

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Навчальний посібник

За загальною редакцією
професора В. М. Гайворонського,
професора В. П. Жушмана

Рекомендовано Міністерством освіти і науки України

Київ
Юрінком Інтер
2007

ББК 67.312.2я73
М58

*Рекомендовано Міністерством освіти і науки України
(лист № 14/18.2-354 від 17 лютого 2005 року)*

Рецензенти:

Бобкова А. Г. — професор, доктор юридичних наук, зав. каф. господарського права Донецького національного університету;

Жилінкова І. В. — професор, доктор юридичних наук, каф. цивільного права Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого;

Шишка Р. Б. — професор, кандидат юридичних наук, каф. цивільно-правових дисциплін Національного університету внутрішніх справ

Авторський колектив:

Бігун В. А. — глава 13;

Білоусов Є. М. — §3 глави 5 (у співавторстві з Жуковим І. М.);

Гайворонський В. М. — глава 1 (у співавторстві з Жушманом В. П.), глава 2 (у співавторстві з Статівкою А. М.), §2 глави 5 (у співавторстві з Шуміло І. А.);

Жуков І. М. — §3 глави 5 (у співавторстві з Білоусовим Є. М.);

Жушман В. П. — глава 1 (у співавторстві з Гайворонським В. М.);

Кібенко О. Р. — глава 7;

Корнієнко В. М. — §5 глави 4;

Комаров В. В. — глава 14;

Курман Т. В. — §1 глави 5 (у співавторстві з Уркевичем В. Ю.);

Мілаш В. С. — глави 6, 9;

Погорецька Н. В. — глава 3, §1–4 глави 4;

Радчук О. П. — §6, 7 глави 4;

Статівка А. М. — глава 2 (у співавторстві з Гайворонським В. М.);

Степанюк А. А. — глави 8, 10, 11, 12;

Уркевич В. Ю. — §1 глави 5 (у співавторстві з Курман Т. В.);

Шуміло І. А. — §2 глави 5 (у співавторстві з Гайворонським В. М.).

ПЕРЕДМОВА

За роки незалежності в нашій країні відбулися прогресивні зміни в соціальній, економічній та політичній сферах суспільного життя. Зросли і розширилися зв'язки України з державами колишнього Радянського Союзу, з багатьма іноземними державами. Значно зросла міграція населення, а зовнішньоекономічні зв'язки набрали нових перспектив, наповнилися новим змістом міжнародного співробітництва.

Розвиток міжнародного співробітництва України з іноземними державами у сфері економіки, політики і культури зумовив необхідність удосконалення договірних правовідносин та уніфікації законодавства з питань власності, шлюбно-сімейних і трудових відносин, у сфері міжнародних перевезень та інших правовідносин, що виходять за межі правової системи України. Відповідно зросла потреба в удосконаленні чинного міжнародного приватного права, в застосуванні юридичних норм щодо відносин, які виникають між суб'єктами різних держав, теоретичних досліджень правотворчого і правозастосовчого досвіду України та інших держав в галузі міжнародного співробітництва. Саме цим можна пояснити збільшення в Україні та інших країнах кількості навчальних закладів, де вивченню міжнародного приватного права і підготовці високопрофесійних юристів, спеціалістів у галузі міжнародного приватного права надається значна увага. Викладене свідчить про необхідність забезпечення навчальних та інших закладів, предметом діяльності яких є питання міжнародного права, підручниками, навчальними посібниками та іншими друкованими джерелами, що відповідають реаліям сьогодення. Вивчення в Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого дисципліни «Міжнародне приватне право» зумовило необхідність у написанні підручника з цієї дисципліни відповідно до навчальної програми Академії.

При підготовці зазначеного видання авторський колектив використав і поклав в його основу праці відомих українських і російських вчених-правників. Серед них:

Луниц Л. А. Курс международного частного права. Общая часть. — М.: Юрид. лит., 1973;

Луниц Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть. — М.: Юрид. лит., 1975;

Гражданское и торговое право капиталистических государств. Ч. I и ч. II / Под ред. Р. Л. Нарышкиной. — М.: Международные отношения, 1983; 1984;

Галенская Л. Н. Международное частное право. — Изд-во ЛГУ, 1983;

Международное частное право / Под ред. Г. К. Матвеева. — К.: Выща шк., 1985;

Гражданское и торговое право капиталистических стран / Под ред. В. П. Мозалина, М. И. Кулагина. — М.: Высш. шк., 1980;

Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е. В. Васильев. — М., 1993;

Мамутов В. К., Чувило О. О. Господарче право зарубіжних країн. — К.: Ділова Україна, 1996;

Богуславский М. М. Международное частное право. — М.: Международные отношения, 1994;

Скаридов А. С. Международное частное право: Учеб. пособие. — Санкт-Петербург: изд-во Михайлова «Полиус», 1998;

Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М.: Проспект, 2000;

Кибенко Е. Р. Международное частное право: Учеб.-практ. пособие. — Харьков: Эспада, 2003;

Фединяк Г. С., Фединяк Л. С. Міжнародне приватне право: Підручник. — К.: Атіка, 2003.

Авторський колектив ставив перед собою завдання не тільки стисло й доступно викласти основні положення та теоретичні питання міжнародного приватного права, а й розвинути у студентів практичні навички застосування законодавства цієї галузі права, роботи з міжнародними договорами та іншими угодами, допомогти всім, хто цікавиться міжнародним приватним правом, оволодіти основними теоретичними проблемами правових форм міжнародного приватного права, його суб'єктів, шлюбно-сімейних, спадкових та інших міжнародних правовідносин.

ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА

ГЛАВА 1 Поняття, предмет, методи і система міжнародного приватного права

§ 1. Поняття міжнародного приватного права

Що собою являє міжнародне приватне право? У чому його необхідність? Простим і переконливим з цього приводу є визначення дореволюційного російського вченого М. І. Бруна. Він писав щодо цього права: «Это совокупность правил, определяющих, законы какого государства должны нормировать частное юридическое отношение, в котором участвуют иностранцы или которое возникло за границей. Каждое государство, в силу своего суверенитета, могло бы, по-видимому, в пределах своей территории допускать применение только своих законов, но на практике все культурные государства признают у себя, в силу юридической необходимости, действие иностранных законов. Если нельзя требовать, чтобы наши законы соблюдались за границей людьми, которые вовсе не рассчитывали когда-либо иметь с ними дело, то уже по этой причине необходимо признавать иностранные законы. Иначе отношения, законно возникшие за границей, должны бы считаться незаконными у нас: супруги — незаконно сожительствующими, законные дети — незаконными, долги — ничтожными, договоры — не обязательными и т. д.»¹.

У наш час, коли Україна здобула незалежність, підвищилась активність громадян у всіх сферах суспільного життя, зросла міграція населення, розширюються зовнішньоекономічні зв'язки, зростає і необхідність всебічної регла-

¹ Энциклопедический словарь. Брокгаус и Ефрон. — СПб., 1896. — Т. 36. — С. 922—923.

ментації правовідносин з участю іноземного елемента. Розвиток економіки, культури, засобів комунікації, транспорту тощо вимагає правового оформлення такого типу відносин, як міжнародні. У літературі, навчальних посібниках, їх умовно поділяють на дві великі групи: *міждержавні* та *неміждержавні*. Перша становить сферу міжнародного публічного права, друга — міжнародного приватного права.

Публічне міжнародне право регулює відносини між державами і міжнародними організаціями. **Міжнародне приватне право** — цивілістичні відносини громадян та організацій-юридичних осіб з участю іноземного елемента. Ці галузі взаємопов'язані. Обидві регулюють міжнародні відносини. За чинною доктриною приватне міжнародне право не повинно суперечити принципам публічного міжнародного права¹.

Як відомо, поділ правових норм на норми публічного і норми приватного права є традиційним. Ще юрист Стародавнього Риму Доміцій Ульпіан зазначав, що публічне право належить до статусу держави, а приватне — до статусу окремих осіб. Цей поділ був сприйнятий правниками країн континентальної Європи² і традиція зберігається досі. До публічного права відносять галузі права, що регулюють відносини органів державної влади і громадян, а також відносини державних органів між собою; до приватного — галузі, що регулюють відносини між фізичними особами та організаціями-юридичними особами.

Слід зауважити, що цей поділ досить умовний. Відомий російський юрист свого часу писав, що римляни відміну приватного від публічного права зводили до різниці охоронюваних інтересів, поділяючи саме інтереси на приватні й загальні. З одного боку, інтереси тільки і існують в окремих людей. Загальний інтерес є ніщо інше як та чи інша

¹ Виокремлюється ще міжнародне економічне право. Щодо його сутності склалися в основному два підходи: згідно з першим — це комплексна галузь права, яка охоплює норми міжнародного публічного, міжнародного приватного права, а також норми національних правових систем, які регулюють міжнародні економічні правовідносини. За другим — міжнародне економічне право — це самостійна галузь міжнародного права, предметом якої є міжнародні економічні (господарські) відносини.

² Країни Європи, окрім Об'єднаного королівства Великобританії та Північної Ірландії.

сукупність приватних інтересів. У цьому розумінні можна вважати, що всяке право встановлене заради охорони інтересів окремих, тобто приватних осіб. З іншого боку, права охорона надається тим інтересам окремих осіб, які мають більш-менш загальне значення. У такому аспекті можна сказати, що будь-яке право охороняє загальні інтереси¹.

Проте поділ міжнародного права на публічне і приватне не можна вважати безпідставним. Міжнародне приватне право, як пишуть багато авторів, існує в межах національного права і саме цим відрізняється від міжнародного публічного права — єдиного для держав, які є сторонами відповідних міжнародних нормативно-правових актів². Необхідність, зокрема останнього, як уже зазначалося, безперечна. Які відносини потребують урегулювання нормами цього права? Це, передусім, відносини так званого приватного характеру, суб'єкти яких автономні й юридично рівноправні, тобто цивільно-правові.

У цьому випадку «цивільне право» розуміється зазвичай в узагальненому сенсі, тому що в різних країнах залежно від визнаної там системи використовують різноманітні терміни. Поряд з «цивільним правом» у деяких державах зберігається поняття «приватне право», започатковане ще за часів Стародавнього Риму. У США поширений термін «ділове право» (*bisness-law*). У країнах дуалістичної системи існує поділ на цивільне і торгове право (ФРН, Франція). В Україні і деяких інших державах крім цивільного виокремлюють ще трудове, сімейне і господарське право.

Відрізняються в різних державах і підходи до складу норм міжнародного приватного права. Дослідники зазначають, що у Франції доктрина відносить до цієї галузі передусім норми про громадянство, правове становище іноземців у Франції (в'їзд, перебування іноземців, їхні майнові та інші права), а також колізії законів і колізії в галузі юрисдикції.

Бельгійська доктрина поділяє в цілому традиційні підходи французьких юристів, доволі близькі до них також деякі італійські автори (наприклад, Т. Баларіно).

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1898. — С. 183.

² Дахно І. І. Міжнародне приватне право. — К., 2001. — С. 3.

Німецькі правники зводять міжнародне приватне право до колізійного. Англіїці, визначаючи міжнародне приватне право, доходять висновку, що воно є тією частиною права, яка починає діяти, коли розглядуване судом питання стосується факту, події, угоди, які перебувають у такому тісному зв'язку з іноземною системою права, що виникає необхідність звернутися до цієї системи. Таким чином, у працях англійських, а також американських авторів розглядаються як колізійні питання, так і питання підсудності, тобто правила про те, які спори з участю іноземних елементів мають розглядатися місцевими судами, а які — судами інших держав¹.

Учасниками приватних відносин виступають здебільшого фізичні та юридичні особи, однак, міжнародне приватне право регулює також відносини за участю держави чи інших суб'єктів міжнародного публічного права, якщо другою стороною таких відносин є фізична чи юридична особа.

Отже, міжнародне приватне право можна визначити як сукупність національних і міжнаціональних норм, що регулюють різноманітні майнові, особисті, трудові, сімейні та процесуальні відносини, які виникають у сфері міжнародного спілкування між фізичними та юридичними особами, а також їхні відносини зазначеного характеру з державними та міжнародними організаціями.

Як зазначається в літературі, нині на розвиток міжнародного приватного права впливають процеси, пов'язані з міжнародним господарським оборотом. Вони виявляються, по-перше, у прагненні розвинутих держав до зближення і, по-друге, у формуванні єдиного європейського економічного простору. А це веде до появи уніфікованих правових норм. Загального визнання набуває поява у правовому просторі відокремленої від національних систем права сукупності юридичних норм, що регулюють міжнародні господарські зв'язки².

¹ Международное частное право. — М., 1994. — С.89—91.

² Фединяк Г. Міжнародне приватне право України: деякі актуальні теоретичні та практичні аспекти розвитку // Право України. — 2002. — № 11. — С. 142.

Чи є міжнародне приватне право галуззю права? Чи це комплексна правова система? Щодо природи норм міжнародного приватного права існують різні думки. За однією з них, міжнародне приватне право є частиною міжнародного публічного права, за іншою — цього права не існує, а є внутрішнє законодавство, що стосується іноземців. Дехто з правників вважає, що міжнародне приватне право слід розуміти як поєднання внутрішнього законодавства і міжнародного публічного права. Але переважним, мабуть, є погляд, який зводиться до того, що оскільки міжнародне приватне право має свій предмет і методи регулювання, воно є галуззю права. Крім того, це, насамперед, внутрішнє право держави. Тому можна зробити висновок: **у нашій державі функціонує така галузь права, як міжнародне приватне право України**¹.

§ 2. Предмет міжнародного приватного права

Для визначення предмета міжнародного приватного права необхідно окреслити коло відносин, що регулюються нормами цієї галузі. Різні світові школи міжнародного приватного права по-різному вирішують це питання.

У літературі можна зустріти приклади різних доктрин. Так, французька до сфери міжнародного приватного права включає вчення про громадянство, правове становище іноземців, питання колізійних законів, питання міжнародного цивільного процесу. Німецька — обмежує предмет цієї галузі лише колізійними питаннями. Правове становище іноземців у Німеччині відносять до цивільного права, а питання громадянства — до державного права. Англо-американська доктрина зосереджує увагу на процесуальних питаннях, тобто насамперед ставиться завдання визначити, за яких умов місцевий суд компетентний розглядати справу з участю іноземного елемента².

¹ Фединяк Г. Знач. праця. — С. 141.

² Данилькевич Н. И., Федоров О. Н. Международное частное право. — Днепропетровск, 1999. — С. 5.

Для усвідомлення предмета міжнародного приватного права має значення аналіз його співвідношення з міжнародним економічним правом, яке почало формуватися порівняно недавно. За визначенням, наприклад, М.М.Богуславського, воно являє собою сукупність принципів і норм, що регулюють відносини між державами та іншими суб'єктами міжнародного права і галузі міжнародних економічних відносин¹.

З розвитком міжнародних економічних відносин зростає кількість економічних договорів, розширюється коло міжнародних економічних організацій, які приймають численні документи з приводу цієї сфери співробітництва², зростає кількість правових досліджень з цієї проблематики.

У радянському правознавстві ідея виокремлення системи норм, що регулюють світові господарські відносини, вперше була запропонована видатним українським правником В. М. Корецьким³. Саме він розробив концепцію міжнародного господарського права як комплексної правової дисципліни, що охоплює міжнародно-правове і цивільно-правове регулювання.

Подальший розвиток ці ідеї отримали завдяки дослідженням українських і російських правників другої половини минулого століття. Згідно з ними, предмет міжнародного економічного права складають міждержавні економічні відносини між країнами, між країнами і міжнародними організаціями і цими організаціями між собою⁴.

Від них відмежовуються майнові відносини міжнародного характеру між фізичними та юридичними особами різних країн, а також майнові відносини, в яких суб'єктами ци-

¹ Богуславский М. М. Международное экономическое право. — М., 1986.

² Прикладом є прийняті Генеральною Асамблеєю ООН документи: Декларація про встановлення нового міжнародного економічного порядку, Програма дій по встановленню міжнародного економічного порядку, Хартія економічних прав та обов'язків держав.

³ Див.: Корецкий В. М. Очерки международного хозяйственного права. — Харьков, 1928.

⁴ Див., напр.: Дахно І. І. Міжнародне економічне право. — К., 2000. — С.6.

вільного права особливого роду виступають держави. Останні відносини і складають предмет міжнародного приватного права. При цьому зміст терміна «міжнародне», тобто не обмежене територією однієї країни, не збігається з тим його значенням («міждержавне»), яке він має в міжнародному публічному праві¹.

У сучасній пострадянській науці міжнародного приватного права виділяють зазвичай дві основні групи відносин: а) господарські, зокрема науково-технічні зв'язки між суб'єктами господарювання різних країн та б) майнові, сімейні, трудові й інші відносини за участю іноземних громадян.

Для врегулювання цих відносин застосовують норми національного права та міжнародного публічного права, які у взаємодії утворюють певний комплекс норм міжнародного приватного права. Останній об'єднує матеріально-правові (такі, що регулюють конкретні відносини) та колізійні (такі, що відсилають при потребі до законодавства іншої держави) норми.

Наявність колізійних норм обумовлює особливість міжнародного приватного права. Іноді його так і називають — колізійне право.

Отже, відносинами, що підпадають під сферу дії норм міжнародного приватного права, є, насамперед, відносини так званого приватного характеру — відносини, суб'єкти яких автономні та юридично рівноправні. До сукупності приватноправових відносин традиційно включаються цивільні, шлюбно-сімейні та трудові відносини.

Особливістю приватноправових відносин, яка виводить їх зі сфери дії базових галузей права (цивільного, шлюбно-сімейного, трудового, цивільно-процесуального) і включає у предмет міжнародного приватного права, є наявність іноземного, чи міжнародного елемента.

¹ *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. — М., 1959; *Бувайлик Г.Е.* Правовое регулирование международных экономических отношений. — К., 1977; *Усенко Е.Т.* Международное экономическое право // Международное право. — М., 1982; *Богуславский М.М.* Знач. праця та ін.

За ознаками, які визначають наявність іноземного елемента у правовідносинах, зазвичай, виділяють три основні групи відносин з іноземним елементом:

— відносини, суб'єктом яких виступає сторона, що є іноземною;

— відносини, в котрих усі учасники належать до однієї держави, але об'єкт, у зв'язку з яким виникають відносини, перебуває за кордоном;

— відносини, виникнення, зміна, припинення яких пов'язані з юридичним фактом, що має місце за кордоном.

Найчастіше за інші висувається критерій спеціального суб'єктного складу відносин — участь у них осіб, які мають будь-які іноземні «характеристики» (громадянство, національність, місце проживання тощо).

Отже, предметом міжнародного приватного права є відносини, пов'язані з питаннями цивільних право- та дієздатності іноземних фізичних осіб і організацій; відносини за зовнішньоекономічними угодами; відносини, пов'язані з правами авторів на твори, видані за кордоном; відносини щодо трудово-правового та соціального статусу осіб, які перебувають на території іноземної держави, працювали на такій території тощо.

§ 3. **Методи регулювання відносин у міжнародному приватному праві**

3.1. **Колізійний¹ метод і колізійні норми**

Правовий метод регулювання – це сукупність узгоджених між собою способів впливу на певну групу відносин. Для міжнародного приватного права характерним є цивільно-правовий метод, що виражає правову природу цієї галузі. Крім нього для врегулювання правовідносин з участю іно-

¹ Колізія (лат.) — зіткнення. Правова колізія — це ситуація, пов'язана з конфліктом, конкуренцією двох і більше правових норм чи систем правового регулювання. Отже, правові колізії можна поділити на колізії між правовими системами окремих держав і внутрішньодержавні колізії.

земного елементу застосовують ще два юридико-технічні методи: колізійний і матеріально-правовий. Колізійний метод є необхідним для врегулювання цивільно-правових відносин, регламентація яких не узгоджена, а також у разі потреби зробити вибір між нормами права.

Специфічність суспільних відносин, які потребують врегулювання у міжнародному приватному праві, зумовила специфіку методів цього регулювання. Особливим, передусім, є колізійний метод. Він упродовж довгого часу вважався корінним методом міжнародного приватного права. Але процес уніфікації норм матеріального характеру в міжнародних договорах привів до необхідності визнання другого методу регулювання в міжнародному приватному праві – матеріально-правового.

За літературними даними, матеріально-правові норми дістали визнання після 50-х років минулого століття як засоби реалізації матеріально-правового методу¹. Таким чином, методи регулювання у міжнародному приватному праві є особливими, такими, що мають свою специфіку.

Первісно міжнародне приватне право розвивалося переважно як колізійне право. Саме колізійний метод зумовив виникнення цієї правової галузі. Характерною рисою колізійного методу є те, що він, не регламентуючи відношення по суті, визначає, право якої держави має бути застосоване для врегулювання правовідносин з участю іноземного елементу.

Міжнародне приватне право, беручи свій розвиток з колізійного права, пройшло тривалий шлях. Воно виникло в епоху раннього середньовіччя через потребу врегульовувати торговельні відносини. Такі норми містилися, зокрема, в договорах, укладених з греками 911 року князем Олегом, 944 року — князем Ігорем, в інших джерелах.

Значно пізніше, з кінця середніх віків, почала формуватися практика і доктрина про колізії статутів (місцевих законів). Із статутних теорій і виникло колізійне право. Поступово розвинулася його назва — міжнародне приватне право.

¹ *Ануфриева Л. П.* Международное частное право. Общая часть. — М., 2000. — Т. 1. — С. 64.

Вважається, що засновниками доктрини міжнародного приватного права були італійці Бартол (1314—1357) і Бальд (1327—1400), які коментували тексти римського права. Цей коментар в основному стосувався контрактів, деліктів і заповітів.

Згодом доктрину міжнародного приватного права доповнили: вчення про «автономію волі» сторін, за яким останні могли застосовувати до договорів обрані ними звичаї (Шарль Дюмулен, 1500—1566, Франція); твердження про безумовне застосування закону місцезнаходження речі щодо нерухомості (Бертрен д'Аржантре, 1519—1590, Франція); теорія про застосування територіального принципу та принципу «ввічливості», які полягали в тому, що іноземні закони діють завдяки «міжнародній ввічливості» (Ульріх Губер та деякі інші вчені Голландії XVII ст.).

У XIX ст. зазначені теорії були підтримані у США (Джозеф Сторі). У «коментарях конфліктного права» останнім було вжито термін «міжнародне приватне право», який і донині породжує заперечення. Термін «міжнародне» не відображає характеристики форм цієї галузі права, які в Америці мали переважно внутрішній, поміжштатний характер. Але інші назви — «конфліктне право», «колізійне право» — у правових системах США та інших країн повністю не охоплюють предмета цієї галузі.

Зважаючи на те, що й досі не запропоновано назви, яка б найбільшою мірою відповідала змісту цієї галузі права, доводиться користуватися умовним терміном «міжнародне приватне право» як таким, що регулює цивілістичні відносини з іноземним елементом.

Після того, як визначилася назва галузі — міжнародне приватне право, значні внески у розвиток його доктрини зробили вчені Англії, Німеччини, Франції, Голландії, Росії, України, Болгарії, Угорщини, Чехії і Словаччини.

В Україні міжнародне приватне право покликане розв'язувати колізії, що виникають між правовими системами різних держав. Таким чином, колізія у міжнародному приватному праві — це така правова ситуація, в якій приватноправові відносини через наявність в них іноземного елементу підпадають під чинність двох і більше національних

правових систем. Тобто в ситуаціях, коли приватноправові відносини характеризуються проявом юридичного зв'язку з двома чи кількома правопорядками, кожний з яких може бути застосованим для врегулювання даних суспільних відносин. Причому у приписах відповідних систем права можуть міститися такі значні розбіжності, що юридичні наслідки застосування того чи іншого правопорядку можуть виявитися протилежними.

Потреба застосування колізійного методу може виникати як у випадку неідентичності законодавства різних правових систем з одного і того самого питання, так і у випадку їх схожості. Для винесення рішення на основі законодавства певної держави суд повинен, насамперед, зробити вибір між законодавством цих держав, тобто звернутися до колізійної норми. Колізійний метод застосовується також у разі відсутності міжнародної уніфікації матеріально-правових норм з певного питання.

Цей метод покликаний вирішувати проблеми, що виникають у міжнародному приватному праві. Це здійснюється різними способами. Наприклад, через застосування уніфікованих матеріально-правових норм міжнародних договорів чи звичаїв; «переборення» колізії, тобто тимчасове її подолання стосовно конкретних випадків правозастосовчої діяльності, яка може виявлятися в офіційному чи неофіційному тлумаченні права. Але найчастіше для вирішення колізійної проблеми застосовують саме колізійні норми, тобто норми права (національного чи міжнародного), що визначають законодавство тієї правової системи, яку необхідно застосувати до певних відносин. Тому метод, з допомогою якого врегульовуються колізії через застосування колізійних норм, і дістав назву «колізійний».

Вирішення питання про те, яку правову систему обрати, коли системи кількох держав колізують одна з одною, в багатьох випадках являє собою доволі складне завдання. При його вирішенні нерідко виникає необхідність враховувати потреби міжнародної співпраці, розвитку господарських зв'язків між державами та інтереси сторін-учасників відносин.

Для міжнародного приватного права мають значення не будь-які колізії, а тільки такі, що виникають між інозем-

ними системами (міжнародні колізії). Внутрішні колізії, наприклад такі, що виникають в одній правовій системі між різними її правовими формами чи галузями, не входять до сфери міжнародного приватного права.

3.2. Матеріально-правовий метод і матеріально-правові норми

Колізійна норма, відсилаючи до законодавства певної держави, самостійно не врегульовує правовідносини з участю іноземного елемента. Її існування має сенс за умови використання матеріально-правової норми, тобто такої, що по суті регулює відносини у міжнародному приватному праві.

Наявність і використання таких норм і визначає матеріально-правовий метод регулювання зазначених відносин. Він полягає саме в тому, що відносини регулюються безпосередньо юридичними нормами.

До матеріально-правових норм у міжнародному приватному праві відносять: 1) уніфіковані норми міжнародних договорів; 2) норми національного законодавства, які регулюють відносини з участю іноземного елемента; 3) міжнародні й торговельні звичаї; 4) судову практику (в державах, де вона визнається формою права).

Матеріально-правові норми міжнародних угод є уніфікованими правилами, створеними кількома суб'єктами права для безпосереднього врегулювання відносин, що часто виникають у практиці міжнародного приватного права. Міжнародні угоди можуть повністю або частково містити такі норми.

Здебільшого матеріально-правовий метод застосовується при укладенні угод з питань авторського права, регулювання праці, відшкодування шкоди, зовнішньоекономічних відносин, деяких інших. Його використано, наприклад, у Бернській конвенції з охорони літературних і художніх творів від 9 вересня 1886 р., Брюссельській конвенції про відповідальність операторів ядерних суден (1962 р.), Віденській конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980 р.).

Норми національного законодавства, що регулюють правовідносини з участю іноземного елементу, можуть міститися в конституціях держав та інших законодавчих актах.

У багатьох державах приймаються нормативно-правові акти, присвячені питанням зовнішньоекономічної діяльності, скажімо законодавство з питань іноземного інвестування.

Часто норми національного права є результатом трансформації міжнародних угод у внутрішнє законодавство. Причому вони можуть визначати не тільки правовий статус іноземних суб'єктів права в певній державі, а й права та обов'язки суб'єктів цієї держави за кордоном. Внутрішні за походженням, цивільно-правові або господарсько-правові за змістом ці норми є матеріально-правовими нормами міжнародного приватного права.

Використання матеріально-правового методу має переваги перед колізійним. По-перше, цей метод створює значно більшу визначеність для учасників відносин, оскільки для них ці норми можуть бути відомими заздалегідь. По-друге, уніфіковані матеріально-правові норми дозволяють уникнути односторонності у правовому регулюванні. Своєю чергою, колізійний метод регулювання сприяє усуненню прогалів, які утворюються при використанні виключно матеріально-правових норм. Поєднання цих методів дозволяє враховувати конкретні умови виникнення й реалізації прав та обов'язків суб'єктів відносин.

§ 4. Система міжнародного приватного права

Міжнародне приватне право поділяється на дві частини: загальну і особливу. Як окрему частину іноді виділяють ще міжнародний цивільний процес.

У загальній частині навчального курсу розглядаються загальнотеоретичні питання, що мають значення для міжнародного приватного права в цілому, а саме: поняття, предмет, систему і зміст цього права, його джерела і форми, методи правового регулювання, вчення про колізійні та мате-

ріально-правові норми; правові режими, загальні положення щодо суб'єктів, низку інших загальних понять і принципів.

Особлива частина містить аналіз питань власності, зобов'язальних відносин. Нею охоплено також спадкові відносини, шлюбно-сімейні, трудові та основи міжнародного цивільного процесу. Складається вона з таких розділів: право власності, зокрема інтелектуальної, спадкове право; загальні положення зобов'язального права; міжнародні перевезення; шлюбно-сімейні відносини; міжнародні трудові відносини; міжнародний цивільний процес; міжнародний комерційний арбітраж.

Система міжнародного приватного права як наука охоплює також основні теоретичні та методологічні особливості галузі, її історичний розвиток, актуальні проблеми і перспективи.

ГЛАВА 2 **Форми міжнародного приватного права**

§ 1. **Поняття форм права**

За традицією, в системі науки права взагалі, її окремих галузях і навчальних курсах розглядається поняття «джерела права». Багатозначність і нечіткість цього поняття, а також численність таких джерел з давніх часів викликали критичні зауваження видатних правників. В умовах радянської правової системи по суті єдиним джерелом права визнавалося законодавство.

У літературі того часу зазначалося, що залишається відкритим питання, чи виправдано вважати єдиним джерелом права закон. А звичаєве право — не визнавати, так само як і прецедентне право, на тій підставі, що радянський суд спирається лише на закон. Таким чином, з поля зору випадають елементи права, які можна віднести до історично накопичених цінностей соціальної і правової культур¹.

Ця традиція зберігається здебільшого й до нашого часу. У підручниках і навчальних посібниках з окремих галузей права саме законодавчі акти визнаються основними джерелами права.

У теоретичних розробках джерела права, як правило, отожднюються з його формами. Не розмежовують ці поняття і автори деяких підручників з теорії права. Там зазвичай юридичні джерела (форми) або соціально-спеціальні джерела визначаються як офіційно-документальні форми вираження і закріплення норм права, що походять від держави і надають їм юридичного, загальнообов'язкового значення².

¹ *Разумович Н. Н.* Источники и формы права // Сов. государство и право. — 1988. — № 3.

² *Скакун О. Ф.* Теория государства и права. — Харьков, 2000. — С. 334.

Подібний підхід висловлений і в підручнику з міжнародного приватного права, виданого минулого року. Під джерелами міжнародного приватного права, читаємо там, в юридичній літературі розуміють, зокрема, форми, в яких знаходиться вираження правова норма¹.

Пояснюється таке тлумачення джерел права, як уже зазначено, давнішньою традицією, за якою основним джерелом права є писане право — нормативні акти. В юридичній літературі дореволюційної Росії превалювала думка, що «саме ці форми об'єктування юридичних норм, які слугували визначенням їх обов'язковості, ... зветься джерелами права»².

Однак і в ті часи такий підхід до розуміння джерел права породжував заперечення. Так, Л. І. Петражицький на запитання, що таке джерела права, відповідав, що за загальноновизнаним розумінням до них належить законне право (чи закони) та звичаєве право. Він вважав, що такі вчення про джерела права не витримують наукової критики й навіть являють собою дивне і ненормальне з елементарно-логічної точки зору явище³.

Думка про те, що поняття «джерела права» і «форми права» мають різне значення і не можуть ототожнюватися, висловлювалась і видатним українським правником С. Дністрянським та іншими вченими. Але й досі здебільшого справцює традиція, збережена у радянські часи, за якою «офіційний акт — документ компетентних органів, що містить норми права, забезпечувані державою (конституцією, законами, указами Президента, постановами тощо), — є основним юридичним джерелом права»⁴.

Але в деяких інших аналогічних російських виданнях поняття «джерела права» і «форми права» не ототожнюють-

¹ Фединак Г. С., Фединак Л. С. Міжнародне приватне право. — К., 2003. — С. 15.

² Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1883. — С. 283.

Петражицький Л. І. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб., 1910. — Т. II. — С. 512—513.

⁴ Скакун О. Ф. Теория государства и права. — Харьков, 2000. — С. 335.

ся. Поняття «форми права» і «джерела права», стверджується в одному з них, тісно взаємопов'язані, але не збігаються. Якщо «форми права» показують, як зміст права організовано і виражено назовні, то «джерело права» — виток формування права, система факторів, що визначають його зміст і форми вираження¹.

Стосовно джерел міжнародного приватного права, в літературі висловлена думка про те, що для них, у зв'язку з їхньою різноманітністю, характерним є, з одного боку, розмежування, а з другого боку, поєднання «форми права» — зовнішнього його вираження (внутрішньодержавного закону, міжнародного договору та ін.) і способу надання державою моделям поведінки юридичної сили².

Розбіжності тут існують, як зауважив свого часу Л. І. Петражицький, на підставі нез'ясування питання про те, що таке право³. У наш час, коли і в Конституції України проголошене верховенство права (ст. 8), а не закону, не залишається підстав для їх ототожнення. Право і закон розмежовуються, першість належить праву як нормативному закріпленню справедливості, що базується на природних правах людини, а закон розглядається як форма, що покликана відповідати праву як його змісту⁴.

Такий підхід до цієї проблеми висловили й автори підручника «Загальна теорія держави і права». Під формою права, зазначається там, розуміють способи зовнішнього вираження і закріплення правових норм. А джерела права — це фактори, що зумовлюють виникнення і розвиток юридичних ідей, поглядів, теорій щодо утворення, змісту і функці-

¹ Теория государства и права / Под ред. Н. М. Матузова, А. В. Малько. — М., 1997. — С. 329.

² Ануфриева Л. П. Международное частное право. Общая часть. — М., 2000. — Т. 1. — С. 125.

³ Петражицький Л. І. Знач. праця. — С. 512—513.

⁴ 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 застосовним в умовах експлуататорського суспільства (Халфіна Р. О. Что есть право: понятие и определение // Сов. государство и право. — 1984. — № 11. — С. 23).

онування права (передусім система соціально-економічних відносин).

Найпоширенішими формами права в більшості правових систем є нормативно-правові акти, правові звичаї, правові прецеденти, нормативні правові договори¹.

Сьогодні першість серед цих форм належить нормативним правовим актам — офіційним документам, які приймаються компетентними органами правотворчості.

§ 2. Види форм права

У міжнародному приватному праві застосовуються такі форми права, як 1) міжнародні договори, а також 2) правові звичаї (міжнародні та внутрішньодержавні); 3) внутрішнє законодавство (вітчизняне та іноземне); 4) судова й арбітражна практика. Як джерела права розглядають правову доктрину, хоча доктринальні положення не є загальноновизнаним джерелом права.

Форми і джерела міжнародного приватного права мають певні особливості, породжені наявністю міжнародних договорів і звичаїв:

1) подвійність форм правового регулювання — існування внутрішньодержавного і міжнародного рівнів регулювання одних і тих самих відносин;

2) у деяких випадках формою міжнародного приватного права може виступати не тільки національне законодавство України (внутрішньодержавне і міжнародне), а й внутрішнє право інших країн².

Скажімо, при розгляді справи про спадкування, вітчизняний суддя може постати перед необхідністю застосування до правовідносин законодавства Польщі чи будь-якої іншої держави. При цьому суд повинен використати не

¹ Загальна теорія держави і права. — Харків, 2002. — С. 293.

² Хоча з цього приводу в літературі висловлені 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 внутрішньодержавні і міжнародно-правові норми.

тільки визнані в Україні закони чи підзаконні нормативні акти, правові звичаї, а й судові прецеденти, і навіть доктринальні положення.

Специфічним є співвідношення між різними формами права. У більшості галузей права основною формою регулювання виступає внутрішнє законодавство, а міжнародні договори та звичаї застосовуються рідше. У міжнародному приватному праві міжнародно-правове регулювання (договори та звичаї) набувають все більшого застосування. Незалежно від різних теоретичних підходів щодо значення міжнародних договорів, практично в будь-якій сфері правового регулювання поряд з нормами внутрішнього законодавства застосовують також норми міжнародних договорів, які в міжнародному приватному праві превалюють над внутрішнім законодавством.

§ 3. Міжнародні договори

Відповідно до Конституції України (ст. 9), чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Закон України від 29 червня 2004 року «Про міжнародні договори України»¹ визначає міжнародний договір України як укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи кількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол чи щось інше).

При використанні міжнародного договору слід визначитися, чи можна застосовувати цей договір до відносин, які належить врегулювати? Іншими словами, чи є Україна учасницею цього договору; чи є він чинним щодо конкретних учасників даних відносин?

Слід мати на увазі, що навіть міжнародний договір, в якому Україна не бере участі, може інколи застосовуватися українським судом для врегулювання відносин (як частина національного права іноземної держави-учасника догово-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 2004. — №50. — Ст. 540.

ру), якщо до цього права відсилає вітчизняна колізійна норма або воно було обране самими учасниками.

Більшість норм міжнародних договорів застосовують до правовідносин внаслідок трансформації, тобто перетворення їх на норми внутрішньодержавного права. Способи здійснення трансформації передбачаються національним законодавством держав. Для України — це підписання, ратифікація, затвердження, прийняття, приєднання до договору. Надання згоди України на обов'язковість для неї міжнародного договору може здійснюватися й іншим шляхом, про який домовилися сторони.

Міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору відповідно до Закону «Про міжнародні договори України» в порядку та строки, передбачені договором або в інший узгоджений сторонами спосіб.

Слід також урахувати, що для міжнародних договорів не характерно набрання чинності з моменту підписання. Після підписання договору зазвичай спливає досить довгий час, протягом якого виконуються процедури, необхідні для того, щоб цей договір набрав чинності.

Порядок набрання чинності зазначається в самому договорі (в його прикінцевих положеннях). Договір може набирати чинності: а) після завершення процесу обміну ратифікаційними грамотами між учасниками; б) після здачі певної кількості ратифікаційних грамот державі-депозитарію¹; в) по закінченні певного терміну після обміну ратифікаційними документами або здачі ратифікаційних грамот державі-депозитарію; г) у термін, зазначений в самому договорі; ґ) з моменту підписання² (якщо договір не потребує ратифікації) і т.п.

¹ Депозитарій — держава, міжнародна організація або її головна виконавча посадова особа, якій дається на зберігання оригінал міжнародного договору і яка виконує стосовно цього договору функції, передбачені міжнародним договором.

² Підписання договору, за Законом України “Про міжнародні договори України”, — це стадія укладення міжнародного договору або форма надання Україною згоди на обов'язковість для неї міжнародного договору у випадках, передбачених міжнародним договором чи іншою домовленістю сторін.

Таким чином, міжнародний договір, підписаний і ратифікований Україною, може ще не мати чинності. В міжнародному приватному праві часто є важливим не тільки факт участі України у міжнародному договорі, але й факт набрання ним чинності для іншої держави (наприклад, держави, до якої належить іноземний учасник відносин).

При застосуванні міжнародних договорів слід враховувати також застереження, зроблені різними державами-учасниками, оскільки вони можуть суттєво змінювати зміст договору. Так, ст. 11 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980 р.) передбачає можливість укладення договорів в усній формі, однак Україна зробила застереження відповідно до статей 12 та 96 Конвенції про незастосування усної форми договору в тих випадках, коли принаймні одна із сторін має своє комерційне підприємство в Україні.

Норми, що містяться у міжнародному договорі, зберігають автономне положення у національному праві. У Законі України «Про міжнародні договори України» та у багатьох інших передбачається: якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлені інші правила, ніж ті, що записані у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору. Автономність також означає, що, по-перше, норми не можна самовільно, без згоди інших держав-учасників договору змінювати і, по-друге, їх тлумачення має бути однаковим.

Міжнародні договори України можна класифікувати за різними критеріями, зокрема:

1) за кількістю учасників

а) двосторонні (про правову допомогу, консульські конвенції, про торгово-економічне співробітництво, про міжнародні перевезення (транспорт), про захист інвестицій, про усунення подвійного оподаткування та ін.);

б) багатосторонні (універсальні — відкриті для всіх держав), наприклад Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980 р.), Всесвітня конвенція про авторське право (1952 р.), Конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень (1958 р.), Кон-

венція з питань цивільного процесу (1954 р.) та багато інших;

в) регіональні (відкриті для держав окремого регіону або економічної групи), наприклад угоди країн СНД про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності (1992 р.), і про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах з участю держав СНД (1993 р.) та ін.;

2) за суб'єктом їх укладення

а) укладені УРСР як однією з республік СРСР;

б) укладені СРСР і чинні для УРСР на основі правонаступництва;

в) укладені Україною як самостійною державою.

Чинність міжнародних договорів, укладених УРСР і СРСР, закріплено в Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. і Законом України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р. Наша країна підтвердила свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними УРСР до проголошення незалежності України, а також наступництво прав і обов'язків за міжнародними угодами СРСР, які не суперечать Конституції України та інтересам держави.

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 й 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;

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 допуску підрозділів збройних сил іноземних держав на територію України, умови їх тимчасового перебування, включаючи термін виведення, фінансово-економічні, екологічні та інші наслідки і компенсації;

г) про використання території та природних ресурсів України;

д) яким 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.

Міжнародні договори України, які не потребують ратифікації, якщо такі договори передбачають вимогу щодо їх затвердження або встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Президента чи 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 такі договори встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Кабінету Міністрів України або затверджуються Кабінетом Міністрів у формі постанов.

§ 4. Внутрішнє законодавство

На відміну від деяких іноземних держав, в Україні не існує єдиного кодифікаційного акта в галузі міжнародного приватного права, хоча вже підготовлено кілька проектів такого. Його норми «розкидані» по великій кількості за-

конів і підзаконних нормативних актів. Зокрема, деякі норми містяться в Конституції України. Скажімо, в 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 такими самими правами і свободами, як і громадяни України.

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

I. Нормативні акти, які повністю присвячені врегулюванню правовідносин з участю іноземного елемента, наприклад:

1) закони України: «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р.¹; «Про правовий статус іноземців» від 4 лютого 1994 р.²; «Про біженців» від 21 червня 2001 р.³; «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 р.⁴; «Про режим іноземного інвестування» від 19 березня 1996 р.⁵; «Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів» від 29 листопада 2001 р.⁶ та ін.;

2) підзаконні нормативні акти: Консульський статут України, затверджений Указом Президента України від 2 квітня 1994 р.; Правила в'їзду іноземців в Україну, виїзду та транзитного проїзду через її територію, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 29 грудня 1995 р., та ін.

