються визнання і приведення до виконання, докази того, що:

а) сторони в угоді були за застосованим до них законом будь-якою мірою недієздатні або ця угода не дійсна за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а за відсутністю такої вказівки — за законом країни, де було винесено рішення, або

б) сторона, проти якої винесено рішення, не була належним чином повідомлена про призначення арбітра або про арбітражний розгляд чи з інших причин не могла надати свої пояснення, або

в) зазначене рішення винесено по спору, не передбаченому чи не підпорядкованому умовам арбітражної угоди чи арбітражного застереження, або

г) склад арбітражного органу або арбітражний процес не відповідали угоді сторін чи за відсутністю такої не відповідали закону тієї країни, де мав місце арбітраж, або

д) рішення ще не стало остаточним для сторін або було скасовано чи зупинено виконанням компетентною владою країни, де воно було винесене, або країни, закон якої застосовується.

У визнанні і приведенні до виконання арбітражного рішення може бути також відмовлено, якщо компетентна влада країни, в якій одержуються визнання і приведення до виконання, знайде, що:

а) об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду цієї країни або

б) визнання і приведення до виконання цього рішення суперечать публічному порядку цієї країни.

## **Контрольні запитання**

1. Визначте юридичну природу міжнародного комерційного арбітражу. Назвіть відомі вам його види.
2. Назвіть основні міжнародні договори з питань міжнародного комерційного арбітражу.
3. Яким чином вплинув Типовий закон ЮНСІТРАЛ на формування національного законодавства з питань міжнародного комерційного арбітражу?
4. Яким чином визначається належне до застосування право відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»?
5. Назвіть підстави визнання рішення міжнародного комерційного арбітражу недійсним. Яку процедуру для цього передбачено?

## Рекомендована література

- Ануфриева, Л. П. Международное частное право. Общая часть [Текст] / Л. П. Ануфриева. — М., 2000. — 246 с.
- Ануфриева, Л. П. Международное частное право. Особенная часть [Текст] / Л. П. Ануфриева. — М., 2000. — 646 с.
- Ануфриева, Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории [Текст] / Л. П. Ануфриева. — М. : Спарк, 2002. — 415 с.
- Асосков, А. В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте [Текст] / А. В. Асосков. — М. : Статут, 2003. — 348 с.
- Богуславский, М. М. Международное частное право [Текст] : учебник / М. М. Богуславский. — 5-е изд., перераб. и доп. — М. : Юристъ, 2004. — 416 с.
- Борисова, А. Н. Доктрина обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства (renvoi) [Текст] / А. Н. Борисова. — М. : Книгодел, 2009. — 176 с.
- Бородко, Н. П. Международная организация труда: структура и деятельность [Текст] : учеб. пособие / А. А. Греченков, Л. А. Киселева. — М. : Изд-во деловой и учеб. лит., 2006. — 124 с.
- Вилкова, Н. Г. Договорное право в международном обороте [Текст] : монография / Н. Г. Вилкова. — М. : Статут, 2004. — 511 с.
- Гетьман-Павлова, И. В. Международное частное право [Текст] : учебник / И. В. Гетьман-Павлова. — 2-е изд. — М. : Эксмо, 2009. — 704 с.
- Дахно, І. І. Міжнародне економічне право [Текст] : курс лекцій / І. І. Дахно. — 2-ге вид. — К. : МАУП, 2003. — 160 с.
- Ерпылева, Н. Ю. Международное частное право [Текст] : учеб.-метод. пособие в 2 кн. / Н. Ю. Ерпылева, М. Б. Касенова. — М. : Омега-Л, 2008. — 855 с.
- Жильцов, А. Н. Практическое руководство по применению Гаагской конвенции от 15 ноября 1965 года о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам [Текст] / А. Н. Жильцов. — М. : Волтерс Клувер, 2007. — 320 с.
- Звеков, В. П. Коллизии законов в международном частном праве [Текст] / В. П. Звеков. — М. : Волтерс Клувер, 2007. — 416 с.
- Звеков, В. П. Обязательства вследствие причинения вреда в коллизионном праве [Текст] / В. П. Звеков. — М. : Волтерс Клувер, 2007. — 128 с.
- Карабельников, Б. Р. Глоссарий международного коммерческого арбитража [Текст] / Б. Р. Карабельников. — М. : Статут, 2007. — 160 с.
- Кибенко, Е. Р. Международное частное право [Текст] : учеб.-практ. пособие / Е. Р. Кибенко. — Харьков : Эспада, 2003. — 512 с.
- Кисіль, В. І. Зворотне відсилання в міжнародному приватному праві [Текст] / В. І. Кисіль // Актуал. пробл. міжнар. відносин. — 1999. — Вип. 13, ч. 1. — С. 91–99.
- Кисіль, В. І. Деякі питання кодифікації та правовідносин у сфері інтерперсональних колізій в міжнародному приватному праві [Текст] / В. І. Кисіль // Актуал. пробл. міжнар. відносин. — 2000. — Вип. 14, ч. 2. — С. 61–79.
- Кисіль, В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації [Текст] / В. І. Кисіль. — К. : Україна, 2000. — 273 с.