II. Нормативні акти, в яких лише окремі розділи або статті призначені для врегулювання правовідносин з участю іноземного елемента, наприклад: Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 р.⁷ (статті 22, 24, 25); Закон України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 р.⁸; Кодекс законів про працю України (стат-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 29. — Ст. 377.

² Там само. — 1994. — № 23. — Ст. 161.

³ Там само. — 2001. — № 47. — Ст. 250.

⁴ Там само. — 1994. — № 25. — Ст. 198.

⁵ Там само. — 1996. — № 19. — Ст. 80.

⁶ Там само. — 2002. — № 10. — Ст. 76.

⁷ Там само. — 2001. — № 5—6. — Ст. 30.

⁸ Там само. — 2001. — № 13. — Ст. 65.

ті 8, 9); Сімейний кодекс України. Розділ VI «Застосування Сімейного кодексу України до іноземців та осіб без громадянства. Застосування законів іноземних держав і міжнародних договорів в Україні»; Кодекс торгового мореплавства України (статті 5, 6 — застосування іноземного законодавства, статті 13, 14 — колізійні норми).

§ 5. Правові звичаї

Звичаї — це правила, які склалися здавна, систематично застосовуються, але не набули форми закону, підзаконного акта чи міжнародного договору.

Правовим називають звичай, застосування якого санкціоноване нормами права. За порушення звичаєвих правил поведінки може наставати юридична відповідальність.

Види звичаїв: 1) міжнародні (головним чином міжнародні торгові звичаї); 2) внутрішньодержавні.

У Господарському процесуальному кодексі України (ст. 4, ч. 5) записано, що в разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї. У Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (ст. 28, ч. 4) йдеться про те, що «в усіх випадках третейський суд приймає рішення згідно з умовами угоди і з урахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди». У Кодексі торговельного мореплавства України (ст. 6) зазначено, що сторони при укладенні договору можуть використовувати звичаї торговельного мореплавства, якщо це не суперечить законодавству України.

Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (ст. 9) передбачає, що «сторони пов'язані будь-яким звичаєм, щодо якого вони домовилися, та практикою, яку вони встановили у своїх відносинах».

Міжнародні торгові звичаї — це звичаї, що склалися в міжнародній торгівлі і торговельному мореплавстві. Вони є обов'язковими у випадках, коли: 1) норми права безпосередньо відсилають до них; 2) сторони при укладенні договору посилаються на певний звичай.

Міжнародний правовий звичай застосовується у практиці певної держави, якщо вона прямо визнала його в нормативному чи дипломатичному акті. Так, у Положенні про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)¹ зазначено, що суб'єкти підприємницької діяльності при складанні тексту договору вправі використовувати відомі міжнародні звичаї, якщо це не заборонено законодавством.

Торгові звичаї відіграють значну роль в регулюванні міжнародного комерційного обороту. Враховуючи труднощі, що виникають в учасників такого обороту при встановленні змісту даних звичаїв (породжені їх неписаним характером), багато міжнародних організацій вивчають, узагальнюють і публікують своєрідні зводи звичаїв за певними групами питань. Деякі з цих публікацій одержують загальне визнання. Окрему групу складають публікації, підготовлені Міжнародною торговою палатою (Париж), у тому числі: Міжнародні правила інтерпретації комерційних термінів² (редакція 2000 року) — ІНКОТЕРМС; Уніфіковані правила по інкасо³ (редакція 1995 року); Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів (редакція 1993 року)⁴.

Іншу природу мають рекомендаційні документи, такі як: загальні умови (поставок, виконання робіт, надання послуг) і типові контракти, які розробляються як самими учасниками господарського обороту, так і міжнародними організаціями, що ставлять своїм завданням сприяти міжнародній торгівлі. Зокрема, вони розробляються Європейською економічною комісією ООН, Міжнародною федерацією інженерів-консультантів, Асоціацією з торгівлі зерном і кормами та ін. Ці документи підтверджують існування звичаїв, що склалися в тій чи іншій сфері комерційної діяльності

¹ Затверджене наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 6 вересня 2001 року.

² Санкціоновані Указом Президента України «Про застосування міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» від 4 жовтня 1994 р.

³ Санкціоновані Указом Президента України «Про заходи по упорядкуванню розрахунків за договорами, що укладаються суб'єктами підприємницької діяльності України» від 4 жовтня 1994 року.

⁴ Санкціоновані тим самим Указом.

(стосовно умов, що включаються в контракти, чи виконання сторонами своїх зобов'язань).

З огляду на те, що в міжнародному приватному праві міститься чимало колізійних правил, які є визнаними всіма чи більшістю країн і тому мають кваліфікуватися як засновані на міжнародному звичаї (наприклад, принципи, згідно з якими права на нерухоме майно визначаються за законом місця його знаходження; суб'єкти, які укладають угоду, можуть самі обрати право, що може бути застосовано до неї, та деякі ін.), дійсно мають звичаєве походження і можуть вважатися джерелом цього права.

§ 6. Судова та арбітражна практика

Під судовою та арбітражною практикою розуміють різновид юридичної практики, що полягає у правозастосовчій, інтерпретаційній і правотворчій діяльності судів та арбітражів і 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.

Особлива увага вивченню і використанню судової та арбітражної практики у правозастосовчій діяльності приділяється у країнах з англосаксонською системою права. Основним джерелом права там є судовий прецедент¹.

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

В Україні, як відомо, рішення окремих судів не використовуються як прецеденти і тому лише прецеденти зарубіжних країн, що визнають прецедентне право, можуть розглядатися як норми права.

¹ Прецедент (лат. praecedens) — той, що йде попереду. Випадок, який мав місце раніше і який 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).

Прецеденти бувають обов'язкові (binding precedents) та переконливі (persuasive precedents).

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

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

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

У літературі небезпідставно висловлюється думка, що 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 саме до цієї правової сім'ї як повноправного члена після завершення політико-правових реформ¹.

Щодо правових доктрин, то їх слід визнати витоками формування права — його джерелами. Доктринальні джерела — це опубліковані праці юристів, які дістали загального 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.

¹ *Погребняк С.* Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 4. — С. 92.

Довгий час доктрина відігравала суттєву роль у тлумаченні й застосуванні норм міжнародного приватного права — внаслідок нерозвиненості правового регулювання в цій галузі судові органи при розгляді конкретних справ часто зверталися до її положень¹.

Це твердження є слушним як стосовно міжнародного приватного права, так і вітчизняного законодавства. Ще за дореволюційних часів правники звертали увагу на те, що світова судова практика і наука особливо велике значення мають у нас з огляду, з одного боку, на незадовільність нашого торгового законодавства, а з іншого — через нерозробленість звичаєвого права². І в наш час важко не погодитися з цим висновком, маючи на увазі сучасне українське законодавство. За радянської влади юридична наука здебільшого обмежувалася лише роз'ясненням, тлумаченням, апологетикою радянського законодавства.

Практика законотворення останнього часу особливо яскраво свідчить про те, що неможливо створити окремий закон, а тим більше галузь чи цілу систему законодавства, яка б відповідала сучасним вимогам справедливості, без ґрунтовної наукової розробки її концепції. Законодавство має формуватися на підставі ретельно виважених і випробуваних у світовій практиці наукових висновків, що визнані джерелами права.

Протягом довгого часу доктрина була основним джерелом права в романо-германській правовій сім'ї. Саме в її університетах були головним чином відпрацьовані в період XIII—XIX сторіч основні принципи права. Для тих, хто зважає на реальність і має більш широкий і, з нашої точки зору, — пише відомий правник Рене Давид, — більш правильний погляд на право, доктрина в наші дні, так само як і в минулому, є дуже важливим і вельми життєвим джерелом права. Ця її роль виявляється в тому, що саме на доктринах створюються словники і правові поняття, якими користуються законодавці. Важлива роль доктрини в установленні

¹ *Кибенко Е. Р.* Международное частное право. — Харьков, 2003. — С. 28.

² *Федоров А. Ф.* Торговое право. — Одесса, 1911. — С. 124.

тих методів, з допомогою яких тлумачать права і закони. Додамо до цього вплив, який доктрина може чинити на самого законодавця, останній часто лише висловлює ті тенденції, що усталились у доктрині, і сприймає підготовлені нею пропозиції. І було б важко, не викривляючи дійсності, заперечувати за нею якість джерела права¹.

Отже, обґрунтованою треба вважати практику, яка існує в правових системах країн загального права, де можна посылатися в суді не тільки на норми закону, а й на праці відомих вчених-юристів. Ці праці розглядаються як визнані джерела права, якщо на них зроблені посилання в кількох судових рішеннях. Найчастіше це приватні кодифікації прецедентного права.

§ 7. Узгодження законодавств різних держав

У міжнародному приватному праві суттєве значення має узгодження норм, що містяться в нормативних актах різних держав, з метою досягнення однаковості в правовому врегулюванні правовідносин з участю іноземного елемента. Існують такі три підходи до узгодження.

1. Зближення законодавств, тобто визначення загальних програм, напрямів, етапів і способів зближення законодавств у певній сфері.

Прикладом односторонніх дій з метою зближення національного законодавства з іноземним є Закон України «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»² від 18 березня 2004 р., яким, як випливає з його назви, затверджена програма, що визначає адаптацію національного законодавства, створення відповідних інституцій та інших додаткових заходів, необхідних для ефективного правотворення та правозастосування як складової механізму набуття Україною членства в Європейському Союзі.

¹ Рене Давид, Камилла ЖофFRE–Спинози. Основные правовые системы современности. — М., 1998. — С. 106.

² Відомості Верховної Ради України. — 2004. — №. 29 — Ст. 367.

Відповідно до цієї програми, адаптація законодавства України є планомірним процесом, що включає кілька послідовних етапів, на кожному з яких повинен досягатися певний ступінь відповідності законодавства України *acquis communautaire*¹ Європейського Союзу.

На першому етапі необхідно забезпечити розробку глосарія термінів *acquis* для адекватності їхнього розуміння та уніфікованого застосування у процесі адаптації, а також розробити й запровадити єдині вимоги до перекладів актів *acquis* 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 стосовно перевірки проектів законів України та інших нормативно-правових актів на предмет їх відповідності *acquis* Європейського Союзу; створити 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.

Відповідно до зазначеного Закону, постановою Кабінету Міністрів «Про додаткові заходи з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 31 березня 2004 р. координація діяльності центральних органів виконавчої влади із забезпечення адаптації законодавства України до законодавства Євросоюзу покладена на Міністерство юстиції України. Останнє має забезпечити створення (в рамках загальнодержавної) інформаційної мережі з питань європейського права, бази перекладених на українську мову актів європейського права та розміщення її електронної версії на web-сторінці Центру європейського і порівняльного права.

2. Гармонізація законодавства, що полягає у запровадженні спільних правових принципів наукових концепцій.

¹ *Acquis communautaire* (*acquis*) — правова система Європейського Союзу, що включає акти його законодавства (але не обмежується ними), прийняті в рамках Європейського Співтовариства.

Гармонізація може здійснюватися в односторонньому порядку або на основі взаємності.

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

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

У міжнародному приватному праві уніфікація означає процес створення в різних державах одноманітних загальнообов'язкових правових норм для двох чи більше держав, а також забезпечення їх однозначного тлумачення і застосування. Мета уніфікації — усунути колізії, розбіжності між національними правовими актами, що перешкоджають розвитку відносин у міжнародному приватному праві.

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 (розділ VII цього МЦК містить норми міжнародного приватного права);

в) кодифіковані зводи міжнародних торговельних звичаїв.

У міжнародному приватному праві розрізняють уніфікацію в національному законодавстві (одностороння уніфікація) та в міжнародній сфері. У першому випадку, як правило, відбувається запозичення іноземного досвіду правотворення для досягнення схожості законодавства кількох держав.

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

Значною мірою сприяють уніфікації правових норм 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 змогу пристосовувати його положення до своїх потреб.

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

Міжнародна уніфікація правових норм, що регулюють правовідносини з участю іноземних елементів, а також розробка проектів відповідних міжнародних угод ведуться, зокрема, під егідою ООН. Провідна роль у забезпеченні цього процесу належить таким організаціям, як комісія ООН з прав міжнародної торгівлі (United National Commission On International Trade Law) — ЮНСІТРАЛІ, що функціонує з 1968 року. Завданням цієї комісії є сприяння узгодженню і 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.). Зазначеною комісією підготовлені Конвенція ООН про морське перевезення вантажів (прийнята 1978 р.), Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980 р.), Конвенція про міжнародні переказні векселі й 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 Ста-

тут конференції був прийнятий 1951 р. Відповідно до нього завданням Конференції є прогресивна уніфікація правил міжнародного приватного права. Серед документів, прийнятих конференцією, Конвенція з питань цивільного процесу (1954 р.), Конвенція про збір 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.).

Міжурядовою організацією, яка складає проекти уніфікованих документів, є Міжнародний інститут з уніфікації приватного права, створений 1926 року. Цим інститутом розроблені Європейська конвенція про зовнішньоторговий арбітраж (1961 р.), Конвенції про лізинг і факторинг (1988 р.), Принципи міжнародних комерційних договорів (1994 р.) та ін.

Міжнародні конвенції з уніфікації норм міжнародного приватного права в певній сфері правового регулювання розробляються, зокрема, Всесвітньою організацією інтелектуальної власності, Міжнародною морською організацією, Міжнародною організацією цивільної авіації та ін.

Неофіційну кодифікацію торгових звичаїв, чинних у міжнародному приватному праві, здійснює Міжнародна торгова палата. Вона, згідно із Статутом ООН, має консультативний статус, є міжнародною неурядовою організацією, створеною з метою організаційного, технічного та правового забезпечення міжнародного бізнесу. Результатом її діяльності стало видання збірника торгових звичаїв («Trade terms») та інших документів, зазначених вище (див. § 4). Вони покликані забезпечити відносну однаковість проведення платежів в міжнародних господарських відносинах.

ГЛАВА 3 Колізійні норми в міжнародному приватному праві

§ 1. Поняття та структура

«*Колізія*» — слово, яке походить від латинського *collisio*, що означає «зіткнення». Колізія права полягає у різниці змісту приватноправових законів країни суду та тієї держави, до якої належить іноземний елемент в даних правовідносинах. Іншими словами, правова колізія зумовлена двома причинами: наявністю іноземного елемента в приватноправових відносинах і різним змістом права різних держав, з якими ці відносини пов'язані.

Таким чином, перед судом виникає проблема вибору закону, яка вирішується з допомогою колізійної норми.

Однак колізійна норма сама по собі не дає відповіді на запитання про те, які права і обов'язки сторін виникають з даних правовідносин, вона лише вказує правовий закон, який можна застосувати до даних правовідносин. Саме в цьому полягає її особливість. Необхідно враховувати ще й те, що у випадку правовідносин з участю іноземного елемента колізують не окремі норми різних держав, а їхні правові системи. В іншому випадку норма відривається від правопорядку, до якого вона належить; «ця норма «інкорпорується» правовою системою держави, чий суд розглядає справу, і отримує тлумачення в аспекті сторонньої їй системи права. Таким чином, застосовується не «жива» норма права будь-якої держави, а норма, що по суті ніде не діє. Адже норма права, що відокремлена від складу правової системи, до якої вона належить, мертва і в будь-якому випадку значною мірою втрачає свій зміст»¹.

¹ Луц Л. А. Курс міжнародного частного права: В 3-х т. — М.: Спарк, 2002. — Т. 1. — 157 с.

Правові системи окремих держав можуть колізувати у питаннях, які пов'язані з колізіями як матеріального права (його вибору, кваліфікації, тлумачення), так і процесуального права (тобто, право якої держави повинно застосовуватися до процесуальних відносин, пов'язаних з розглядом справ з участю іноземного елемента та виконанням судових рішень, у тому числі держави, правозастосовчий орган якої компетентний розглядати справи такого роду).

Таким чином, основний зміст міжнародного приватного права зводиться до колізійної проблеми та її вирішення. Тому колізійні норми, з допомогою яких головним чином вирішується ця проблема, є центральним інститутом цієї правової галузі.

Колізійна норма — це норма, яка визначає, право якої держави повинно бути застосоване до даних правовідносин, «ускладнених» іноземним елементом.

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

Обсягом колізійної норми називається вказівка в ній на ті відносини, які потребують правового врегулювання, а прив'язкою — вказівка на закон (тобто правову систему, правопорядок), з допомогою якого і врегульовуватимуться зазначені відносини.

Звернімося до проекту¹ Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме до п. 1 ст. 48: *«Права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди (обсяг), визначаються за правом країни, в якій мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди (прив'язка)»*.

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

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

Отже, стаття 48 не встановлює прав та обов'язків учасників вказаних відносин, а відсилає до права держави, в якій мала місце дія.

¹ Проект підготовлений народними депутатами України В. Мусіякою, П. Рябікіним, О. Задорожнім, С. Осикою.

Таким чином, *обсяг* — це частина колізійної норми, яка вказує на коло приватноправових відносин міжнародного характеру, що підлягає правовій регламентації. Традиційно обсяг відповідає якомусь конкретному приватноправовому інституту, як то: спадкові відносини, договірні зобов'язання, деліктні зобов'язання, взяття шлюбу і т. ін.

§ 2. Класифікація колізійних норм

Класифікація колізійних норм пов'язана з особливістю колізійних прив'язок. Найбільш істотною є класифікація за *формою колізійної прив'язки*. За цим критерієм колізійні норми поділяються на односторонні та двосторонні.

Одностороння — це така норма, прив'язка якої прямо називає право держави, яке належить застосовувати, і найчастіше вказує на застосування права у своїй державі (українська колізійна норма вказує на застосування права України). Так, згідно зі ст. 52 проекту Закону України «Про міжнародне приватне право», форма і порядок укладання шлюбу в Україні визначається правом України.

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. У п. 2 ст. 37 Договору між Україною та Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах визначається: «правові стосунки у сфері успадкування нерухомого майна регулюються законодавством тієї Договірної Сторони, на території якої знаходиться це майно»¹. Таким чином, закріплюють-

¹ Україна в міжнародно-правових відносинах. Боротьба зі злочинністю та взаємна правова допомога (книга перша) / Збірник документів (українською і російською мовами). — К.: Юрінком, 1996. — С. 981—1019. Договір підписано 27 травня 1993 р. Ратифіковано Україною 4 лютого 1994 р., Республікою Польща — 17 серпня 1993 р. Обмін ратифікаційними грамотами відбувся у Варшаві 15 червня 1994 р.

ся можливість застосування або вітчизняного, або іноземного права.

Наступний критерій, який може бути покладений в основу класифікації колізійних норм — це *форма вираження волі законодавця* (або ступінь обов'язковості для сторін). За цим критерієм колізійні норми бувають: імперативні, диспозитивні й альтернативні.

Імперативні — це норми, які містять категоричні вказівки щодо вибору права і не можуть бути змінені за погодженням сторін. Прикладом імперативної колізійної норми може бути ч. 2 ст. 40 проекту Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме: «До захисту права власності та інших речових прав на нерухоме майно застосовується право держави, в якій це майно знаходиться. Щодо майна, внесеного до державного реєстру України, застосовується право України». Імперативною колізійною нормою також є ч. 1 ст. 14: «Особистим законом фізичної особи вважається право країни, громадянство якої вона має».

Диспозитивні — це норми, які, встановлюючи загальне правило про вибір права, залишають сторонам можливість відмовитися від нього і тим самим обрати застосовне право. Диспозитивність проявляється у таких формулюваннях, як «сторони можуть», «якщо інше не встановлено угодами сторін» та ін. Наприклад, ч. 1 ст. 33 Договору між Україною і Республікою Польща про правові відносини у цивільних і кримінальних справах передбачає, 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 обраному ними законодавству».

Перш ніж розглянути альтернативні колізійні норми, необхідно згадати і такий критерій, як *кількість прив'язок*, залежно від якого колізійні норми поділяються на однозначні та множинні. Під *однозначними* розуміються норми, що містять одну прив'язку. Можуть застосовуватися також норми, що мають дві, три і більше колізійних прив'язок (*множинні*), котрі, у свою чергу, можуть бути альтернативними чи кумулятивними.

Альтернативні норми розрізняються між собою залежно від характеру зв'язку між альтернативами. У простій альтернативній колізійній нормі всі альтернативні прив'язки рівнозначні — кожна з них може бути застосована. При цьому вибір однієї з прив'язок виключає подальше використання інших. Зазвичай вони з'єднуються сполучником «або». Прикладом такої колізійної норми слугує ч. 1 ст. 40 проекту Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме: «До захисту права власності та інших речових прав застосовується на вибір заявника право держави, в якій майно знаходиться, або право суду».

Складна альтернативна колізійна норма — це така норма, в якій альтернативні прив'язки супідрядні між собою. При цьому виокремлюються *основна* (генеральна) прив'язка, яка формулює загальне головне правило вибору права (призначене для першочергового застосування), і *субсидіарна*, — яка формулює ще одне або кілька правил і застосовується тоді, коли головне правило з будь-яких причин не було застосоване або виявилось недостатнім для вибору компетентного правопорядку. Наприклад, ч. 6 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» закріплює: «Форма зовнішньоекономічної угоди визначається правом місця її укладання. Угода, що була укладена за кордоном, не може бути визнана недійсною внаслідок недотримання форми, якщо дотримані вимоги законів України».

Кумулятивні — це такі норми, в яких до одних правовідносин застосовується одночасно кілька прив'язок. Причому застосування однієї з прив'язок не виключає подальшого використання іншої¹. Так, кумулятивна прив'язка використовується в ч. 3 ст. 3 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах, а саме: «Якщо дитину усиновляє подружжя, з якого один є громадянином однієї Договірної Сторони, а другий — іншої Договірної Сторони, повинні бути дотримані вимоги, передбачені законодавством обох Договірних Сторін».

¹ Кибенко Е. Р. Международное частное право: Учеб.-практ. пособие. — Харьков: Эспада, 2003. — С. 35.

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

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

ля в Каліфорнії повинна розглядатися як наявність тісного зв'язку саме з цим штатом. Звідси випливає, що треба застосовувати законодавство Каліфорнії¹.

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

Право, що застосовується на практиці, у ряді випадків визначається не тільки стосовно якої-небудь території, а й стосовно осіб (*інтерперсональне право*)² і часу (*інтертемпоральне право*).

§ 3. Основні формули прикріплення

Формули прикріплення є результатом узагальнення найпоширеніших двосторонніх колізійних прив'язок і визначення їх основних видів, які прийнято називати по-латині.

Розглянемо найбільш відомі формули прикріплення.

1. *Особистий закон фізичної особи (lex personalis)*, згідно з ним 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.

Необхідно зазначити, що сьогодні розширюється коло держав, які все частіше використовують так звану «змішану систему» особистого закону (тобто застосовуються обидва варіанти), що підвищує його ефективність.

¹ Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. — 5-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрист, 2004. — С. 93—94.

² У більшості сучасних розвинених держав Азії, Африки та Латинської Америки діє кодифіковане цивільне законодавство. Разом з цим у багатьох з них діють системи релігійного права (одна або кілька), норми яких дуже часто колізують як з нормами загальноцивільного законодавства, так і між собою.

Прикладом особистого закону фізичної особи може бути п. 1 ч. 2 ст. 23 Мінської конвенції 1993 року (ст. 26 Кишинівської конвенції 2002 року) «Про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах»: «Дієздатність фізичної особи визначається законодавством Договірної Сторони, громадянином якої є дана особа. Дієздатність особи без громадянства визначається за правом держави, в якій вона має постійне місце проживання»¹.

2. Закон «*національності*» юридичної особи (*lex societatis*) — використовується при вирішенні колізій законів, пов'язаних з правовим положенням 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.

а) Ознака (критерій) «*інкорпорації*» юридичної особи притаманна країнам англо-американської системи права (але відома і праву інших країн), практика яких вирішує питання особистого статусу юридичної особи *за законом місця реєстрації її статуту*.

б) На відміну від англо-американського права, практика країн континентальної Європи додержується ознаки «*осілості*» юридичної особи, а «осілість» звичайно визначається *за місцем знаходження адміністративного* (управлінського) *центру* юридичної особи.

в) У деяких країнах Близького Сходу «національність» юридичної особи визначається з урахуванням *основного місця фактичного здійснення діяльності юридичної особи*.

Щодо Мінської конвенції 1993 року, то у п. 3 ст. 23 записано: «Правоздатність юридичної особи визначається законодавством держави, за законами якої вона була заснована». Про це також свідчить п. 3 ст. 26 Кишинівської конвенції 2002 року.

¹ Україна в міжнародно-правових відносинах. Боротьба зі злочинністю та взаємна правова допомога (книга перша) / Збірник документів (українською і російською мовами). — К.: Юрінком, 1996. — С. 1049—1082.

3. Закон місця знаходження речі (*lex rei sitae*) — означає застосування права тієї держави, на території якої знаходиться річ, і застосовується щодо права власності та інших речових прав, а також у сфері спадкування.

Згідно з п. 2 ст. 45 Мінської конвенції 1993 року, «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 року та ст. 41 Кишинівської конвенції 2002 року).

4. Закон, обраний особою, яка здійснила правочин (*lex voluntatis*), — являє собою застосування права тієї держави, яку оберуть самі сторони. Дана формула прикріплення, яка ще має назву «*автономія волі*», прийнята в більшості країн. Як національне колізійне право, так і міжнародні договори виходять з того, що при вирішенні всіх колізійних питань у сфері договірних зобов'язань вирішальною є воля сторін.

Так, ч. 9 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» встановлює, що «права та обов'язки сторін зовнішньоекономічних договорів (контрактів) визначаються правом країни, обраним сторонами при укладанні договору або в результаті подальшого узгодження».

У проекті Закону України «Про міжнародне приватне право» принцип автономії волі знайшов своє відбиття у ст. 4:

«У випадках, передбачених законом, сторони (сторона) можуть здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин» (п. 1);

«Вибір права, згідно з п. 1 цієї статті, має бути явно вираженим або прямо впливати з умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, якщо інше не передбачено законом» (п. 2);

«Вибір права може бути зроблений як щодо правочину в цілому, так і щодо його окремих частин. Вибір права щодо окремих частин правочину повинен бути явно виражений» (п. 3);

«Вибір права сторонами не обмежується колом правопорядків країн, поміж яких можливий вибір, — якщо інше не встановлено законом» (п. 4);

«Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені сторонами в будь-який час, зокрема при вчиненні правочину, на різних стадіях його виникнення тощо. Вибір права або зміна раніше обраного права, які зроблені після вчинення правочину, мають зворотню силу і є дійсними з моменту його вчинення без порушення права третіх осіб» (п. 5).

5. Закон місця здійснення акту (*lex loci actus*) — означає застосування права тієї держави, на території якої був здійснений акт. Приватноправовий акт — це широке поняття, що охоплює різні приватноправові дії. Існує кілька варіантів закону місця здійснення акту, що зустрічаються найчастіше:

а) *закон місця укладення договору (*lex loci contractus*)* — означає застосування права держави, на території якої було укладено договір, та застосовується у сфері зобов'язального права. Відносно даної прив'язки існує проблема визначення місця здійснення договору, якщо він укладений між сторонами шляхом листування. Місце укладення договору по-різному трактується в праві різних країн. Наприклад, в англо-американському праві договір вважається укладеним в тому місці, звідки відправлений акцепт, в країнах Європи — де отриманий акцепт;

б) *закон місця виконання договору (*lex loci solutionis*)* — означає застосування права тієї держави, на території якої зобов'язання, що випливають з договору, підлягають виконанню;

в) *закон місця укладення шлюбу (*lex loci celebrationis*)* — застосовується в законодавстві деяких країн, що регулює сімейні відносини, і означає застосування права тієї держави, на території якої укладений шлюб;

г) *закон місця заподіяння шкоди (*lex loci delicti commissi*)* — означає застосування права тієї держави, на території якої була заподіяна шкода, і застосовується для регулювання деліктних зобов'язань. Принцип закону місця заподіяння шкоди виражений в п. 1 ст. 42 Мінської конвенції 1993 року: «зобов'язання про відшкодування шкоди, крім дій, що випливають 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».

6. **Закон країни продавця (*lex venditoris*)** — означає застосування права тієї держави, на території якої заснована, має місце проживання або основне місце діяльності сторона-продавець.

Закон країни продавця застосовується в дослівному його розумінні — до договору купівлі-продажу, а також в широкому розумінні — до інших приватноправових договорів.

7. **Закон найбільш тісного зв'язку (*proper law*)** — означає застосування права тієї держави, з якою правовідносини найбільш тісно пов'язані, й застосовується як в зобов'язальному праві, так і у сфері деліктів, шлюбно-сімейних, спадкових, трудових відносин.

8. **Закон суду, який вирішує спір (*lex fori*)**, — означає застосування права тієї держави, суд якої розглядає справу з участю іноземного елемента (суд застосовує своє національне право). Загальноприйнятою сферою застосування закону суду є міжнародний цивільний процес.

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

10. **Закон прапора (*lex flagi*)** — означає застосування права тієї країни, під прапором якої ходить судно, і застосовується у сфері торговельного мореплавства.

ГЛАВА 4 Застосування іноземного права

§ 1. Кваліфікація колізійної норми

Застосування певної правової норми неможливе без її тлумачення, тобто встановлення її змісту та ідентифікації з тими фактичними обставинами, в яких вона повинна бути застосована. Особливості тлумачення колізійних норм пояснюються вирішенням колізійної проблеми, тобто визначенням застосовного права (вибір 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), обхід закону і т. ін. «Вторинна» кваліфікація передбачає застосування норм обраного правопорядку і пов'язана з тлумаченням норм іноземного права, встановленням їхнього змісту, а також з обмеженням застосування іноземного права тощо.

Тлумачення колізійної норми передбачає кваліфікацію юридичних понять, які використовуються в самому формулюванні колізійної норми.

Проблема кваліфікації підлягає розгляду у двох основних напрямках: *кваліфікація понять обсягу* колізійної норми (до них належать «форма заповіту», «форма правочинів», «позовна давність» і т. ін.) та *кваліфікація понять, які складають її прив'язку* (такі юридичні поняття, як «місце укладення угоди», «закон місця вчинення правопорушення» тощо). Кваліфікація понять колізійної норми ускладнюється *«конфліктом кваліфікацій»*, що виникає через відмінності у визначенні одних і тих же 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, зовнішньоторговельна угода купівлі-продажу вчинена шляхом оферти, що надіслана з Парижу на адресу британської фірми до Лондону, а акцепт британської фірми надісланий з Лондону до Парижу. З точки зору французького права, правочин завершений у момент отримання акцепту в Парижі, який за французьким правом і є місцем укладення даного договору; з точки зору англійського права, угода завершена в момент відправлення акцепту з Лондона, отже, у даному випадку місцем укладення договору, з точки зору цього права, буде Лондон. Таким чином, французький суд може прийняти кваліфікацію поняття «місце укладення договору» за французьким правом, а англійський — за англійським правом¹.

Наявність однакових колізійних норм у праві різних держав не гарантує однаковий вибір права. Він залежатиме від того, за правовими поняттями якої держави буде тлумачитися колізійна норма на предмет співвідношення її з фактичними обставинами. Тому проблема конфлікту кваліфікацій має ще одну назву — «приховані колізії». Ілюстрацією цієї проблеми слугує приклад, що кваліфікується як поняття обсягу колізійної норми і 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 знаходилось у Росії. Російська нотаріальна контора відмовила йому у видачі свідоцтва на спадкування, посилаючись на наявність заповіту, відповідно до якого все майно померлої російської громадянки переходило до сина від першого шлюбу. Тоді вдовець 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 вступила в шлюб. Отже, суд повинен вибрати право, що

¹ Луниця Л. А. Курс міжнародного частого права: В 3-х т. — М: Спарк, 2002. — Т. 1. — С. 253.

підлягає застосуванню (російське чи англійське), і визначити дійсність заповіту. Дійсність заповіту оскаржена фактом вступу заповідача в шлюб, тобто фактичні обставини містять у собі і спадкові, і сімейні відносини. Яку колізійну норму застосовувати: норму, що передбачає вибір права за спадковими відносинами чи за сімейними? Перш ніж відповісти на це запитання, необхідно дати юридичну оцінку даним фактичним обставинам, тобто дати їм юридичну кваліфікацію, а саме: визначити, можливість скасування заповіту взяттям шлюбу належить до спадкового права чи до сімейного. Але дати «юридичну оцінку» чи дати «юридичну кваліфікацію» можна, як зазначалося, тільки на підставі права. І тут неминуче постає друге запитання, за правом якої держави таку кваліфікацію слід дати? Російське сімейне та 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 спадкоємними 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 складення заповіту чи акту»), буде застосоване російське право, відповідно до якого заповіт дійсний і чоловік за другим шлюбом не має права на спірне майно. Якщо кваліфікувати ті ж фактичні обставини за англійським правом, то спадкування за заповітом належить до наслідків взяття шлюбу, тобто до сімейних правовідносин. Тому для вибору права, що регулює спірні відносини, російський суд повинен звернутися до колізійних норм сімейного права. Відповідно до п. 1 ст. 161 СК РФ, взаємини між подружжям визначаються правом держави, на території якої подружжя має спільне місце проживання. Компетентним є англійське право, за яким заповіт є недійсним¹.

Отже, для того щоб застосувати колізійну норму і вибрати право, яке підлягає застосуванню, необхідно кваліфіку-

¹ Международное частное право: Учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева и др.; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003.

вати колізійну норму на предмет з'ясування змісту юридичних понять, з яких вона складається, і її співвідношення з фактичними обставинами, до яких вона повинна бути застосована.

Існує три можливі варіанти вирішення конфлікту кваліфікацій.

1. Кваліфікація *за законом суду (lege fori)*.

2. Кваліфікація *за іноземним законом (lege causae)*.

Проект Закону України «Про міжнародне приватне право» пропонує реалізовувати правову кваліфікацію юридичних понять тлумаченням згідно з правом країни суду, якщо інше не передбачено законом. Якщо юридичні поняття невідомі праву країни суду чи відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені тлумаченням за правом країни суду, то при їх правовій кваліфікації може також застосовуватися право іноземної країни.

3. Кваліфікація *за принципом «автономної кваліфікації»*.

У літературі міжнародного приватного права була висунута теорія «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, тому що стосується глибинних засад права різних держав.

§ 2. Зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни

Зворотне відсилання (*renvoi* першого ступеня) та відсилання до закону третьої країни (*renvoi* другого ступеня) — одна з найбільш складних проблем, що існують у міжнародному приватному праві.

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 позитивні, так і негативні.

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

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

Проблема зворотного відсилання з'явилася у доктрині міжнародного приватного права ще у 19 ст. і стала відомою світовій практиці (справа Форго 1878 року) під французьким терміном «renvoi». Цей приклад якнайкраще може проілюструвати проблему зворотного відсилання, суть якого полягає у 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 «доміциля походження», тобто до баварського права. Баварський закон, у свою чергу, містив колізійну норму, яка відсилала до закону «французького доміциля» (фактичного доміциля), тобто до французького закону. Французький суд прийняв зворотне відсилання і використав свій закон.

Проблема зворотного відсилання з'являється тому, що іноземне право, до якого відсилає вітчизняна колізійна норма, розглядається як іноземне право в цілому, включаючи і його колізійні норми, які відсилають назад до вітчизняного права.

Результатом прийняття відсилання є застосування матеріального права держави суду або третьої держави (в іншому випадку застосування не матеріального права, а правопорядку в цілому зводиться до того, що пошук застосовного права починається з початку).

Проект Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає прийняття зворотного відсилання при визначенні особистого та сімейного стану фізичної особи, а також приписує розглядати будь-яке відсилання до іноземного права як відсилання до матеріального, а не до колізійного права відповідної країни, якщо інше не встановлено законом (ст. 8).

§ 3. Обхід закону

Обхід закону (fraus omnia corrumpit) — це такі дії учасників відносин, за яких сторонами свідомо створюється прив'язка до іноземного права з метою уникнути використання до цих правовідносин примусового закону, якому вони підпорядковані (як правило, закону своєї країни).

Щодо наслідків обходу закону, то така штучна колізійна прив'язка до іноземного закону породжує недійсність відповідної угоди. Ця загальна доктрина вперше була опрацьована 1878 року на підставі рішення французького касаційного суду у справі Бофремон: громадянка Франції, для того щоб обійти існуючу тоді у Франції заборону розлучення, натуралізувалася в Німеччині, де домоглася судового розлучення і взяла новий шлюб. Цей шлюб був оголошений французьким судом недійсним; суд знайшов, що розірвання першого шлюбу було здійснено в обхід французької забороняючої норми. З цього рішення суд вивів, що у міжнародному приватному праві необхідно застосовувати принципи *fraus omnia corrumpit* (обхід закону породжує недійсність акту в цілому)¹.

У ст. 9 проекту Закону України «Про міжнародне приватне право» також знайшов своє відбиття вищенаведений принцип (щодо наслідків обходу закону).

Але не всі автори поділяють таку точку зору. Деякі вважають, що питання про обхід закону в міжнародному приватному праві є одним з випадків застосування застереження про публічний порядок. На думку відомого німецького колізіоніста Л. Раапе, публічний порядок дає змогу боротися з обходом закону, тобто його можна розглядати як конкретний захід щодо попередження обходу закону в окремих сферах правовідносин.

Інші автори зазначають, що наслідки обходу закону (ст. 9 проекту Закону України «Про міжнародне приватне право») суперечать загальним принципам правового регулювання, які склалися в міжнародному приватному праві, оскільки

¹ Луц А. А. Курс міжнародного приватного права: В 3-х т. — М.: Спарк, 2002. — Т. 1. — С. 293.

«штучна криміналізація» обходу закону, переведення його у статус протиправного суперечить самому змісту цього поняття — обхід закону являє собою легальне ухилення від його дії (а не його порушення)¹.

§ 4. Встановлення змісту та застосування іноземного права

Безпосереднє застосування іноземного права — це правозастосовчий процес, який здійснюється судом та іншими правозастосовчими органами (нотаріусами, органами державної виконавчої влади тощо) на підставі та в межах національного права згідно із загальноновизнаними принципами міжнародного права, такими як суверенна рівність держав, самовизначення, невтручання у внутрішні справи.

Юридичною підставою застосування іноземного права на території певної держави є колізійна норма. Суд не зобов'язаний заздалегідь знати зміст іноземного права, до якого відсилає вітчизняна колізійна норма. Але, якщо колізійне питання вирішене і застосуванню підлягає іноземне право, то суд повинен визначити зміст його норми. Першочергове завдання суду полягає в тому, щоб застосувати іноземне право так, як воно застосовується «у себе на батьківщині».

Орган певної держави, який застосовує норми іноземного права, встановлює їхній зміст відповідно до офіційних тлумачень, практики застосування та доктрини.

З метою встановлення змісту норм іноземного права суди та інші органи, які його застосовують, мають право звертатися за роз'ясненням до Міністерства юстиції України та до інших компетентних органів і установ в Україні й за кордоном або залучати експертів. Законодавець дозволяє особам, які беруть участь у справі, надавати документи, що підтверджують зміст відповідних норм іноземного права. Якщо зміст норм іноземного права, незважаючи на

¹ *Кибенко Е. Р.* Міжнародне приватне право: Навч.-практ. посібник. — Харків: Еспада, 2003. — С. 45.

вжиті заходи, не встановлений, застосовуються норми права України.

Необхідно зазначити, що ці положення були закріплені у ст. 7 проекту Закону України «Про міжнародне приватне право».

Значну роль у вирішенні проблеми встановлення змісту норм іноземного права відіграють договори про надання правової допомоги, які містять зобов'язання сторін здійснювати обмін інформацією з правових питань. Так, Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах, яка підписана державами СНД 1993 року, 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 року, Кишинівська конвенція 2002 року). Аналогічні положення містяться у двосторонніх угодах, однією стороною яких є Україна.

§ 5. Застереження про публічний порядок

Застереження про публічний порядок (*ordre public*; *public policy*; *Vorbehaltsklausel*) належить до числа загальних понять і є загальноприйнятим інститутом міжнародного приватного права.

Оскільки колізійна норма може обирати право будь-якої держави, а передбачити всі наслідки цього вибору неможливо, то з метою запобігання настанню можливих негативних наслідків і вживається застереження про публічний порядок. Таким чином, призначення застереження — обмежити дію колізійної норми, вилучивши застосування іноземного закону, — несумісне з публічним порядком країни суду. Воно закріплено в законодавстві багатьох держав, у міжнародних договорах і застосовується при визнанні й виконанні іноземних судових і арбітражних рішень.

Розрізняють *позитивне* й *негативне* застереження, які пов'язані зі становленням концепції публічного порядку.

Загальна позитивна концепція («франко-італійська») базується на сукупності матеріально-правових норм, які в силу 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 із спадкуванням нерухомого майна, з відповідальністю за умисне заподіяння шкоди, з суспільним станом особи (правове положення одружених жінок, усиновлених дітей та інших), 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 приводить до однакових наслідків, і в цьому розумінні обидві точки зору є ідентичними»¹.

Негативна концепція (її джерела звернені до германської доктрини) вбачає підстави для незастосування іноземної правової норми у властивостях самої норми, які роблять її такою, що вона не може бути застосована.

У судах західних держав застереження про публічний порядок багаторазово вживалося для обмеження дії радянських законів при невизнанні права власності радянської держави.

Негативне застереження про публічний порядок (хоча воно і значно поширене), як і позитивне, не має чіткого змісту. Категорія «публічного порядку» залишається невизначеною, тому на практиці виникають труднощі, пов'язані з її застосуванням.

¹ Луц А. А. Курс міжнародного приватного права: В 3-х т. — М.: Спарк, 2002. — Т. 1. — С. 288.

Майже повсюдно застереження про публічний порядок закріплюється в негативному варіанті, що визначено самим механізмом звернення до іноземного права на основі колізійних норм.

Нині негативна концепція публічного порядку має місце в деяких нормативних актах і включається до міжнародних договорів за участю України. Так, у ст. 291 Сімейного кодексу України вказано, що сімейне законодавство іноземних держав застосовується в Україні, якщо воно не суперечить основним засадам регулювання сімейних відносин, встановлених цим кодексом.

Негативне застереження про публічний порядок знайшло своє відображення і у проекті Закону України «Про міжнародне приватне право», у ст. 11 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.

§ 6. Правові режими в міжнародному приватному праві

Режим іноземців зазвичай визначають як сукупність прав і обов'язків іноземців на території даної держави. Під час встановлення окремого виду режиму проявляється ставлення країни до іноземців, які перебувають на даній території постійно або тимчасово.

Традиційно існує три режими для іноземців: національний, найбільшого сприяння та спеціальний. Але, як правило, в жодній країні не застосовують якогось одного режиму для іноземців, а зустрічаються вони в комбінації: в одній сфері — національний режим, а в іншій — спеціальний і т.п.

Правовий режим у міжнародному приватному праві показує, як держава ставиться до іноземних громадян або юридичних осіб, які мешкають на її території, — допускає

будь-яку дискримінацію, прирівнює цих громадян до своїх співвітчизників чи ні, обмежує їхні права або, навпаки, надає їм переваги.

Основні ознаки трьох вищеперерахованих правових режимів у міжнародному приватному праві такі.

Національний режим передбачає надання іноземним громадянам і юридичним особам такого ж режиму, що і вітчизняним громадянам і юридичним особам. Таким чином, держава прирівнює іноземців у тій чи іншій сфері до власних громадян. Іноземні громадяни та іноземні юридичні особи отримують такі самі права й переваги, що мають місцеві суб'єкти права.

Як правило, такий режим закріплюється у внутрішніх нормативних актах окремої країни. Він поширюється на господарську діяльність іноземних юридичних осіб, передбачає вільний доступ юридичних і фізичних осіб у суд для захисту своїх прав тощо.

Визначення загального правового статусу іноземців в Україні впливає із загальних принципів міжнародного права про права людини. Згідно з Конституцією України, іноземці та особи без громадянства користуються в Україні тими ж правами і несуть ті обов'язки, що і громадяни України, за деякими винятками. Це свідчить про те, що іноземцям надається національний режим.

Режим найбільшого сприяння передбачає надання іноземцям таких прав та/або встановлення таких обов'язків, які надані для громадян будь-якої третьої країни, які перебувають на території даної країни в найбільш вигідному у правовому відношенні становищі. Клаузула¹ про найбільше сприяння включається до міжнародних договорів на взаємній основі.

У силу цього принципу створюються найбільш сприятливі умови для фізичних і юридичних осіб окремої країни або групи країн. Таким чином, введення в торговий договір

¹ Клаузула (лат. clausula) — застереження про умови та обставини, за наявності яких зобов'язання за договором чи угодою підлягають виконанню, або про можливість відмови від їх виконання у разі суттєвих змін, обумовлених певними обставинами.

принципу найбільшого сприяння запобігає запровадженню дискримінаційних заходів.

Україна встановлює режим найбільшого сприяння переважно на основі взаємності, що призводить у кінцевому підсумку до дії або спеціального, або національного режиму.

Спеціальний режим полягає у наданні іноземцям у будь-якій сфері певних прав та/або встановленні для них певних обов'язків, які відрізняються від тих, що передбачені для власних громадян відповідної держави.

Спеціальний режим може нести як позитивний, так і негативний характер для іноземців. Вводиться спеціальний режим прийняттям відповідного нормативного акта, яким, як правило, передбачається механізм реалізації цього режиму.

§ 7. Взаємність і реторсія

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

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

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

Наука міжнародного приватного права виділяє два види взаємності:

— матеріальну, за якої фізичні та юридичні особи-іноземці мають ту суму прав і повноважень, що й у своїй державі, та

— формальну, за якої іноземцям надаються права і повноваження, які випливають із місцевого закону; іноземні

юридичні та фізичні особи можуть бути поставлені в рівне становище з місцевими за умови, що такий же підхід застосовується під час визначення статусу вітчизняних осіб у даній іноземній державі.

Досить часто взаємне надання фізичним і юридичним особам прав в однаковому обсязі неможливе в силу відмінності у правовому регулюванні. Тому в міжнародних угодах йдеться зазвичай про надання іноземцям на засадах взаємності національного режиму або режиму найбільшого сприяння. Закріплення того чи іншого режиму здійснюється за загальними принципами у нормах міжнародного договору.

На принципах взаємності в міжнародних відносинах іноді застосовуються реторсії¹ — заходи примусового впливу у відповідь на недружні дії іншої держави.

Метою реторсії є відміна обмежень, встановлених окремою державою, якщо ця держава вчинила заходів, що несуть необґрунтовану, в порядку дискримінації, шкоду інтересам іншої країни або її громадян.

Україна у разі встановлення обмежень дискримінаційного характеру щодо її громадян чи юридичних осіб іншою країною може провадити в порядку реторсії відповідні заходи стосовно громадян і юридичних осіб цієї країни.

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

- обмеження імпорту;
- підвищення митних зборів;
- введення режиму ліцензування та/або квотування зовнішньоекономічних операцій;
- введення індикативних цін у зовнішньоекономічній сфері тощо.

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

¹ Від пізньолат. *retorsio* – зворотна дія.

ГЛАВА 5 Суб'єкти міжнародного приватного права

§ 1. Фізичні особи

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

Серед суб'єктів міжнародного приватного права 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 міжнародного приватного права, з урахуванням особливостей їхнього правового становища відносять також біженців, осіб, яким надано політичний притулок та ін. Нормами міжнародного приватного права регулюються цивільні, сімейні, трудові, процесуальні права фізичних осіб, тобто дані 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 і обов'язків даного суб'єкта. **Правовий статус фізичних осіб як суб'єктів міжнародного приватного права** — це сукупність усіх належних їм прав, свобод та обов'язків. Особливість правового статусу фізичної особи полягає в тому, що, перебуваючи в іншій державі, вона підпорядковується 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, а також

— правопорядку держави перебування (тієї держави, на території якої фізична особа перебуває у конкретний момент).

Статус цих осіб визначається ще такими міжнародними угодами, як, 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 щодо прав і обов'язків фізичних осіб у конкретних правовідносинах.

Основоположними для визначення правового становища фізичних осіб є загальновизнані принципи й норми міжнародного права стосовно прав і обов'язків людини, що містяться у Загальній декларації прав людини (1946 р.), Міжнародному пакті про громадянські й 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).

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 року їм було надано статус *jus gentium*. За часів феодалізму правове становище іноземців характеризувалося повною незабезпеченістю прав, фактичним безправ'ям. Французька революція XVIII ст. змінила становище іноземців, проголосивши принципову рівність усіх перед законом та урівнявши іноземців у правах з власними громадянами. У XIX ст. розвиток міжнародної торгівлі, економічних і культурних зв'язків спонукав до суттєвого укріплення прав іноземців, надання їм цивільної правоздатності без укладення спеціальних міжнародних угод. Обмеження прав іноземців набули характеру спеціальних законів, виключень із загальних засад надання іноземцям національного режиму. Особливого значення у сфері прав іноземців набули реторсії: у випадку застосування іноземною державою будь-яких обмежень дискримінаційного характеру до нашої держави, наших громадян чи юридичних осіб Україною може бути у відповідь застосовано заходи обмежувального ха-

рактеру до такої іноземної держави, її громадян та юридичних осіб. Метою таких заходів є скасування дискримінаційних обмежень, що були введені іноземною державою, та нормалізація відносин між державами.

1.2. Поняття та колізійні питання громадянства

Поняття громадянства на міждержавному рівні врегульоване з допомогою багатьох нормативно-правових актів, серед яких: Конвенція, що регулює деякі питання, пов'язані з колізією законів про громадянство, від 12 квітня 1930 р. (Україна не бере участі), Конвенції про громадянство одруженої жінки від 20 лютого 1957 р. (набула чинності 11 серпня 1958 р., ратифікована Президією Верховної Ради СРСР 28 серпня 1957 р.), Про скорочення безгромадянства від 30 серпня 1961 р. (Україна не бере участі); Про скорочення випадків багатогромадянства та про військову повинність у випадках багатогромадянства від 6 травня 1963 р. (та протоколи до неї від 24 листопада 1977 р. і від 2 лютого 1993 р.), Щодо спрощеного порядку набуття громадянства громадянами держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав від 19 січня 1996 р., Європейська конвенція про громадянство від 6 листопада 1997 р. (укладена у м. Страсбург, діє щодо держав-членів Ради Європи) та 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.).

У наведених нормативних актах визначено поняття громадянства як правовий зв'язок між особою та державою¹. 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 громадян-

¹ Див., наприклад, ст. 2 Європейської конвенції про громадянство від 6 листопада 1997 р.

ства жодної держави, — тоді йдеться про особу без громадянства (апатрида). Кожна держава самостійно визначає належність особи до свого громадянства.

Відповідно до положень Закону України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 р., громадянством України також визнається правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках. Громадянином України називається особа, яка набула громадянство України в порядку, передбаченому законами України та міжнародними договорами України¹.

За змістом ст. 1 Закону України «Про громадянство України» фізичні особи за ознакою громадянства поділяються на громадян України, іноземних громадян (підданих), осіб з подвійним громадянством (біпатридів) та осіб без громадянства (апатридів).

В Україні визнані й закріплені у тексті вказаного Закону принципи, на яких базується 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 та припинення громадянства України фізичною особою внаслідок одруження чи припинення шлюбу або припинення громадянства України в зв'язку з такими обставинами другим з подружжя; 6) рівності перед законом громадян України незалежно від підстав, порядку і моменту набуття ними громадянства України; 7) збереження громадянства України незалежно від місця проживання громадянина України.

Одним із визначальних принципів законодавства України про громадянство є принцип єдиного громадянства. Громадянин України, що набув громадянство (підданство) іншої держави або держав, у правових відносинах з Україною визнається лише громадянином України; якщо ж іно-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 13. — Ст. 65.

земець набув громадянство України, то у правових відносинах з Україною він також визнається лише громадянином України. 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 також громадянство іншої держави; б) діти, які є громадянами України і усиновлені іноземцем, набувають громадянство усиновителя; в) громадянин України автоматично набув громадянство іншої держави внаслідок одруження з іноземцем; г) згідно із законодавством іншої держави її громадянство надано громадянину України автоматично без його добровільного волевиявлення і він не отримав добровільно документ, який би підтверджував наявність у нього громадянства іншої держави.

Відповідно до положень названих вище міжнародних конвенцій з питань громадянства, а також 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 зазначає О. Р. Кибенко, різноманітні колізійні питання (громадянство дітей, громадянство осіб при зміні їх сімейного 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 складає основну колізійну проблему у міжнародному приватному праві¹. Отже, подвійність громадянства виникає внаслідок колізій законодавства різних країн щодо набуття і втрати громадянства, міграційних процесів, реєстрації шлюбів з іноземцями тощо².

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 Ук-

¹ Див.: Кибенко Е. Р. *Международное частное право: Учеб.-практ. пособие.* — Харьков: Эспада, 2003. — С. 50—51.

² Детальніше див.: Фединак Г. С., Фединак Л. С. *Міжнародне приватне право: Підручник.* — 3-є вид., доп. і перероб. — К.: Атіка, 2003. — С. 103.

раїни» закріплений підхід щодо біпатридів, відповідно до якого така особа у правових відносинах з Україною визнається лише громадянином України. Однак складними проблемами, що виникають в міжнародному приватному праві й потребують свого вирішення стосовно біпатридів, є, наприклад, їх участь у приватизаційних процесах, реалізація ними права власності на землю, нерухоме майно, реалізація права на житло, освіту, виконання військового обов'язку¹ і т. ін.². Особливо відчутно проявляється це у випадку, коли біпатрид перебуває на території третьої країни, громадянином якої він не є. Тут виникає колізія з питання визначення особистого закону такої особи, що має бути застосований до вирішення тих чи інших питань. Норми, покликані вирішити цю колізію, вміщені у ст. 5 Конвенції, що регулює деякі питання, пов'язані з колізією законів про громадянство від 12 березня 1930 р., відповідно до якої встановлено: перебуваючи у третій державі, особа, що має громадянство більш як однієї держави, розглядається як така, що має лише одне громадянство. Громадянством такої особи визнається або громадянство країни, в якій ця особа звичайно та переважно мешкає, або ж громадянство країни, з якою вона (особа) найбільш тісно пов'язана, з урахуванням фактичних обставин³. Названа Конвенція не розкриває поняття «найбільш тісний зв'язок з державою», а, отже, воно належить до категорії оцінних. У кожному конкретному випадку правозастосовчий орган має оцінювати всю сукупність обставин, а доказами найбільш тісного зв'язку біпатрида з державою можуть бути, наприклад, виконання ним обов'язків, покладених нормативними актами, що

¹ 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 року, відповідно до якої військова повинність виконується лише щодо однієї з держав, громадянство яких має фізична особа.

² *Фединяк Г. С., Фединяк Л. С.* Зазнач. праця. — С. 103.

³ До речі, такий саме підхід застосовано і в проекті Закону України «Про міжнародне приватне право» № 2274 від 9 жовтня 2002 р., відповідно до ст. 14 якого за наявності в особи двох або більше громадянств її особистим законом вважається право країни, з якою особа має найбільш тісний зв'язок.

діють на території відповідної держави, виконання трудових функцій або ж перебування сім'ї на території держави тощо.

Однак, як уже зазначалося, Україна не є учасницею Конвенції, що регулює деякі питання, пов'язані з колізією законів про громадянство від 12 квітня 1930 р., а, отже, її норми не мають чинності на території України. У разі виникнення подібної ситуації, положення даної Конвенції можуть застосовуватися в Україні або за аналогією, або тоді, коли колізійна норма, що міститься у законодавстві України, відсилає до іноземного права, частиною якого саме і є названа Конвенція.

Окремо слід сказати ще про одну особливу категорію громадян, до якої належать вимушені переселенці. Вимушений переселенець — це громадянин, що має постійне місце проживання на території іноземної держави, але вимушений її покинути внаслідок обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознаками раси, віросповідання, національності, ставлення до релігії, громадянства (підданства), належності до певної соціальної групи або політичних переконань, який через це повернувся на територію держави свого громадянства та отримав тут притулок¹. Внутрішнє законодавство України, яким було б врегульовано статус вимушених переселенців, фактично відсутнє²; не є Україна і учасницею Угоди про допомогу біженцям і вимушеним переселенцям від 24 вересня 1993 р. (прийнята країнами СНД), наслідком чого є те, що дана категорія осіб-громадян України, що вимушені покинути державу свого постійного місця проживання та повернутися в Україну, перебуває у гіршому положенні аніж, скажімо, іноземці-біженці.

1.3. Іноземці за законодавством України

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 4 лютого 1994

¹ Кибенко Е. Р. Международное частное право: Учеб-практ. пособие. — Харьков: Эспада, 2003. — С. 60.

² Серед актів, що їх було прийнято під егідою Організації Об'єднаних Націй з питань захисту вимушених переселенців, можна назвати, наприклад, Резолюцію 1296 (2000), прийняту Радою Безпеки ООН на її 4130-му засіданні 19 квітня 2000 р.

року¹, 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 свого законодавства не вважає своїм громадянином². Отже, законодавство України до поняття «іноземець» відносить іноземних громадян (підданих) і не відносить осіб без громадянства.

Постановою Кабінету Міністрів України «Про Правила в'їзду іноземців та осіб без громадянства в Україну, їх виїзду з України і транзитного проїзду через її територію»³ № 1074 від 29 грудня 1995 р. затверджено відповідні Правила, якими визначається 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.

Приймати іноземців та осіб без громадянства в Україні можуть зареєстровані в установленому порядку українські, спільні чи іноземні підприємства, установи й організації (далі — організації), а також фізичні особи, які постійно проживають в Україні або тимчасово тут перебувають у зв'язку з навчанням, стажуванням тощо. Якщо іноземець або особа без громадянства прибули на запрошення однієї організації, інша організація за письмовим дозволом органу внутрішніх справ або Міністерства закордонних справ України (у разі реєстрації цим Міністерством паспортного документу іноземця або особи без громадянства) має право приймати іноземця або особу без громадянства в Україні по своїй лінії, при цьому вона виконує стосовно неї обов'язки і несе відповідальність згідно із зазначеними вище Правилами. Продовження терміну перебування в Україні іноземців та осіб без громадянства, що прибули на тривале пе-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 23. — Ст. 161.

² Слід сказати, що так само визначено ці поняття і в Законі України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 р.

³ Урядовий кур'єр. — 1996. — 18 січня.

ребування з метою навчання, працевлаштування, у приватних справах тощо, здійснюється органами внутрішніх справ у порядку, встановленому Міністерством внутрішніх справ України¹. Відповідні документи оформляються на підставі письмових звернень іноземця або особи без громадянства та приймаючої сторони, які подаються не пізніше як за три робочі дні до закінчення дії реєстрації.

Зазначеними Правилами встановлено, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні, зобов'язані мати паспортний документ — документ, що підтверджує громадянство іноземця або посвідчує особу без громадянства, виданий уповноваженим органом іноземної держави або статутною організацією Організації Об'єднаних Націй, дає право виїзду за кордон і визнаний Україною. Паспортний документ подається іноземцем чи особою без громадянства для реєстрації в пункті пропуску через державний кордон України². Реєстрація проводиться на

¹ Такий порядок встановлено Інструкцією про порядок розгляду питань стосовно продовження строку перебування в Україні іноземців і осіб без громадянства, що була затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 19 листопада 1999 р. № 887 (зареєстровано в Міністерстві юстиції України 6 грудня 1999 р. за № 837/4130) // Офіційний вісник України. — 1999. — № 49 (24 грудня).

² Порядок реєстрації паспортних документів іноземців було запроваджено Указом Президента України «Про додаткові заходи щодо реалізації права людини на свободу пересування і вільний вибір місця проживання» від 15 червня 2001 р. № 435/2001 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 25 (6 липня). Більш детально процедуру реєстрації встановлено Інструкцією про порядок реєстрації іноземців та їх паспортних документів у пунктах пропуску через державний кордон, що була затверджена наказом Державного комітету у справах охорони державного кордону України від 24 грудня 2001 р. № 773 (зареєстровано в Міністерстві юстиції України 8 січня 2002 р. за № 5/6293 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 2 (25 січня)). Так, реєстрація в пункті пропуску через державний кордон включає представлення в паспортному документі іноземця чи особи без громадянства відмітки «В'їзд» («Виїзд»), занесення відомостей про іноземця або особу без громадянства та їх паспортних даних до відповідного реєстру та заповнення імміграційної картки. Порядок заповнення імміграційної картки встановлено наказом Державного комітету у справах охорони державного кордону України від 25 липня 2001 р. № 440 (зареєстровано в Міністерстві юстиції України 9 серпня 2001 р. за № 687/5878 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 33. — 31 серпня).

період короткотермінового перебування — для іноземців та осіб без громадянства з країн з візовим порядком в'їзду на період дії візи, але не більш як на шість місяців, для іноземців та осіб без громадянства з країн з безвізовим порядком в'їзду — на 90 днів, якщо інший термін не визначено в міжнародних угодах. Подальша реєстрація іноземців, які на законних підставах тимчасово перебувають на території України, та їх паспортних документів в органах внутрішніх справ не провадиться. В окремих випадках іноземці та особи без громадянства можуть звільнитися від реєстрації паспортного документа на підставі відповідного міжнародного договору України на умовах взаємності¹. Слід зазначити, що паспортні документи деяких категорій іноземців реєструються у Міністерстві закордонних справ України та його представництвах. Відмітка про реєстрацію іноземця та особи без громадянства в його паспортному документі дійсна на всій території України незалежно від місця його проживання.

Залежно від мети та терміну перебування² на території України можна виділити кілька категорій іноземних гро-

¹ Звільняються від реєстрації паспортного документа глави держав і урядів зарубіжних країн, члени парламентських та урядових делегацій, які прибули в Україну на запрошення Президента України, Верховної Ради України чи Кабінету Міністрів України, Верховної Ради чи Уряду Автономної Республіки Крим, міністерств (відомств) України; співробітники, які прибули в Україну за посвідченнями ООН та організацій її системи; іноземці та особи без громадянства, які не досягли 18-річного віку; іноземні туристи, які здійснюють круїз; члени екіпажів іноземних військових кораблів (літаків), які прибули в Україну в установленому порядку; особи, які входять до складу екіпажів іноземних невійськових суден; особи, які входять до складу екіпажу цивільних повітряних суден міжнародних авіаліній, бригад поїздів міжнародного сполучення, у разі перебування в аеропортах чи на вокзалах (станціях), зазначених у розкладі руху.

² Як правильно зазначають Г. С. Фединяк та Л. С. Фединяк, вітчизняним законодавством не встановлено єдиних критеріїв, що їх слід застосовувати до визначення постійного чи тимчасового проживання іноземців в Україні. Детальніше див.: *Фединяк Г. С., Фединяк Л. С. Міжнародне приватне право: Підручник. – 3-є вид., доп. і перероб. — К.: Атіка, 2003. — С. 86—87.*

мадян та осіб без громадянства¹. **Іммігранти** — 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 Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», більш детально умови та порядок імміграції в Україну визначено Законом України «Про імміграцію» від 7 червня 2001 р.²

Вказаними нормативними актами встановлено, що іммігрувати в Україну можна на підставі відповідного дозволу, що видається за заявою особи, яка бажає іммігрувати в Україну в межах квоти імміграції³. Не надається дозвіл на імміграцію таким категоріям осіб:

¹ Слід зазначити, що окрему категорію іноземних громадян та осіб без громадянства складають закордонні українці. Відповідно до ст. 1 закону України «Про правовий статус закордонних українців» від 4 березня 2004 р. (Урядовий кур'єр. — 2004. — № 63 (3 квітня) закордонним українцем визнається особа, яка є громадянином іншої держави або особою без громадянства, а також має українське етнічне походження або є уродженцем України. Статус закордонного українця засвідчує посвідчення, що видається Міністерством закордонних справ або дипломатичною установою України за кордоном.

² Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 41. — Ст. 197.

³ 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 менш як 100 (сто) тисяч доларів США, зареєстровану у 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 прожили 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, що на сьогодні порядок встановлення квоти імміграції Кабінетом Міністрів України не визначено та рішення про встановлення таких квот ним не приймалося.

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 в установленому 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'я¹;

4) які в заявах про надання дозволу на імміграцію зазначили свідомо неправдиві відомості чи подали підроблені документи;

5) яким на підставі закону заборонено в'їзд на територію України;

6) в інших випадках, передбачених законами України.

Особа, яка постійно проживає за межами України і отримала дозвіл на імміграцію, в'їжджає на територію України на підставі імміграційної візи (яка є чинною протягом року з дня її оформлення). Така віза оформляється дипломатичним представництвом чи консульською установою України за зверненням такої особи. Законодавство України містить припис про те, що після прибуття іммігранта в Україну він повинен звернутися протягом п'яти робочих днів до спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань імміграції² за місцем проживання із

¹ Зазначений перелік затверджений наказом Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Переліку інфекційних хвороб, захворювання на які є підставою для відмови у наданні дозволу на імміграцію в Україну» від 19 жовтня 2001 р. № 415 (zareestrovaniy в Міністерстві юстиції України 5 листопада 2001 р. за № 932/6123) // Офіційний вісник України. — 2001. — № 45 (23 листопада).

² Таким органом, відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про утворення Державного департаменту у справах громадянства, імміграції та реєстрації фізичних осіб» від 14 червня 2002 р. № 844, є Державний департамент у справах громадянства, імміграції та реєстрації фізичних осіб, що входить до складу Міністерства внутрішніх справ України.

заявою про видачу йому посвідки на постійне проживання (до заяви додаються копія паспортного документа заявника із проставленою в ньому імміграційною візою та копія рішення про надання дозволу на імміграцію). Орган міграційної служби має протягом тижня з дня прийняття заяви видати іммігранту посвідку на постійне проживання. У випадках, зазначених у Законі України «Про імміграцію», дозвіл на імміграцію може бути скасований, а посвідка на постійне проживання вилучена і в такому разі особа (щодо якої прийняте це рішення) повинна виїхати з України протягом місяця з дня отримання копії рішення про скасування дозволу.

Після постійного проживання на території України протягом не менш як 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 терміну їх перебування. Як уже зазначалося, в'їзд таких осіб на територію України здійснюється на підставі оформлених належним чином в'їзних візових документів. Умови та порядок видачі візових документів іноземцям встановлено Правилами оформлення візових документів для в'їзду в Україну (затверджені постановою Кабінету Міністрів України «Про запровадження нового порядку оформлення візових документів для в'їзду в Україну» від 20 лютого 1999 р. № 227¹) та Інструкцією про порядок оформлення візових документів іноземцям та особам без громадянства для в'їзду в Україну (затвердженою наказом Міністерства закордонних справ України від 7 квітня 1999 р. № 63, зареєстрованою в Міністерстві юстиції України 9 квітня 1999 р. за № 223/3516)². Відповідно до названих нормативних актів віза має вигляд відмітки у паспортному документі, що засвідчує право іноземця або особи без громадянства на в'їзд в Україну і транзитний проїзд через її територію, що їх оформлюють дипломатичні представниц-

¹ Офіційний вісник України. — 1999. — № 8 (12 березня).

² Там само. — 1999. — № 15 (30 квітня).

тва та консульські установи України¹ на підставі візових анкет і доданих до них документів². Візи залежно від мети поїздки бувають (позначаються літерним і цифровим кодом): дипломатичні, службові, ділові, для працівників рятувальних служб, студентські, для науковців, для працівників засобів масової інформації, для представників релігійних місій, для представників гуманітарних місій, для в'їзду з метою культурного і спортивного обміну, для в'їзду з метою туризму, приватні, імміграційні, для обслуговуючого персоналу транспортних засобів міжнародного сполучення, транзитні. Окремі з названих категорій віз (наприклад, віза для науковців, туристична, студентська, транзитна тощо) не дають 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 бувають короткотермінові (до шести місяців) і довготермінові (від шести місяців та п'яти років). Візи можуть оформлятися як разові, дво- та багаторазові, колективні. У візовій етикетці (засвідчує факт видачі візи) зазначений термін, протягом якого іноземець або особа без громадянства може в'їхати і перебувати в Україні чи здійснити транзитний проїзд через її територію. У строк, вказаний у візі, іноземці зобов'язані залишити територію України.

Статтею 25 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» та п. 14 Правил оформлення візових документів визначено випадки, коли у візі може бути відмовлено, до яких, зокрема, належать: загроза інтересам безпеки держави або охорони громадського порядку, забезпеченню охорони здоров'я, захисту прав і законних

¹ Крім окремих категорій віз, які оформляє консульське управління Міністерства закордонних справ України.

² Засвідчує факт видачі візи візова етикетка — кольорова наклейка встановленого Кабінетом Міністрів України зразка, що 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, Дос 9303/2) та постанови Кабінету Міністрів України «Про порядок заповнення машинозчитуваної зони документів, що посвідчують особу» від 28 червня 1997 р. № 636 // Офіційний вісник України. — 1997. — Число 27. — С. 54.

інтересів громадян України, інших осіб, які проживають в Україні; подання у разі порушення іноземцем або особою без громадянства клопотання щодо оформлення візових документів свідомо неправдивих відомостей або підроблених документів; несплата консульського збору за автоматизовану обробку візової анкети чи за оформлення візи; відсутність страхового поліса встановленого законодавством України зразка; наявність фактів порушення законодавства України під час попереднього перебування на її території; невідповідність паспортного документа встановленому зразку; відсутність коштів на перебування в Україні; відсутність документів про обстеження на вірус імунодефіциту людини (у разі оформлення в'їзду в Україну на період понад три місяці); некоректна поведінка під час звернення до дипломатичного представництва чи консульської установи України щодо оформлення візи, вияв неповаги до України тощо. В оформленні візи може бути також відмовлено, якщо віддати попередньої відмови минуло менше одного року. У разі відмови у візі мотиви такого рішення заявникові можуть не пояснюватися, що є загальновизнаним підходом у міжнародній практиці.

Окремо слід звернути увагу на те, що на підставі статей 25, 31 і 32 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», а також пунктів 15 і 16 Правил оформлення візових документів візу може бути анульовано (причому анулювання може відбутися як під час проходження прикордонного контролю іноземцем, так і під час перебування іноземця або особи без громадянства на території України).

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

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про біженців» біженцем визнається особа, яка не є громадянином Украї-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 47. — Ст. 250.

² Там само. — 2002. — № 17. — Ст. 118.

ни і через цілком обґрунтовані побоювання 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 чи не бажає користуватися цим захистом через такі побоювання, або, не маючи громадянства (підданства) і перебуваючи за межами країни свого попереднього постійного проживання, не може чи не бажає повернутися до неї через зазначені побоювання.

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.

Якщо особи, які мають намір набути статусу біженця, перетнули державний кордон України в порядку, встановленому законодавством України, то вони повинні протягом п'яти робочих днів звернутися до відповідного органу міграційної служби із заявами про надання їм 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 і прийняття рішення про надання їм статусу біженця, органами міграційної служби видаються посвідчення біженця встановленого зразка. Такі посвідчення видаються строком на один рік, а продовжувати їхню дію біженець може під час перереєстрації в органах міграційної служби за місцем свого проживання.

Статтею 15 Закону України «Про біженців» передбачено випадки втрати й позбавлення статусу біженця. Так, статус біженця втрачається, якщо особа а) добровільно знову скористалася захистом країни громадянської належності (підданства); б) добровільно набула громадянство, яке мала раніше, або набула громадянство іншої держави і користується її захистом; в) добровільно повернулася до країни, яку вона залишила чи за межами якої перебувала через обґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань; г) як

особа без громадянства повернулася до країни свого попереднього постійного проживання, оскільки обставини, за яких було надано статус біженця, більше не існують; г) отримала притулок чи дозвіл на постійне проживання в іншій країні; д) 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 України в установлений строк, якщо вона не має інших законних підстав для перебування в Україні.

Окремо слід підкреслити, що розділом 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 про надання статусу біженця та осіб, яким вже надано статус біженця). Загальним правилом є надання біженцям національного правового режиму (тобто вони користуються такими 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

і особам без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому законом. На жаль, на сьогодні такого спеціального закону в Україні не прийнято, її внутрішнім законодавством це питання не врегульоване¹.

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

Дістати політичний притулок особа може, якщо вона переслідується за свою громадянсько-політичну діяльність й такі переслідування мають індивідуальний характер³.

1.4. Правоздатність іноземців в Україні

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

¹ Зазначимо лише, що Постановою Верховної Ради України «Про проект Закону України про порядок надання притулку в Україні іноземцям та особам без громадянства» від 29 листопада 2001 р. № 2841-III відповідний проект Закону України (поданий народними депутатами України Г. Й. Удовенком, Р. П. Безсмертним та С. М. Ларіним) було прийнято за основу (тобто проект Закону пройшов перше читання).

² Окрім названої Декларації приписи щодо отримання притулку містяться також у Рекомендації ООН № 817 (1977) про право на притулок від 30 грудня 1977 р.

³ Детальніше див.: *Кибенко Е. Р.* Международное частное право: Учеб.-практ. пособие. — Харьков: Эспада, 2003. — С. 61.

раїни. Іноземцям і особам без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому законом.

Аналогічні норми закріплено у ст. 2 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», ч. 1 ст. 423 та ст. 424 Цивільного процесуального кодексу України, статтями 24, 25 і 26 Цивільного кодексу України, ст. 275 Сімейного кодексу України.

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

Законодавством України можуть встановлюватися загальні виключення щодо правоздатності іноземців:

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

б) іноземці не можуть обирати й бути обраними до органів державної влади та 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 вказаного 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 вказаного Закону). Так, наприклад, іноземець не може бути засновником фермерського

господарства, оскільки, згідно зі ст. 5 Закону України «Про фермерське господарство»¹, таким правом наділені лише громадяни України; також тільки громадянина України може бути призначено на посаду судді (ст. 7 Закону України «Про статус суддів»²) тощо.

г) на іноземців не поширюється загальний військовий обов'язок, вони не проходять військову службу у 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, згідно із Законом України «Про правовий статус 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) і на освіту (ст. 14). На відміну від цього, іноземцям, які тимчасово перебувають на території України, медична допомога надається у порядку, встановленому постановою Кабінету Міністрів України «Про надання медичної допомоги іноземним громадянам» від 17 вересня 1996 р. № 1146³, де записано, що надання медичної допомоги іноземним громадянам, крім тих, які працюють у посольствах і консульствах іноземних держав, здійснюється за плату, якщо інше не передбачено законодавством.

Питання освіти вказаних осіб вирішуються за постановою Кабінету Міністрів України «Про навчання іноземних громадян в Україні» від 26 лютого 1993 р. № 136. Навчання іноземців, які не мають постійного місця проживання на території України, є платним, якщо інше не встановлено міжнародними угодами України. По-різному вирішуються також питання щодо здійснення підприємницької та інвестиційної діяльності іммігрантами та особами, які тимчасово перебувають в Україні. Окрім того, як уже зазначалося,

¹ Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 45. — Ст. 363.

² Там само. — 1993. — № 8. — Ст. 57.

³ Урядовий кур'єр. — 1996. — 26 вересня.

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 і обов'язків іноземців застосовується переважно не національний режим, а режим найбільшого сприяння.

Слід зазначити, що у проекті Закону України «Про міжнародне приватне право» від 9 жовтня 2002 р. № 2274 передбачено нову для нашого законодавства колізійну норму, згідно з якою виникнення та припинення правоздатності фізичної особи визначається за її особистим законом (ч. 1 ст. 15).

Особистим законом іноземця вважається:

щодо іноземного громадянина — право країни, громадянство якої він має;

щодо особи без громадянства — право країни, в якій ця особа має постійне місце проживання, а за його відсутності — звичайне місцеперебування;

щодо особи, яка має два й більше громадянств (біпатрида) — право країни, з якою особа має найбільш тісний зв'язок;

щодо біженця — право країни, в якій він має звичайне місцеперебування¹.

1.5. Дієздатність іноземців в Україні

Колізії щодо дієздатності фізичної особи виникають у зв'язку з тим, що законодавства окремих держав по-різному вирішують питання її настання та обмеження, тобто встановлюють різний вік, з якого настає повна дієздатність, різні умови, підстави та обсяг її обмеження тощо. Так, повна цивільна дієздатність фізичної особи за законодавством Німеччини та Великої Британії настає з 18 років, у Швейцарії та Японії — з 20 років, в Аргентині — з 22 років. Водночас законодавством багатьох держав передбачено обставини, за

¹ Відповідно до проекту Закону «Про міжнародне приватне право» від 9 жовтня 2002 р. № 2274, звичайним місцем перебування фізичної особи є країна, в якій вона певний час перебуває, навіть якщо з самого початку цей час був обмежений.

яких вік повної дієздатності може бути знижений (наприклад, реєстрація шлюбу). Стосовно обмеження дієздатності повнолітніх можуть також 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 місця їх проживання. У державах «сім'ї загального права» застосовується закон доміцеля (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, згідно зі ст. 7 Ввідного закону до німецького Цивільного зводу, іноземець, який 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. Даний принцип з деякими застереженнями закріплено і в Цивільному кодексі 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 визнаний 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.

Відповідно до проекту Закону України «Про міжнародне приватне право» від 9 жовтня 2002 р. № 2274, дієздатність

фізичної особи визначається за її особистим законом. Проте, якщо інше не передбачено законом, дієздатність фізичної особи щодо правочинів і зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди, може визначатися також за правом країни місця вчинення правочинів або виникнення зобов'язань у зв'язку із завданням шкоди (п. 1 ст. 16).

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

Визнання іноземця недієздатним чи обмежено дієздатним. Загальноприйнятим у більшості країн є положення, за 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 є різними.

У Цивільному кодексі Української РСР 1963 року було закріплено саме таку колізійну норму — визнання іноземця недієздатним чи обмежено дієздатним здійснювалося за законом держави його постійного місця проживання (ч. 3 ст. 566-1). Проект Закону України «Про міжнародне приватне право» від 9 жовтня 2002 р. № 2274 містить дещо іншу норму. Згідно з проектом підстави та правові наслідки визнання фізичної особи недієздатною або такою, дієздатність якої є обмеженою, регулюються особистим законом цієї особи (п. 2 ст. 16).

Угодами України про правову допомогу¹ дане питання вирішується так. У справах про визнання особи недієздатною або про обмеження в дієздатності компетентним вважається суд тієї держави, громадянином якої є особа, що має бути обмежена в дієздатності або визнана недієздатною.

¹ Див., наприклад, Конвенцію СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах (1993 р.), Договір між Україною і республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах (1993 р.) та ін.

При цьому суд застосовує своє національне законодавство, тобто діє закон суду — закон держави громадянства.

Якщо суд держави, де іноземець має місце проживання, встановить, що існують 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 справи 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 в дієздатності або визнанні недієздатною передбачені також законодавством держави громадянства іноземця. Рішення про обмеження в дієздатності або про визнання недієздатною пересилається відповідному суду держави, громадянином якої є іноземець.

Визнання іноземця безвісно відсутнім чи оголошення його померлим. Чинний Цивільний кодекс України не містить колізійних норм щодо визнання іноземця безвісно відсутнім чи оголошення його померлим. Виходячи зі змісту статей 43 і 46 Цивільного кодексу України та принципу надання іноземцям національного режиму, тільки іноземці, які постійно проживають на території України (іммігранти), можуть бути визнані в Україні безвісно відсутніми чи оголошені померлими.

Угодами України про правову допомогу, насамперед двосторонніми, більш детально регламентується порядок і наслідки визнання іноземців безвісно відсутніми чи оголошення їх померлими. У справах про визнання особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою компетентним є суд держави, громадянином якої була ця 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 оснований на її законодавстві. При цьому кожен суд у даному випадку застосовуватиме своє національне законодавство.

Згідно зі ст. 18 проекту Закону України «Про міжнародне приватне право» від 9 жовтня 2002 р. № 2274 підстави та наслідки визнання фізичної особи безвісно відсутньою або

оголошення її такою, що померла, регулюються останнім з відомих особистих законів особи, яка зникла.

Спеціальні закони, що регулюють порядок і наслідки визнання фізичної особи безвісно відсутньою та оголошення її померлою, прийняті у Німеччині, Австрії, Італії та деяких інших державах. Разом з тим праву окремих держав (наприклад, Франції) невідомий інститут визнання безвісно відсутньої особи померлою. У таких країнах можливе лише оголошення особи безвісно відсутньою у порядку судової ухвали, що має обмежені майнові наслідки (тимчасове введення у володіння «спадковим майном»), але не розірвання шлюбу безвісно відсутнього. Праву Великобританії та США взагалі невідомий інститут безвісної відсутності: можливим є лише встановлення для даної конкретної справи презумпції факту смерті особи, щодо якої не було відомостей протягом семи років¹. Вказані суттєві відмінності в матеріальному праві окремих держав можуть стати підґрунтям для виникнення такого небажаного у правовому регулюванні явища, як «кульгаючі» правовідносини (особа буде визнана померлою за правом однієї держави, а за правом іншої вона вважатиметься живою).

1.6. 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 врегульований Конституцією України, а більш детально — Законом України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» від 21 січня 1994 р.²

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:

¹ Луц Л. А. Курс міжнародного частного права: В 3-х т. — М.: Спарк, 2002. — Т. 1. — С. 360.

² Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 18. — Ст. 101.

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, — у 16 років);

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

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 йому дипломатичними представництвами чи консульськими установами України за кордоном видається 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. Згідно із ст. 6 Закону, громадянинові України може бути тимчасово відмовлено у видачі паспорта у випадках, якщо: 1) він обізнаний з відомостями, які становлять державну таємницю, — до закінчення терміну, встановленого законодавством; 2) діють нерегульовані аліментні, договірні чи інші невиконані зобов'язання — до виконання зобов'язань, або до розв'язання спору за погодженням сторін у передбачених законом випадках, або до забезпечення зобов'язань заставою, якщо інше не передбачено міжнародним договором України; 3) проти нього порушено кримінальну справу — до закінчення провадження у справі; 4) він засуджений за вчинення злочину — до відбуття покарання або до звільнення від покарання; 5) він ухиляється від виконання зобов'язань, покладених на нього судовим рішенням, — до виконання зобов'язань; 6) він свідомо сповістив про себе неправдиві відомості — до з'ясування причин і наслідків подання неправдивих відомостей; 7) він підлягає призову на строкову військову службу — до вирішення питання про відстрочку від призову; 8) щодо нього подано цивільний позов до суду — до закінчення провадження у справі; 9) він за вироком суду

визнаний особливо небезпечним рецидивістом чи перебуває під адміністративним наглядом міліції — до погашення (зняття) судимості чи припинення нагляду. Однак, як свідчить практика, перевірки не завжди дозволяють виявити наявність вказаних обставин.

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

Правовий статус громадян України за кордоном визначається насамперед законодавством держави їх перебування, а також нормами міжнародних угод, міжнародними звичаями та загальними принципами міжнародного права. 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. Даний принцип відображений і в Консульському статуті України, затвердженому Указом Президента України «Про Консульський статут України» від 2 квітня 1994 р., згідно з яким захист громадян України, що перебувають за кордоном, здійснюється через консульські установи.

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

Для виконання цього обов'язку консул веде облік громадян України, які постійно проживають або тимчасово перебувають у його консульському окрузі (ст. 22 Консульського статуту України); інформує громадян України, які тимчасово перебувають в його окрузі, про законодавство держави перебування, а також про місцеві звичаї (ст. 25); має право без окремого доручення представляти в установах держави

перебування громадян України, якщо вони є відсутніми і не доручили ведення справ якійсь особі або не можуть захищати свої інтереси з інших причин, доки особи, яких представляють, не призначають своїх уповноважених або не візьмуть на себе захист своїх прав та інтересів (ст. 26).

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

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 недопустимим. Проте залишається можливим застосування до громадян України реторсії з боку держави перебування.

§ 2. Юридичні особи

2.1. Поняття юридичної особи.

Класифікація юридичних осіб в міжнародному приватному праві

Інтернаціоналізація суспільного життя позначається активною співпрацею суб'єктів господарювання, органів місцевого самоврядування, профспілок, громадських організацій різних країн. Зазначені соціальні організації створюються та реєструються у передбаченому законом порядку, наділяються цивільною правоздатністю та дієздатністю, можуть виступати позивачами та відповідачами в суді. Українське законодавство, як і законодавство деяких інших держав, визначає, що такі соціальні утворення наділяються статусом юридичної особи (ст. 80 Цивільного кодексу

України). Але в переважній більшості іноземних країн при чіткому та розвинутому регулюванні порядку створення та діяльності окремих соціальних утворень (корпорацій, установ, громадських об'єднань тощо) узагальнюючий інститут юридичної особи або взагалі не визначається¹, або формулюється досить лаконічно. У літературі як приклад наводяться більш-менш розгорнуті визначення юридичної особи, що містяться у Цивільних кодексах країн Латинської Америки. У Цивільному кодексі Чилі так сформульовано це поняття: юридичною особою є особа фіктивна, здатна здійснювати права, нести цивільні обов'язки і вступати у правові та неправові відносини².