Кисіль, В. І. Становлення та розвиток колізійного принципу *lex personalis* в міжнародному приватному праві [Текст] / В. І. Кисіль // Актуал. пробл. міжнар. відносин. — 2000. — Вип. 22, ч. 2. — С. 102–114.

Кисіль, В. І. Механізми колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві [Текст] : автореф. ... дис. д-ра юрид. наук / В. І. Кисіль. — К., 2001. — 27 с.

Комаров, В. В. Международный коммерческий арбитраж [Текст] / В. В. Комаров. — Х. : Основы, 1995. — 301 с.

Комаров, В. В. О международной подсудности споров между субъектами внешнеэкономической деятельности [Текст] / В. В. Комаров // Бизнес информ. — 1994. — № 4.

Корецкий, В. М. Очерки англо-американской доктрины международного частного права [Текст] // Избранные труды: в 2 кн. / В. М. Корецкий // АН УССР. Ин-т государства и права. — Киев : Наук. думка, 1989. — Кн. 1. — С. 224–340.

Корецкий, В. М. Савиньи в международном частном праве (к 65-летию со дня смерти) [Текст] // Избранные труды: в 2 кн. / В. М. Корецкий // АН УССР. Ин-т государства и права. — Киев : Наук. думка, 1989. — Кн. 1. — С. 80–88.

Кох, Х. Международное частное право и сравнительное правоведение [Текст] / Х. Кох, У. Магнус, Винклер фон Моренфельс : пер. с нем. д-ра юрид. наук Ю. М. Юмашева. — М. : Междунар. отношения, 2003. — 480 с.

Кудашкин, В. В. Актуальные вопросы международного частного права [Текст] / В. В. Кудашкин. — М. : Волтерс Клувер, 2004. — 160 с.

Кудашкин, В. В. Правовое регулирование международных частных отношений [Текст] / В. В. Кудашкин. — М. : Юрид. центр Пресс, 2004. — 378 с.

Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст] : в 3-х т. / Л. А. Лунц. — М. : Спарк, 2002. — 1007 с.

Машенко, В. В. Правовой режим собственности в международном частном праве [Текст] / В. В. Машенко. — Киев, 1980. — 287 с.

Медведев, И. А. Международное частное право и нотариальная деятельность [Текст] / И. А. Медведев. — М. : Волтерс Клувер, 2005. — 272 с.

Международное частное право [Текст] : учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева, под ред. Г. К. Дмитриевой. — М. : Проспект, 2009. — 688 с.

Международное частное право: Современные проблемы [Текст] / под ред. М. М. Богуславского. — М., 1994. — 507 с.

Международное частное право [Текст] / сост. Н. Ю. Ерпылева, М. Б. Касенова. — М., 2007. — 103 с.

Международное частное право [Текст] : учеб. пособие / сост. Д. В. Задыхайло. — Харьков : Консум, 1998. — 751 с.

Международный коммерческий арбитраж в Украине. Законодательство и практика / под ред. И. Г. Побирченко. — М. : ИнЮре, 2000. — 973 с.

Мельник, О. М. Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні. Цивільно-правовий аспект [Текст] / О. М. Мельник. — Ірпінь : Акад. ДПА, 2001. — 136 с.

Мережко, А. А. Транснаціональне торговельне право (*lex mercatoria*) [Текст] / А. А. Мережко. — Киев : Таксон, 2002. — 464 с.

Мережко, А. А. Наука міжнародного частного права: історія і сучасність [Текст] / А. А. Мережко. — Киев : Таксон, 2006. — 356 с.

Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар Закону України [Текст] / А. С. Довгерт, В. І. Кисіль, О. Ю. Серьогін та ін. : за ред. А. С. Довгерта. — К., 2008. — 352 с.

Международное частное право [Текст] / под ред. Г. К. Матвеева. — Киев : Вища шк., 1985. — 173 с.

Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство [Текст] / за заг. ред. І. Г. Побірченка. — К., 2007. — 687 с.

Нешатаева, Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс [Текст] : учеб. курс в 3-х ч. / Т. Н. Нешатаева. — М. : Городец, 2004. — 624 с.

Нешатаева, Т. Н. Международный гражданский процесс [Текст] / Т. Н. Нешатаева. — М. : Норма, 2000. — 165 с.

Отдельные виды обязательств в международном частном праве [Текст] : монография / Н. Г. Доронина, В. А. Егиазаров, В. П. Звекон и др. — М. : Статут, 2008 — 603 с.

Очерки международного частного права [Текст] / под ред. проф. А. Довгерта. — Харьков : Одиссей, 2007. — 816 с.

Погребняк, С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї [Текст] / С. Погребняк // Вісн. Акад. правов. наук України. — 2003. — № 4. — С. 92.

Покрещук, О. О. Правове регулювання міжнародної торгівлі у контексті норм і правил ГАТТ/СОТ [Текст] / О. О. Покрещук. — К. : Зовніш. торгівля, 2003. — 511 с.

Садиков, О. Н. Правовое регулирование международных перевозок [Текст] / О. Н. Садиков. — М. : Юрид. лит., 1981. — 286 с.

Скаридов, А. С. Международное частное право [Текст] : учеб. пособие / А. С. Скаридов. — СПб. : Изд-во Михайлова В. А., Полиус, 1998. — С. 535.

Степанюк, А. А. Міжнародне приватне право [Текст] : підручник / А. А. Степанюк. — Х. : Кроссрод, 2008. — 610 с.

Тимохов, Ю. А. Иностранное право в судебной практике [Текст] / Ю. А. Тимохов. — М. : Волтерс Клувер, 2004. — 164 с.

Фединяк, Г. С. Порівняльний метод і порівняльне правознавство у сфері міжнародного приватного права [Текст] / Г. С. Фединяк // Право України. — 2002. — № 7. — С. 107–110.

Фединяк, Г. С. Міжнародне приватне право [Текст] : підручник / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. — 3-тє вид. — К. : Атіка, 2003. — 543 с.

Фединяк, Г. С. Міжнародне приватне право [Текст] : курс вибр. лекцій / Г. С. Фединяк. — К. : Юрінком Інтер, 1997. — С. 164.

Хлестова, И. О. Юрисдикционный иммунитет государства [Текст] / И. О. Хлестова. — М. : Юриспруденция, 2007. — 216 с.

Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] : в 2-х т. — Т. 1. Основы / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — М., 1998. — 480 с.

Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] : в 2-х т. — Т. 2. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — М., 1998. — 512 с.

Юлдашев, О. Х. Міжнародне приватне право: теоретичні та прикладні аспекти [Текст] / О. Х. Юлдашев. — К. : МАУП, 2004. — 576 с.