Українське законодавство успадкувало визначення поняття юридичної особи, сформульоване в радянський період. За згаданою вже ст. 80 Цивільного кодексу юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку.

Юридична особа наділяється цивільною правоздатністю та дієздатністю, може бути позивачем і відповідачем в суді.

На нашу думку, тут допущена неточність. Наділяється правосуб'єктністю організація. Проявом цього і є надання організації прав юридичної особи. Поняття юридичної особи, уявляється, слід визначати як правовий статус, правосуб'єктність — можливість мати і набувати права і обов'язки умовним суб'єктом права, тобто організацією, права якої охороняються, як і права людини.

Статус юридичної особи можуть набувати будь-які організаційні утворення, якщо вони мають відокремлене майно, інші майнові й особисті немайнові права, можуть бути позивачами та відповідачами в суді, арбітражі, третейському суді.

Термін «юридична особа» дістав визнання лише на початку ХІХ століття, до цього поширеними були назви «мо-

¹ У Цивільному кодексі Франції до 1978 року не було навіть самого терміну «юридична особа», а в Цивільному кодексі Італії 1942 року наводиться лише класифікація юридичних осіб, у новій кодифікації Цивільного кодексу Нідерландів також перераховані лише організаційно-правові форми суб'єктів, які наділяються статусом юридичної особи.

² Кулагин М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада. — М., 1992. — С. 38.

ральна особа», «містична особа» тощо. Вельми стійким виявилось поняття «фіктивна особа», що стало потім підставою для створення однойменної теорії. Фікційна теорія як перша наукова спроба осмислити юридичну природу суспільних утворень, що виступають у майновому обороті як суб'єкти прав і обов'язків, знайшла розвиток у працях Савіньї, який, визначаючи правоздатність людини, дійшов висновку, що юридичні особи — це штучні суб'єкти, фікції. Таким чином, існування фіктивних осіб — існування чисто юридичне. Юридична особа — утворення закону. Подальшим розвитком фікційної теорії стала теорія цільового майна Бринця, який звернув увагу на мету, для досягнення якої було створене та існує поняття «юридична особа».

Теоретичні проблеми правового статусу юридичних осіб і законодавчого регулювання їх діяльності залишаються актуальними і в наш час, наукою та практикою пропонуються нові підходи, зумовлені розвитком суспільних відносин¹.

У країнах з розвинутою ринковою економікою протягом багатьох десятиріч напрацьовувалися методи організаційно-правового оформлення та регулювання діяльності юридичних осіб, що привело до створення нормативної бази, яка забезпечує ефективне функціонування останніх. Різноманітність класифікацій юридичних осіб зумовлена особливостями правових систем і критеріями класифікації.

Як і в українському законодавстві (ч. 2 ст. 81 Цивільного кодексу України), за підставами виникнення виокремлюються юридичні особи публічного права та юридичні особи приватного права. Якщо підставою створення юридичної особи публічного права є публічноправовий акт (закон чи адміністративно-правовий акт), то для юридичної особи приватного права такою підставою є акт приватноправового характеру. Особливістю деяких юридичних осіб публічного права є наявність владних повноважень, до них належать різноманітні державні установи та територіальні одиниці.

¹ Див.: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Юридичні особи: підсумки та перспективи кодифікації і вдосконалення законодавства», 1—2 липня 1998 р., м. Москва // Журнал Російського права. — 1998. — № 10/11. — С. 3—70.

Наприклад, юридичними особами публічного права у Франції є департаменти та громади, у Німеччині — землі, в Італії — провінції та комуни. До цієї категорії належать організації культури, просвіти, науки, охорони здоров'я, торгіві та промислові палати тощо.

Переважну кількість юридичних осіб приватного права становлять суб'єкти господарювання, які можна поділити на одноосібні та колективні. Перші зазвичай є власністю однієї особи або сімейства і несуть відповідальність усім майном підприємства та всім особистим майном. Фірмове найменування одноосібного підприємства, як правило, збігається з іменем і прізвисьцем його власника. У Німеччині одноосібне підприємство має назву Einzelunternehmen, Einzelfirma, у Франції — Entreprise individuelle, у Великій Британії — Ownership, у США — Individual proprietorship. Форму одноосібних підприємств за кордоном здебільшого мають дрібні та середні підприємства, хоча трапляються і гіганти сімейного типу, наприклад фінансова група Юнсонів у Швеції¹.

Але найбільш поширені колективні суб'єкти, об'єднання підприємців, що в Україні (ч. 1 ст. 81 ЦК України) та інших європейських державах поділяють на «об'єднання осіб» та «об'єднання капіталів». Основою об'єднань осіб є особистий довірчий характер взаємовідносин їх учасників, а об'єднання капіталів базуються лише на майнових зв'язках, і не передбачають обов'язкової особистої діяльності. «Об'єднання осіб» і «об'єднання капіталів» розрізняються за типом відповідальності їх учасників за зобов'язаннями підприємства. Якщо всі учасники (або кілька з них) відповідають за зобов'язаннями підприємства всім належним майном, йдеться про товариства або партнерства (Partnership); коли відповідальність учасників обмежена лише їх майновими вкладками, — це корпорація (Corporation). Тому для іноземних юристів не завжди зрозумілим є термінологія законодавства України, оскільки згідно із Цивільним і Господарським кодексами України товариствами вважаються

¹ Косякова Н. И. Юридические лица в российском и зарубежном праве: сравнительный анализ // Право и политика. — № 4. — 2000. — С. 14—19.

суб'єкти господарювання як з необмеженою (повні та командитні товариства), так і з обмеженою (акціонерні товариства та товариства з обмеженою відповідальністю) відповідальністю. У російському цивільному законодавстві таку розбіжність подолали виокремленням «полных и командитных товариществ» та «акционерных обществ, обществ с ограниченной ответственностью».

Щодо товариств, то в зарубіжному праві слід розрізнити товариства, створені за Common law (британська правова модель) і за цивільним правом (правова модель континентальної Європи). Британське Common law ігнорує самостійну природу товариства, не кажучи про надання йому статусу юридичної особи. За судовою практикою Великої Британії, учасник товариства не може заборгувати товариству, оскільки «людина не може бути нічого винна сама собі», — таке формулювання містилося в одному з хрестоматійних рішень суду. Отже, товариство та його учасники не розрізняються. Закон «Про товариства» 1890 р. (*Partnership Act*), на основі якого здійснюється регулювання у країнах, що сприйняли англійську модель, визначає товариство як «відносини, що виникли між особами, які спільно господарюють з метою отримання прибутку». Досить часто товариство вважається видом договору, оскільки в його основі лежить письмова угода учасників. Кожен з учасників товариства є агентом і одночасно принципалом (довірителем) по відношенню до інших учасників. Як агент він діє від імені всіх інших учасників у межах тих видів діяльності, заради яких створювалося товариство, а як принципал — відповідає за діяльність усіх інших учасників, за все, що вони здійснили в межах зазначених видів діяльності. Отже, в англійській моделі товариство не тільки не є юридичною особою, а й не має самостійної правоздатності, яка б відрізнялася від правоздатності його учасників. Тому товариство в даному випадку слід розглядати як відносини між двома чи більше особами, а не як організацію, що створена цими особами й незалежна від них.

Правова модель товариства в континентальній Європі принципово відрізняється від британської. По-перше, європейські правові системи засновані на розрізненні цивільно-

го та торгового права, тому виокремлюються відповідно цивільні (наприклад, товариство мешканців будинку, фермерів) і торгові (метою яких є отримання прибутку) товариства. По-друге, за законодавством більшості європейських країн, товариство є юридичною особою (§ 105 Німецького торгового уложення; статті 20, 21 і 22 Французького торгового кодексу; статті 75 і 85 Торгового кодексу Іспанії). Відповідальність учасників товариства є необмеженою і солідарною.

Правовий статус командитних товариств за кордоном подібний до передбаченого ст. 133 Цивільного кодексу України. Командитні товариства складаються з двох груп учасників: із тих, які здійснюють від імені товариства підприємницьку діяльність і солідарно несуть відповідальність за зобов'язаннями товариства всім своїм майном (повні учасники), та тих, які несуть відповідальність лише у межах сум зроблених ними вкладів і не беруть участі в діяльності товариства.

Відомі також змішані форми господарських товариств, наприклад командитне товариство з обмеженою відповідальністю, коли повним учасником у командиті як юридична особа стає компанія з обмеженою відповідальністю.

Проте у багатьох країнах найпоширенішими видами суб'єктів господарювання є корпорації — акціонерні компанії та компанії з обмеженою відповідальністю. Акціонерні компанії виступають формою організації крупного капіталу, що дозволяє залучати фінансові кошти для ведення господарської діяльності й ефективно управляти підприємством. Компанії з обмеженою відповідальністю здебільшого використовуються в малому та середньому бізнесі, частка яких в економіці зарубіжних країн дуже велика.

Головні ознаки компаній з обмеженою відповідальністю схожі між собою в більшості країн світу, за виключенням Великої Британії, де вони відповідають акціонерним компаніям. Учасники товариства з обмеженою відповідальністю несуть відповідальність за зобов'язаннями підприємства лише в межах зробленого вкладу. Капітал у вигляді часток паїв поділяється між засновниками без публічного оголо-

шення і зазвичай є іменними. Як правило, кількість учасників обмежена: до 30—50 осіб. Такі обставини зацікавляють підприємців, оскільки за умов обмеженої відповідальності вони можуть здійснювати будь-які господарські операції, не надаючи їм гласності¹.

Законодавство стосовно акціонерних товариств найбільш розроблене і деталізоване. У Німеччині діє Акціонерний Закон (1965 р.), викладений у п'яти книгах², де детально розглянуті питання заснування, внутрішньої структури, діяльності та ліквідації акціонерних компаній, відповідальності їх засновників і посадових осіб. Ордонанс Франції від 24 липня 1966 р., а також Декрет про торгові компанії (1967 р.) визначають порядок створення та діяльності у Франції акціонерних компаній і компаній з обмеженою відповідальністю, регулюють їх структуру, правовий статус цінних паперів, а також містять великий перелік кримінальних дій, які вважаються порушенням правил діяльності торгових компаній³. У США акціонерне законодавство утворюють закони окремих штатів про підприємницькі корпорації.

Зазвичай акціонерна компанія — це об'єднання капіталів, що утворюється шляхом випуску акцій, які є документами на пред'явника, котуються на фондовій біржі і можуть вільно переходити від однієї особи до іншої. Законодавство детально регламентує порядок створення акціонерних товариств, кількість засновників, форми та методи управління тощо.

Отже, методи правового впливу на формування та діяльність юридичних осіб схожі у багатьох країнах, типовими є і види їх організаційно-правових форм, однак, кожна країна має специфічні особливості, зумовлені історичними, політичними та іншими обставинами.

¹ Див.: *Зенин И. А.* Гражданское и торговое право капиталистических стран. — М., 1992.

² Див.: Германское право. Ч. 2 Германское торговое уложение и другие законы / Пер. с нем. — М.: Междунар. центр финансово-экономического развития, 1996.

³ Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / Отв. ред. А. Я. Сухарев. — М.: Норма, 2000. — С. 717.

2.2. Поняття особистого статуту організації та визначення національності юридичної особи

У міжнародному приватному праві загально визнаним є положення про те, що кожна юридична особа належить до певної держави, національним законодавством якої визначається її *особистий статут*, який має екстериторіальний характер, тобто обов'язковий для визнання за кордоном. Можна сказати, що зазначене положення базується на міжнародному звичаї¹.

Особистий статут організації відповідає на запитання, чи є дана організація юридичною особою (чи це сукупність фізичних осіб, не наділених таким правом), визначає порядок створення та ліквідації юридичної особи, передбачає її організаційну форму та правоздатність, вирішує долю ліквідаційного залишку тощо. Отже, особистий статут відображує національну належність юридичної особи, але до цього часу не існує єдиного критерію визначення такої національної належності. На сьогодні пропонується кілька доктринальних підходів до вирішення цієї проблеми.

Теорія інкорпорації. Основний зміст теорії і самого критерію інкорпорації (засновництва) зводиться до того, що компанія належить правопорядку країни, в якій вона заснована відповідно до її законодавства. Іншими словами, компанія, утворена за британським законом визнаватиметься британською компанією в тих країнах, колізійне право яких у цій галузі будується на принципах інкорпорації. Прийнято вважати, що дана ознака визначення особистого статуту іноземної юридичної особи властива країнам, що належать до англосаксонської системи права. Дійсно, це так. Разом з тим і держави континентальної системи права у своєму законодавстві й судовій практиці активно її використовують. Російська Федерація, Білорусь, Казахстан, Китай, Чехія, Словаччина, Нідерланди законодавчо закріпили відсилання до закону місця інкорпорації як необхідний колізійний принцип відшукування особистого статуту.

¹ Луниця Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. — М.: Спарк, 2002. — Т. 1. — С. 198.

Теорія осілості. Відповідно до цієї теорії, яку іноді називають теорією «ефективного місцеперебування», особистим статутом юридичної особи є закон тієї країни, в якій розміщується її керівний орган (рада директорів, правління, інші виконавчі або розпорядницькі органи). Існує думка, що в цьому випадку не має значення, де здійснюється ділова активність такої юридичної особи. До числа держав, що керуються цим критерієм, належать: Франція, Іспанія, Бельгія, Люксембург, Німеччина, Польща та ще деякі інші країни Європейського Союзу. Як правило, юридична адреса суб'єктів господарювання міститься в їхніх статутах чи інших установчих документах, тому вважається, що, керуючись нею, легко встановити приналежність даної юридичної особи до відповідного правопорядку.

Теорія центра експлуатації. Ще одним критерієм особистого статуту юридичної особи виступає місце здійснення основної діяльності. Її зміст досить простий: особистий статут юридичної особи визначається законом країни, де відбувається її господарська діяльність. Цей критерій здебільшого використовується в законодавстві та судовій практиці країн, що розвиваються, з метою оголошення «своїми» всіх утворень, що ведуть ділові операції на території даної держави. Ця теорія має певні корені політичного, юридичного та економічного характеру. Країни, що розвиваються, зацікавлені в залученні іноземного капіталу для розвитку національного господарства, і «прив'язати» їх до вітчизняного правопорядку держава може найпростішим шляхом — з допомогою критерію «центра експлуатації».

Так, Закон Індії про компанії (1956 р.) в особливій частині, присвяченій іноземним компаніям, спеціально зазначає, що компанія, заснована відповідно до законів іноземної держави, може зареєструватися в Республіці Індія як «іноземна компанія, що має місцем здійснення бізнесу Індію» (статті 591—601).

Проте огляд різних підходів законодавства та судової практики до визначення національності юридичних осіб дозволяє дійти висновку про те, що жоден з них не застосовується ізольовано від інших.

Теорія контролю. Початок використання цієї теорії має історичні корені і пов'язується в історії та науці міжна-

родного приватного права з періодами двох світових війн. Під час збройних конфліктів правовий статус іноземних юридичних осіб набуває особливого значення, оскільки виникає проблема «ворожих іноземців». Сторони конфлікту зацікавлені у припиненні будь-яких економічних зв'язків між собою. У відомому в історії циркулярі французького міністерства юстиції від 24 лютого 1916 р. вказувалося, що коли йдеться про ворожий характер юридичної особи, не можна задовольнятися дослідженням «правових форм, прийнятих компаніями: ні місцезнаходження адміністративного центра, ні інші ознаки, що визначають у цивільному праві національність юридичної особи, недостатні, тому що мова йде про те, щоб... виявити дійсний характер діяльності товариства». Ворожою, говорилося в документі, треба визнати юридичну особу, якщо її управління чи весь її капітал (або більша його частина) знаходяться в руках ворожих громадян, тому що в цьому випадку за фікцією цивільного права ховаються діючі фізичні особи»¹.

За вітчизняним законодавством, в Україні теж використовуються різні критерії для поділу юридичних осіб на «своїх» та іноземних. Так, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність»² від 16 квітня 1991 р. у ст. 1 визначає іноземних суб'єктів господарської діяльності як суб'єктів, що мають постійне місцезнаходження чи постійне місце проживання за межами нашої держави. Постійним місцезнаходженням при цьому вважається те місце, де знаходиться офіційно зареєстрований головний орган управління суб'єкта господарювання.

Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств»³ від 22 травня 1997 р. визначає нерезидентами юридичних осіб та суб'єктів підприємницької діяльності, які не мають статусу юридичної особи (філії, представництва тощо) з місцезнаходженням за межами України і які створені та здійснюють свою діяльність відповідно до законодавства іншої держави. Та-

¹ См.: Clunet. P. 701. Цит. по: Луц Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть. — М., 1975. — С. 42.

² Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 29. — Ст. 377.

³ Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 27. — Ст. 181.

ким чином, тут застосовуються два критерії — місця знаходження та місця заснування¹. Державна реєстрація цих суб'єктів провадиться за їх місцезнаходженням чи місцем проживання.

У міжнародних договорах за участю України використовуються ще й інші критерії. Наприклад, Угода між Урядом України та Великою Соціалістичною Народною Лівійською Арабською Джамахірією від 21 січня 2001 року про сприяння та взаємний захист інвестицій передбачає, що «термін «юридична особа» означає будь-які організації, зареєстровані чи засновані або інакше належним чином організовані відповідно до законодавства будь-якої з Договірних Сторін, включаючи компанії, асоціації, партнерства, корпорації та інші»². У подібній угоді України з королівством Марокко, що ратифікована 11 липня 2002 р., використовуються критерії місцезнаходження юридичної особи та контролю³.

Отже підприємство, організація чи інша сукупність фізичних осіб, що дістали статус юридичної особи в одній державі, визнаються суб'єктами права і в інших державах. Вони підтверджують свій статус витягом з торгового, банківського чи судового реєстру тієї держави, яка надала їм цей статус, а також засновницькими документами, засвідченими в установленому порядку.

Торговельні реєстри, скажімо, в Німеччині та Австрії ведуть суди, у Швейцарії — суди та адміністративні органи. Витяги з них повинні містити необхідні відомості щодо назви фірми, виду товариства чи компанії, змісту діяльності, інформацію про основний капітал, прізвища осіб, які відповідають за цю діяльність, та осіб, які мають право підпису договорів, інших документів. Витяг з реєстру, що подається в організації України, має бути засвідченим відповідно до законодавства країни його видачі, викладений українською мовою та легалізований у консульській установі

¹ Для вітчизняних суб'єктів господарювання ці критерії збігаються. За Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» від 15 травня 2003 року (Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 31—32. — Ст. 263.

² Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 46. — Ст. 346.

³ Там само. — 2002. — № 41. — Ст. 296.

України. Він може бути засвідченим у посольстві відповідної держави в Україні та легалізований в Міністерстві закордонних справ України.

Допуск іноземної юридичної особи до здійснення господарської чи іншої діяльності на території іншої країни і порядок такої діяльності регламентуються законодавством цієї країни, тобто застосовується закон місця здійснення діяльності. Разом з тим юридична особа не може мати за кордоном більше прав, ніж вона мала б за особистим статутом.

В Україні види господарської діяльності, які можуть здійснюватися іноземними суб'єктами господарювання, визначені в Законі «Про зовнішньоекономічну діяльність». До них ст. 4 Закону відносить, зокрема: експорт та імпорт товарів, капіталів; надання іноземними суб'єктами господарювання суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності України виробничих, транспортно-експедиційних, страхових, маркетингових, експортних, посередницьких та інших послуг, які прямо і виключно не заборонені законодавством України, та спільну підприємницьку діяльність з ними, що включає проведення спільних господарських операцій і спільне володіння майном як на території України, так і за її межами; наукову, науково-технічну, науково-виробничу та іншу кооперацію; підприємницьку діяльність на території України, пов'язану з наданням ліцензій, патентів, «ноу-хау», торговельних марок та інших нематеріальних об'єктів власності.

Іноземні суб'єкти господарювання можуть здійснювати діяльність через посередників та самі займатися посередницькою діяльністю.

Законодавством України передбачаються ще й інші види господарської діяльності з участю іноземного елемента. Так, Закон України «Про концесії»¹ від 16 липня 1999 р. передбачає можливість іноземних суб'єктів господарювання — інвесторів брати участь у здійсненні діяльності щодо створення (будівництва) та/або управління (експлуатації) певних об'єктів державного й комунального майна на умовах договору концесії з органом виконавчої влади або відповід-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 41. — Ст. 372.

ного органу місцевого самоврядування. Згідно із Законом України «Про угоди про розподіл продукції»¹ від 14 вересня 1999 р., зазначені суб'єкти можуть провадити пошуки, розвідки та видобування корисних копалин на визначеній ділянці (ділянках) надр за договором з Кабінетом Міністрів України, Верховною Радою Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування за власний рахунок і на власний ризик з подальшою компенсацією витрат і отриманням плати (винагороди) у вигляді частини виробленої продукції.

2.3. Представництва іноземних суб'єктів господарської діяльності

Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (ст. 5), інші нормативно-правові акти України та міжнародні угоди передбачають можливість відкриття представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності (фірм, компаній), через які повністю або частково здійснюється їхня господарська діяльність. Ці представництва підлягають державній реєстрації згідно з Інструкцією про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні, затвердженої наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі² від 18 січня 1996 р³.

Для реєстрації представництва іноземний суб'єкт господарювання має подати до Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України такі документи:

а) заяву з проханням про реєстрацію представництва із зазначенням назви та адреси фірми, її місцезнаходження, міста, в якому буде відкрито представництво, сфери діяльності фірми, мети відкриття і сфери діяльності представництва;

б) витяг з торговельного (банківського) реєстру країни місцезнаходження офіційно зареєстрованого головного органу управління (контори) іноземного суб'єкта господарювання;

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 44. — Ст. 391.

² Нині — Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції України.

³ Урядовий кур'єр. — 1996. — 29 лютого.

в) довідку від банківської установи, в якій офіційно відкрито рахунок цього суб'єкта;

г) доручення на здійснення представницьких функцій в Україні, оформлене за законом країни, де офіційно зареєстрована контора іноземного суб'єкта господарської діяльності.

Ці документи мають бути нотаріально засвідчені за місцем їх видачі, легалізовані належним чином у консульських установах, які представляють інтереси України, в перекладі на українську мову, завіреним печаткою офіційного перекладача.

За результатами розгляду заяви виносяться рішення про реєстрацію представництва іноземного суб'єкта господарювання або про відмову в його реєстрації. Відмова в реєстрації або неприйняття рішення в установленний строк може бути оскаржено в суді України.

Зареєстрованому представництву іноземного суб'єкта господарювання видається свідоцтво про реєстрацію встановленого зразка Міністерством економіки та з питань європейської інтеграції України, яке є підставою для відкриття поточних рахунків у банках України, безмитного провезення устаткування та іншого майна, яке тимчасово ввозиться на територію України.

Представництво іноземного суб'єкта господарювання не має статусу юридичної особи і не здійснює самостійно господарську діяльність. Воно діє від імені та за дорученням суб'єкта господарювання, представником якого є.

Діяльність представництв іноземних суб'єктів господарювання оподатковується відповідно до Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств». Постійні представництва нерезидентів¹, як впливає із ст. 2 цього Закону, які отримують доходи з джерел їх походження з України або виконують агентські (представницькі) функції стосовно таких нерезидентів чи їх засновників, є платниками податку.

¹ Нерезиденти, за цим Законом, — юридичні особи та суб'єкти господарської діяльності, що не мають статусу юридичної особи (філії, представництва тощо) з місцезнаходженням за межами України, які створені та здійснюють свою діяльність відповідно до законодавства іншої держави.

Представництва некомерційних організацій-юридичних осіб в Україні реєструються згідно з Положенням про порядок реєстрації філій, відділень, представництв та інших структурних підрозділів громадських (неурядових) організацій в Україні, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 26 лютого 1993 р. і Міністерством юстиції.

2.4. Діяльність суб'єктів господарювання України за кордоном

За вітчизняним законодавством, зовнішньоекономічна діяльність суб'єктів господарювання України може здійснюватися на договірній основі з іноземними партнерами як на території України, так і за її межами. Суб'єктами господарювання в Україні визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав і обов'язків), мають відокремлене майно, несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством.

Суб'єктами господарювання є:

господарські організації — державні, комунальні, колективні, приватні та інші підприємства, створені відповідно до законодавства, а також інші організації-юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність і зареєстровані в установленому законом порядку;

громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці;

філії, представництва, інші відокремлені підрозділи господарських організацій (структурні одиниці), утворені ними для здійснення господарської діяльності.

Загальні умови створення суб'єктів господарювання:

1) суб'єкт господарювання створюється за рішенням власника чи власників майна або уповноваженого ним органу, а у випадках, спеціально передбачених законодавством, також за рішенням інших органів, організацій і громадян за снуванням нового чи реорганізацією (злиття, приєднання, виділення, перетворення) діючого (діючих) суб'єкта господарювання з додержанням вимог законодавства;

2) створення суб'єктів може бути також наслідком примусового поділу (виділення) діючого суб'єкта господарювання за розпорядженням антимонопольних органів відповідно до антимонопольно-конкурентного законодавства України.

Суб'єкти господарювання можуть створюватися для здійснення будь-якої діяльності, якщо вона не суперечить чинному законодавству. Обмеження є для приватних підприємств стосовно діяльності у виготовленні й реалізації деяких видів продукції. Таку діяльність можуть здійснювати лише державні підприємства.

На здійснення окремих видів господарської діяльності, як уже згадувалося, треба мати спеціальний дозвіл — ліцензію. Перелік таких видів діяльності визначений у законодавстві.

Суб'єкти господарювання підлягають державній реєстрації, крім випадків, передбачених законодавством України. Державна реєстрація відбувається в органах державної влади за місцезнаходженням або місцем проживання даного суб'єкта, якщо інше не передбачено законом.

Поняття державної реєстрації розкривається в Законі України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців»¹ від 15 травня 2003 р. Під нею розуміється засвідчення факту набуття або позбавлення статусу юридичної особи організацією та статусу підприємця фізичною особою, а також вчинення інших реєстраційних дій шляхом внесення відповідних записів до Єдиного реєстру.

Реєстрацію провадить державний реєстратор, який призначається на посаду міським головою міста обласного підпорядкування або головою районної, районної в містах Києві та Севастополі державної адміністрації за погодженням зі спеціально уповноваженим органом з питань державної реєстрації². Він оформляє та видає свідоцтва про держав-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 31—32. — Ст. 263. (Дія цього Закону поширюється на всі організації, визнані юридичними особами.)

² Спеціально уповноваженим органом з питань державної реєстрації є центральний орган державної влади, який забезпечує реалізацію державної політики у сфері підприємництва. Він здійснює державний нагляд за дотриманням законодавства у сфері державної реєстрації юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців, узагальнює практику його застосування, забезпечує формування та ведення Єдиного державного реєстру.

ну реєстрацію, а також їх заміну; формує, веде та забезпечує зберігання реєстраційних справ; здійснює державну реєстрацію змін до установчих документів юридичних осіб і зміни імені або місця проживання фізичних осіб-підприємців; передає органам статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду та фондів соціального страхування повідомлення та відомості з реєстраційних карток про ведення реєстраційних дій, у тому числі щодо створення відокремлених підрозділів юридичних осіб (ст. 6 зазначеного Закону).

Свідоцтво про державну реєстрацію — це документ встановленого зразка, який засвідчує факт внесення до Єдиного державного реєстру (автоматизованої системи збирання, накопичення, захисту, обліку та надання інформації про юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців), запису про їх державну реєстрацію.

Діяльність незареєстрованого суб'єкта господарювання, який підлягає державній реєстрації, забороняється. Доходи, одержані таким суб'єктом, стягуються до Державного бюджету.

Державна реєстрація припинення діяльності суб'єкта господарювання здійснюється за його рішенням, а також на підставі рішення суду у випадках визнання недійсними чи такими, що суперечать законодавству установчих документів, або здійснення незаконної діяльності. Державна реєстрація припинення господарської діяльності є підставою для ліквідації суб'єкта господарювання.

Суб'єкти господарювання (господарські організації) мають право відкривати свої філії (відділення), представництва. Відкриття таких підрозділів не потребує реєстрації. Суб'єкт господарювання лише повідомляє про їх відкриття реєструючий орган, вносячи додаткову інформацію у свою реєстраційну картку.

Організації, наділені статусом юридичної особи, вправі здійснювати діяльність, що виходить за межі України, відповідно до вітчизняного законодавства, законодавства іноземної держави, міжнародних угод.

Вітчизняне законодавство визначає зміст особистого статуту організацій-юридичних осіб, виду їх діяльності у

міжнародному господарському обігу, які є майже аналогічним видом діяльності іноземних суб'єктів господарювання в Україні.

При порушенні законодавства України до зазначених суб'єктів можуть застосовуватися спеціальні санкції, скажімо, передбачені ст. 37 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», затвердженому наказом Міністерства економіки від 17 квітня 2000 р. і Положенням про порядок застосування до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності спеціальних санкцій. Такими санкціями, зокрема, є індивідуальний режим ліцензування або тимчасове зупинення зовнішньоекономічної діяльності. Застосовує їх Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції України за рішенням судів або за поданням органів державної податкової та контрольно-ревізійної служб, митних, правоохоронних органів та Національного банку України.

Законодавство іноземних держав регламентує питання допуску українських суб'єктів господарювання на власну територію, визначає сфери та умови їхньої діяльності.

Межі здійснення діяльності суб'єктів господарювання за кордоном залежать від поширення на них певного виду правового режиму (національного, недискримінаційного, найбільшого сприяння чи спеціального). У більшості випадків іноземне законодавство передбачає для організацій-юридичних осіб національний режим, тобто вони можуть здійснювати господарську діяльність на тих самих умовах і в такому самому обсязі, що й вітчизняні суб'єкти господарювання.

Міжнародні угоди, їхні норми можуть регламентувати питання правового режиму, який надається суб'єктам господарювання України за кордоном, сфери їхньої діяльності, оподаткування, транзиту тощо.

2.5. Об'єднання підприємств як суб'єктів господарювання

Підприємства, за законодавством України, вправі об'єднувати свою господарську діяльність, створюючи для цього об'єднання у складі двох або більше підприємств з метою

координації їх виробничої, наукової та іншої діяльності для вирішення спільних економічних і соціальних завдань.

Об'єднання підприємств відбувається на добровільних засадах або за рішенням органів, які відповідно до законодавства мають таке право. До їх складу можуть входити підприємства, створені за законодавством інших держав, а підприємства України можуть входити в об'єднання підприємств, створені на території інших держав. Вони створюються на визначений строк чи як тимчасові об'єднання.

Об'єднання наділяються статусом юридичної особи, а підприємства, що входять до складу об'єднання, зберігають цей статус.

Залежно від порядку заснування об'єднання функціонують як господарські об'єднання, що створюються на добровільних засадах за ініціативою самих підприємств, незалежно від їх виду, або як державні чи комунальні господарські об'єднання. Перші діють на основі установчого договору та/або статуту, який затверджується їх засновниками, а другі — на основі рішення про їх створення та статуту, який затверджується органом, що прийняв рішення про їх утворення.

Державне чи комунальне господарське об'єднання створюється за рішенням Кабінету Міністрів України або, у визначених законодавством випадках, рішенням міністерств чи інших органів, до сфери управління яких входять підприємства, що створюють об'єднання, або рішенням компетентних органів місцевого самоврядування.

Підприємства, що входять до складу об'єднань, вправі добровільно вийти з об'єднання за умов, зазначених в законі чи договорі про створення об'єднання або в його статуті, делегувати частину своїх повноважень і повертати ці повноваження в порядку, визначеному установчими документами об'єднання; одержувати частину прибутку від спільної діяльності; мати інші права, зумовлені установчими документами об'єднання.

Підприємства можуть об'єднуватись у галузеві, міжгалузеві, регіональні та міжрегіональні господарські асоціації, концерни, корпорації, консорціуми та інші об'єднання.

Асоціація (від лат. *associatio* — з'єднання, зв'язок) — це договірне об'єднання підприємств, що створюється з метою

постійної координації господарської діяльності, поглиблення спеціалізації і розвитку кооперації виробництва, організації спільних виробництв на засадах об'єднання своїх фінансових і матеріальних ресурсів для задоволення власних потреб або виробництва продукції, робіт, послуг для реалізації третім особам. При створенні господарської асоціації централізується одна або кілька виробничо-господарських і управлінських функцій. За рішенням учасників господарська асоціація може представляти їхні інтереси у відносинах з третіми особами.

Корпорація (від пізньолат. *corporatio* — об'єднання, співтовариство) є теж договірним об'єднанням, створеним на засадах поєднання виробничих, наукових і комерційних інтересів, з делегуванням окремих повноважень централізованого регулювання діяльності кожного з учасників органам правління корпорації.

Концерн (від англ. *concern* — причетність, відношення) — це таке об'єднання підприємств, яке здійснює спільну діяльність на основі їх фінансової залежності від одного або групи учасників з централізацією функцій науково-технічного та виробничого розвитку, а також інвестиційної, фінансової, зовнішньоекономічної та іншої діяльності. Підприємства-учасники концерну наділяють його частиною своїх повноважень і функцій, у тому числі як представника їхніх інтересів у відносинах з третіми особами.

Консорціум (від лат. *consortium* — співучасть, співтовариство) відрізняється від цих трьох видів об'єднань тимчасовим характером об'єднання коштів підприємств для досягнення спільної мети (вирішення конкретних завдань, реалізації цільових програм і проєктів (науково-технічних, будівельних і т. п.)). Після виконання поставленого завдання консорціум припиняє свою діяльність.

Господарські об'єднання мають вищі органи управління (загальні збори учасників) і створюють виконавчі органи, передбачені їх статутом.

Вищий орган затверджує статут об'єднання; вирішує питання про прийняття нових учасників та виключення учасників з його складу; вирішує фінансові та інші питання відповідно до установчих документів. Виконавчий орган,

колегіальний чи одноособовий, що створюється загальними зборами, вирішує питання поточної діяльності, які за статутом або договором віднесені до його компетенції.

Керують державними чи комунальними об'єднаннями правління об'єднання і генеральний директор, який призначається на посаду та звільняється органом, що прийняв рішення про створення об'єднання.

Здійснення управління поточною діяльністю об'єднання може бути доручено адміністрації одного з підприємств (головного підприємства) на умовах, передбачених установчими документами відповідного об'єднання.

Учасники об'єднання підприємств можуть вносити майнові внески (вступні, членські, цільові тощо) на умовах і в порядку, передбачених його установчими документами.

Господарське об'єднання може створювати за рішенням його вищого органу унітарні підприємства, філії, представництва.

Певні особливості, що відрізняють їх від інших об'єднань, мають промислово-фінансові або транснаціональні промислово-фінансові групи. До них можуть входити промислові, сільськогосподарські та інші підприємства, банки, наукові і проектні установи, інші організації, у тому числі й іноземні, що мають на меті отримання прибутку. Вони створюються за рішенням уряду України на певний термін з метою реалізації державних програм розвитку пріоритетних галузей виробництва і структурної перебудови економіки України, включаючи програми згідно з міждержавними договорами, а також виробництва кінцевої продукції.

Відповідно до Закону України «Про промислово-фінансові групи в Україні»¹ від 21 листопада 1995 р., промислово-фінансова група складається з головного підприємства цієї групи, яке виготовляє кінцеву продукцію², здійснює її збут, сплачує податки і офіційно представляє інтереси групи в Україні та за її межами, та інших учасників групи.

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 23. — Ст. 88.

² Кінцева продукція — це продукція разом з науково-технічною документацією та іншими об'єктами права інтелектуальної власності, з метою виробництва якої створюється ця група.

Інші учасники промислово-фінансової групи — це підприємства, банки, наукові та проектні установи, організації чи іноземні підприємства, що входять до складу цього об'єднання, виробляють проміжну продукцію¹ або надають банківські послуги учасникам і головному підприємству і мають на меті одержання прибутку.

Входячи до складу промислово-фінансової групи, головне підприємство, інші її учасники зберігають статус юридичної особи, а промислово-фінансова група в цілому цим статусом не наділяється. Право діяти від її імені має виключно головне підприємство.

Головне підприємство та інші учасники промислово-фінансової групи укладають генеральну угоду про сумісну діяльність по виробництву кінцевої продукції, за якою всі учасники зберігають незалежність у здійсненні виробничої, господарської і фінансової діяльності. Генеральна угода підлягає затвердженню постановою Кабінету Міністрів України.

Головним підприємством промислово-фінансової групи не може бути торговельне підприємство, транспортне, підприємство у сфері громадського харчування, побутового обслуговування населення, матеріально-технічного постачання, банк, фінансово-кредитна установа.

Порядок створення, реорганізації та ліквідації промислово-фінансової групи визначається законодавством.

Господарським кодексом України та іншими законодавчими актами регламентується і діяльність асоційованих підприємств та холдингових компаній.

Асоційовані підприємства — це група суб'єктів господарювання, пов'язаних між собою відносинами економічної та/або організаційної залежності у формі участі в статутному фонді та/або управлінні. Залежність між асоційованими підприємствами може бути простою чи вирішальною.

¹ Проміжна продукція промислово-фінансової групи — це продукція разом з науково-технічною документацією та іншими об'єктами права інтелектуальної власності, яка виробляється учасниками групи, використовується для виробництва кінцевої продукції і реалізується виключно учасникам групи або головному підприємству (при реалізації цієї продукції за межами промислово-фінансової групи вона проміжною не вважається).

Проста залежність виникає у разі, якщо одне з підприємств має можливість блокувати прийняття рішень іншим (залежним) підприємством, які повинні прийматися відповідно до закону та/або установчих документів цього підприємства кваліфікованою більшістю голосів. А вирішальна залежність виникає тоді, коли між підприємствами встановлюються відносини контролю — підпорядкування за рахунок переважної участі контролюючого підприємства в статутному фонді та/або загальних зборах чи інших органах управління іншого (дочірнього) підприємства¹, зокрема володіння контрольним пакетом акцій. Відносини вирішальної залежності можуть встановлюватися за умови отримання згоди відповідних органів Антимонопольного комітету України.

Суб'єкт господарювання, що володіє контрольним пакетом акцій дочірнього підприємства, визначається холдинговою компанією. Якщо з вини останнього дочірнім підприємством було укладено і здійснено не вигідні для нього угоди або операції, то контролююче підприємство повинно компенсувати завдані йому збитки.

2.6. Проблеми правового регулювання відносин за участю 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 роки минулого століття інтенсивна ринкова конкуренція змушувала до розширення підприємств, пошу-

¹ Дочірнє підприємство, як і інші підприємства, наділяється статусом юридичної особи. В юридичній літературі висловлюються різні погляди щодо визначення цього поняття (див., наприклад, *Потюк М.* Дочірні підприємства як юридичні особи // *Право України.* — 1999. — № 1; *Песков В.* Правові аспекти організації дочірніх підприємств // *Там само.* — № 10).

ку за кордоном нових ринків збуту, дешевої робочої сили та інших факторів, що зменшували б витрати виробництва і надавали компаніям конкурентні переваги. Сьогодні взагалі відбувається процес глобалізації світового господарства, з початком якого пов'язана нова доба розвитку міжнародного підприємництва, коли на перше місце виходять транснаціональні корпорації (ТНК) та банки. Функціонування транснаціональних компаній — основа економічного зростання та технологічного прогресу в будь-якій країні. Разом з тим, ТНК самі суттєво впливають не лише на світову економіку, а й на політику держав.

За даними Доповіді X сесії Конференції ООН з торгівлі та розвитку (ЮНКТАД), що присвячувалася темі «Стратегія розвитку в усе більш взаємозалежному світі: врахування уроків минулого для перетворення глобалізації на ефективний інструмент розвитку всіх країн і народів», у 2000 році у світі нараховувалося приблизно 37 тисяч транснаціональних корпорацій, що мали понад 206 тисяч філій по всьому світу. Із 100 найбільших ТНК 38 — базуються у Західній Європі, 29 — у США, 16 — в Японії, інші — в Австралії, Канаді, Фінляндії та інших індустріальних країнах. На сьогодні ТНК контролюють до половини світового промислового виробництва, 63% зовнішньої торгівлі, 80% патентів та ліцензій на нову техніку та технології. Під контролем ТНК 90% світового ринку пшениці, кави, кукурудзи, тютюну, залізної руди, 80 — чаю та олова, 75% — сировини нафти та натурального каучуку¹. 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 з допомогою ТНК країни-експортери капіталу встановлюють контроль за добуванням природних ресурсів і управлінням ключовими галузями виробництва, іноді така стурбованість переростає у відкриті конфлікти. Тому проблема правового регулювання діяльності транснаціональних корпорацій — одна з найактуальніших в міжнародному приватному праві.

¹ <http://www.un.org/russian/>.

У вітчизняній літературі виокремлюється чимало ознак ТНК: це економічно єдина система; група самостійних, взаємно відокремлених підприємств; вони діють на території кількох держав; їх структурні підрозділи діють у строкатому правовому полі, оскільки є суб'єктами національного права, тощо¹.

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 чи більше країнах, незалежно від юридичної форми і сфери діяльності;

— оперує у рамках системи прийняття рішень, що дає змогу здійснювати узгоджену політику і загальну стратегію через один або більше керівних центрів;

— має окремі одиниці (підрозділи), пов'язані спільною власністю в такий спосіб, що одна (або більше) з них можуть впливати на діяльність інших (зокрема, розподіляти інтелектуальні та інші ресурси, відповідальність за результати функціонування і т. ін.).

Отже, корпорації вважають транснаціональними, якщо вони відповідають таким *критеріям*: кількість країн, в яких діє компанія (відповідно до різних підходів, вона становить від 2 до 6 країн); розмір, якого досягла компанія (за основними техніко-економічними показниками); мінімальна частка закордонних операцій у прибутках або продажах фірми (як правило, 25%); володіння не менш як 25% «голосуючих» акцій у трьох чи більше країнах (той мінімум пайової участі у закордонному акціонерному капіталі, що забезпечує фірмі контроль над економічною діяльністю закордонного підприємства і надає прями закордонні інвестиції); багатонаціональний склад персоналу компанії та її вищого керівництва².

¹ Дахно І. І. Міжнародне економічне право: Курс лекцій. — 2-ге вид. — К.: МАУП, 2003. — С. 81.