# Предметний покажчик

## A

Автономії волі, 24, 52, 59, 62, 196, 197, 198,  
205, 258, 263, 293  
Авторські та суміжні права, 152  
Агентство по гарантіях інвестицій, 136  
Аліментні зобов'язання, 253  
Альтернативна підсудність, 285  
Альтернативні колізійні норми, 46  
Англо-американської доктрина МПП, 23  
Арбітраж ad hoc, 305  
Арбітражна угода, 311  
Арбітражне застереження, 311  
Арбітражне рішення, 2, 315

## B

Багатогромадянство, 76  
Безгромадянство, 77  
Біженці, 82

## B

Взаємність, 71  
Визнання іноземця безвісно відсутнім, 91  
Визнання рішення іноземного суду, 295  
Визнання розірвання шлюбу, 242  
Виключна підсудність, 285  
Виконання іноземного арбітражного рішення, 312  
Виконання рішення іноземного суду, 295  
Відумерла спадщина, 271  
Всесвітня організація інтелектуальної власності, 153  
Встановлення змісту іноземного права, 64

## Г

Гаазька Конференція з міжнародного приватного права, 41  
Гармонізації законодавства, 38  
Генеральна угода з тарифів і торгівлі, 176  
Глоса, 21

## Д

Двостороння колізійна норма, 47  
Дерогаційна угода, 287  
Джерела МПП, 25  
Диспозитивні колізійні норми, 48  
Дієздатність іноземців, 88  
Договір міжнародної купівлі-продажу товарів, 170  
Договірна підсудність, 287  
Дозвіл на використання праці іноземця, 228  
Доктрина, 34  
Дунайська комісія, 199

## E

Екзекватура, 295

## Є

Євразійська патентна організація, 159  
Європейський союз по залізничним перевезенням, 187

## З

Закон «національності» юридичної особи, 98  
Закон громадянства, 49  
Закон країни продавця, 50  
Закон місця виконання договору, 51

Закон місця заподіяння шкоди, 51  
Закон місця здійснення акту, 50  
Закон місця знаходження речі, 50  
Закон місця проживання, 49  
Закон місця роботи, 52  
Закон місця укладення шлюбу, 51  
Закон найбільш тісного зв'язку, 54  
Закон прапору, 52  
Закон суду, 52  
Закон, обраний особою, яка здійснила правочин, 52  
Заповіт у формі публічного акту, 259  
Застереження про публічний порядок, 66  
Зближення законодавства, 32  
Зворотне відсилання, 38  
Зобов'язальний статут, 168

## I

Іммігранти, 89  
Імперативні колізійні норми, 47  
Імунітет від дії законодавства іноземної держави, 118  
Імунітет від попередніх дій, 119  
Імунітет від примусового виконання рішень іноземного суду, 119  
Імунітет власності держави, 120  
Імунітет угод держави, 120  
ІНКОТЕРМС, 34, 174  
Іноземне судове доручення, 290  
Іноземний елемент, 12  
Іноземні інвестиції, 136  
Іноземці, 79  
Іноземці, які тимчасово перебувають на території України, 81  
Інституційний арбітраж, 305  
Інтелектуальна власність, 152  
Інтерлокальні колізії, 43  
Інтерперсональні колізії, 43  
Інтертемпоральні колізії, 44

## K

Кваліфікація колізійної норми, 55  
Клаузула, 27  
Книжка Міжнародного Дорожнього Перевезення (МДП), 193  
Колізійна норма, 43  
Колізійно-правовий метод, 15  
Колізія, 14  
Коносамент, 182  
Конфлікт кваліфікацій, 66  
Концепція lex mercatoria, 36  
Культурні цінності, 147  
Кумулятивні колізійні норми, 47

## Л

Легалізація іноземних офіційних документів, 283  
Лінійне судноплавство, 181

## M

Майнові відносини подружжя, 246  
Матеріальна взаємність, 74

Матеріальні вимоги до укладання шлюбу, 239  
Матеріально-правовий метод, 17  
Міжнародна автодорожня федерація, 189  
Міжнародна морська організація, 9, 206, 181  
Міжнародна Організація Праці, 224  
Міжнародна організація цивільної авіації (ІКАО), 197  
Міжнародна підсудність, 285  
Міжнародна торгова палата, 43  
Міжнародне усиновлення, 253  
Міжнародний інститут з уніфікації приватного права (УНІДРУА), 41  
Міжнародний комерційний арбітраж, 304  
Міжнародний комерційний правочин, 161  
Міжнародний союз водіїв вантажівок далекого слідування, 191  
Міжнародні автомобільні перевезення, 190  
Міжнародні договори, 26  
Міжнародні звичаї, 33  
Міжнародні змішані перевезення, 200  
Міжнародні перевезення, 161  
Міжнародні повітряні перевезення, 197  
Міжнародні річкові перевезення, 199  
Міжнародні юридичні особи, 116  
Міжнародний цивільний процес, 274  
Моделльні закони, 40  
Момент переходу права власності, 132