² <http://www.niisp.gov.ua/vydanna/panorama/> Д. К. Прейгер, І. А. Мальярчук, Т. І. Гринкевич. Транснаціональні корпорації у нафтогазовій сфері та їх вплив на газотранспортну систему України.

Класифікувати транснаціональні корпорації можна за багатьма критеріями. За структурними ознаками розрізняють інтернаціональні, багатонаціональні та глобальні корпорації.

Інтернаціональна корпорація — це національна домінуюча компанія із закордонними активами. Правовий режим цього типу ТНК передбачає господарську діяльність, що здійснюється в різних країнах створеними там філіями, структурними підрозділами (представництвами) і дочірніми компаніями. 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 поставок дешевої сировини або ринків збуту. Для цього типу ТНК характерне прийняття управлінських рішень переважно в материнській компанії, надання переваги співвітчизникам у закордонних філіях (до цього типу належить переважна більшість російських ТНК).

Багатонаціональна (мультинаціональна) корпорація — це міжнародна корпорація, що об'єднує національні компанії кількох держав на виробничих і науково-технічних засадах. Багатонаціональна корпорація припускає великий ступінь незалежності під час проведення операцій у кожній із країн. (Прикладом такої корпорації є англо-голландський концерн «Royal Dutch Shell» зі співвідношенням капіталу 60:40.) З позиції міжнародного права помітними ознаками цього типу ТНК є орієнтація, у першу чергу, на закордонні ринки, наявність багатонаціонального акціонерного капіталу, створення багатонаціонального керівного центру, комплектування адміністрації закордонних 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 роки ХХ ст., і продовжують набирати сили. Найбільше до глобалізації тяжіють хімічна, електротехнічна, електронна, нафтова, автомобільна,

інформаційна, банківська та деякі інші галузі промисловості та види діяльності. Глобальні корпорації є найновішим типом ТНК.

З метою визначення організаційно-правових форм важливим є поділ ТНК на холдингові (що засновані на акціонерній формі контролю) та нехолдингові (де взаємовідносини в об'єднанні будуються на засадах спеціальних угод). Щодо визначення поняття «холдинг» у вітчизняній і зарубіжній літературі є чимало варіантів, взагалі можна стверджувати, що холдингова компанія — це юридична особа, яка здійснює контроль над рядом інших юридичних осіб. Контроль у холдинговій компанії заснований на володінні акціями дочірніх і залежних компаній, але можливі інші варіанти, наприклад перехресне та кругове володіння акціями. Серед холдингів розрізняють чимало типів: управлінські, державні, галузеві та міжгалузеві, регіональні, банківські тощо¹. До нехолдингових ТНК належать консорціуми, стратегічні альянси, що засновані на угодах. Договірний характер мали найперші транснаціональні об'єднання — синдикати та картелі.

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

Внутрішнє законодавство передбачає підпорядкування діяльності філій і дочірніх підприємств ТНК національному законодавству. В Україні відповідні норми містяться в Законах України «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про захист іноземних інвестицій»², «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна і коштів вітчизняного походження»³, «Про концесії»⁴ та інших, а також у низці підзаконних актів, таких як Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні⁵ тощо.

¹ Докладніше див.: *Келлер Т.* Концепции холдинга: Организационные структуры и управление / Пер. с нем. — Обнинск: ГЦПИК, 2000. — С. 24.

² Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 46. — Ст. 616.

³ Там само. — 2000. — № 12. — Ст. 97.

⁴ Там само. — 1999. — № 41. — Ст. 372.

⁵ Урядовий кур'єр. — 1996. — № 40—41.

Україна в процесі ринкової трансформації економіки зазнає дедалі більшого впливу світових процесів транснаціоналізації виробництва і капіталу. У 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. Величезний інтерес транснаціональні корпорації виявляють і до інших галузей виробництва. Як свідчить світова практика, національний капітал здатний витримати конкуренцію з ТНК тільки в тому випадку, якщо він сам структурований у потужні фінансово-промислові об'єднання, адекватні міжнародним аналогам, і може провадити активну зовнішньоекономічну політику¹. 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 роки². Чинне законодавство передбачає можливість створення ТНК, країною базування яких стане Україна. Так, Закон України «Про промислово-фінансові групи в Україні»³ встановлює правила, за якими створюються транснаціональні промислово-фінансові групи. Прикладом діяльності таких транснаціональних компаній є науково-виробнича інвестиційна група «Інтерпайп» (м. Дніпропетровськ), Корпорація «Індустріальний союз Донбасу» (м. Донецьк) та ін.

Проте одностороннє регулювання діяльності ТНК має чимало недоліків, оскільки через свою організаційну

¹ <http://www.cfin.ru/press/management/1998-2/04.shtml>. *Владиминова І.* Роль и место транснациональных корпораций в современной экономике.

² 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 // Урядовий кур'єр. — 2002. — № 100.

³ Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 23. — Ст. 88.

структуру дані компанії здатні уникати контролю з боку однієї держави. Крім того, підрозділи ТНК реалізують політику головного підприємства, тому необхідно враховувати той вплив, що здійснює законодавство країни їх базування. Нерідко країни-експортери капіталу намагаються поширити внутрішнє законодавство на підрозділи національної компанії, що розміщені за кордоном. Найбільш типовим прикладом може слугувати США, де дана позиція закріплюється в теорії «транснаціонального права». 1982 року Акт про управління експортом (1979 р.) був поширений на закордонні відділення американських транснаціональних компаній, що спонукало країни-імпортери прийняти законодавчі акти, спрямовані на зміцнення національного суверенітету. Рекомендації Організації Об'єднаних Націй стосовно ТНК виходять з того, що як тільки філія багатонаціональної компанії створюється в іншій країні, закони країни базування припиняють свою дію і застосовуються закони країни, що приймає¹.

Другий рівень регулювання складають 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. Україною укладено понад 50 угод про сприяння та взаємний захист інвестицій, що гарантують сприятливі, стабільні та прозорі умови для інвесторів іншої країни.

Угода про партнерство та співробітництво між Європейськими Співтовариствами і Україною від 14 червня 1994 р. містить положення, присвячені гарантіям діяльності підрозділів національних компаній на території договірних Сторін. Зокрема передбачається, якщо нове законодавство чи правила, запроваджені в Україні, можуть спричинити більш обмежені умови для заснування компаній Співтовариства на її території і для функціонування дочірніх компаній і філій компаній Співтовариства, заснованих в Україні, ніж ті, що склалися на день підписання Угоди, то такі відповідні зако-

¹ *Наталуха В. В.* Международный частный бизнес и государство. — М., 1985. — С. 132—133.

нодавство чи правила не застосовуватимуться протягом трьох років після набуття чинності відповідним законом до тих дочірніх компаній і філій, які вже були створені в Україні на момент набуття чинності відповідним актом¹.

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. 1975 року ними був розроблений 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 досі не прийнятий і головною причиною цього є розбіжності в питаннях правил націоналізації майна ТНК, юрисдикції врегулювання спорів та ін.²

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 року у Москві, вона ратифікована Україною із застереженнями 13 липня 1999 р.³ і набула чинності 14 січня 2000 р. У Конвенції транснаціональна корпорація визначається як юридична особа (сукупність юридичних осіб):

а) яка має у власності, господарському віданні або оперативному управлінні відокремлене майно на територіях двох і більше Сторін;

б) утворена юридичними особами двох і більше Сторін;

в) зареєстрована як корпорація відповідно до цієї Конвенції.

¹ Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2003. — № 8.

² Локайчук О. В. Проблемы правового регулирования деятельности транснациональных корпораций // Сибирский Юридический Вестник. — 2001. — № 2. — С. 18—22.

³ Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 36. — Ст. 323.

Поняття «транснаціональна корпорація» включає 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 в результаті участі в діяльності корпорації, учасники несуть відповідальність згідно із законодавством Сторін, юридичні особи яких входять у корпорацію. Оподаткування юридичних осіб, що входять у корпорацію, здійснюється за їх місцезнаходженням відповідно до законодавства держави — місця її перебування.

На підставі зазначеної Конвенції в рамках СНД створено чимало транснаціональних компаній, наприклад Міждержавну фінансово-промислову групу «Граніт», транснаціональну фінансово-промислову групу із забезпечення експлуатації та ремонту авіаційної техніки цивільної авіації держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав тощо.

Останнім часом в юридичній літературі обговорюється питання про визнання за ТНК міжнародної правосуб'єктності. Обґрунтовується концепція міжнародного корпоративного права, на яку підштовхують угоди корпорацій з різними державами. Британський науковець Б. Черг пропонує сформувати спеціальні правові системи, що складаються з договорів, які не регулюються національними нормами, а підпорядковуються міжнародному праву чи загальним принципам права. Проте більшість фахівців вважають, що договори, які укладаються між корпораціями та державами, є цивільними правочинами і відносяться до сфери міжнародного приватного права, корпорації не можуть бути вилучені з-під дії національних законів¹.

Отже, економічна могутність ТНК, їхній вплив на світову політику зумовлює появу концепцій про визнання за ТНК

¹ Ермолаев В. Г., Сиваков О. В. Международное частное право: Курс лекций. — М., 1998. — С. 113.

міжнародної правосуб'єктності, формування міжнародного права корпорацій. Досить гострою є проблема боротьби між транснаціональною олігархією та різними державами. Тому регулювання діяльності ТНК має здійснюватися насамперед на міжнародному рівні, компанії діють відповідно до норм приватного законодавства і міжнародна юрисдикція за їхньою діяльністю має здійснюватися незалежно від їх бажання. Але на сьогодні проблема міжнародного регулювання діяльності ТНК не вирішена, оскільки не прийняті універсальні правила, а існуючі нормативні акти носять декларативний характер, бо не створені механізми їх реалізації. Ця проблема вимагає кропіткої роботи як теоретичної, так і практичної¹.

2.7. Особливості створення і діяльності офшорних компаній

Суб'єкти господарювання в усі часи прагнули до підвищення прибутків, гарантованого збереження банківської та комерційної таємниць. Так, коли античні Афіни запровадили двохвідсотковий імпорتنний та експортний податок, грецькі та фінікійські купці почали обминати місто за 20 миль, аби уникнути їх оплати. У результаті цього сусідні острови стали зонами безмитної та неоподаткованої торгівлі та місцями накопичення товарів для контрабандного ввозу до Афін. У XV сторіччі англійські купці, що продавали вовну, обирали для торгівлі Фландрію, а не рідну Англію, де вони мали сплачувати великі податки та мито. Найвідомішою країною, що з великим успіхом скористалася правовими засобами залучення іноземного капіталу, стала Швейцарія, де ще у XVIII столітті 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 Швейцарії та Закон про банківську таємницю 1934 року (в редакції 1971 р.) і низькі банківські проценти забезпечили цій країні центральне місце у світовому фінансовому бізнесі.

¹ Лукашук И. И. Демократия, капитал, государство // Журнал российского права. — 2000. — № 1. — С. 114.

Сьогодні багато країн світу прагнуть залучити іноземні інвестиції та підняти власний економічний рівень створенням так званих офшорних зон. *Офшорна зона* — це різновид вільних економічних зон, що створюються на території всієї держави, або суб'єкту федерації (конфедерації), особливістю якої 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-нерезидентів, що не здійснюють господарської діяльності та не мають джерел доходу на її території.

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

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

1. Країни «податкової гавані» — це такі, що повністю звільняють компанії від сплати будь-яких податків, за умови, що управління компанією здійснюється за межами території реєстрації і вона не має там джерел доходу. Як правило, до реєстрації таких компаній висуваються 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 і директорів компанії.

2. Країни, де іноземним компаніям надаються суттєві податкові пільги та висуваються мінімальні вимоги щодо

фінансової звітності, до них належать Кіпр, Уругвай, Естонія та ін.

3. 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 для боротьби з ухиленням від сплати податків. Так, Законом України «Про оподаткування прибутку підприємств» в редакції від 22 травня 1997 р. у ст. 18.3 встановлені спеціальні правила стосовно торговельних операцій платників податку з нерезидентами, зареєстрованими в офшорних зонах¹. Перелік із 37 зон, що мають офшорний статус згідно із законом, затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2003 р².

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

Особливістю офшорних зон є жорсткі правила захисту комерційної та банківської таємниць. 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, коли розслідування провадиться згідно із міжнародним договором, але в офшорних зонах бар'єри таємності не порушуються навіть у випадку скоєння злочинів в іншій країні. Виходячи з рівня режиму таємності розрізняють офшорні зони, де такий режим не порушується навіть у випадку його використання у 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 вибору місця реєстрації суб'єкта господарювання на користь офшорних зон. З юридичної точки зору класична

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 27. — Ст. 181.

² Офіційний вісник України. — 2003. — № 9. — Ст. 401.

офшорна компанія — це суб'єкт господарювання, що є 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 місцевими фірмами. Але існують випадки, коли законодавство не забороняє відкривати адміністративні офіси в офшорних зонах і надає право резидентам бути співвласниками офшорних компаній.

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

§ 3. Держава як суб'єкт міжнародного приватного права

3.1. Держава як суб'єкт майнових відносин

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 регулюються міжнародним правом, а й як суб'єкт цивілістичних відносин майнового та немайнового характеру, які підпадають під дію міжнародного приватного права.

У зовнішній сфері держава може виступати в різноманітних категоріях відносин. По-перше, її партнерами можуть бути інші держави та міжнародні організації (держава може укладати міжнародні угоди про надання та отримання позик, уступати території, здійснювати співробітництво в конкретних сферах, укладати військові та політичні союзи тощо). По-друге, держава може вступати в різноманітні майнові відносини з іноземними юридичними та фізичними особами (наприклад, придбання земельних ділянок для розміщення посольських і консульських місій, надання в концеп-

сію ділянок надр для розробки корисних копалин, передача в оренду будівель і споруд, придбання та продаж майна, надання позик і видача гарантій тощо).

Крім того, держава може виступати в цивільному обороті як спадкоємець так званого відумерлого майна¹ (ст. 1277 Цивільного кодексу 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 кілька поглядів на державу як на суб'єкт міжнародного приватного права. Одні 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 міжнародного приватного права. Інші додержуються точки зору, що держава «розпадається» на дві особи. При цьому вважається, що держава діє не як дві особи (як «казна» (фіска) — суб'єкт влади, і як «купець» — суб'єкт цивільних правовідносин), а як суверен.

Концепція участі держави в цивільно-правових відносинах знайшла своє відображення і в законодавстві СРСР (ст. 25 Основ цивільного законодавства Союзу РСР і республік 1991 р.²) і в законодавстві незалежної України (статті 167, 168 і 169 ЦК України).

3.2. Імунітет держави

Держави ще за стародавніх часів були учасниками міжнародних торговельних, культурних та інших зв'язків. За часів середньовіччя вони персоніфікувались у зв'язки між монархами. Спочатку поняття імунітету означало звільнення від податей і повинностей, яке дарувалось окремим особам, станам, а іноді общинам. З початку середніх віків імунітет застосовувався до володінь короля та інших привілейованих осіб, духовенства.

¹ Докладніше див. § 6 (с. 204–205).

² Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.

³ Відомості З'їзду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. — 1991. — № 26. — Ст. 733.

У період феодалізму, коли держава не відділялася від особи монарха і коли власність держави збігалася з власністю суверена, імунітет держави був невіддільним від імунітету монарха (государя). В сучасних умовах поняття «імунітет держави» (навіть у монархіях) ширше за поняття «імунітет глави держави», тобто монарха.

Слово «імунітет» походить від латинського слова «*immunitas*» («*immunitatis*») — звільнення, позбавлення чогось. Імунітет іноземної держави полягає у непідпорядкованості держави владі іншої держави, її юрисдикції. Саме тому імунітет називають *юрисдикційним імунітетом*¹.

Імунітет держави слід відрізнити від консульського та дипломатичного імунітетів, які надаються як привілеї відповідним категоріям осіб для здійснення ними представницьких функцій на підставі норм дипломатичного й консульського права. Так, консульські конвенції, які укладають держави з метою врегулювання взаємних відносин по обміну консульськими установами та здійсненню ними своїх функцій, як правило, містять умови стосовно надання, користування та відмови, в належних випадках, консульських представників від імунітету².

Спеціальний комітет Конференції в Сан-Франциско, який було створено для розробки проекту Статуту ООН, у статті 2 дає таке тлумачення суверенітету, яке має фундаментальне значення для розуміння імунітету: «Під «суве-

¹ 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»).

² Наприклад, Консульська конвенція між Україною і Російською Федерацією від 15 січня 1993 р., яка ратифікована Постановою Верховної Ради «Про ратифікацію Консульської конвенції між Україною і Російською Федерацією 1993 року» від 4 лютого 1994 р. №3934-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 23. — Ст. 167; Консульська конвенція між Україною і Турецькою Республікою від 21 травня 1998 р., яка ратифікована Законом України «Про ратифікацію Консульської конвенції між Україною і Турецькою Республікою» від 1 липня 1999 р. № 799-ХІV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 34. — Ст. 280.

ренною рівністю» розуміється: а) держави юридично рівні; б) кожна держава користується невід'ємним правом повного суверенітету; в) особистість держави користується повагою, правом на територіальну цілісність і політичну незалежність; г) кожна держава повинна чесно виконувати свій обов'язок». З цього випливає, що жодна держава не може здійснювати стосовно іншої держави які-небудь примусові заходи, не сумісні із суверенітетом держави. Принципи суверенної рівності й поваги суверенітету закріплені в багатьох міжнародних документах, а саме: «Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами у відповідності зі Статутом Організації Об'єднаних Націй» від 24 жовтня 1970 р.¹, «Заключному акті Наради з безпеки і співробітництва в Європі» від 1 серпня 1975 р.², «Паризької хартії для нової Європи» 21 листопада 1990 р.³ та ін.

Для визначення імунітету важливе значення має його правове обґрунтування, його правова природа. На першому етапі становлення цього інституту суди обґрунтовували право іноземної держави на імунітет міжнародною ввічливістю (*comitas gentium*). Але вже на початку 19 століття американські суди розглядали імунітет іноземної держави як сформований міжнародно-правовий звичай. Незалежно від того чи іншого підходу із самого початку існуючої практики незалежність і суверенітет держави слугували головним обґрунтуванням імунітету.

У літературі з міжнародного права принцип імунітету виводиться з рівності держав, унаслідок чого жодна держава не може претендувати на здійснення своєї юрисдикції над іншою. Тому, хоча держави мають право зберігатися в іноземні суди, але до них, як правило, не можуть бути пред'явлені позови, якщо тільки держави з власної волі не підкоряються юрисдикції зазначених судів. Принцип судового

¹ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004.—файл MU70012.LHT.

² Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004.—файл MU75010.LHT.

³ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004.—файл MU90011U.LHT.

іmunітету є нормою міжнародного права, недотримання якої тягне міжнародну відповідальність держав¹.

Комісія міжнародного права, вивчивши судову практику і доктрину багатьох держав, дійшла висновку: «Найбільш переконливі аргументи на користь іmunітету держави можна знайти в міжнародному праві, що втілене у звичаях і практиці держав, принципах суверенітету, незалежності, рівності і достоїнства держав. Усі ці поняття, можливо, взаємозалежні та в цілому складають міцну міжнародно-правову основу іmunітету суверена. Іmunітет походить із суверенітету. Коли двоє перебувають у рівному положенні, один не може здійснювати суверенітет або владу над іншим — «*par in parem non habet imperium*».

Таким чином, іmunітет держави у приватноправовій сфері є наслідок, прояв, грань суверенітету: рівний над рівним не має влади взагалі, у тому числі і юрисдикції — «*par in parem non habet jurisdictionem*»².

Висновок Комісії має принципове значення особливе при створенні національних законів про іmunітет іноземних держав.

Для визначення сфери дії державного іmunітету необхідно визначити, що розуміється під «державою» для цілей іmunітету. Це питання має досить спірний характер, особливо щодо суб'єктів федеративної держави. У проекті Конвенції «Юрисдикційні іmunітети держав та їхньої власності», який підготовлено Комісією міжнародного права та представлено Генеральній Асамблеї ООН, складові частини федеративної держави були включені в поняття «держава» і як такі користувалися іmunітетом. Згодом ряд статей проекту було повернуто Комісії для перегляду, у тому числі і стаття про поняття «держава». У редакції 1999 р. поняття «держава» для цілей іmunітету означає: 1) держава та її керівні органи; 2) установи та інші утворення в тій мірі, в якій вони правомочні діяти в реалізації державної влади; представники держави, що діють у цій якості; 3) складові

¹ Луц Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть. Глава III. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 75.

² Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М.: ПБОЮЛ Гриженко Е. М. (Проспект), 2001. — С. 254.

частини федеративної держави і політичні підрозділи унітарної держави, що правомочні діяти в реалізації державної влади.

З цього видно, що імунітет поширюється на державу в цілому і на її урядові органи. Це саме стосується інших установ, але тільки тою мірою, якою вони правомочні здійснювати державну владу. На офіційних представників держави імунітет поширюється, якщо вони діють у цій якості. Нарешті, статус суб'єктів федерації зрівняний зі статусом політичних підрозділів унітарної держави.

Відповідно до ст. 28 Європейської конвенції, автономні одиниці, що входять до складу федеративної держави, не користуються імунітетом. Однак федеративна держава, приєднуючись до Конвенції, може зробити застереження про поширення права на імунітет і на суб'єктів федерації (п. 2 ст. 28)¹.

3.3. Види імунітетів держави

Імунітети держави прийнято підрозділяти на різновиди.

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 підкорити 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 випадку, якщо сторони не визначили застосування до їх відносин відповідного права (тобто була відсутня їх явно виражена воля), договір регулюватиметься нормами даної держави.

Держава може погодитися на застосування до відповідного приватноправового договору з її участю іншого правопорядку, ніж її власний, однак така згода повинна бути явно

¹ Международное частное право: Сб. документов. — М.: БЕК, 1997. — С. 41—55.

вираженою. При цьому мається на увазі, що автономія волі сторін у таких ситуаціях повинна трактуватися необмежено. Приватноправове зобов'язання суверена не може підпадати під чинність іноземного закону, якщо держава не погодилася на вибір такого іноземного правопорядку. За згодою держави в угоді (договорі) можуть бути сформульовані вилучення з принципу імунітету від підпорядкування іноземному законодавству. У той самий час подібні виключення із загального правила не можуть трактуватися розширено, а повинні реалізовуватися в суворій відповідності із застереженнями, зробленими безпосередньо в самій угоді.

Деякі автори виділяють крім цього ще й податковий імунітет. Однак вважається, що податковий імунітет і є частковим проявом реалізації імунітету від підпорядкування держави дії іноземних законів (у даному разі податкового законодавства).

Показовою в цьому плані є судова практика США. 1812 р. Верховний суд прийняв рішення у справі з приводу належності шхуни «Іксчейндж». Суд, відмовляючи у позові американським громадянам, що вимагали відновити їх у правах власності на цю шхуну, яка раніше була реквізована Францією та стала частиною її морського флоту, у своєму рішенні вказав, що хоча всі суверени мають права територіальної юрисдикції, вони не поширюють дію цих прав на інших суверенів. Довгий час це рішення вважалося керівним для американських судів.

Постійна палата міжнародного правосуддя в Гаазі 12 червня 1929 р., розглядаючи справи про позики югославського і бразильського урядів («справи про сербські і бразильські позики»), які були розміщені серед французьких громадян, визнала, що питання про силу «золотого застереження» по цих позиках підпорядковується законам Югославії і Бразилії, а не французькому законодавству, тому що «до особливостей суверенної держави відноситься те, що вона не вважається підкорившою сутність і дійсність своїх зобов'язань іншому закону, ніж своєму власному».

Таким чином, жодна держава не може вимагати від іноземної держави підпорядкування «чужому» законодавству. У силу цього, при укладенні міжнародно-правових договорів

держави особливо обговорюють подібного роду аспекти своїх відносин.

Наприклад, Угода між Урядом України і Урядом Сполучених Штатів Америки про сприяння капіталовкладенням від 6 травня 1992 р. визначає, що від імені США діятиме спеціальний уповноважений орган, іменованій «емітентом», — Корпорація закордонних приватних інвестицій (ОПІК), та встановлює: «Емітент як некомерційне агентство Уряду Сполучених Штатів Америки не підпадатиме під дію законодавства України, що застосовується до комерційних організацій, які займаються страховою або фінансовою діяльністю»¹.

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-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 щодо застосування заходів для 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 до юридичної особи. Однак заява позову до держави в іноземному суді, як правило, неможлива, 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.

¹ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU92167U.LHT.

Правило про непред'явлення позову в суді до іноземної держави поширюється на всі категорії позовів, будь це позови, що заявляються безпосередньо державі (*in personam* — прямі 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 судів.

Імунітет від попередніх дій. Відповідно до імунітету суд, що розглядає приватноправовий спір за участю іноземної держави, не вправі застосовувати будь-які заходи для попереднього забезпечення позову, тому що такі міри носять примусовий характер. Часто заходи для забезпечення позову розглядаються і приймаються судом ще до порушення і слухання справи за участю держави. У будь-якому випадку, якщо такі міри стосуються держави та її власності (арешт державних рахунків в іноземних банках, опис майна, обмеження права держави користуватися своїм майном і т. ін.), то з огляду імунітету вони недопустимі.

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

У ході багаторічної практики вироблені окремі виключення з цього правила, що дозволяють у випадку 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 або 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 знаходиться у володінні особи, що не має імунітету. Це зумовлює виділення питань власності як самостійного елементу 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, чи є суверен стороною в процесі чи ні, суди не можуть виносити рішення про захоплення або затримку власності, що йому належить або перебуває у його володінні чи під його контролем¹. На такій позиції ґрунтуються і міжнародно-правові акти.

Проте якщо власність держави використовується в комерційних цілях, то на неї не поширюються положення про імунітет власності держави, що передбачається і в розробленому Комісією міжнародного права проекті статей про юрисдикційні імунітети держави і їхню власність, і в законах про імунітети іноземних держав, що діють у ряді держав.

У Великій Британії, Канаді, США, Австралії, Сінгапурі іноземній державі не надається імунітет від виконавчих дій відносно об'єктів права власності, які використовують в торговельних цілях.

Разом з тим, до деяких об'єктів права власності іноземної держави надається повний імунітет від попередніх заходів і виконавчих дій. Це дипломатичні і консульські приміщення та інша власність держави, яка використовується для ведення дипломатичної і консульської діяльності її представництв, консульств, спеціальних місій і т. ін., імунітет яких закріплений у «Віденській конвенції про дипломатичні зносини» від 18 квітня 1961 р.², «Віденській конвенції про консульські зносини» від 24 квітня 1963 р.³, «Конвенції про спеціальні місії» від 16 грудня 1969 р.⁴ Застосування імунітету

¹ Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М.: ПБОЮЛ Гриженко Е. М. (Прспект), 2001. — С. 257.

² Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU61K03U.LHT.

³ Сборник международных договоров СССР. Вып. XLV. — М.: Международные отношения, 1991.

⁴ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU69001.LHT.

для цієї категорії власності, включаючи банківські рахунки, передбачено і у статті 19(1) проекту Комісії міжнародного права (Велика Британія, Пакистан та ін.).

Імунітет від попередніх заходів і виконавчих дій застосовується також до об'єктів права власності, які використовуються чи призначені для використання у зв'язку з військовою діяльністю або є військовими за своєю природою, або контролюються військовою владою (Канада, США, Австралія).

На відміну від інших документів з імунітету держави, у проекті Комісії міжнародного права виділено ще дві категорії власності, до яких не можуть бути застосовані примусові заходи: власність, «яка являє собою частину культурного надбання іноземної держави або частину його архівів» й не виставлена на продаж, і власність, «яка складає частину виставки об'єктів наукового, культурного або історичного значення» та не виставлена на продаж¹.

Режим недоторканності державної власності тісно пов'язаний з міжнародно-правовою доктриною «акта держави», відповідно до якої суди однієї держави не повинні виносити рішення щодо актів уряду іншої країни, винесені на її території. Якщо держава придбала власність на підставі акта, прийнятого на своїй території, жоден іноземний суд не вправі обговорювати правомірність приналежності цієї власності. Імунітет власності виявляється в тому, що, якщо майном володіє держава, яка заявила, що воно їй належить, то ніякі органи іноземної держави не можуть перевіряти правомірність цього факту. У відомому рішенні англійського суду у справі «Лютер проти Сегора», пов'язаному з радянською націоналізацією (1921 р.), було записано: «Якщо Красин привіз із собою ці товари в Англію й оголосив від імені свого уряду, що вони належать російському уряду, то ... жоден англійський суд не може перевіряти, чи відповідає така заява дійсності. Подібне розслідування суперечило б міжнародній ввічливості у відносинах між незалежними суверенними державами»².

¹ *Галстян Рубен*. Иммунитет иностранного государства от принудительных мер // *Белорусский журнал международного права и международных отношений*. — 1999. — № 3. — С. 4.

² *Международное частное право: Учебник* / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М.: ПБОЮЛ Гриженко Е. М. (Проспект), 2001. — С. 258.

Принцип імунітету власності іноземного суверена в літературі формулюється, наприклад, так: «суд ... не має юрисдикції стосовно розгляду позовів або прийняття інших процесуальних дій проти якого-небудь іноземного суверена. Ніяка позовна вимога або інша процесуальна дія не може мати місця в британському суді проти іноземного суверена, власність іноземного суверена не може бути піддана арешту або стягненню, навіть якщо йдеться про судно, що займається торгівлею. Розрізняють два випадки: а) власність іноземної держави знаходиться в руках представника цієї держави, і останній користується судовою недоторканністю; б) власність іноземної держави знаходиться в руках третьої особи, що не користується судовою недоторканністю (імунітетом). Навіть у другому випадку ця власність користується недоторканністю в *самому* повному обсязі, якщо тільки буде доведено, що вона належить суверенній державі¹.

Імунітет угод держави. Оскільки держава в силу імунітету вільна від примусових заходів для 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 знаходить закріплення в міжнародних договорах.

Найбільш важливим підтвердженням цього є Вашингтонська конвенція про порядок розгляду інвестиційних суперечок між державами й іноземними особами від 18 березня 1965 р.², яка ратифікована Законом України «Про ратифікацію Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» від 16 березня 2000 р. № 1547-III³. Згідно зі ст. 42, інвестиційна супе-

¹ Луц Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть. Гл. III. — М.: Юрид. литература, 1975. — С. 76.

² Международное публичное право: Сб. док. Т. 1. — М.: БЕК, 1996.

³ Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 21. — Ст. 161.

речка за участю держави розглядається на основі права, обраного сторонами; у разі відсутності такого вибору застосовується право держави, що виступає як сторона в суперечці.

3.4. Основні доктрини імунітету держави

Вирішення питання про імунітет, його межі та підстави, коли він може бути наданий іноземній державі, залежить від теорії абсолютного чи обмеженого імунітету, прийнятої в тій або іншій країні. У теорії і на цей час при висвітленні цього питання спостерігається деяка розбіжність. Ряд авторів і урядів вважають, що, беручи участь у відносинах у сфері міжнародного приватного права, держава має право на привілеї і переваги. Інша точка зору полягає в тому, що в таких відносинах держава не може посилатися на свої публічно-правові якості і повинна підкорятися загальним правилам без будь-яких виключень.

Відповідно до принципу суверенної рівності держав, іноземна держава на території іншої держави повинна користуватися судовим імунітетом, імунітетом від попередніх заходів та імунітетом від виконавчих дій (елементи теорії абсолютного імунітету).

Абсолютний імунітет означає право держави користуватися імунітетом у повному обсязі, всіма його елементами; він поширюється на будь-яку діяльність держави і будь-яку його власність. Спочатку імунітет склався і застосовувався як абсолютний. Єдине обмеження імунітету держави було можливим тільки за умови прямо вираженої згоди цієї держави.

Теорія абсолютного імунітету має ряд недоліків. Так, положення про те, що суверенітет держави може бути обмежений, є практично загальновизнаним у міжнародному публічному праві. Вступаючи в міжнародні наднаціональні організації та визнаючи обов'язковість рішень їх органів, держава обмежує свій суверенітет. Співробітництво у вирішенні будь-якої глобальної проблеми, переслідування будь-якої глобальної мети припускає відмову від приватних інтересів і привілеїв на користь загального блага. Отже, інтереси міжнародної торгівлі й розвитку інвестицій умож-

ливають відмову від державного імунітету у сфері міжнародного приватного права. Визнання як звичайної норми міжнародного права, відповідно до якої держави не користуються імунітетами від іноземної юрисдикції у випадку участі у відносинах приватноправового характеру, не суперечить загальним принципам міжнародного права.

Надання іноземній державі необмеженого імунітету являє собою відмову в правосудді для іншої сторони відносин і, отже, є порушенням одного з фундаментальних прав. Крім того, якщо держава бере участь у комерційній діяльності, вона тим самим добровільно відмовляється від свого імунітету¹.

У міру розширення функцій держави як у себе «вдома», так і в міжнародних відносинах, вона почала все ширше виступати як суб'єкт приватноправової діяльності й абсолютний імунітет став відсутньою перешкодою в розвитку господарських зв'язків, оскільки контрагенти держави, по суті, позбавлялися права на судовий захист своїх майнових прав. До того ж держави почали звертатися до іноземних приватних банків за одержанням позик. У зв'язку з цим у доктрині та й в судовій практиці з'являється ідея необхідності обмеження імунітету держави. Ж. Шапіра так пояснює причини виникнення цієї концепції: «З одного боку, розвиток державного права спростив юридичні процедури ведення справи проти державних органів; з іншого — держава та її органи стали основними учасниками економічних відносин... Питання про державний імунітет найчастіше розглядається в судах західноєвропейських держав при виникненні суперечок підприємств західних країн з державами третього світу... або національних підприємств з державними установами своїх власних держав. Це можна пояснити виходячи із самої структури міжнародної торгівлі. Право західних держав було змушене враховувати необхідність захисту приватних інтересів у комерційних відносинах, що відрізняються від інших тільки державним характером одного з партнерів»².

¹ Толстых В. Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. — СПб., 2004. — С. 413.

² Шапира Ж. Международное право предпринимательской деятельности. — М., 1993. — С. 94—95.

Уперше теорія обмеженого (функціонального) імунітету була зафіксована в проекті регламенту Інституту міжнародного права 1891 р. Потім її реанімували в 20—30-ті роки минулого століття при розгляді справ за участю радянської держави та її власності. У цей період була укладена Брюссельська конвенція про уніфікацію деяких правил, що відносяться до імунітету державних суден (1926 р.). Вона довгий час (аж до 1937 р.) не набирала сили і не зібрала значної кількості учасників. Ні СРСР, ні Україна не є її учасником. Прагнення правлячих кіл ряду держав підкорити державні судна режиму, аналогічному тому, що установлений для приватних морських суден, з підписанням даної Конвенції увінчалися успіхом. Основні положення Конвенції: «Судна разом з їхнім вантажем, що складаються з власності урядів або орендовані урядом, і службовці для торговельних цілей підкоряються в мирний час загальному морському праву і не повинні користуватися імунітетом». Конвенція допускає арешт і звернення стягнення на іноземні державні судна і вантажі, що перевозяться ними. Але ці положення не поширюються на військові, патрульні, санітарні судна, а також на судна для державних потреб. Підписаний 24 травня 1934 р. Додатковий протокол до Брюссельської конвенції гарантував імунітет суднам, зафрахтованим державою на визначений час або рейс за умови, що судно використовується тільки для цілей урядової або неторгової служби.

Після другої світової війни суди держав континентальної Європи винесли ряд рішень, відповідно до яких не визнавались імунітети іноземних держав у випадку здійснення їхніми урядами дій, що мають комерційний характер. Теорія обмеженого (функціонального) імунітету в країнах романо-германської правової сім'ї закріплена на рівні судової практики, а в країнах англосаксонської — знайшла відображення у законодавстві.

США стали першою країною, де 1976 р. був прийнятий Закон про імунітети іноземних держав, заснований на теорії функціонального імунітету. Згодом, під впливом прикладу США, закони, що обмежують імунітет іноземної держави, були прийняті й іншими державами. Так, 1978 р. у Великій

Британії — Акт про імунітет держави, 1982 р. в Канаді — Акт, що надає імунітет державі в канадських судах, 1981 р. в Пакистані — Ордонанс про імунітет держави, 1979 р. в Сінгапурі — Акт про імунітет іноземної держави, 1981 р. в ПАР — Акт про імунітет іноземної держави, 1984 р. в Австралії — Акт про імунітет іноземної держави, 1995 р. в Аргентині — Закон про юрисдикційний імунітет іноземної держави в судах Аргентини¹.

У деяких країнах, де немає спеціального законодавства про імунітет іноземної держави, судова практика дотримується теорії функціонального імунітету. Так, у спеціальних нотах держав, спрямованих Генеральному секретареві ООН у 1979—1980 рр., вказується, що в Барбадосі, Данії, Фінляндії, Греції, Норвегії, Суринамі, Німеччині застосовується теорія функціонального імунітету держави. Судова практика Франції, Австрії, Бельгії, Італії, Швейцарії, Іспанії також розділяє цю теорію.

Для судової практики цих держав велике значення має розподіл актів держави на приватні та публічні, комерційні та некомерційні. 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.

Теорія обмеженого імунітету не позбавлена недоліків. Так, важко чітко розмежувати суверенні та несуверенні акти держави. Такі суперечки можливі й в інших галузях, але не можна заперечувати, що існують ситуації, коли не виникає сумніву стосовно належності акта держави до приватної або публічної сфери.

Держава завжди залишається державою, навіть коли вона бере участь у міжнародних комерційних операціях. У таких випадках завжди існують політичні мотиви або ж політичні цілі².

¹ Жуков В. А. Юрисдикционные иммунитеты иностранных государств — вызов времени // Юридический мир. — 2001. — № 10. — С. 25—26.

² Толстых В. Л. Международное частное право: коллизийное регулирование. — СПб., 2004. — С. 415.

У наш час, коли набрала силу й діє в Україні з 3 червня 1999 р. (Закон України № 728-XI) Конвенція ООН з морського права від 20 грудня 1982 р., «Загальне морське право», діють норми, що містяться у статтях 95 і 96, згідно з якими повним імунітетом від юрисдикції будь-якої держави, крім держави прапора, користуються у відкритому морі військові кораблі, а також судна, що належать державі чи експлуатуються нею та перебувають тільки на некомерційній державній службі.

Інший приклад теорії функціонального імунітету стосується міжнародних договорів з питань капіталовкладень. Спочатку Радянський Союз, а потім і Україна уклали низку угод про захист капіталовкладень. Наприклад, це угоди з Бельгією та Люксембургом (1989 р.)¹, Сполученим Королівством Великобританії та Північної Ірландії (1989 р.)², Італією (1989 р.)³, Китаєм (1990 р.)⁴, Кореєю (1990 р.)⁵, Нідерландами (1989 р.)⁶, Німеччиною (1989 р.)⁷, США (1992 р.)⁸, Фінляндією (1992 р.)⁹, Францією (1989 р.)¹⁰, Швейцарією (1990 р.)¹¹ та ін. У даний час такі угоди передбачають арбітражний порядок розгляду спорів, пов'язаних з капіталовкладеннями, між державою-учасником та іноземним інвестором. При виникненні суперечки немає необхідності укладати додаткову арбітражну угоду. Сторони вправі відразу

¹ Сборник международных договоров СССР и РФ. Вып. XLII. — М., 1994. — С. 357—361.

² Ведомости ВС СССР. — 1991. — № 43. — Ст. 1179.

³ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004.= файл MU89405.LHT.

⁴ Ведомости ВС СССР. — 1991. — № 48. — Ст. 1358.

⁵ Там само. — 1991. — № 43. — Ст. 1181.

⁶ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004.= файл MU89406.LHT.

⁷ Сборник международных договоров СССР и РФ. Вып. XLVI. — М., 1994 С. 304—309.

⁸ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004.= файл MU92167U.LHT.

⁹ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004.= файл MU92186U.LHT.

¹⁰ Ведомости ВС СССР. — 1991. — № 48. — Ст. 1357.

¹¹ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004.= файл MU90335.LHT.

передати її в органи міжнародного комерційного арбітражу. Наявність такої норми означає, що держава-учасник погодилася підкоритися юрисдикції органів міжнародного комерційного арбітражу. У світлі законодавства закордонних країн, заснованого на концепції обмеженого імунітету, таке підпорядкування означає відмову держави від імунітету. Якщо проти держави буде винесене арбітражне рішення, то на її майно може бути звернене судове стягнення¹.

3.5. Законодавче регулювання імунітету держави

Про перевагу, яка все більше віддається законодавствами зарубіжних країн принципам обмеженого імунітету, свідчать міжнародні договори й угоди, до числа яких належить, зокрема, Європейська Конвенція про імунітет держав від 16 травня 1972 р.², що вступила в силу з 11 червня 1976 р. У даний час Україна не є учасницею цієї конвенції, але відповідно до вимог розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження заходів щодо усунення можливостей подачі до України позовів у закордонні юрисдикційні органи і підвищення ефективності захисту прав і інтересів України під час розгляду справ у цих органах»³ від 16 вересня 2003 р. № 569-р на МЗС, Мін'юст, Мінфін, Мінекономіки, Мінтранс покладені питання про необхідність розробки проекту Закону про приєднання України до Європейської Конвенції про імунітет держав.

У Конвенції проголошено принцип імунітету іноземної держави (ст. 15) і закріплено винятки, за яких іноземна держава не може посилатися на імунітет перед національним судом іншої держави: у зв'язку з судовими розглядами, пов'язаними з контрактами про наймання на роботу; зобов'я-

¹ Хлестова И. О. Вопросы иммунитета государства в законодательстве и договорной практике Российской Федерации. Проблемы международного частного права / Под ред. д-ра юрид. наук И. И. Марышевой. — М.: Юрид. фирма КОНТРАКТ, 2000. — С. 74.

² Международное частное право: Сб. документов. — М., 1997. — С. 41—45.

³ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл KR030569.LHT.

заннями, що виникають з контрактів і підлягають виконанню на території держави суду; пов'язаних з участю держави в компаніях та інших юридичних особах, що розташовані на території держави суду; пов'язаних 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 в результаті спадкування; що впливають з відшкодування шкоди або збитків.

Конвенція не поширюється на розгляди стосовно соціального забезпечення, відшкодування ядерного збитку або шкоди, митних зобов'язань, податкових або карних стягнень, розглядів, пов'язаних з управлінням державними морськими суднами.

Відповідно до Конвенції, держава, проти якої було винесене рішення, зобов'язана його виконати. Виняток становлять суворо обмежені випадки:

1) якщо рішення суперечить публічному порядку країни виконання;

2) якщо спір між тими ж сторонами знаходиться у провадженні суду цієї держави і воно порушено першим або у провадженні суду іншого учасника Європейської Конвенції і було там порушене першим;

3) якщо не були дотримані вимоги про вручення судових повісток, представники держави не з'явилися в суд і не була подана апеляція на заочне судове рішення.

Якщо держава не виконує судове рішення, сторона, що домагається його виконання, вправі звернутися в суд держави, проти якої було винесене рішення. Цей суд повинний визначити, чи підлягає виконанню винесене проти цієї держави рішення. При ратифікації або приєднанні до Європейської Конвенції держава-учасниця вказує такі компетентні суди.

Ніякі примусові заходи не застосовуються відносно власності іноземної держави, що перебуває на території держави суду. Такі заходи можуть вживатися тільки за умови, якщо іноземна держава в письмовій формі погодилася на їх

застосування. 16 травня 1972 р. був підписаний Протокол до Європейської Конвенції. Відповідно до цього Протоколу (ст. 1), якщо проти держави-учасниці Європейської Конвенції було винесене судове рішення, яке вона не виконує, сторона, на користь якої винесене рішення, вправі звернутися до Європейського Трибуналу з питань імунітету держави.

Зміст імунітету держави, його органів та їхніх посадових осіб розкривається у Віденських конвенціях: Про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р.¹ (набрала сили для України з 12 липня 1964 р.), Про консульські зносини від 24 квітня 1963 р.², Про представництво держав у їхніх відносинах з міжнародними організаціями універсального характеру від 14 березня 1975 р.³ (ратифікована Україною 24 липня 1978 р.), Конвенції 1961 і 1963 рр. доповнює Конвенція про спеціальні місії від 16 грудня 1969 р.⁴ (ратифікована 14 липня 1993 р.).

Генеральна Асамблея ООН у лютому 1946 р. прийняла Конвенцію про привілеї та імунітети ООН, а пізніше, у листопаді 1947 р., — Конвенцію про привілеї та імунітети спеціалізованих установ (Україна є стороною цієї Конвенції з 1966 р.). Особливості наділення привілеями та імунітетами цих установ записані в документах про них.

На території України перебувають керівні органи або представництва багатьох міжнародних організацій. Такі організації та їхні органи, відповідно до міжнародних договорів про них, а також міжнародних договорів, укладених Урядом України з цими організаціями, користуються в Україні привілеями та імунітетами. До числа зазначених угод, зокрема, належать: Угода між Кабінетом Міністрів України та Організацією Економічного Співробітництва та

¹ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU61K3U.LHT.

² Сборник международных договоров СССР. — Выпуск XLV. — Москва: Международные отношения, 1991 г.

³ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU75K12U.LHT.

⁴ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU69001.LHT.

Розвитку щодо привілеїв, імунітетів і пільг, наданих Організації від 19 грудня 1997 р.¹ (ратифікована Законом України від 7 липня 1999 р. № 850-ХІ²); Додатковий протокол про привілеї та імунітети Організації Чорноморського Економічного Співробітництва від 30 квітня 1999 р.³ (ратифікований Законом України від 6 липня 2000 р. № 1865-ІІІ⁴); Угода про привілеї та імунітети Комісії із захисту Чорного моря від забруднення від 28 квітня 2000 р.⁵ (ратифікована Законом України від 15 травня 2003 р. № 799-І⁶); Шостий протокол до Генеральної угоди про привілеї та імунітети Ради Європи від 5 березня 1996 р.⁷ (ратифікований Законом України від 15 травня 2003 р. № 800-І⁸) та інші.

Особливі умови міждержавних відносин, що виникають у зв'язку з діяльністю поза межами державної території, — у відкритому морі, Антарктиді, космічному просторі — регулюються: Конвенцією Організації Об'єднаних Націй з морського права від 12 грудня 1982 р.⁹ (ратифікована Законом України від 3 червня 1999 р. № 728-ХІ¹⁰), Договором про Антарктику від 1 грудня 1959 р.¹¹ (Україна приєдналася згідно з Постановою Верховної Ради України «Про приєднання України до Договору про Антарктику 1959 року» від 17 вересня 1992 р.¹²), Договором про принципи діяльності держав по дослідженню і використанню космічного

¹ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU97321.LHT.

² Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 35. — Ст. 301.

³ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU99029.LHT.

⁴ Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 46. — Ст. 394.

⁵ Офіційний вісник України. — 2004. — № 2. — Ст. 106.

⁶ Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 30. — Ст. 256.

⁷ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU96395.LHT.

⁸ Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 30. — Ст. 257.

⁹ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU82K23R.LHT.

¹⁰ Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 31. — Ст. 254.

¹¹ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU59002.LHT.

¹² Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 41. — Ст. 602.

простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла від 27 січня 1967 р.¹, й іншими міжнародними договорами, в яких вирішуються питання, пов'язані з імунітетом держави, його суден, космічних об'єктів і т. ін. (Угода між Урядом України й Урядом Китайської Народної Республіки про співробітництво в дослідженні та використанні космічного простору в мирних цілях від 4 грудня 1995 р.²; Рамкова угода між Урядом України та Урядом Федеративної Республіки Бразилія про співробітництво у використанні космічного простору в мирних цілях від 18 листопада 1999 р.³; Договір між Україною та Федеративною Республікою Бразилія про довгострокове співробітництво щодо використання ракети-носія «Циклон-4» на пусковому центрі Алкантара від 21 жовтня 2003 р.⁴).

Імунітет українських державних морських суден спирається не тільки на міжнародне, а й на внутрішнє право. Стаття 18 Кодексу Торговельного Морепоходження⁵ передбачає, що на судна, які перебувають у власності держави, не може бути накладений арешт або звернено стягнення без згоди органу, який здійснює управління державним майном. Ця норма закону повинна поважатися і за кордоном, оскільки правове положення морського судна визначається законом держави, під прапором якого воно ходить.

¹ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. — Вып. XXV. — М., 1972. — С. 41—45.

² Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU95412.LHT.

³ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU99233.LHT.

⁴ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004. = файл MU03140.LHT.

⁵ Відомості Верховної Ради України. — 1995. — №№47—52. — Ст. 349.

ОСОБЛИВА ЧАСТИНА

ГЛАВА 6 Право власності

§ 1. Поняття права власності

Економічні відносини власності є одним з найважливіших об'єктів державно-правового регулювання. Поняття права власності як юридичної категорії виникає внаслідок врегулювання економічних відносин за допомогою юридичного інструментарію. Воно має велике значення для всіх без винятку галузей права.

У наш час у вітчизняному праві існує кілька нормативних визначень права власності. Так, за ст. 316 чинного Цивільного кодексу України, правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Згідно зі ст. 2 Закону України «Про власність»¹ від 14 жовтня 1992 р., право власності — це врегульовані законом суспільні відносини щодо володіння, користування й розпорядження майном. Здійснювати відносини щодо володіння, користування та розпорядження власністю в Україні можуть не тільки народ України, громадяни, юридичні особи України та держава, а також інші держави, їхні юридичні особи, міжнародні організації, громадяни іноземних держав та особи без громадянства. Різновиди майна, що може бути у власності тих чи інших суб'єктів, а також форми власності, підстави її набуття та правовий режим тощо визначаються окремо кожною державою.

Постійна міграція населення, розширення меж зовнішньоекономічного ринку та багато інших чинників зумовлюють наявність у відносинах власності іноземного елемента. Відповідно, колізійні питання права власності — це питання, по-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 48. — Ст. 660.

в'язані з необхідністю обрання одного з колізуючих національних законів для вирішення конкретного питання, пов'язаного з правом власності, зокрема з визнанням права власності на річ, що придбана за кордоном; встановленням змісту права власності; визначенням правомочностей власника; підставами набуття та припинення права власності тощо.

§ 2. Різновиди власності

Колізії у сфері права власності вирішуються на національному рівні, у міжнародних договорах їм також приділено увагу. Серед чинних міжнародних актів слід згадати Конвенцію про правову допомогу в межах СНД та двосторонні договори про правову допомогу в цивільних справах, Гаазьку конвенцію про право, що застосовується до переходу права власності при міжнародній купівлі-продажу товарів (1986 р.) тощо.

Визначальним питанням у сфері права власності є питання про те, чи є дана особа власником конкретної речі. У сфері міжнародного приватного права загальновизнано, що коли річ у певній державі правомірно перейшла у власність іншої особи за законами цієї держави, то в разі зміни місцезнаходження речі право власності на неї зберігається за її власником.

Майно, яке може перебувати у власності, за своєю правовою природою не є однорідним. Тут насамперед слід згадати про поділ майна на рухоме та нерухоме. У цивільному законодавстві більшості іноземних країн проведено чітке розмежування між рухомим і нерухомим майном. Так, право України (ст. 181 Цивільного кодексу України) до нерухомих речей відносить земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни призначення. Режим нерухомоті речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації. Рухомими речами є речі, які можна вільно переміщувати у просторі.

Згідно з нормами Цивільного кодексу Франції, до нерухомого майна належать: земельні ділянки; незібраний уро-

жай; предмети, що їх власник землі помістив на свою ділянку для обслуговування та експлуатації; речі, з'єднані з землею назавжди; узуфрукт на нерухомі речі; сервітути, чи земельні повинності; позови, які мають своїм предметом повернення нерухомості. Рухомими, за нормами того ж Кодексу, вважаються речі, які можуть змінювати своє місцезнаходження (скажімо, рухаються самі); зобов'язання та позови, що мають своїм предметом сплату грошових сум чи права на рухомі речі; акції або паї у фінансових, торговельних чи промислових компаніях; вічні чи довічні ренти, сплачувані державою чи приватними особами.

Цивільний кодекс Португалії до нерухомих речей відносить: міські й сільські будівлі та споруди; води; дерева, кущі, плодові насадження, якщо вони тісно пов'язані з землею; спадкові права на вказане майно; частини сільських і міських споруд; усяку рухому річ, з'єднану назавжди з ними. Усі інші речі вважаються рухомими. Приблизно таким самим за змістом є поділ речей на рухомі й нерухомі у багатьох інших державах.

У законодавстві Швеції чітко розмежування майна на рухоме й нерухоме досягається переліком нерухомого майна (земля, будівлі, устаткування, речі, якими обладнаний будинок, тобто ліфти, радіатори, труби тощо)¹.

У Німеччині під нерухомість підпадає земля та все те, що міцно пов'язано з нею. Рухомістю визнається тут усе, що не є земельною ділянкою або її складовою частиною.

Істотні особливості має поділ речей на рухомі й нерухомі у загальному праві Англії. Самі терміни «рухоме» та «нерухоме майно» використовуються судами, як правило, лише тоді, коли йдеться про правовідносини з участю іноземного елемента².

Право США, як і право інших країн, визнає землю і фізичні споруди, що розташовані на ній, нерухомим майном. Сюди також відносять предмети особистої власності, додані до цих структур. У праві США вони мають назву «ру-

¹ *Ануфриева Л. П.* Международное частное право: Учебник: В 3 т. — М.: БЕК, 2000. — Т. 1. Общая часть. — С. 155.

² *Фединяк Г. С., Фединяк Л. С.* Міжнародне приватне право: Навч. посібник. — К.: Юрінком Інтер, 2000. — С. 201.

хомість, поєднана з нерухомістю». Такі предмети власності вважаються предметами особистої власності лише до моменту їх приєднання до фізичних структур. А після вони вже становлять частину нерухомості, вважаються рухомістю, поєднаною з нерухомістю¹.

Із наведеного випливає, що право різних країн не завжди однаково вирішує питання про віднесення тієї чи іншої речі до рухомого чи нерухомого майна. Проблема, яка випливає внаслідок цього, має назву «приховані колізії», або «конфлікт кваліфікацій (characterization)». Тому вирішальним є обрання закону, відповідно до якого вирішуватиметься питання про статус речі. Однак, як національні законодавства деяких країн, так і більшість договорів про правову допомогу, що передбачають врегулювання відносин власності з участю іноземного елемента, залишили це питання відкритим. У зазначених актах вирішуються колізійні питання щодо рухомого та нерухомого майна без вказівки на право, за яким необхідно кваліфікувати природу такого майна.

Історично так склалося, що право власності на нерухоме майно визначається за законом країни, де воно знаходиться. На відміну від цього право власності на рухомі речі (цінні папери, особисті речі, транспортні засоби) визначалося протягом довгого часу в Європі за особистим законом власника. Ця колізійна прив'язка застосовувалася до середини XIX ст. Згодом сфера його застосування звузилася, була обмежена випадками правонаступництва внаслідок смерті власника стосовно рухомості та режиму майна подружжя. Від особистого закону власника як колізійної прив'язки у відносинах права власності на рухоме майно в європейських країнах поступово відмовилися. Держави «сім'ї загального права» нині також переходять до принципу закону місця знаходження речі, який закріпився як у національному праві багатьох країн, так і в договорах про правову допомогу.

Отже, у наш час вирішальним для визначення прав на рухомість і нерухомість є *закон їх місця знаходження (lex*

¹ *Бернхем В.* Вступ до права та правової системи США. — К.: Україна, 1999. — С. 408.

rei sitae). Названа колізійна прив'язка є основною при визначенні більшості колізійних питань права власності. Разом з тим, у деяких випадках неможливо взагалі використати вищевказану прив'язку, наприклад, коли річ знаходиться на території, на яку не поширюється державний суверенітет. У таких випадках право більшості країн віддає пріоритет особистому закону власника. Крім зазначених колізійних прив'язок для вирішення окремих колізійних питань права власності, що можуть виникнути у тій чи іншій ситуації, використовуються ще й інші. Зокрема йдеться про закон місця реєстрації майна (насамперед, транспортних засобів), закон місця призначення майна або його відправлення, закон місця здійснення правочину, закон суду, закон прапору судна (якщо йдеться про відкрите море); принцип автономії волі тощо.

Крім класичного поділу майна на рухомість і нерухомість слід згадати про його поділ на матеріальне та ідеальне майно, що знайшло відображення у праві більшості країн у вигляді визнання двох видів об'єктів права власності: матеріальних і нематеріальних (безтілесне майно). У свою чергу, останнє поділяється на фінансову та комерційну власність. До фінансової власності у праві багатьох країн почали відносити грошові папери, зокрема акції, облігації, векселя, чеки, а до комерційної — документи, що відображують право на отримання товарів, насамперед, коносаменти, накладні. Така власність, як правило, у внутрішньому національному праві підкоряється спеціальному правовому режиму, внаслідок правових особливостей, які їй притаманні. У зв'язку з цим у сфері міжнародного приватного права для вирішення колізійних питань, пов'язаних з безтілесною власністю, неможливо використовувати закон її місцезнаходження. Сьогодні відповіді на колізійні питання, які можуть виникнути у зв'язку з володінням даним різновидом власності, можна знайти у відповідних міжнародних договорах (конвенціях), зокрема у Конвенції про врегулювання деяких колізій законів про переказані та прості векселі 1930 р., Женевській конвенції 1931 р. та Одноманітному чековому законі, якій додається до неї, у ряді транспортних конвенцій (щодо коносаментів і накладних) тощо.

Ще одним різновидом власності, який на нормативному рівні чітко відособлений від інших, є інтелектуальна власність. Майнові та особисті права авторів і винахідників охороняються на підставі норм відповідно авторського і винахідницького права. Найбільш суттєвою особливістю цих прав є їхній територіальний характер. Останнє означає, що право на літературний твір (особисті немайнові та майнові права), який вперше створено (опубліковано, оприлюднено) на території відповідної країни, виникає за законодавством даної країни і його юридичний захист поширюється лише на території цієї країни, тобто не тягне за собою його автоматичне визнання на території іншої. Право на промислову власність виникає в особи з моменту видачі йому відповідним органом патенту. Патент на винахід, корисну модель, промисловий зразок має юридичну силу лише на території країни, яка видала патент.

Подолання територіального характеру інтелектуальних прав досягається створенням міжнародних організацій з охорони прав інтелектуальної власності та укладення міжнародних договорів про їх взаємне визнання і охорону.

Так, 20 березня 1883 р. було прийнято *Паризьку конвенцію про охорону промислової власності*¹ (переглянуто: у Брюсселі 14 грудня 1900 р., у Вашингтоні 2 червня 1911 р., у Гаазі 6 листопада 1925 р., у Лондоні 2 червня 1934 р., у Лісабоні 31 жовтня 1958 р., у Стокгольмі 14 липня 1967 р., змінено 2 жовтня 1979 р.). Країни, до яких застосовується ця Конвенція, створили Союз з охорони промислової власності.

Об'єктами охорони промислової власності відповідно до положень Конвенції є патенти на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування та вказівки про походження чи найменування місця походження, а також добросовісна конкуренція. Промислова власність розуміється в широкому значенні і поширюється не тільки на промисловість і торгівлю, а й на галузі сільськогосподарського виробництва і

¹ Для України набула чинності 25 грудня 1991 р. (для СРСР — 1 липня 1965 р.)

добувної промисловості та на всі продукти природного походження.

Стаття 2 Паризької конвенції встановила національний режим охорони промислової власності для громадян країн Союзу. Останній полягає у тому, що відносно охорони промислової власності громадяни кожної країни Союзу користуються в усіх інших країнах Союзу такими самими привілеями, що надаються тепер чи надаватимуться згодом відповідними законами власним громадянам, не обмежуючи при цьому прав, спеціально передбачених цією Конвенцією. Виходячи з цього, їхні права охоронятимуться так само, як і права громадян даної країни, і вони користуватимуться тими ж законними засобами захисту від будь-якого посягання на їхні права, якщо при цьому дотримуються умови та формальності, приписувані власним громадянам.

За ст. 4 Конвенції, особа, яка подала заяву на винахід в одній із країн-учасниць Конвенції, протягом року з дня подачі першої заяви користується правом пріоритету для подачі заяви в інших країнах-учасницях Конвенції. Отже, якщо винахідник не скористається правом пріоритету, цілком імовірно, що його винахід може бути запатентовано іншою особою в іншій країні.

1886 року було укладено *Бернську конвенцію про охорону літературних і художніх творів*¹, яка теж неодноразово переглядалася. Країни-учасниці Конвенції створили Союз для охорони прав авторів на їх літературні та художні твори. За її положеннями творами, що підлягають охороні, є: 1) літературні та художні твори; 2) можлива вимога фіксації; 3) похідні твори; 4) офіційні тексти; 5) збірники; 6) зобов'язання про охорону особи, яка користується нею; 7) твори прикладного мистецтва та промислові зразки; 8) новини.

Ця Конвенція (ст. 3) закріплює два критерії, встановлення яких є необхідним для надання охорони. Це громадянство автора або місце його проживання та місце випуску твору у світ.

¹ Україна бере участь з 25 жовтня 1995 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 21. — Ст. 155.

Права авторів Конвенція розподіляє на дві групи:

а) особисті майнові та немайнові права (такі права визначаються за законом країни—місця пред'явлення вимоги про охорону прав);

б) спеціальні права (встановлені у положеннях даної Конвенції).

У цілому Конвенція містить досить велику кількість імперативних положень і формальностей.

1952 року в Женеві було підписано *Всесвітню конвенцію про авторське право*¹. Конвенцією встановлено національний режим захисту прав авторів як випущених, так і не випущених у світ творів. Так, випущені у світ твори громадян будь-якої країни-учасниці Конвенції, рівно як і твори, вперше випущені у світ на території такої країни, користуються в кожній іншій країні-учасниці Конвенції охороною, яку така країна надає творам своїх громадян, які вперше випущені у світ на її власній території.

Не випущені у світ твори громадян кожної країни-учасниці Конвенції користуються в кожній іншій країні-учасниці Конвенції охороною, яку ця країна надає творам своїх громадян, що не випущені у світ.

Для досягнення цілей даної Конвенції будь-яка країна-учасниця Конвенції може в порядку свого внутрішнього законодавства прирівняти до своїх громадян будь-яких осіб, що доміцильовані на території цієї країни. Конвенція не розкриває зміст авторських прав і навіть не дає їх перелік. Єдиним правом автора, безпосередньо передбаченим Конвенцією, яке охороняється нею, є виключне право автора на переклад, випуск у світ перекладів і надання дозволів на переклади та їх випуск у світ. Термін охорони твору, за положеннями Конвенції, визначається законом країни-учасниці Конвенції, в якій ставиться вимога про охорону, відповідно до положень Конвенції. Термін охорони творів, на які поширюється дія цієї Конвенції, не може бути коротшим за період, що охоплює час життя автора і двадцять п'ять років після його смерті.

¹ 23 грудня 1993 р. постановою Верховної Ради затверджено участь у цій Конвенції // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 70.

У липні 1967 р. у Стокгольмі було підписано *Конвенцією про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності*¹ (змінено 2 жовтня 1979 р.), учасницею якої є також Україна. Головна мета цієї організації полягає у захисті інтелектуальної власності в усьому світі шляхом співробітництва країн-учасниць Конвенції. Конвенцію присвячено, головним чином, організаційним питанням функціонування Всесвітньої організації інтелектуальної власності, її структури та висвітленню її повноважень.

До моменту прийняття даної Конвенції об'єкти авторського та патентного права в міжнародному приватному праві завжди розглядалися окремо одне від одного, з її прийняттям відбулося об'єднання їх під спільною назвою «інтелектуальна власність». За ст. 2 (viii) Конвенції «інтелектуальна власність» включає права, що належать до:

- літературних, художніх і наукових творів;
- виконавчої діяльності артистів, звукозапису, радіо- та телевізійних передач;
- винаходів у всіх сферах людської діяльності, наукових відкриттів;
- промислових зразків;
- товарних знаків, знаків обслуговування; фірмових найменувань і комерційних позначень;
- захисту проти недобросовісної конкуренції, а також усіх інших прав, які стосуються інтелектуальної діяльності у виробничій, науковій, літературній і художній сферах.

Виокремлення з авторського права суміжних прав привело до необхідності окремої охорони останніх, у тому числі на міжнародному рівні. Першою конвенцією, яку було присвячено зазначеній проблематиці, стала *Римська конвенція про охорону інтересів артистів-виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення*² 1961 року. Конвенцію також засновано на принципі надання національного режиму охорони суміжних прав. Мінімальний строк охорони становить 20 років. Положення Конвенції передбачають необ-

¹ СРСР став членом Паризького та Бернського Союзів з 26 квітня 1970 р.

² Для України набрала чинності з 12 червня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 2. — Ст. 13.

хідну наявність на примірниках фонограм, призначених для продажу, або їх упаковках відповідної символіки.

29 жовтня 1971 р. було прийнято *Женевську конвенцію про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їх фонограм*¹. Країни-учасниці Конвенції взяли на себе обов'язок охороняти інтереси виробників фонограм від незаконного виробництва, ввозу та розповсюдження копій фонограм. Відповідно до положень Конвенції така охорона надається за законом країни громадянства виробника фонограми (відбувається відхід від принципу національного режиму). Строки охорони також встановлюються національним законодавством, однак не можуть бути меншими за 20 років, починаючи з року, коли було зроблено першу фонограму.

21 травня 1974 р. було прийнято *Брюссельську конвенцію про розповсюдження сигналів, що несуть програми і передаються через супутники*. Країни—учасниці Конвенції взяли на себе зобов'язання встановлювати у своїх національних законах заборони на трансляцію відповідними організаціями сигналів, що містять програми, на ті станції, яким вони не були призначені.

20 грудня 1996 р. Дипломатичною конференцією було прийнято *Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми*². Він є відкритим для підписання країн-членів цієї організації. Договір встановлює національний режим охорони і надає комплекс виключних прав виконавцям і виробникам фонограм. Так, виконавці наділені виключним правом відносно своїх виконань дозволяти або забороняти: ефірний показ і сповіщення для загального ознайомлення незаписаних виконань; запис своїх незаписаних виконань; пряме чи непряме відтворення своїх виконань; комерційний прокат оригіналу або примірників своїх виконань тощо.

Оскільки не всі країни є учасницями тих чи інших конвенцій у сфері фінансової, комерційної, інтелектуальної

¹ Про приєднання України див.: Закон України від 15 червня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 32. — Ст. 265.

² Про приєднання України див. Закон України від 20 вересня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 2. — Ст. 15.

власності, проблема значно ускладнюється, якщо сторони як колізійний обрали принцип автономії волі сторін, відповідно до якого діє право країни, що не є учасницею відповідної конвенції та не містить варіантів її вирішення на національному рівні. Крім того, у даній сфері гострою є проблема первинної кваліфікації. У літературі слушно зазначається, що істотною перешкодою при виборі необхідного колізійного принципу є проблема кваліфікації не лише понять «рухомість — нерухомість», а цілої низки таких юридичних понять, як «цінні папери», «інтелектуальна власність», «ризик випадкової загибелі товарів», «перехід права власності» тощо. Так, наприклад, законодавство різних країн неоднаково встановлює момент переходу права власності. Одні країни пов'язують такий момент з фактичною передачею речі; інші – визначають момент переходу права власності відповідно до контракту, незалежно від фактичної передачі¹.

В американському праві, наприклад, вищезазначену проблему вирішено прийняттям усіма штатами «законів про реєстрацію». За цими законами, покупець, отримавши юридичний документ, повинен зареєструвати його в урядовій установі, яка займається реєстрацією юридичних документів. Така реєстрація «інформує» світ про те, що цей покупець нині є власником майна².

У контексті даного питання слід згадати про *Конвенцію щодо права, яке застосовується до переходу права власності при міжнародній купівлі-продажу товарів* (Гаага, 15 квітня 1958 р.), спрямовану на вирішення колізійних питань, що виникають у зв'язку з переходом права власності при міжнародній купівлі-продажу рухомих речей (в силу не вступила).

Відповідно до ст. 2 цієї Конвенції, право, що застосовується до договору купівлі-продажу, визначається: моментом, до якого продавець має право на плоди та інший приріст від проданого товару; або до якого продавець несе ризики

¹ Федосеева Г. Ю. Международное частное право: Учебник. — М.: Острожье, 1999. — С. 142.

² Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К.: Україна, 1999. — С. 417.

відносно проданого товару; чи момент, до якого продавець має право на відшкодування збитків у відношенні проданого товару.

Згідно з п. 2 ст. 3 зазначеної Конвенції, право власності визнається таким, що перейшло до покупця, якщо такий перехід права власності визнається внутрішнім правом однієї з країн, на території якої знаходився раніше проданий товар. Крім того, у випадку продажу товарів, заснованого на документах, якщо ці документи представляють проданий товар, право власності визнається таким, що перейшло до покупця відповідно до внутрішнього права країни, в якій на нього виписані документи.

Інший акт міжнародного характеру — *Конвенція про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів* (Гаага, 22 грудня 1986 р.) встановлює, що право, яке повинно застосовуватися до договору купівлі-продажу згідно зі статтями Конвенції поряд з врегулюванням інших відносин, торкається питань дійсності та юридичної сили положень щодо утримання права власності на товар у відносинах між сторонами¹.

Повертаючись до чинного на сьогодні вітчизняного законодавства, слід зазначити, що відповідно до Цивільного кодексу України на зміст права власності не впливають місце проживання власника та місцезнаходження майна. Зрозуміло, що законодавець мав на увазі суто внутрішній цивільний оборот, оскільки закон місцезнаходження майна, як уже зазначалося, є загальновизнаним колізійним принципом.

Висвітлення колізійних питань права власності, передбачене у проекті Закону України «Про міжнародне приватне право»², майже ідентичне тому, що містилося у ЦК України 1963 р. Відповідно до положень проекту Закону право власності та інші речові права як на рухоме, так і на нерухоме майно визначається за допомогою однієї колізійної прив'язки — права країни, в якій це майно знаходиться, якщо інше не передбачено законом. Цю колізійну прив'язку також

¹ *Вилкова Н. Г.* Договірне право в міжнародному обороті. — М.: Статут, 2002. — С. 429, 430, 448.

² www.zakon.gov.ua.

обрано для визначення належності майна до рухомих або нерухомих речей і т. ін.

Проект Закону України «Про міжнародне приватне право» стосовно виникнення та припинення права власності або іншого речового права на майно передбачає застосування *закону країни* (Договірної Сторони), *на території якої майно знаходилось в момент, коли мали місце дія або інші обставини, що стали підставою виникнення чи припинення такого права.*

Тут також передбачено визначення права власності та інші речові права на рухоме майно, що перебуває в дорозі. Останнє здійснюється з допомогою права країни, з якої це майно відправлено, якщо інше не встановлено погодженням Сторін. У даному випадку йдеться про використання двох колізійних принципів: *закону здійснення акту*, та *принципу автономії волі*. Їх наявність є проявом договірної свободи, тому вищевказане положення закріплене як у міжнародно-правових джерелах, так і в національному законодавстві багатьох країн.

Право власності на транспортні засоби, які підлягають внесенню в державні реєстри, визначається *законом місцезнаходження органу, що реєстрував транспортний засіб*. Таке положення міститься також у багатьох договорах про правову допомогу.

У проекті передбачено вирішення колізійного питання, пов'язаного з виникненням права власності на майно внаслідок набувальної давності; як колізійну прив'язку обрано право країни, в якій майно знаходилося на момент спливу набувальної давності. Для права України, на відміну від права деяких інших європейських країн, інститут набувальної давності є новим. Його закріплено у ст. 344 чинного Цивільного кодексу України. Відповідно до неї, особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом 10 років або рухомим майном протягом 5 років, набуває право власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено зазначеним Кодексом.

ГЛАВА 7 Правочини з іноземним елементом

§ 1. Поняття та види правочинів з іноземним елементом

Поняття правочину з іноземним елементом. Чинне законодавство України не дає визначення поняттю «правочин з іноземним елементом» і не містить колізійних норм щодо обрання права, яке має застосовуватися до таких правочинів. Це парадоксальне на перший погляд явище пояснюється досить просто — до 90-х років держава була монополістом у сфері зовнішньоекономічної діяльності, яка носила у той час переважно торговий характер, а кількість та обсяг правочинів, що уклалися приватними особами, був настільки незначний, що з точки зору законодавця не вимагав спеціального регулювання. Тому ст. 569 Цивільного кодексу (ЦК) УРСР містила колізійні норми лише щодо «зовнішньоторговельних угод». Єдиним виключенням була ст. 568 ЦК УРСР, яка містила колізійні норми щодо визначення форми «угоди, що укладається за кордоном», тобто застосовувалась і до правочинів, що уклалися поза рамками зовнішньоекономічної діяльності.

І навіть сьогодні, при вибухоподібному зростанні кількості різноманітних правочинів з іноземним елементом, включаючи споживчі (побутові), увага вчених у галузі міжнародно-приватного права традиційно зосереджена на проблемах зовнішньоекономічної діяльності, і більшість підручників не містять взагалі розділу щодо правочинів, а починаються одразу з розгляду зовнішньоекономічних до-

говорів (контрактів)¹. Між тим, в судах України поступово зростає кількість справ щодо договорів з іноземним елементом, які не є зовнішньоекономічними, але потребують відповідного регулювання. Предметом судового розгляду стають споживчі договори про придбання товарів в іноземних фірм, договори на туристичне обслуговування, грантові угоди, договори про відкриття фізичними особами банківських рахунків за кордоном, договори страхування, що укладаються з іноземними страховиками, договори на лікування в іноземних клініках, договори про навчання в іноземних освітніх закладах, договори про реєстрацію доменних імен тощо.

Враховуючи потреби практики, колізійні норми стосовно правочинів і договорів були включені до проекту ЦК України, а згодом — до проекту Закону «Про міжнародне приватне право» від 9 жовтня 2002 р. № 2274, прийнятому у першому читанні 23 листопада 2003 р. (далі — проект Закону про МПП), у вигляді двох глав: глави IV «Колізійні норми щодо правочинів, довіреності, позовної давності» та глави VII «Колізійні норми зобов'язального права» (§ 1 «Договірні зобов'язання»).

Проект Закону про МПП також не містить визначення правочину (договору) з іноземним елементом. Але таке визначення було б зайвим, за правилами юридичної техніки воно має бути сконструйоване поєднанням поняття «правочин» (ч. 1 ст. 202 ЦК) чи договір (ч. 1 ст. 626 ЦК) з поняттям «іноземний елемент», що міститься у ст. 2 проекту Закону про МПП.

Слід зазначити, що проект, який конструювався на підставі сучасних іноземних законів про МПП, *відмовляється від пострадянської традиції відокремленого регулюван-*

¹ Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М.: Проспект, 2000. — С. 335—402 (Глава 12 «Внешнеэкономические сделки»). Федосеева Г. Ю. Международное частное право: Учебник. — М.: Острожье, 1999. — С. 108—136 (Глава 6 «Основы правового регулирования внешнеэкономической деятельности»); Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Междунар. отношения, 1997. — С. 199—230 (Глава 8 «Внешнеэкономические сделки»).

ня зовнішньоекономічних договорів (контрактів) та інших правочинів з іноземним елементом, встановлюючи для них спільні колізійні норми.

Втім, категорія «зовнішньоекономічного договору (контракту)» продовжуватиме своє існування внаслідок її закріплення у нормах Господарського кодексу України (далі — ГК) та Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Зовнішньоекономічний договір (контракт). У ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зовнішньоекономічний договір (контракт) визначається як «матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну чи припинення їх взаємних прав і обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності».

Відповідно до ч. 1 ст. 337 ГК України, зовнішньоекономічною діяльністю суб'єктів господарювання є господарська діяльність, яка у процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном, зазначеним у частині першій статті 139 ГК¹, та/або робочою силою.

Таким чином, на сьогодні критеріями для виокремлення зовнішньоекономічного договору з кола інших правочинів є:

а) його суб'єктний склад — участь у договорі принаймні одного українського суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності і принаймні одного іноземного контрагента. Законодавством детально визначається коло осіб, які є суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України (ст. 378 ГК, статті 3, 5 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність»), та коло осіб, які можуть розглядатись як іноземні контрагенти (ст. 1 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» визначає іноземних суб'єктів господарської діяльності як суб'єктів господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання за межами України).

¹ Майном у ч. 1 ст. 139 ГК визнається сукупність речей та інших цінностей (включаючи нематеріальні активи), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються у діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їх балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів.

Слід зазначити, що договори, укладені виключно між іноземними суб'єктами господарської діяльності не є зовнішньоекономічними, за виключенням випадків, коли іноземний суб'єкт господарювання діє через свій відокремлений підрозділ (філію, відділення тощо), який має постійне місцезнаходження на території України¹;

б) перетинання митного кордону України майном та/або робочою силою. Вважаємо, що цей критерій, запроваджений ГК, не є доцільним, оскільки існує ціла низка зовнішньоекономічних договорів, виконання яких не передбачає перетинання митного кордону майном та/або робочою силою².

Така посилена увага законодавця до відокремлення зовнішньоекономічних договорів пояснюється мотивами суто «поліцейського» характеру, оскільки договори, що визнаються в Україні зовнішньоекономічними, підпадають під дію цілої низки імперативних норм вітчизняного законодавства (ці норми мають переважно публічний характер і належать до зовнішньоекономічного, валютного, податкового або митного законодавства). Практика свідчить, що такий підхід є характерним для країн з досить низьким рівнем економічного розвитку, які намагаються вирішити певні фінансові проблеми запровадженням жорсткого контролю та ряду обмежень щодо укладення й виконання зовнішньоекономічних договорів (контракти підпадають під дію норм про квотування та ліцензування, обов'язкову реєстрацію, може передбачатися отримання дозволу від компетентного органу на їх укладення та подання спеціальної звітності, певні обмеження можуть стосуватися предмета договору, ціни товару (робіт, послуг), валюти й порядку розрахунків тощо). Враховуючи досвід інших країн, можна припустити, що з перебігом часу

¹ Детальніше див.: Підприємницьке право України: Підручник / За заг. ред. Р. Б. Шишки. — Харків: Еспада, 2000. — С. 378—379.

² Цікаво, що даний критерій, поряд з іншими, був обраний як додатковий для визначення міжнародного договору купівлі-продажу у двох Гаазьких конвенціях 1964 р. про міжнародну купівлю-продаж, однак це, поряд з іншими обставинами, призвело до невинного виключення зі сфери дії Конвенцій цілої низки договорів. І тому Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу 1980 р. відмовилася від застосування цього критерію.

та поліпшенням економічної ситуації в Україні такий підхід буде змінений в бік значної лібералізації.

З точки ж зору МПП, будь-який правочин, що містить іноземний елемент, може потребувати застосування колізійної норми.

Міжнародний комерційний правочин. У доктринальній літературі робилися численні спроби визначити поняття «міжнародний комерційний правочин», яке на відміну від поняття зовнішньоекономічний договір (контракт) не відображало б точку зору певного національного законодавця, а мало б універсальний міжнародний характер. Низка міжнародних договорів для визначення сфери свого застосування наводять характеристики договорів, до яких вони застосовуються (Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., Нью-Йоркська конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р., Гаазька конвенція про право, що застосовується до міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р., Оттавські конвенції 1988 р. про міжнародний фінансовий лізинг й міжнародний факторинг тощо). Але, як зазначають російські правники, «різні види міжнародних комерційних правочинів розрізняються за своїм змістом між собою. І неможливо сформулювати загальне визначення для всіх міжнародних правочинів, що включало б їх змістовну сторону. Визначення поняття «міжнародний комерційний правочин «зводиться до відповіді на запитання, за наявності яких обставин цивільно-правовий правочин набуває міжнародного характеру¹».

Якщо узагальнити визначення, що надаються у згаданих конвенціях, можна дійти висновку, що **міжнародного характеру набуває договір, укладений між сторонами, комерційні підприємства яких розміщені в різних державах.** При цьому національна (державна) належність сторін значення не має. Якщо сторона має кілька комерційних підприємств, то її комерційним підприємством вважається те, яке з урахуванням обставин, що були відомі сторонам або передбачалися ними в будь-який час до або на момент

¹ Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М.: Проспект, 2000. — С. 338.

укладення договору, має найбільш тісний зв'язок з договором або його виконанням. Якщо сторона не має комерційного підприємства, то до уваги береться її постійне місце проживання. Зміст терміну «**комерційне підприємство**» (place of business) у конвенціях не розкривається. На практиці його розглядають як постійне місце здійснення комерційної діяльності.

Слід зазначити, що всі згадані конвенції окремо зумовлюють їх незастосування до побутових, споживчих договорів.

Договори споживання. Стаття 2 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. визначає **споживчі або побутові договори купівлі-продажу** як продаж товарів, що придбаваються для особистого, сімейного чи домашнього використання.

У ст. 43 проекту Закону про МПП теж міститься визначення **договорів споживання**, до них належать «договори стосовно придбання товарів та одержання послуг особою (споживачем) не для цілей підприємницької діяльності». Аналіз цієї статті свідчить про те, що під такими договорами слід розуміти договори, в яких одна сторона є суб'єктом підприємницької діяльності, а інша — споживачем, а також договори, в яких жодна сторона не є юридичною особою або підприємцем. У літературі такі договори часто іменуються побутовими, чи неторговими.

Договори споживання, незважаючи на наявність іноземного елемента, не відносяться до категорії зовнішньоекономічних договорів (контрактів), оскільки, відповідно до ч. 2 ст. 5 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність», стороною зовнішньоекономічного договору (контракту) можуть бути лише фізичні особи, зареєстровані в Україні як підприємці, або фізичні особи, що є суб'єктами господарської діяльності за законом держави, в якій вони мають постійне місце проживання чи громадянами якої вони є.

§ 2. Методи регулювання правочинів з іноземним елементом

У МПП застосовуються різні методи регулювання стосовно правочинів з іноземним елементом залежно від їх виду.

У сфері **споживчих (побутових) правочинів** головним чином діє колізійне внутрішньодержавне право.

Регулювання **зовнішньоекономічних договорів (міжнародних комерційних правочинів)** здійснюється з використанням двох методів — матеріального і колізійного. При цьому переважним методом регулювання виступає матеріально-правовий і все більше матеріальних норм набувають **уніфікованого характеру**, одержуючи закріплення в міжнародних договорах та інших міжнародних правових актах.

До міжнародних договорів, що регулюють зовнішньоекономічні договори (контракти), належать:

— Конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р.;

— Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р.;

— Конвенція про представництво в міжнародних договорах купівлі-продажу товарів 1983 р. (Україна не бере участі);

— Конвенція про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р. (Україна не бере участі);

— Конвенція про міжнародний факторинг 1988 р. (Україна не бере участі);

— Конвенція про фінансовий лізинг 1988 р. (Україна не бере участі).

До міжнародних комерційних договорів також застосовуються джерела недержавного регулювання, які в сукупності часто іменуються наднаціональне комерційне (торгове) право (*lex mercatoria*)¹, такі як:

— Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 1994 р.;

— Принципи європейського контрактного права (Принципи є результатом роботи Комісії з європейського контрактного права. Проект в основному був закінчений 1996 року (частини 1 і 2). Надалі в текст вносилися зміни і доповнення редакційного плану. 25 травня 2002 року була підготовлена частина 3 Принципів (глави 10—15);

¹ Інші до його складу включають ще міжнародні договори (конвенції), що регулюють міжнародну комерційну діяльність.

— Уніфіковані правила і звичаї, що публікуються Міжнародною торговельною палатою (найбільш відомими є Правила ІНКОТЕРМС, Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів, Уніфіковані правила по договірних гарантіях тощо);

— Типові контракти і рекомендації з їх складання, що розробляються різними міжнародними організаціями (наприклад, Асоціація з торгівлі зерном і кормами (ГАФТА) пропонує для використання понад 70 типових контрактів, ЄЕК ООН опублікувала понад 30 типових контрактів)¹.

Більшість з цих документів може розглядатись як торгові звичаї, кодифіковані (зведені воедино) впливовими недержавними організаціями.

Застосування звичаїв, включаючи міжнародні, санкціоновано нормами вітчизняного законодавства. Господарський процесуальний кодекс України закріплює, що «у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини з участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї» (ст. 4). Закон «Про міжнародний комерційний арбітраж» встановлює: «В усіх випадках третейський суд приймає рішення згідно з умовами угоди і з урахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди» (ч. 4 ст. 28).

Безперечне визнання як регулятори цивільних правовідносин отримали звичаї та типові договори в ЦК². Так, ст. 7 ЦК встановлює, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Але звичай, що суперечить договору чи актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується. Стаття 630 ЦК передбачає таке: договором може бути встановлено, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку, а якщо у договорі не міститься поси-

¹ Такі контракти можуть використовуватися судом або міжнародним комерційним арбітражем для виявлення ustalеної практики, звичаїв, що існують у тій чи іншій галузі міжнародної комерційної діяльності і знайшли відображення у типових контрактах, а також якщо сторони зробили безпосереднє посилання на них у контракті.