**Н**  
Надїмперативні норми, 62  
Національний режим, 85  
Негативні колізії, 59  
Нерухоме майно, 126

**О**  
Обсяг колізійної норми, 43  
Обхід закону, 61  
Одностороння колізійна норма, 46  
Оліографічний заповіт, 259  
Основна (генеральна) прив'язка, 48  
Особи, яким надано політичний притулок, 84  
Особистий закон фізичної особи, 88  
Особистий закон юридичної особи, 98  
Офшорна зона, 112  
Офшорна компанія, 114

**П**  
Парантела, 262  
Паризький союз по охороні промислової власності, 157  
Перехід ризику випадкової загибелі або псування майна, 132  
Позитивні колізії, 59  
Позовна давність, 217  
Постглюсатори, 21  
Правова допомога у цивільних справах, 277  
Правові звичаї, 33  
Правоздатність іноземців, 85  
Працевлаштування іноземців в Україні, 228  
Предмет регулювання МПП, 12  
Представництва іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні, 103  
Прецедент, 35  
Прив'язка колізійної норми, 45  
Примусова ліцензія, 156

Принцип найбільш тісного зв'язку,  
Принцип незалежності реєстрації, 158  
Принцип територіальності, 158  
Промислова власність, 157  
Пророгаційна угода, 287

## **Р**

Режим роздільності майна, 246  
Режим спільності майна, 246  
Репуліація, 62  
Реторсії, 71  
Романська система спадкування, 262  
Рухоме майно, 158

## **С**

Субсидіарна прив'язка, 47  
Судова та арбітражна практика, 34  
Судовий імунітет, 116

## **Т**

Тасмний заповіт, 259  
Теорія інкорпорації, 99  
Теорія контролю, 100  
Теорія осілості, 99  
Теорія статутів, 22  
Теорія центру експлуатації, 99  
Трампове судноплавство, 181  
Транснаціональні компанії (ТНК), 106  
Третейський запис, 311  
Трудова міграція, 220  
Трудящі-мігранти, 222

## **У**

Угода про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ), 186  
Угода про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи (ТРИМС), 176  
Угода щодо торговельних аспектів прав інтелектуальної власності (ТРИПС), 159  
Укладення шлюбу в консульській установі, 244  
УНІДРУА, 41  
Уніфікація законодавства, 38  
Уніфікація правового регулювання питань арбітражу, 306  
Усна форма заповіту, 259

## **Ф**

Формальна взаємність, 72  
Формальні вимоги до укладання шлюбу, 241  
Формули прикріплення, 46

## **Ц**

Цивільна процесуальна дієздатність іноземних осіб, 280

## **Ч**

Чартер, 182

## **Ш**

Шкала Кегеля, 245  
Шлюби з іноземцями, 242

## **Ю**

ЮНСІТРАЛ, 309  
Юридичні особи, 95



*Навчальне видання*

## **МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО**

Підручник

За редакцією професора *В. П. Жушмана*  
та доцента *І. А. Шуміло*

Редактор *К. К. Гулий*  
Коректор *Ю. В. Статкевич*  
Комп'ютерна верстка і дизайн *В. М. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 22.11.2010.  
Формат 60×90 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>. Папір офсетний. Гарнітура Times.  
Обл.-вид. арк. 17,75. Ум. друк. арк. 20. Вид. № 466.  
Тираж 2000 прим.

Видавництво «Право» Академії правових наук України  
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів  
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Виготовлено у друкарні ФОП Шевчун О. М.  
(057) 719-49-13