² 25 статей ЦК містять посилання на звичаї ділового обороту.

лання на типові умови, такі типові умови можуть застосовуватись як звичай ділового обороту, якщо вони відповідають вимогам ст. 7 ЦК. У ч. 4 ст. 213 ЦК передбачено, що якщо немає можливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правочин, судом поряд з іншими обставинами до уваги беруться звичай ділового обороту й текст типового договору. У ч. 2 ст. 637 ЦК встановлено, що при тлумаченні умов договору можуть враховуватися також типові умови (типові договори), навіть якщо в договорі немає посилення на них.

Практика ж санкціонування окремих торгових звичаїв і зводів правил за допомогою спеціальних указів Президента чи інших нормативних актів є недоцільною¹.

§ 3. Право, що застосовується до змісту правочину (зобов'язальний статут)

Поняття зобов'язального статуту та сфера його дії.

У кожній державі діють свої колізійні норми, з допомогою яких встановлюється право, що підлягає застосуванню до правочинів з іноземним елементом. В науці МПП право, яке підлягає застосуванню до правочину з іноземним елементом, часто іменується **зобов'язальним статутом**.

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). У чинному законодавстві не встановлено, на які правовідносини, що виникають у зв'язку з укладенням, виконанням чи припиненням правочину, поширюється зобов'язальний статут — це можна визначити лише шляхом аналізу всієї системи колізійних норм. Так, спеціальні колізійні норми існують щодо форми правочину, правоздатності та дієздатності сторін правочину, дові-

¹ Детальніше див.: *Порфір'єва О. К.* Уніфікація правового регулювання умов зовнішньоекономічних контрактів у міжнародному приватному праві: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. — Харків, 2000. — С. 11—12.

реності, права власності на предмет зобов'язання, строку позовної давності, виконання зобов'язання тощо¹.

Які ж питання залишаються у сфері дії зобов'язального статуту? Проект Закону про МПП у ст. 31 визначає сферу дії права, що застосовується до змісту правочину, закріплюючи, що воно охоплює питання дійсності та недійсності правочину, його тлумачення, права та обов'язки сторін й інші відносини, зокрема передбачені у ст. 46. Ця стаття визначає сферу дії права, що застосовується до договору — ним охоплюються: 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) передання вимоги та переведення боргу у зв'язку з договором. Такий підхід відповідає міжнародним традиціям регулювання, що знайшли своє відбиття у Конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р.

Колізійні норми внутрішнього законодавства України щодо правочинів. З втратою чинності ЦК УРСР актами внутрішнього законодавства, що містять колізійні норми щодо правочинів з іноземним елементом, є Господарський кодекс України та Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність». Стаття 6 зазначеного Закону містить низку взаємопов'язаних норм, призначених для визначення права, що підлягає застосуванню до **прав та обов'язків**² сторін

¹ Ці норми існували до того, як втратив чинність ЦК УРСР. Хоча передбачалося, що одночасно зі вступом у дію нового ЦК України почне діяти і Закон про МПП, але цього забезпечити не вдалося, і тому на сьогоднішній день у цій галузі колізійного права існує певний вакуум. Але це явище є тимчасовим і не повинно сприйматись як загальна тенденція.

² Слід звернути увагу, що у ст. 6 йдеться лише про права і обов'язки сторін і це породжує численні проблеми на практиці, бо інші елементи договору, що традиційно охоплювалися зобов'язальним статутом залишаються нерегульованими (дійсність договору; наслідки невиконання або неналежного виконання договору; припинення договору; наслідки недійсності договору; передання вимоги та переведення боргу у зв'язку з договором). Ці елементи лише частково можна трактувати як «права і обов'язки сторін», а тому на практиці виникають проблеми при обранні права, що підлягає застосуванню.

зовнішньоекономічної угоди і зовнішньоекономічного договору (контракту).

У ч. 8 ст. 6 закріплено, що права та обов'язки сторін зовнішньоекономічної угоди визначаються **правом місця її укладення, якщо сторони не погодили інше**. Проблеми із застосуванням цієї норми породжуються невизначеністю терміну «зовнішньоекономічна угода», який вживається у тексті закону без будь-якого пояснення. Вважаємо, що цим терміном можуть охоплюватися односторонні зовнішньоекономічні правочини (наприклад, рішення іноземного суб'єкта господарювання про заснування в Україні одноособового господарського товариства). На думку Д. В. Задихайла, зазначена норма спрямована на регулювання споживчих правочинів¹ (хоча такі правочини не повинні підпадати під сферу регулювання Закону). Скоріш за все, законодавець просто продублював у тексті Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» норму ст. 569 ЦК УРСР, особливо не замислюючись над її змістом і співвідношенням з іншими колізійними нормами, закріпленими у ст. 6.

У ч. 8 ст. 6 також встановлюється, що **місце укладення угоди визначається законами України**¹. У ст. 211 ЦК передбачено, що якщо у правочині не вказане місце його вчинення, то місцем вчинення одностороннього правочину є місце вираження волі сторони. Відповідно до ст. 647 ЦК, договір вважається укладеним у місці проживання фізичної особи або за місцезнаходженням юридичної особи, яка зробила пропозицію укласти договір, якщо інше не встановлено договором. Таким чином, сторона (сторони) правочину наділені правом самостійно визначити в правочині (договорі) місце його укладення на власний розсуд. І навіть якщо фактично правочин було вчинено в іншому місці, місцем укладення правочину має вважатися місце, вказане у тексті правочину або визначене відповідно до правил статей 211 і 647 ЦК. Такий формальний підхід законодавця зумовлений

¹ Підприємницьке право України: Підручник / За заг. ред. Р. Б. Шишки. — Харків: Еспада, 2000. — С. 380.

¹ Аналогічне правило закріплене у ч. 3 ст. 382 Господарського кодексу.

тим, що місце укладення правочину в багатьох випадках визначити неможливо або дуже складно (особливо це стосується правочинів, що вчиняються у мережі Інтернет), крім того, часто сторони вчиняють правочин у країні, зовсім не пов'язаної ні з ними особисто, ні з сутністю даного правочину.

Щодо зовнішньоекономічних договорів (контрактів) ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» містить такі колізійні норми.

1. Права та обов'язки сторін зовнішньоекономічних договорів (контрактів) визначаються правом країни, обраної сторонами при укладенні договору (контракту) або в результаті подальшого погодження. Тобто діє **принцип автономії волі сторін**. Така автономія волі є необмеженою, оскільки закон не вимагає того, щоб обране право було пов'язане з правовідносинами, що регулюються.

Іноді сторони зовнішньоекономічного договору (контракту) вважають, що обираючи право, яке застосовуватиметься до укладеного між ними контракту, вони можуть уникнути застосування норм податкового, митного, зовнішньоекономічного законодавства тощо. Але під обранням права розуміється обрання саме цивільного права, яке регулюватиме тільки ті питання, що підпадають під дію зобов'язального статуту.

Вибір права не може бути здійснений стосовно деяких категорій зовнішньоекономічних договорів (контрактів)¹:

— до зовнішньоекономічного договору (контракту) про створення спільного підприємства застосовується право країни, на території якої спільне підприємство створюється і офіційно реєструється;

— до зовнішньоекономічного договору (контракту), укладеного на аукціоні, в результаті конкурсу або на біржі, застосовується право країни, на території якої відбувається аукціон, конкурс або розміщена біржа.

2. У разі відсутності між сторонами погодження відносно права, яке має застосовуватися до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), застосовується право країни, де

¹ Ця норма може розглядатись як надімперативна (або позитивне застереження про публічний порядок).

заснована, має своє місце проживання або основне місце діяльності сторона, яка є: продавцем — у договорі купівлі-продажу; наймодавцем — у договорі майнового найму; ліцензіаром — у ліцензійному договорі про використання виключних або аналогічних прав; охоронцем — у договорі зберігання; комітентом (консигнантом) — у договорі комісії (консигнації); довірительом — у договорі доручення; перевізником — у договорі перевезення; експедитором — у договорі транспортно-експедиторського обслуговування; страхувачем — у договорі страхування; кредитором — у договорі кредитування; дарувальником — у договорі дарування; поручителем — у договорі поруки; заставником — у договорі застави. Тобто основною прив'язкою виступає **особистий закон однієї із сторін контракту** (тієї, яка здійснює виконання, що є істотним для договору цього виду). До зовнішньоекономічних договорів (контрактів) про виробниче співробітництво, спеціалізацію і кооперування, виконання будівельно-монтажних робіт застосовується **право країни, де здійснюється така діяльність або де створюються передбачені договором (контрактом) результати**.

3. До прав і обов'язків за зовнішньоекономічними договорами (контрактами), прямо не зазначеними у ст. 6, застосовується **право країни, де заснована чи має місце проживання або основне місце діяльності сторона, яка здійснює виконання такого договору (контракту), що має вирішальне значення для його змісту** (ця норма лише виражає загальне правило, за яким були побудовані попередні колізійні норми).

У ч. 15 ст. 6 передбачено, що у разі **приймання виконання** за зовнішньоекономічним договором (контрактом) до уваги береться право місця проведення такого приймання, оскільки сторони не погодили інше. Отже, питання виконання договору (контракту) частково випадають з-під сфери дії зобов'язального статуту.

За наявності такої розвинутої системи колізійних норм викликає подив ч. 5 ст. 382 ГК, яка закріплює: «Права та обов'язки сторін зовнішньоекономічного договору (контракту) визначаються правом місця його укладення, якщо сторони не погодили інше. Порядок визначення права, яке має

застосовуватися до договору (контракту) у разі недосягнення згоди сторін стосовно вказаного порядку, встановлюється законом про зовнішньоекономічну діяльність». Ця норма викладена вкрай суперечливо, оскільки спочатку законодавець визначає, що за відсутності домовленості сторін щодо вибору права, має застосовуватися право місця укладення договору, а потім чомусь відсилає нас до спеціального закону, який також має визначити право, що підлягає застосуванню. Безумовно, ця норма має бути виключеною із ГК.

На практиці дуже часто постають запитання щодо права, яке має застосовуватися до договорів про відступлення права вимоги чи передання боргу. Чинне законодавство не містить спеціальних колізійних норм щодо таких договорів. М. Г. Розенберг, аналізуючи практику МКАС, вважає, що у даному випадку виникає дві групи зобов'язальних відносин, до яких застосовуються окремі колізійні прив'язки¹. Відносини між первісним і новим кредитором (боржником) мають регулюватися обраним ними правом або правом, визначеним на підставі колізійної норми. Тоді як питання допустимості відступлення вимоги чи передання боргу та умови її вчинення (згода кредитора, повідомлення третім особам тощо) мають визначатися відповідно до права, яке застосовується до основного договору.

Іноді внаслідок заміни осіб у зобов'язанні договір (контракт) втрачає ознаки зовнішньоекономічного. Наприклад, кредитор-іноземна компанія відступає право вимоги стосовно товариства, зареєстрованого в Україні, іншому українському суб'єкту підприємницької діяльності. У такому разі обидві сторони договору є вітчизняними суб'єктами господарської діяльності і їхні відносини вже не можуть регулюватися іноземним правом².

¹ *Розенберг М. Г.* Международный договор и иностранное право в практике международного коммерческого арбитражного суда. — М.: Статут, 1998. — С. 23—24.

² Оскільки ситуація правом не врегульована, на практиці можуть виникнути такі варіанти. Сторони можуть самі укласти додаткову угоду про виключення з договору пункту щодо застосування іноземного права, або у разі виникнення спору суд, розглядаючи відповідну справу, має обґрунтувати неможливість застосування до відповідних правовідносин іноземного права.

Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» містить застереження про публічний порядок такого змісту: «Зовнішньоекономічний договір (контракт) може бути визнано недійсним у судовому порядку, якщо він не відповідає вимогам законів України або міжнародних договорів України» (ч. 5 ст. 6). Аналогічна норма закріплена і у ч. 6 ст. 382 ГК. На практиці ця норма тлумачиться неоднозначно. На перший погляд, з цієї норми випливає обов'язкове застосування до зовнішньоекономічного договору (контракту) права України в будь-якому випадку, незважаючи на право, яке було обране сторонами або на підставі колізійної норми судом (арбітражем). Але таке розуміння даної норми суперечило б основним принципам колізійного права. Вважаємо, що у зазначеній нормі йдеться про невідповідність зовнішньоекономічного договору (контракту) вимогам імперативних норм публічного законодавства України та надімперативних норм міжнародного приватного права.

Щодо правочинів споживчого характеру з участю іноземного елементу, то чинне законодавство України не містить колізійних норм, присвячених їх регулюванню. За аналогією, до таких правочинів можуть застосовуватися норми ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Слід мати на увазі, що проаналізовані нами колізійні норми внутрішнього законодавства України застосовуватимуться тільки у разі, якщо спір, що виник між сторонами, розглядатиметься компетентним судом України або міжнародним комерційним арбітражем, що розміщений на її території, та за умови відсутності міжнародного договору, який містить відповідні колізійні норми або прямо регулює відносини з участю іноземного елементу.

Якщо ж спір між сторонами розглядатиметься за кордоном, то іноземний суд чи арбітраж застосовуватиме колізійні норми законодавства місця свого перебування, які можуть значно відрізнитися від вітчизняних.

Міжнародні колізійні норми. Міжнародним договором можуть встановлюватись інші колізійні норми, ніж внутрішнім законодавством. Так, Угода СНД «Про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності» 1992 р. відмовляється від складної системи при-

в'язок і передбачає, що, якщо сторони не здійснили вибір права, то застосовується закон місця укладення угоди. За низкою договорів України про правову допомогу права та обов'язки сторін за правочином теж визначаються за законодавством місця його вчинення, якщо інше не передбачено домовленістю сторін¹.

Новації проекту Закону про МПП. Насамкінець слід звернутися до положень проекту Закону про МПП, який передбачає досить істотне реформування колізійного законодавства у цій сфері.

Проект залишає принцип автономії волі як провідний, закріплюючи, що зміст правочину може регулюватися правом, зазначеним у правочині, якщо інше не передбачено законом.

Але в разі відсутності вибору права або якщо правочин згідно з обраним правом є недійсним, до змісту правочину застосовується **право, яке має більш тісний зв'язок з правочином**. Втім, на відміну від англо-американського колізійного права, проект не залишає питання щодо обрання такого права на виключний розсуд суду, а доповнює: «Вважається, якщо інше не впливає із закону, умов, суті правочину або сукупності обставин справи, що правочин більш тісно пов'язаний з правом країни, в якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, має своє звичайне місцеперебування або місцезнаходження» (ст. 30 проекту). Таким чином, нібито зберігаючи старі прив'язки, проект розширює можливість суду, надаючи йому змогу відступити від жорстких формул прикріплення, зазначених у законі, і застосувати інше право, яке, на його думку, є більш тісно пов'язаним з правовідносинами. Аналогічні норми закріплені і у статтях

¹ Див. ст. 33 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24 травня 1993 р., ст. 33 Договору між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 13 грудня 1993 р., ст. 41 Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 р.

41 і 42 проекту, що містять колізійні норми стосовно договорів.

Крім того, якщо чинним законодавством стосовно певних видів договорів сторонам заборонено обирати право, яке підлягає застосуванню, то в проекті така заборона залишилася лише стосовно засновницького договору, що «є установчим документом юридичної особи з участю іноземного елемента». Такий договір має регулюватися правом місця знаходження юридичної особи (ст. 45). На думку В. І. Кисіля, подібне регулювання, хоча й відповідає загальній тенденції встановлення гнучкого колізійного регулювання, але криє в собі загрозу свавільного обходу сторонами законів, що мають з договором тісніший зв'язок¹. Проте не слід забувати, що проект передбачає можливість встановлення заборони вибору права сторонами правочину у спеціальних законах (ч. 1 ст. 30, ст. 41).

Як уже зазначалося, проект відмовляється від окремого регулювання зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і містить загальні колізійні норми стосовно правочинів і договорів. У той самий час, проект виділяє окрему групу **правочинів споживання**, для яких є властивою принаймні одна з таких умов: 1) укладенню договору передувала спеціальна оферта або реклама у країні, в якій споживач має звичайне місце перебування, та споживач здійснив усе необхідне для укладення договору в цій країні; 2) замовлення від споживача було прийняте у цій країні; 3) споживач з ініціативи іншої сторони здійснив подорож за кордон з метою укладення договору щодо придбання товарів. Стосовно таких договорів проект передбачає кумуляцію прив'язок. До них застосовується право, обране сторонами, але засоби захисту споживача визначаються також імперативними нормами права його звичайного місця перебування. А у разі відсутності вибору права сторонами до договору, в тому числі до його форми, застосовується право країни, в якій споживач має звичайне місце перебування (ст. 43).

¹ Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. — К.: Україна, 2000. — С. 268.

§ 4. Право, що застосовується до форми правочину

Форма правочину є елементом, який традиційно виводиться зі сфери дії зобов'язального статуту і регулюється з допомогою окремих колізійних норм. Закордонна практика свідчить, що колізійні норми, з допомогою яких обирається право, що визначатиме форму правочину, найчастіше містять прив'язки до кількох правопорядків, і достатнім для дійсності правочину вважається дотримання вимог принаймні одного з них щодо форми правочину. Такий підхід спрямований на зниження ризиків визнання правочину недійсним.

Цивільний кодекс УРСР досить обмежено відтворив такий підхід, орієнтуючись, як в інших колізійних нормах, насамперед на вітчизняне право. Стаття 568 визначала право, що підлягає застосуванню до форми угоди, вчиненої за кордоном, з допомогою колізійної норми: основною прив'язкою виступав **закон місця здійснення угоди**, додатковою — **український закон**. Форма угоди з участю іноземного елемента повинна була відповідати принаймні одному із зазначених правопорядків. Друга і третя частини ст. 568 містили спеціальні колізійні норми, які передбачали односторонню прив'язку до права України: форма зовнішньоторговельних угод і порядок їх підписання, а також форма угод з приводу будівель, що розміщувалися в Україні, визначалися законодавством України.

З прийняттям Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» форма зовнішньоекономічних угод (договорів) стала визначатися відповідно до ст. 6 цього Закону, у ч. 6 якої закріплено: «Форма зовнішньоекономічної угоди визначається правом місця її укладання. Угода, яку укладено за кордоном, не може бути визнана недійсною внаслідок недодержання форми, якщо додержано вимоги законів України». І далі у ч. 7: «Форма угод з приводу будівель та іншого нерухомого майна, розташованого на території України, визначається законами України». Фактично у Законі були відтворені колізійні норми ЦК УРСР щодо правочинів. Аналогічні положення були закріплені й у ГК (ч. 3, 4 ст. 382).

Крім того, ч. 2 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» та ч. 2 ст. 382 ГК передбачають *обов'язкову письмову форму для зовнішньоекономічного договору (контракту)* (раніш діяв і спеціальний порядок підписання контракту – двома особами, який був скасований у 1999 р.). Дане положення може розглядатися як позитивне застереження про публічний порядок (або надімперативна норма), що *частково* усуває дію іноземного закону, який підлягає застосуванню до форми правочину (наприклад, якщо закон місця укладення правочину вимагає нотаріальної форми, його положення зберігатимуть свою дію, якщо ж їм передбачена можливість вчинення правочину в усній формі — то дана норма іноземного права не застосовуватиметься).

Міжнародні договори про правову допомогу можуть містити колізійні норми стосовно форми правочинів, які відрізняються від норм внутрішнього законодавства України. Так, договори СРСР, за якими Україна є правонаступницею, містять кумулятивну колізійну норму — форма угоди повинна відповідати **праву, що застосовується до змісту угоди (тобто зобов'язальному статуту) або закону місця здійснення угоди**. Аналогічна норма міститься і у ст. 34 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24 травня 1993 р. Як правило, всі договори передбачають, що форма правочину стосовно нерухомості визначається за законом її місцезнаходження.

У проекті Закону про МПП колізійні норми щодо форми правочину містяться у ст. 29. Ця стаття також побудована на кумуляції прив'язок, але, на відміну від ст. 568 ЦК УРСР та ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність», їх коло значно розширене. За ч. 1 ст. 29: «Якщо інше не передбачено законом, форма правочину має відповідати вимогам права, яке застосовується до змісту правочину, або права місця його вчинення, а якщо він вчинений між особами, що мешкають у різних країнах, — права однієї з цих країн».

У ч. 2 ст. 29 проекту містяться спеціальні норми:

— форма правочину щодо нерухомого майна підпорядковується праву країни, в якій розміщується це майно;

— форма правочину щодо нерухомого майна, внесеного до державного реєстру України, — праву України.

Частина 3 ст. 29 відтворює імперативні вимоги ч. 2 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність», передбачаючи, що зовнішньоекономічний правочин, якщо принаймні один з його учасників є юридичною особою України або громадянином України, вчиняється у письмовій формі незалежно від місця його вчинення.

Цікавим є положення ч. 3 ст. 43 проекту, що спрямоване на захист інтересів споживачів і закріплює правило, що у разі відсутності вибору права сторонами до укладеного на умовах п. 2 ст. 43 договору споживання, *в тому числі до його форми*, застосовується *право країни, в якій споживач має звичайне місце перебування*. Запропонована розробниками проекту редакція є не дуже вдалою, оскільки право, обране сторонами договору, не поширюється на його форму. Якщо ж вони мали намір дійсно захистити споживача, то слід було б встановити імперативну норму, згідно з якою при укладенні договору споживання за наявності умов, визначених у п. 2 ст. 43, форма договору визначається правом країни, в якій споживач має звичайне місце перебування (незалежно від наявності між сторонами домовленості про вибір права).

§ 5. Віденська конвенція ООН «Про договори міжнародної купівлі- продажу товарів» 1980 року

Розбіжності в національному праві різних держав з питань міжнародної торгівлі являють собою істотну перешкоду на шляху її розвитку. Держави і міжнародні організації робили численні спроби уніфікації норм, що регулюють міжнародну купівлю-продаж товарів. Метою такої уніфікації мало стати скорочення юридичних перешкод на шляху міжнародної торгівлі.

1930 року Міжнародний інститут уніфікації приватного права приступив до розробки одноманітного закону про договори купівлі-продажу товарів. Кілька проектів були розроблені ще до другої світової війни (у 1935, 1936, 1939 рр.), а остаточний варіант проекту був підготовлений тільки в 1963 р. Гаазька конференція 1964 р. прийняла дві конвенції:

Одноманітний закон про міжнародну купівлю-продаж товарів і Одноманітний закон про укладення договорів про міжнародну купівлю-продаж товарів. Ці конвенції не дістали широкого поширення — їх ратифікували усього кілька держав, головним чином західноєвропейських (першу — вісім, другу — сім).

1966 року було створено ЮНСІТРАЛ — Комісію ООН по праву міжнародної торгівлі, основною метою якої було здійснення уніфікації в області міжнародної торговельної діяльності. ЮНСІТРАЛ приступила до перегляду текстів Гаазьких конвенцій, для того щоб зробити їх більш «гнучкими», прийнятними для держав з різними правовими системами.

1980 року на конференції Генеральної Асамблеї ООН за участю делегатів з 62 країн у Відні було прийнято **Конвенцію про договори міжнародної купівлі-продажу товарів**, яка набула чинності з 1 січня 1988 р. Умовою приєднання до Віденської конвенції є денонсування Гаазьких конвенцій 1964 р.

Віденська конвенція складається з чотирьох частин (101 стаття):

- 1 — сфера застосування і загальні положення;
- 2 — укладення договору;
- 3 — купівля-продаж товарів;
- 4 — заключні положення.

Держави, що приєднуються до Конвенції, наділяються правом скасувати щодо себе дію частини 2 або 3, а також внести застереження відносно обов'язковості письмової форми контракту. Частини 2 і 3 мають самостійне значення, тому кожна держава при ратифікації конвенції може заявити про те, що вона не пов'язана однією з цих частин (ст. 92).

Сфера застосування Конвенції. Конвенція застосовується до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, *комерційні підприємства яких розміщені в різних державах:*

- а) коли ці держави є учасниками Конвенції;
- б) коли відповідно до норм МПП застосовується право держави-учасниці Конвенції (ст. 1).

Стаття 2 Конвенції обумовлює, що норми Конвенції не застосовуються до продажу:

— товарів, що придбаваються для особистого, сімейного чи домашнього використання, окрім випадків, коли продавець у будь-який час до або в момент укладення договору не знав і не повинен був знати, що товари придбаваються для такого використання;

— з аукціону;

— у порядку виконавчого провадження або іншим способом в силу закону;

— фондових паперів, акцій, забезпечувальних паперів, оборотних документів і грошей;

— судів водного й повітряного транспорту, а також судів на повітряній подушці;

— електроенергії.

Стаття 3 виключає застосування Конвенції до договорів підряду і договорів на надання послуг.

Конвенція не регулює такі питання:

а) дійсність договору;

б) перехід права власності на товар;

в) відповідальність продавця за заподіяні товаром ушкодження здоров'я або смерть будь-якої особи.

На підставі ст. 6 Конвенції, сторони можуть виключити для себе застосування Конвенції цілком або в частині чи відступити від її положень, зазначивши про це в договорі. Таким чином, конвенція носить **диспозитивний характер** стосовно положень зовнішньоекономічного договору (контракту): більшість її положень діє, якщо сторони не домовилися про інше. Однак спеціального посилання на Конвенцію в тексті договору не потрібно — вона діє автоматично як частина національного законодавства країн, що її підписали.

Правила тлумачення самої Конвенції та умов договорів. При тлумаченні норм Конвенції варто враховувати її міжнародний характер і необхідність однакового застосування.

Укладення договору. Конвенція докладно регулює порядок укладення договору (частина друга): направлення оферти, акцепт, вступ договору в дію.

Пропозиція про укладення договору є **офертою**, якщо вона (ст. 14):

- 1) адресована одному або кільком конкретним особам;
- 2) достатньо визначена, тобто вказано товар і прямо чи побічно встановлюються кількість і ціна або передбачається порядок їхнього визначення;

- 3) виражає намір оферента бути пов'язаним у разі акцепту.

Стаття 19 закріплює принцип **дзеркальності акцепту** — він не повинен істотно змінювати умови оферти. Перелік умов, що істотно змінюють умови оферти: ціна, платіж, якість і кількість товару, місце й термін постачання, обсяг відповідальності, вирішення спорів.

Договір вважається укладеним з моменту одержання оферентом акцепту. Дане положення є важливим, оскільки правові системи держав континентального й англо-американського права дотримуються різних позицій у цьому питанні: перші — «теорії одержання» (вступ акцепту в силу пов'язується з одержанням його оферентом), другі — «теорії поштової скриньки» (акцепт набирає сили після його відправлення).

Купівля-продаж товарів. У частині третій Конвенції детально визначаються обов'язки продавця і покупця, а також встановлюються засоби правового захисту у випадку порушення сторонами договору своїх зобов'язань.

Визначаються також:

- 1) момент переходу ризиків від продавця до покупця;
- 2) поняття істотного порушення договору;
- 3) порядок відшкодування збитків від неналежного виконання або невиконання договору;
- 4) умови звільнення сторін від відповідальності;
- 5) наслідки розірвання договору.

При вирішенні питання про дію **принципу реального виконання договору** застосовують закон країни суду (ст. 28). Суд може винести рішення про виконання зобов'язання в натурі тільки за умови, що його національне законодавство передбачає це.

Стаття 55 містить положення про те, що **ціна не є необхідною умовою договору**¹: якщо ціна не зазначена в дого-

¹ На відміну від Господарського кодексу України, який передбачає, що ціна є обов'язковою умовою будь-якого договору.

ворі прямо чи непрямо і не встановлений порядок її визначення, то вважається, що сторони, у разі відсутності будь-якої вказівки про інше, мали на увазі посилання на ту ціну, яка на момент укладення договору звичайно стягувалася за такі товари, що продавалися при порівнянних обставинах у відповідній галузі торгівлі.

Поняття **передбачуваного порушення договору** не відоме вітчизняному праву — закріплюється у статтях 71, 72 Конвенції. Порушення є передбачуваним, якщо до настання дати виконання договору стає ясним, що одна із сторін допустить істотне порушення договору (не виконає своїх зобов'язань). У такому разі контрагент вправі призупинити виконання своїх зобов'язань за договором або заявити про розірвання договору.

ГЛАВА 8 Спадкування у міжнародному приватному праві

§1. Колізії у спадкуванні за МПП

Колізії у міжнародному спадкуванні зумовлені такими факторами: зв'язком спадкових відносин більш як з однією правовою системою, плюралізмом правових систем і їхньою здатністю до взаємодії.

Пов'язаність спадкових відносин з різними правовими системами може виникнути внаслідок руху суб'єктів різних правових систем через державні кордони й поширення майнових відносин на міждержавному просторі. Територіальні бар'єри між різними державами почали долатись особливо активно у другій половині ХХ сторіччя: представники багатьох верств населення з різних куточків планети активно пересікають міждержавні кордони, залишаючи при цьому своїх родичів і своє майно у різних країнах. Мобільність населення дедалі зростає, що зумовлює збільшення кількості випадків поселення громадян однієї країни на території іншої¹. Це приводить

¹ Так, у США, наприклад, іммігрантів із Радянського Союзу (у т. ч. з дореволюційної Росії) 2,8 млн, з Італії — 10 млн, з Польщі — 8 млн, з Голландії 8 млн. Одних тільки робітників-мігрантів за останню чверть ХХ сторіччя у Німеччині було 5—7 млн, а в Італії — 1 млн. Усього в Західній Європі кількість трудящих-мігрантів сягала в 1990 р. 12 млн. Велика кількість турків (понад 1,5 млн у Німеччині, майже 125 тис. у Франції, понад 150 тис. в Нідерландах) і югославів переселились у Західну Європу; багато тисяч мексиканців переїхали до США; з колишніх бельгійських, французьких, англійських колоній в Африці величезна кількість людей повернулися у свої рідні країни (понад 1 млн 150 тис. у Францію, 90 тис. в Об'єднане Королівство); більше того, робітники з країн Магриб, особливо з Марокко, оселились у Франції, Бельгії (115 тис.), Нідерландах (113 тис.), у США і Німеччині близько 80 тис. і понад 70 тис. в Об'єднаному Королівстві. Hague Conference on Private International Law. — Proceedings of the Sixteenth Session 3 to 20 October 1988. Tome 2/ Succession to estates — Applicable Law., 1990. — P. 151.

до того, що спадкодавці можуть мати спадкоємців у різних країнах, вони також можуть залишати своє спадкове майно у кількох країнах. До збільшення проблем міжнародного спадкування призводить тенденція до придбання іноземцями нерухомого майна в інших країнах (особливо у країнах зі сприятливим кліматом, таких як, наприклад, Франція, Португалія, Італія, Іспанія)¹.

На збільшення кількості майна померлих осіб, щодо якого повинні бути застосовані норми МПП, впливають також: шлюби з іноземцями, придбання подвійного громадянства, міжнародні інвестиційні процеси, економічна і лінгвістична пов'язаність регіонів (Україна — Росія, Німеччина — Франція, Бельгія — Нідерланди, Латвія — Литва — Естонія і т. ін.).

Плюралізм правових систем як передумова виникнення колізій означає, що спадкове право різних країн має значні розбіжності в регулюванні процесу спадкування. Вони зумовлені значною мірою історичними, економічними, релігійними, моральними, культурними, соціальними й іншими чинниками. Спадкове право найбільш консервативне, воно по суті є продовженням і доповненням права власності, містить чимало положень, що випливають з права власності, яке діє на певній території у певний період.

Норми спадкового права загалом відзначаються єдністю соціально-економічних функцій, проте мають значні відмінності й характерні особливості у різних системах права. Розбіжності між внутрішніми законами спадкування частково мають технічну природу, як, наприклад, ситуація з процедурою переходу майна при спадкуванні: у країнах континентальної Європи спадкування є універсальним правонаступництвом, що означає безпосередній перехід прав і обов'язків спадкодавця до спадкоємців, а у країнах загального права спадкове майно спершу потрапляє до особистого

¹ Так, 75 відсотків квартир на Канарських островах належить іноземцям, в основному німцям і скандинавам; на Коста Дель Соль є багато англійських і арабських власників, на Болеарських островах — англійців і німців // Hague Conference on Private International Law. — Proceedings of the Sixteenth Session 3 to 20 October 1988. Tome 2/ Succession to estates — Applicable Law., 1990. — P. 159.

представника померлого, який передає його спадкоємцям тільки після процедури очищення від боргів, тобто після розрахунків з кредиторами. Частково такі розбіжності відображають різні погляди на інтереси, що підлягають захисту: наскільки вони беруться до уваги тим чи іншим законодавством, настільки підлягають захисту права одного з пережившого подружжя, зрівняння в правах законних і незаконних дітей, надання певним категоріям спадкоємців за законом обов'язкових часток і т. ін.

Зокрема, неоднаковими є правила, що стосуються заповіту. Наприклад, законодавство Німеччини дозволяє спільні заповіти між подружжям; взаємні заповіти відомі в праві Англії, США. Для права Італії і Польщі заповіт — односторонній акт, тому двоє чи більше осіб не можуть викласти свою волю в одному документі незалежно від того, на чию користь заповіт складався. Цивільний кодекс Франції прямо забороняє спільні та взаємні заповіти. У Німеччині, Швейцарії, Франції існує інститут договорів про спадкування, що діють з моменту їх укладення і не можуть бути розірвані в односторонньому порядку.

Різний підхід спостерігається і щодо змісту законодавчих приписів. Законодавство деяких країн дозволяє у заповіті робити визначення виключно щодо розпорядження майном і призначення спадкоємців (Болгарія, Угорщина). Інші крім розпоряджень майнового характеру і визначення кола спадкоємців допускають у заповіті також положення щодо визнання позашлюбної дитини, призначення неповнолітньому опікуна, призначення виконавця заповіту і т. ін. У французькому праві є три види заповідальних розпоряджень (легатів): універсальні, часткові, сингулярні. Універсальні легати являють собою такі заповідальні розпорядження, з допомогою яких вся сукупність прав і обов'язків спадкодавця переходить до одного чи кількох осіб; за легатом по частковому титулу здійснюється перехід лише певної частини спадкового майна; сингулярні легати мають своїм предметом лише окремі майнові права.

Досить часто принцип свободи заповіту обмежується на користь сім'ї спадкодавця, що неоднаково виражається у праві різних країн. Так, право Угорщини надає обов'язко-

ву частку дітям, онукам, правнукам спадкодавця і його дружині (чоловіку), а також (у другу чергу) — батькам. Розмір обов'язкової частки складає половину майна, яке ці особи отримали б у разі спадкування при відсутності заповіту. За правом Іспанії право на обов'язкову частку мають діти і їх нащадки. Розмір обов'язкової частки дітей складає $\frac{2}{3}$ частки, яку вони б отримали у разі спадкування за законом. Обов'язкова частка батьків і їх висхідних становить половину частки, яку б вони отримали при спадкуванні без заповіту. Ця частка буде зменшена до $\frac{1}{3}$, якщо ця категорія спадкоємців конкуруватиме з пережившим чоловіком чи дружиною. Згідно із законами Сербії, Чорногорії, Хорватії, Словенії, незалежно від змісту заповіту діти померлого отримують половину, а батьки й один з подружжя $\frac{1}{3}$ тієї частки, яку б вони отримали у разі спадкування за законом.

Зазвичай до числа спадкоємців за законом законодавець прираховує найближчих родичів померлого та його чоловіка (дружину). Проте коло таких спадкоємців неоднакове в різних законодавствах. Для Болгарії — це діти, брати, сестри, один із подружжя. Для Угорщини — це діти, онуки, правнуки, переживший чоловік (дружина), батьки померлого. У законодавстві Німеччини встановлені парантели (групи кровних родичів, що походять від загального предка і його низхідних). Спершу спадкують низхідні спадкодавця, а потім: батьки, їх низхідні, дід і бабка, їх низхідні, прадід, прабабка, їх низхідні. Поряд із родичами по парантелях спадкує чоловік (дружина) спадкодавця. Для права Італії характерно те, що до кола спадкоємців входять низхідні спадкодавця, його батьки, брати, сестри, висхідні родичі — дід, бабка, прадід, прабабка, і т.д.; родичі за боковими лініями. За законодавством Румунії, спадкують діти, їх низхідні. Якщо вони відсутні — спадкують батьки, брати, сестри померлого. Якщо їх не залишилося — спадкують родичі (дід, бабка і т.д.). Переживший чоловік (дружина) спадкує самостійно й одноособово тільки в тому разі, якщо не залишилося родичів ближче четвертого ступеня. В інших випадках він (вона) спадкує разом з батьками, братами чи сестрами спадкодавця. У Франції є чотири категорії спад-

коемців за законом: діти, інші низхідні та висхідні родичі спадкодавця, а також родичі спадкодавця за боковою лінією, переживший чоловік (дружина). У Чехії є чотири черги спадкоємців, у Швейцарії — три парантели і т. ін.¹

Окрему групу країн у плані спадкового права становлять країни мусульманського права. Мусульманське право значно обмежує свободу заповіту; основним тут є спадкування за законом: спадкодавець не вправі змінити встановлений правом порядок спадкування і в змозі розпорядитися у заповіті лише 1/3 частиною спадкового майна на користь осіб, які не входять до кола спадкоємців за законом. Відсутня рівність чоловіка й жінки: жінка може отримати лише половину частки чоловіка; спадкоємцем не можуть бути особи, які належать до інших релігій чи віросповідань.

У спадковому праві країн тропічної Африки найчастіше визначено, що спадок ділиться між найближчими родичами померлого. Традиційно спадкує старший син або сини спадкодавця. Якщо їх немає — старша дочка. Лише в деяких країнах пережившому чоловіку (дружині) надається право отримати половину майна померлого. У полігамних сім'ях жінки отримують частки, які залежать від кількості дітей кожної з них. За окремим порядком спадкуються сільськогосподарські землі, врожай і домашня худоба: на їх спадкування впливають право чи звичай громади, племені, релігії, секти померлого².

Спадкове право України визнає спадкування за законом і за заповітом, Цивільний кодекс запроваджує такі інститути спадкового права, як заповіт подружжя, шість черг спадкоємців, спадковий договір, секретний заповіт тощо.

Передумовою виникнення колізій спадкового права вважається і взаємодія національних правових систем у цій галузі. Така взаємодія виражається у застосуванні в одній країні норм спадкового права, які існують в іншій країні щодо іноземного спадкування, і у позитивному

¹ Основные институты гражданского права зарубежных стран.: Сравнительно-правовое исследование / Рук. В. В. Залесский. — М.: Норма, 2000. — С. 489—570.

² Гражданское и семейное право развивающихся стран: Учеб. пособие / Под ред. В. К. Пушинского и В. В. Безбаха. — М., 1989. — С. 152—164.

ставленні до набутих в іншій країні суб'єктивних спадкових прав.

Установлюючи колізійні норми внутрішнього спадкового права, кожна держава самостійно визначає межі дії власних законів і законів інших країн до спадкових відносин, виходячи з власних пріоритетів і прагнень певним чином гарантувати перехід прав і обов'язків померлого до його нащадків чи держави. Тому будь-яку колізійну норму, що стосується міжнародного спадкування, можна визнати такою, яка певним чином забезпечує взаємодію різних систем права щодо спадкових відносин, допускаючи чи ні дію іноземного спадкового права на своїй території. Як видається, такий допуск іноземного права може мати місце лише тоді, коли іноземні норми відповідатимуть цілям і характеру норм власної правової системи для забезпечення відповідного переходу прав і обов'язків у процесі міжнародного спадкування і для забезпечення недоторканності належним чином придбаних спадкових прав.

Взаємодія різних систем права в регулюванні спадкових відносин здійснюється визнанням прав, що виникли при спадкуванні за кордоном, і встановленням й застосуванням правових норм, що стосуються спадкування своїм громадянином за кордоном, коли спадкоємцю надаються суб'єктивні права й накладаються обов'язки. За концепцією визнання набутих прав, законодавство національної системи права щодо правосуб'єктності не впливає на визнання «іноземних» прав, що виникли при спадкуванні. Це зумовлюється тим, зокрема, що визнанню іноземного права не перешкоджає той факт, що здатність до володіння таким же правом не входить до змісту правосуб'єктності громадянина за законом даної країни тому, наприклад, що її правова система взагалі не знає подібного права.

Так само не мають значення умови спадкування, що не відомі національній системі права, але встановлені за іноземним законом — останній визнаватиметься. Тому громадянин вважатиметься спадкоємцем, якщо він може спадкувати за іноземним законом, і навпаки, якщо громадянин згідно з іноземним законом не визнається спадкоємцем — він не буде суб'єктом спадкування за національним зако-

ном. Аналогічно з цим, майно, яке не може спадкуватися за іноземним законом, не може бути успадковане за національною системою права. Якщо іноземний закон визнає певні суб'єктивні права при спадкуванні — національний закон також повинен визнати правомірність таких прав, а також дії і їх наслідки, що випливають з указаних прав¹.

Описаний допуск дії іноземного права може бути лише в тому разі, коли іноземні норми відповідадуть нормам власної правової системи щодо забезпечення недоторканності суб'єктивних спадкових прав. Ось чому виключенням із концепції визнання суб'єктивних прав може бути їх протиріччя важливим основам національного законодавства країни.

Підсумовуючи наведене, можна дійти висновку, що колізія у міжнародному спадкуванні виникає у вигляді протиріччя між системами права в цілому і нормами права, зокрема, що стосуються міжнародного спадкування в різних країнах через їхню здатність до взаємодії. Тому колізію в міжнародному спадкуванні слід визначити як таку правову ситуацію, в якій відносини по спадкуванню пов'язані з двома чи більше національними системами права, що шляхом взаємодії здатні їх регулювати.

§ 2. Колізійні норми спадкового права

В українському Проекті закону про міжнародне приватне право окреслено три види правових колізій застосування права, що регулює спадкування в МПП:

- 1) колізії щодо об'єкта спадкових відносин;
- 2) колізії відносно здатності до складання заповіту;
- 3) колізії відносно форми заповіту.

Перша група колізій визначається існуванням розподілу майна на рухоме й нерухоме, що зумовлює різні колізійні прив'язки для його спадкування.

Вітчизняна доктрина МПП пояснює пріоритет прив'язки для спадкування рухомого майна до закону постійного

¹ Рубанов А. А. Заграничные наследства (отношения между социалистическими и капиталистическими странами). — М.: Наука, 1975. — С. 88—116.

місця проживання тим, що вказані відносини є різновидом прояву відносин власності, де постійне місце проживання спадкодавця за кордоном є тим чинником, який визначає зіткнення відносин спадкування з системою власності іноземної держави. Якщо спадкодавець проживає за кордоном, він створює навколо себе комплекс майнових відносин, які, зазвичай, включаються в систему власності певної країни, тому природно, що після смерті спадкодавця відносини стосовно переходу майна до спадкоємців є майновими відносинами, які входять в систему власності певної держави.

Щодо громадянства як колізійного критерію, то воно само по собі не спричинює зв'язку спадкодавця із системою власності певної держави, не є тим чинником, який веде до взаємодії правових систем, тому правило постійного місця проживання спадкодавця є більш обґрунтованим¹.

І хоча з часом прив'язка до місця постійного проживання втрачає своє вирішальне значення, все ж таки необхідно нагадати, що більше половини з відомих законодавств у сфері МПП містять прив'язку до місця проживання спадкодавця на момент смерті для визначення спадкового права. Крім України, яка послідовно дотримується вказаного колізійного правила, такі країни, як Росія, Вірменія, Білорусь, Казахстан, Киргизія, Узбекистан, Бразилія, Венесуела, Китай, Мадагаскар, Монголія, Перу, Таїланд, Чилі, Швейцарія закріплюють у своєму законодавстві прив'язку до місця проживання спадкодавця як основну щодо спадкування майна. У свою чергу, критерій громадянства встановлений у Грузії, Буркіна-Фасо, Німеччині, Греції, Єгипті, Кубі, Литві, Тунісі, Туреччині, Чехії, Південній Кореї, Японії. Принципу доміциля традиційно дотримуються Австралія, Велика Британія, Канада, США. Крім того, деякі країни встановлюють більш широку прив'язку до особистого закону спадкодавця, яка, очевидно, надає більш гнучкі можливості для визначення необхідного права. Це законодавства Австрії, Угорщини, Італії, Ліхтенштейну, Об'єднаних Арабських Еміратів, Португалії, Румунії, а також Ко-

¹ Рубанов А. А. Наследование в международном частном праве (отношения СССР с капиталистическими странам). — М.: Наука, 1966. — С. 160—161.

декс Бустаманте. Закону суду дотримуються Ємен і Латвія; національного права спадкодавця — Польща та Іран; місця останнього перебування — Естонія; правила місцезнаходження для всіх категорій майна — Уругвай.

Російський теоретик МПП А. А. Рубанов в одній із своїх робіт, серед іншого, зауважує, що вибір спадкового права з допомогою різних критеріїв (громадянства, постійного місця проживання, доміциля, місцезнаходження спадкового майна), чи їх комбінацій, обумовлюється не міркуваннями теоретичного порядку, а передусім обставинами, що лежать поза сферою науки МПП. Як приклад наводиться застосування закону громадянства у країнах еміграції (Італія) і закону доміциля у країнах імміграції (США)¹.

Аргументом на користь прив'язки до закону громадянства особи є та обставина, що особа, яка залишає за собою своє громадянство, оселившись в іншій країні, можливо, прагне зберегти зв'язок з країною свого громадянства, і сподівається на те, що в певних обставинах до відносин за її участі буде використаний саме закон громадянства.

Більше того, інколи у правовій літературі з МПП підкреслюється, що у питаннях стосовно правового статусу фізичних осіб усі закони як основну колізійну прив'язку закріплюють закон громадянства. Щодо питання про визначення права, застосовуваного до спадкових відносин, усі закони про МПП містять однакову колізійну прив'язку — закон громадянства спадкодавця на момент смерті². Такі й подібні твердження є щонайменше спірними з огляду на наявні законодавчі акти з МПП³.

З іншого боку, критерій громадянства має свої вади. Вони пов'язані з випадками подвійного громадянства та з випадками відсутності громадянства, що по-різному вирішуються у законодавстві різних країн і представниками доктрини.

¹ Рубанов А. А. Вопросы наследования в договорах СССР с другими странами социалистического лагеря // Проблемы международного частного права. — М.: Междунар. отношения, 1960. — С. 169.

² Международное частное право: современные проблемы: В 2 кн. — М.: Наука, 1993. — Кн. 2. — С. 70, 87.

³ Международное частное право: Иностранное законодательство. — М.: Статут, 2000.

Так чи інакше, неважко помітити, що використання одного з критеріїв — постійного місця проживання чи громадянства не веде до повноцінного вирішення проблем адекватного вибору закону спадкування. Можливо, з огляду на недоліки обох принципів, Інститут міжнародного права на сесії в Нідці 15 вересня 1967 р. прийняв резолюцію відносно спадкування за заповітом у міжнародному приватному праві, де, зокрема, рекомендував надати спадкодавцю можливість обирати між законом свого громадянства і законом доміциля¹.

Використовуючи міжнародний досвід науки і практики, автори Проекту закону України «Про міжнародне приватне право» передбачили можливість вибору між двома критеріями – постійного місця проживання і громадянства для спадкодавця в його заповіті, хоча і з певними обмеженнями (ст. 65). Таким чином, для спадкових відносин, що пов'язані більше ніж з одним правопорядком, автономія волі постає як можливість спадкодавця обрати право певної країни для встановлення майбутнього правонаступництва на випадок смерті.

Країни СНД, в яких були недавно прийняті цивільні кодекси, містять норму, що закріплює автономію волі у спадкових відносинах: «Відносини по спадкуванню визначаються за правом країни, де спадкодавець мав останнє постійне місце проживання, якщо ним не обрано в заповіті закон свого громадянства» (ЦК Вірменії, Білорусі, Казахстану, Киргизії, Узбекистану).

Законодавство Буркіна-Фасо крім закріплення прив'язки до закону найбільш тісного зв'язку з державою місця проживання як альтернативу основній прив'язці до закону громадянства на момент смерті встановлює можливість висловити в заяві або розпорядженні на випадок смерті автономію волі у межах тих же законів. У межах національного закону й закону місця перебування спадкодавець може скористатися автономією волі в Італії; в межах законів грома-

¹ *Кичигин Л. Ф.* Международно-правовые аспекты наследственного права ФРГ и практика его применения по делам советских граждан: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1972. — С. 208—209.

дянства, доміциля і місцезнаходження нерухомості у Канаді (Квебек). Право Ліхтенштейну дозволяє спадкодавцю підкорити правонаступництво після нього одному з його вітчизняних правопорядків або праву держави свого останнього місцеперебування. За законодавством Естонії можна використати автономію волі стосовно рухомого майна в межах його місцезнаходження і закону громадянства. У Швейцарії автономія волі у спадковому праві допускається в межах закону постійного місця проживання і громадянства. Фактично необмежену автономію волі дозволяє лише законодавство Румунії.

Автономія волі закріплена також і в Гаазькій конвенції 1989 р. щодо права, яке має застосовуватися до спадкування майна померлих осіб (про автономію волі у відносинах по спадкуванню). Так, згідно зі ст. 5 Конвенції, особа може обрати закон певної держави для регламентації спадкування свого майна. Вибір права буде юридично значущим у момент складання заповіту або смерті такої особи, якщо остання була громадянином держави або постійно там проживала. Саме це положення за змістом і правовим значенням є основною нормою Конвенції; до того ж не має значення, залишила особа заповіт чи ні, оскільки вибір закону для управління її майном діє через застосування колізійних норм указаної статті Конвенції. Таким чином, особі надається право волевиявлення щодо вибору закону для майбутнього правонаступництва на випадок її смерті. Іншими словами, колізійно-правове визначення права, що регулює спадкування, надає спадкодавцеві можливість знайти правопорядок, найбільш властивий даним відносинам у рамках його зв'язку з відповідною державою.

Згідно з превалюючою на даний час доктриною, спадкодавець може підкорити спадкування тому закону, з яким ці відносини певним чином пов'язані. Відповідно, особа не може обрати те право, яке до неї ніяк не стосується. Очевидно, що через такі міркування міжнародні документи і внутрішнє законодавство обмежують автономію волі розумінням «суттєвого» або «найбільш тісного зв'язку» відносин з певним правом або обмежують автономію волі чітко окресленими межами. Проте в деяких нормативних актах

автономія волі не обмежується, чим ще раз підтверджується керівна роль волі спадкодавця, який може вільно підкорити регулювання процесу спадкування певному правопорядку, хоч і з урахуванням застереження про публічний порядок і надімперативних норм.

На відміну від прив'язки рухомого майна до особистого закону спадкодавця, для нерухомого майна (якщо воно виділяється) законодавчо встановлюється правило *lex rei sitae*, тобто закон місцезнаходження речі.

Щодо Проекту закону Про міжнародне приватне право України, то у ст. 66 передбачена норма про те, що спадкування нерухомого майна регулюється правом країни, в якій знаходиться це майно.

Інколи особливим статусом може користуватися також і інше майно через своє історичне, культурне, економічне, політичне та інше значення. Таке майно підкоряється регулюванню виключно одному закону (місцезнаходження, місця реєстрації тощо). Воно дістало назву «особливого». З точки зору Л. Ф. Кічигіна, під цим майном слід розуміти таке майно і цінності, які по праву держави, на території якої вони знаходяться, виділяються з основної спадкової маси і спадкуються інакше, ніж все інше майно, наприклад цінності валютного фонду країни, морські та річкові судна приватних компаній, що занесені до державного реєстру, паї в акціонерних товариствах і приватних компаніях¹. Особливого статусу при спадкуванні набуло також майно, призначене слугувати цілям відправлення релігійного культу в Японії — власність на такі предмети може переходити тільки до жерців цього культу².

Однак існує й інша система застосування колізійних прив'язок до спадкування майна — вона базується на принципі використання єдиного права для спадкування як рухомого, так і нерухомого майна. У деяких країнах (наприклад, в Уругваї), все майно спадкується на основі *lex situs*, але така позиція, що походить від суворих феодальних законів і те-

¹ Кичигин Л. Ф. Знач. праця. — С. 159—160.

² Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. К. К. Яичкова. — М.: Междунар. отношения, 1966. — С. 530.

риторіального суверенітету, на сьогодні рідко знаходить теоретично і практично своїх прибічників.

Застосування єдиного колізійного критерію базується на римській концепції розуміння спадкування як універсальної правонаступності (коли до спадкоємця переходить все спадкове майно в цілому, в тому числі обтяжене боргами), яка пояснювалась, зокрема, тим, що померлий і його спадкоємець є в певному сенсі однією особою (Юстиніан), або тим, що спадкоємцем продовжується особа померлого (Франкенштейн)¹. Принцип використання єдиного права до процесу спадкування поширений по всьому світі. Більшість країн (наприклад, Японія, Німеччина, Куба, Чехія, Південна Корея, ОАЕ, Грузія, Буркіна-Фасо, Греція, Єгипет, Венесуела, Чилі, Угорщина, Австрія, Італія, Бразилія, Ліхтенштейн, Португалія, Ємен, Латвія, Перу, Польща, Туніс, Уругвай, Іран), а також Кодекс Бустаманте своїм законодавством ствердили вибір на одному праві, що найчастіше базується на особистому законі спадкодавця. І тільки штат Луїзіана і ще 16 країн (законодавства яких описуються у цьому параграфі, — Вірменія, Канада, Китай, Литва, Мадагаскар, Монголія, Нідерланди, Таїланд, Туреччина, Франція, Естонія, Білорусь, Казахстан, Киргизстан, Узбекистан, Румунія) виділяють нерухомість в окрему категорію спадкування.

Друга колізія в міжнародному спадкуванні — це колізія відносно здатності до складання заповіту.

Проект Закону України про МПП у ст. 67 визначає здатність особи до складання і скасування заповіту також за законом постійного проживання, але в момент його складання або в момент смерті.

Необхідність існування колізійних норм стосовно здатності до складання заповіту зумовлена, зокрема, значними відмінностями у цивільному праві різних країн щодо набуття вказаної здатності. Так, у Франції, Швейцарії, Великій Британії, більшості штатів США здатність до складання заповіту виникає разом з повноліттям — 18 років, за правом Німеччини — по досягненні 16 років. Так само вік 16

¹ Вольф М. Международное частное право. — М.: Гос. изд-во иностр. лит., 1948. — С. 606.

років дає право складати заповіт у Франції, але тільки щодо половини майна — предмета заповідального розпорядження, а в разі відсутності родичів до шостого ступеня споріднення, дозволяється заповідати все майно. З 14 років складають заповіт у деяких штатах США, а в Англії з 14 років заповіт можуть укладати військові і моряки¹.

Законодавства більшості держав не наділяють здатністю до складання недієздатних осіб: душевнохворих, глухих, німих, сліпих, марнотратників, осіб, що зловживають спиртними напоями тощо.

Через законодавчі відмінності різних країн щодо здатності до складання заповіту в колізійному праві багатьох країн природно існує норма щодо вибору права для питань про здатність до складання заповіту, хоча варіації на тему колізійних прив'язок визначаються своєю різноманітністю в межах особистого закону. Усі закони виходять із застосування особистого закону спадкодавця на момент волевиявлення і здатності особи до складання і відміни заповіту.

Так, заповідальна здатність визначається законом громадянства в Чехії, Туреччині, Таїланді. Естонія надає пріоритет закону країни перебування на час складання, зміни, відкликання заповіту; для Литви вирішальним є закон місця складання заповіту; Монголія надає перевагу постійному місцю проживання; Італія — національному закону. Лише деякі країни допускають кілька альтернативних колізійних прив'язок. Законодавство Швейцарії встановлює прив'язки до місця проживання, звичайного перебування, громадянства на момент розпорядження. Ліхтенштейн надає найбільш широке коло можливостей для вибору права в питанні заповідального розпорядження: обирати можна серед вітчизняного правопорядку на момент юридичної дії або смерті, звичайного місця перебування на момент юридичної дії або смерті і права Ліхтенштейну. Штат Луїзіана використовує критерій доміциля на момент складання заповіту чи смерті. Однак більшість країн у своїх колізійних нормах окремо не визначають право для встановлення за-

¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств. Ч. II / Под ред. Р. Л. Нарышкиной. — М.: Междунар. отношения, 1984. — С. 285—286.

повідальної здатності. Напевне, найбільш прийнятною є позиція законодавства Швейцарії і Ліхтенштейну, які окреслюють найбільшу кількість альтернативних прив'язок щодо здатності до складання заповіту в межах того ж таки особистого закону.

Третя колізія спадкування в МПП — це колізія стосовно форми заповіту.

На форму заповіту завжди впливали історичні та культурні традиції права даного суспільства. Наприклад, за доби класичного візантійського приватного права для складання усного заповіту вимагалася наявність семи свідків, які виконували обов'язкові формальності; на той час вже існувала можливість складання «пільгового заповіту для певних категорій осіб: воїнів, мандрівників. Так, «поранений воїн взагалі міг залишити заповіт кров'ю на щиті, піхвах чи мечем на землі»¹.

І на сьогодні загальновизнаною є необхідність дотримуватися встановленої у законодавстві форми для складання заповіту. Форма заповіту не повинна бути складною і обтяжливою, що перешкоджало б можливості скласти заповіт, однак разом з тим вона повинна по можливості гарантувати автентичність заповіту і забезпечувати виконання волі спадкодавця, таємницю заповіту тощо. Виконання таких вимог до форми заповіту забезпечується законодавствами різних країн по-різному. Через це заповіт, складений без дотримання встановленої форми, може бути визнаний недійсним через максимум: форма заповіту = його суть.

Національні законодавства часто встановлюють різноманітні форми заповіту. Так, публічний заповіт (можливий у Німеччині, Франції, Японії, Швейцарії) зазвичай складається за участі нотаріуса та свідків. Цивільні кодекси багатьох країн (США, Італії, Франції, Німеччини) допускають олографічний заповіт, який повинен бути власноручно написаний, підписаний і датований спадкодавцем, а потім переданий нотаріусу в закритому конверті. У деяких країнах можна скласти, хоча і з деякими обмеженнями, усний

¹ *Храбсков Е. О.* Історія приватного права Європи: східна традиція. — Одеса: Юрид. літ., 2000. — С. 151.

заповіт за участі свідків (Німеччина, США), а також взаємні заповіді, які відомі в англо-американському праві, що містять взаємні зобов'язання заповідачів. Законодавство часто передбачає спрощену форму для складання заповітів: просту письмову, усну — для осіб, що перебувають у місцевості, з якою немає зв'язку через виключні обставини. У Каліфорнії, наприклад, був визнаний заповіт, написаний на щаблинах сходів¹.

В Англії прийняли одну форму заповіту: письмовий документ, підписаний заповідачем чи особою за його вказівкою, завірений не менш як двома свідками. Заповіт може бути написаний, надрукований, оформлений у вигляді криптограми; можливе поєднання надрукованого й написаного текстів². За правом США в різних штатах встановлені норми, значно відмінні між собою щодо форми заповіту. Так, у деяких штатах ологографічні заповіді визнаються, а в деяких — ні; усні заповіді в деяких штатах допустимі лише для рухомого майна чи обмежені певною вартістю спадкової нерухомості; відмінними є норми щодо кількості свідків і т. ін. В Україні заповіт повинен бути письмовим, підписаним особою заповідачем, нотаріально посвідченим (ст. 1247 ЦК).

Прив'язка до *locus regit actum* використовується в законодавстві у сфері МПП щодо форми заповіту в таких країнах, як Південна Корея, Естонія, Португалія, Мексика, Мадагаскар, Литва, Іран. Ряд інших країн поєднують прив'язку до *locus regit actum* з національним правом спадкодавця (громадянством). До них належать, наприклад, Польща, Об'єднані Арабські Емірати, Єгипет, Монголія. Прив'язка щодо форми заповіту, який містить розпорядження нерухомістю за законодавством деяких країн передбачає застосування закону місця знаходження нерухомості.

Крім того, якщо національне законодавство передбачає здійснення заповіту за певною формою, заповіт не буде ви-

¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. К. К. Яичкова. — М.: Междунар. отнош., 1966. — С. 539—546.

² Гражданское и торговое право капиталистических государств. — Ч. II / Под ред. Р. Л. Нарышкиной. — М.: Междунар. отношения, 1984. — С. 284.

знаний дійсним за національним законодавством у разі протиріччя національній нормі права (Іспанія, Нідерланди), хоча не виключене визнання заповіту дійсним за іншими правовими системами.

У найбільш розвинених цивільних законодавствах світу прив'язка *locus regit actum* доповнюється рядом прив'язок до особистого закону спадкодавця (постійного місця проживання — доміциля, місця перебування), місця знаходження нерухомості чи до права, яке регулює правонаступництво на випадок смерті (Німеччина, Швейцарія, Ліхтенштейн, Італія, Угорщина, Румунія та ін.).

§ 3. Міжнародні документи з питань іноземного спадкування

Важливе значення для України мають двосторонні договори про правову допомогу. Колізійні норми в договорах колишнього СРСР і України з іншими країнами містять в основному жорсткі колізійні прив'язки до конкретно визначеного в угоді правопорядку.

Характерні риси договорів про правову допомогу у спадкових нормах:

1) майже всі вони надають національний режим громадянам іншої сторони у спадкових відносинах щодо здатності до складання заповіту і здатності отримувати майно і права;

2) договори виходять з розщеплення спадкування згідно з категоріями майна, що спадкується, тобто, сповідується принцип дуалізму, коли до рухомого майна застосовується закон громадянства чи постійного місця проживання, а до нерухомого — закон його місця знаходження;

3) форма заповіту майже завжди визначається за законом громадянства спадкодавця на момент смерті чи місця складання заповіту.

На сьогоднішній день в Україні діють близько 30 двосторонніх договорів про правову допомогу (у т. ч. Конвенція з Італією 1979 р. та Угода з Туреччиною 2001 р.), 16 з яких діють з часів колишнього СРСР, а також багатостороння Конвенція про правову допомогу 1993 р.

Договір з Іракською Республікою (1973 р.), Конвенція з Італією про правову допомогу (1979 р.), договори з Алжирською Народною Демократичною Республікою (1982 р.), Тунісом (1984 р.), Народною Демократичною Республікою Ємен (1985 р.), КНР (1992 р.), Монголією (1995 р.), Угорською Республікою (2001 р.) не містять норм, присвячених спадкуванню.

Відповідно, прив'язку до закону громадянства стосовно рухомого майна та місцезнаходження нерухомого містять договори з Кореїською Народною Демократичною Республікою (1957 р.), ст. 36, Румунською Народною Республікою (1958 р.), ст. 37, Народною Республікою Албанія (1958 р.), ст. 36, Угорською Народною Республікою (1958 р.), ст. 37, Народною Республікою Болгарія (1975 р.), ст. 32, Польщею (1993 р.), ст. 37, Молдовою (1993 р.), ст. 37, Соціалістичною Республікою В'єтнам (2000 р.), ст. 34, Македонією (2000 р.), ст. 34, Чеською Республікою (2001 р.), ст. 38. Прив'язку до закону постійного місця проживання для рухомого майна та місцезнаходження для нерухомого використовують договори з Республікою Куба (1984 р.), ст. 31, Литовською Республікою (1993 р.), ст. 35, Республікою Грузія (1995 р.), ст. 34, Естонською Республікою (1995 р.), ст. 34, Латвійською Республікою (1995 р.), ст. 36, Республікою Узбекистан (1998 р.), ст. 45, а також угода з Турецькою Республікою (2000 р.), ст. 30.

Відносно заповідальної здатності прив'язку до закону громадянства використовують договори з Румунською Народною Республікою (1958 р.), ст. 39, Народною Республікою Албанія (1958 р.), ст. 36, Угорською Народною Республікою (1958 р.), ст. 39, Кореїською Народною Демократичною Республікою (1957 р.), ст. 38, Народною Республікою Болгарія (1975 р.), ст. 34, Республікою Куба (1984 р.), ст. 33, Республікою Молдова (1993 р.), ст. 39, Республікою В'єтнам (2000 р.), ст. 36, Македонією (2000 р.), ст. 36, Чеською Республікою (2001 р.), ст. 40. Договори з Естонською Республікою (1995 р.), ст. 34, з Грузією (1995 р.), ст. 34, підкоряють це питання регулюванню у відповідності з національним режимом. І тільки Договір з Узбекистаном (1998 р.) у ст. 47 підкоряє заповідальну здатність закону

місця укладення акта. Відповідно, норма про заповідальну здатність не міститься в договорах з Фінляндською Республікою (1978 р.), Грецькою Республікою (1981 р.), Республікою Кіпр (1984 р.), Литовською Республікою (1993 р.), Латвійською Республікою (1995 р.), а також в Угоді з Турецькою Республікою 2000 р.).

Форма заповіту регулюється за законом Договірної Сторони, де було складено заповіт в договорах із Корейською Народною Демократичною Республікою (1957 р.), ст. 38, Румунською Народною Республікою, (1958 р.), ст. 39, Народною Республікою Албанія (1958 р.), ст. 37, Угорською Народною Республікою, (1958 р.) ст. 39, Республікою Куба (1984 р.), ст. 33, Литовською Республікою (1993 р.), ст. 37, Республікою Молдова (1993 р.), ст. 39, Польщею (1993 р.), ст. 39, Республікою Грузія (1995 р.), ст. 36, Естонською Республікою (1995 р.), ст. 36, Латвійською Республікою (1995 р.), ст. 38, Соціалістичною Республікою В'єтнам (2000 р.), ст. 36, Республікою Македонія (2000 р.), ст. 36, Чеською Республікою (2001 р.), ст. 40. Прив'язки до місця укладання заповіту, до громадянства на момент укладання заповіту чи смерті, місця проживання на момент укладання заповіту чи смерті, а також місця знаходження нерухомості — для нерухомого майна фіксують договори з Народною Республікою Болгарія (1975 р.), ст. 34, Фінляндською Республікою (1978 р.), ст. 25, Грецькою Республікою (1981 р.), ст. 22, Республікою Кіпр (1984 р.), ст. 22. І тільки договір з Узбекистаном (1998 р.) у ст. 47 встановлює для форми заповіту колізійну прив'язку до місця проживання на момент укладання заповіту, а угода з Турецькою Республікою (2000 р.) у ст. 32 передбачає кумуляцію прив'язок — закону громадянства та закону місця укладання заповіту, яким є законодавство Договірної Сторони.

Прикладом регіональної уніфікації є Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних, кримінальних справах, що прийнята у Мінську 22 січня 1993 р., ч. V якої присвячена спадковим правовідносинам, хоча вона значною мірою збігається з нормами двосторонніх договорів (наприклад, в ній установлюється, що право спадкування нерухомості визначається за законом держави, де вона знаходиться, а іншого майна — за законом постійного

місця проживання спадкодавця (ст. 45), заповідальна здатність особи установлюється за законом місця її проживання на момент смерті (ст. 47), форма заповіту повинна відповідати вимогам закону останнього місця проживання або місця укладання заповіту (ст. 47).

Винятковим прикладом регіональної уніфікації може бути Кодекс Бустаманте 1928 р., в якому 20 статей (144—163) присвячені виключно спадкуванню. Основні засади спадкування з іноземними характеристиками в цьому документі зводяться до єдиного закону спадкування незалежно від категорій майна, застосування як прив'язки в основному особистого закону, а також встановлення правил «міжнародного публічного порядку» щодо форми заповіту. Кодекс Бустаманте діє вже понад 70 років для 15 країн Латинської Америки (Болівії, Бразилії, Венесуели, Гватемали, Гондурасу, Гаїті, Домініканської Республіки, Коста-Рики, Куби, Нікарагуа, Перу, Панами, Сальвадору, Чилі, Еквадору), що само по собі свідчить про непересічний характер цього акта. Більше того, Кодекс Бустаманте застосовується і в інших країнах, завдяки своїм рисам «розумності й доцільності».

Для регулювання спадкових відносин на міжнародному рівні понад століття тому почали розроблятися Гаазькі конвенції щодо вибору закону для регулювання різних аспектів спадкування: 1894, 1904, 1925, 1928, 1961, 1989 рр. Еволюцію колізійних норм цих конвенцій можна простежити на такому прикладі. Конвенція 1928 р. «Про конфлікт законів і юрисдикцій в області спадкування за законом і за заповітом» містила основний і майже єдиний колізійний принцип — національний закон на момент смерті для визначення закону регулювання спадкових відносин з обмеженнями лише на користь закону місцезнаходження для так званого «особливого майна». Зовсім іншими прив'язками оперує Конвенція про закон, що застосовується до спадкування майна померлих осіб (1989 р.). Для вирішення колізійних питань спадкового права ця конвенція містить розгалужену структуру колізійних прив'язок від постійного місця проживання через закон громадянства до закону найбільш тісного зв'язку (статті 3, 5, 6).

Гаазькі конвенції значно відмінні від договорів про правову допомогу й породжені практичною необхідністю узгодити сталість і консерватизм філософії спадкового права з прискореним розвитком міжнародних відносин у приватній сфері, адже вони можуть функціонувати у двох площинах уніфікації — внутрішній та міжнародній, що є, безперечно, позитивним моментом.

Так, Конвенція 1961 р. про колізію законів щодо форми заповідальних розпоряджень (учасниками якої є 31 країна, зокрема Німеччина, Австрія, Англія, Бельгія, Данія, Іспанія, Норвегія, Польща, Швеція, Швейцарія, Франція, Японія, колишня Югославія) встановлює у ст. 1 найбільшу кількість альтернативних прив'язок стосовно форми заповіту з-поміж інших міжнародних документів, причому достатньо, щоб заповіт був дійсним за будь-яким із зазначених законів з урахуванням основ публічного порядку (закону місця укладання, громадянства на момент укладання або смерті, domicilia на момент укладання або смерті, місця звичайного місця проживання на момент укладання чи смерті, відносно нерухомості — місця її знаходження). За певних обставин може діяти прив'язка до закону найбільш тісного зв'язку. Конвенція застосовується до форми укладання і скасування заповіту, в тому числі і до заповітів, укладених двома і більше особами в одному документі. Дана Конвенція через множинність застережень надає можливість широкого обмеження її норм країнами-учасницями.

§ 4. Отримання українським громадянином спадщини за кордоном

Відповідно до українського законодавства, права спадкування, що виникають в силу іноземних законів, цілком визнаються в Україні. Іноземна спадщина в Україні не обкладається податком, у той час як, наприклад, у Франції спадкоємний податок складає 55 відсотків, у штатах Пенсільванії, Нью Джерсі — 15 відсотків.

Консульські установи України сприяють українським громадянам у захисті спадкових прав, що виникли під дією

іноземного закону. Відповідно до Консульських конвенцій, компетентні органи держави перебування повинні негайно сповіщати консульську установу про відкриття спадщини після смерті громадянина акредитуючої держави. Представництво консула продовжується доти, доки сам спадкоємець не візьме на себе захист своїх прав або не призначить свого представника. Консул вживає заходів щодо охорони майна, яке залишилося після смерті громадянина України. Якщо це майно повністю або частково складається з предметів, які можуть зіпсуватися, а так само при надмірній дорожнечі зберігання такого майна, консул має право продати його і надіслати виручені гроші за належністю. Консул приймає на зберігання спадкове майно для передачі спадкоємцям, що мешкають в Україні. (Консульський Статут України 1994 р., затверджений Указом Президента від 2 квітня 1994 № 127.)

§ 5. Спадкові права іноземців

У сфері спадкових прав іноземці на території України користуються національним режимом незалежно від місця їх постійного проживання. Це означає, що іноземці можуть заповідати й успадковувати майно нарівні з громадянами України. З цього принципу виходять Договори про правову допомогу, які передбачають, що громадяни однієї країни стосовно спадкування цілком прирівнюються до громадян іншої країни. Єдине відоме виключення спадкоємних прав іноземців існує у сфері спадкування ними земельних ділянок. Так, на підставі пунктів 2, 3, 4 ст. 81 Земельного кодексу України, іноземці можуть успадковувати земельні ділянки, але земельні ділянки сільськогосподарського призначення повинні бути відчужені протягом року. Подібні обмеження існували у країнах Західної Європи і США, але в XVIII—XIX століттях вони були скасовані.

§ 6. Перехід майна до держави

Держава може бути спадкоємцем майна за законодавством як України (ст. 1277 ЦК), так і інших держав у випадках, коли у спадкодавця немає спадкоємців ні за законом, ні за

заповітом, або всі спадкоємці позбавлені заповідачем права спадкування, або якщо жоден із спадкоємців не прийняв спадщини. Таке спадкове майно (що інколи називають відумерлим) по праву спадкування переходить до держави.

У США, Франції, Австрії такий перехід здійснюється на основі права «окупації» (що означає перехід майна як безхазяйного до держави). Ці розбіжності можуть мати істотне значення. Так, якщо український громадянин помер, і за кордоном у нього немає ніяких спадкоємців, то по праву спадкування його майно повинне перейти до української держави. Якщо ж вважати, що це майно повинне перейти по праву «окупації», то воно повинно перейти до тієї держави, на території якої майно залишилося після смерті особи.

Приклад. Павло Полуботок був гетьманом України при Петрові І. У 1720 році він відправив зі своїм сином Яковом у Лондон майже все своє золото. Яків у супроводі трьох чоловік на англійській шхуні, що вийшла з Архангельська і благополучно допливла до берегів Англії, доставила туди барило з золотом. У Лондоні за дорученням батька син помістив золото (200 тис. руб.) у банк Ост-Індської компанії. При цьому були визначені такі умови: 4% річних зі зростанням суми за рахунок дивідендів; термін збереження – до втребування самим гетьманом, особами, ним призначеними, чи його спадкоємцями. Війна, революція перешкодили розшуку спадкоємців гетьмана і ведення справи про спадщину. Якщо застосувати теорію переходу спадщини до держави як до спадкоємця — внесок повинна одержати Україна, якщо теорію «окупації» — Великобританія.

За даними Книги рекордів Гіннеса, полуботківський внесок в англійському банку складає 32 трильйони доларів¹.

Питання про долю виморочного майна вирішується у договорах про правову допомогу. Згідно з цими договорами, виморочне рухоме майно передається до держави, громадянином якої на момент смерті був спадкодавець, а виморочне нерухоме майно переходить у власність держави, на території якої воно знаходиться. (Мінська конвенція 1993 р., ст. 46.)

¹ Богуславский М. М. Международное частное право: Практикум. — М.: Юристъ, 1999. — С. 204—205.

ГЛАВА 9 Міжнародне перевезення вантажів, пасажирів та їхнього багажу

§ 1. Поняття міжнародних перевезень

Транспорт — одна з найважливіших галузей суспільного виробництва, що покликана задовольняти потреби населення та інших галузей суспільного виробництва в перевезеннях. Розвиток і вдосконалення транспорту здійснюються відповідно до національної програми з урахуванням його пріоритету та на основі досягнень науково-технічного прогресу і забезпечуються державою (ст. 1 Закону України «Про транспорт» від 10 листопада 1994 р.)¹.

Згідно зі ст. 21 зазначеного Закону, єдина транспортна система України охоплює: транспорт загального користування (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.

Транспорт має обслуговувати всі галузі суспільного виробництва. З допомогою транспортних засобів суб'єкти господарювання надають два різновиди послуг: перевезення вантажу, пасажирів та їхнього багажу, а також транспортування нафти, природного газу, електроенергії тощо.

Міжнародними вважаються перевезення вантажів і пасажирів між двома чи кількома державами. Вони виконуються на умовах, що встановлені укладеними цими державами міжнародними угодами (транспортними конвенціями).

Російський правник О. М. Садіков зазначає, що доставка вантажів і пасажирів на територію іноземної країни може

¹ Відомості Верховної Ради. — 1994. — № 51. — Ст. 446.

мати місце у двох різних за своїми юридичними умовами ситуаціях: а) у разі відсутності угоди стосовно міжнародного сполучення та б) за наявності двосторонньої або багатосторонньої угоди щодо даного питання. Від цих обставин залежить правовий режим перевезень між сторонами. На залізничному транспорті, у разі відсутності угоди відносно міжнародного сполучення, перевезення за кордон повинні здійснюватися після укладення кількох договорів перевезення за правилами законодавства країн-учасниць перевезень. На інших видах транспорту (автомобільному, морському, повітряному) транспортні засоби однієї країни можуть пересікати державний кордон лише за наявності відповідного дозволу компетентних органів іншої держави. Для усунення будь-яких ускладнень практика пішла шляхом укладення міжнародних угод для міжнародних перевезень вищевказаними різновидами транспорту. Вчений дійшов висновку, що міжнародними перевезенням (міжнародному сполученню) властива не одна, а дві ознаки: вони здійснюються, по-перше, між двома та більше країнами і, по-друге, на умовах, встановлених міжнародними угодами. При цьому, однак, слід мати на увазі й ту обставину, що сполучення між країнами можуть практично здійснюватися й без укладення міжнародних угод — на підставі норм внутрішнього права¹.

На нормативному (національному) рівні не має загального визначення поняття «міжнародні перевезення», ми можемо зустріти в окремих конвенціях лише визначення міжнародних перевезень, що здійснюються тими чи іншими різновидами транспорту. Спробу їх узагальнення було зроблено у підручнику з міжнародного приватного права Ю. Г. Федосєєвої. Авторка пропонує під міжнародними перевезеннями розуміти переміщення вантажів або пасажирів, що здійснюються з допомогою будь-якого виду транспорту, якщо таке переміщення має міжнародний характер: місце відправлення та місце призначення знаходяться на території різних країн або саме переміщення здійснюється на території іноземної країни, а також інші аналогічні ситуації.

¹ Садиков О. Н. Правовое регулирование международных перевозок. — М.: Юрид. лит., 1981. — С. 6, 7.

Ю. Г. Федосеева підкреслює й ту обставину, що для визнання перевезення міжнародним достатньо факту укладення договору перевезення. Фактичне здійснення перевезення юридичного значення тут не має, оскільки за різних причин останнє взагалі може не відбутися¹.

Нарешті, хотілося б сконцентрувати увагу на співвідношенні таких понять, як «договір міжнародного перевезення» та «зовнішньоекономічний договір». Лише ті договори міжнародного перевезення за своєю правовою природою є зовнішньоекономічними, за якими надаються транспортно-експедиційні послуги. У деяких транспортних конвенціях, присвячених міжнародним перевезенням вантажів тим чи іншим видом транспорту, безпосередньо зазначено, що їхні норми не поширюються на правовідносини, які впливають з укладення договорів стосовно перевезення обладнання, меблів з метою переїзду і т. ін.

Крім того, навіть договори міжнародного характеру на надання транспортно-експедиційних послуг мають істотну відмінність від інших зовнішньоекономічних договорів. Як з нормативного, так і з наукових визначень зовнішньоекономічного договору впливає, що його суб'єктами (сторонами) є комерційні підприємства, розміщені в різних країнах. Деякі вчені, моделюючи визначення тих чи інших різновидів договорів міжнародного перевезення, що мають зовнішньоекономічну природу, використовують саме цей критерій. Так, наприклад, І. А. Діковська при визначенні договору повітряного чартеру в міжнародному приватному праві зазначила, що показниками міжнародного характеру договору повітряного чартеру може бути різна національна належність сторін договору чи розташування на території різних країн пункту відправлення та пункту призначення чартерного перевезення або, якщо пункт відправлення та пункт призначення розміщені на території однієї країни, то узгоджена зупинка на території іншої країни².

¹ Федосеева Г. Ю. Международное частное право: Учебник. — М.: Острозьке, 1999. — С. 173—175.

² Діковська І. А. Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.— К., 2002. — С. 3.

А ми вважаємо, що ознака національної належності сторін договору як для зовнішньоекономічних договорів на транспортне експедирування, так і для договорів щодо міжнародного перевезення пасажирів не має ніякого значення. Вирішальним у даній ситуації є факт укладення договору перевезення, який передбачає перетинання кордонів не менш як двох країн, та, відповідно до положень якого, пункт відправлення та пункт призначення розміщені на території різних країн або (та) передбачається транзитна зупинка на території іншої країни. Отже, на нашу думку, лише юридичний факт — укладення договору відповідного змісту (безальтернативно) у даному випадку виступає як «іноземний елемент».

Особливістю регулювання правовідносин, пов'язаних зі здійсненням міжнародних перевезень, є те, що для їх регулювання використовують в основному конвенції та двосторонні угоди щодо міжнародного сполучення, які містять уніфіковані матеріальні та колізійні норми. Разом з тим слід зазначити, що питома вага матеріальних норм як в міжнародних, так і внутрішніх актах, присвячених врегулюванню проблем міжнародних перевезень, є набагато більшою порівняно з колізійними. Отже, у даному випадку головним методом правового регулювання виступає матеріально-правовий; з допомогою колізійного методу вирішуються окремі питання, які неможливо вирішити шляхом уніфікації матеріальних норм.

У цілому у сфері міжнародних перевезень використовуються такі види колізійних прив'язок: закон місця відправлення пасажирів (вантажу), закон прапора, закон місця реєстрації судна (транспортного засобу), закон країни призначення, транзиту, закон країни-перевізника, а також принцип автономії волі.

Усі міжнародні акти, які так чи інакше торкаються питань міжнародної транспортної політики, можна поділити на два масиви: по-перше, це міжнародні акти загального характеру, в яких передбачено загальні напрямки щодо співробітництва в галузі транспортної політики, закріплено статус міжнародних транспортних організацій, врегульовано правила руху тощо, по-друге, це міжнародні акти, які

безпосередньо спрямовані на гармонізацію національного законодавства у галузі міжнародних перевезень пасажирів, їхнього багажу та вантажів з допомогою різних видів транспорту: морського, повітряного, залізничного, автомобільного, водного, а також змішаних перевезень.

Окрім названих видів міжнародного сполучення (за різновидами транспорту та предметом транспортних операцій) у законодавстві та науковій літературі використано ще й інші критерії, за якими виділено такі різновиди:

1) залежно від періодичності транспортних операцій — регулярні перевезення (лінійні) та нерегулярні;

2) з урахуванням порядку проходження вантажами та пасажирями прикордонних пунктів — перевезення безперевантажні (безпересадочні) та перевезення вантажні (пересадочні);

3) залежно від того, завершується чи ні перевезення на території країни-сусідки, — перевезення сусідні, транзитні та прохідні (кільцеві);

4) залежно від того, здійснюється сповіщення на підставі одного чи кількох договорів перевезення, — перевезення прямого сполучення, непрямого (ламаного) сполучення¹.

Одним з міжнародних актів загального характеру у сфері міжнародної транспортної політики, який має безпосереднє значення для України, є *Угода про принципи формування спільного транспортного простору і взаємодії держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав у галузі транспортної політики* (9 жовтня 1997 р.) Угоду ратифіковано Законом України від 6 жовтня 1999 р. Її метою є створення умов для функціонування спільного транспортного простору та вироблення скоординованої транспортної політики.

Держави-сторони Угоди погодилися провадити політику державної підтримки транспортного комплексу, визначати пріоритетні проекти з узгодженого інвестування, а також щодо створення інтегрованих транспортних систем на рівні міжнародних стандартів.

Головною метою всіх конвенцій і договорів, які стосуються міжнародного транспортного сповіщення, є створення

¹ Садиков О. Н. Зазнач. праця. — С. 8.

безпеки перевезень і спрощення формальностей, а також захист державних інтересів та інтересів осіб, які безпосередньо беруть участь у транспортній операції.

§ 2. Міжнародні морські перевезення

Традиційно перевезення товарів морем здійснюється двома засобами залежно від характеру товарів. По-перше, йдеться про фрахтування всього судна за договором морського чартеру (у такій засіб, як правило, перевозять зерно, вугілля чи нафту). Якщо виникає необхідність перевезення окремих партій вантажів, товар, як правило, вкладається у трюм або на палубу судна та перевозиться на підставі коносаментів. Якщо товари не перевозяться у контейнерах, коносаменти мають назву «бортові». Контейнерні коносаменти видаються контейнерними лініями для перевезення вантажів у контейнерах і мають характеристики, яких немає в інших видах коносаментів. Окрім названих існують ще й інші різновиди коносаментів. Спинимося стисло лише на трьох:

1) чистий коносамент і коносамент із застереженням. Чистий коносамент є документом, що не містить додаткових застережень, які прямо констатують дефектний стан товару чи упаковки;

2) оборотні та на пред'явника. Коносаменти, як і векселі, можуть виписуватися на пред'явника і на конкретну особу або за її наказом (ордерні);

3) наскрізний коносамент. Якщо морське перевезення складає лише частину загального перевезення, у зв'язку з чим відправнику зручніше отримати наскрізний коносамент, ніж укладати договори з кількома перевізниками, які повинні перевозити вантаж на подальших стадіях перевезення¹.

Із найбільш відомих конвенцій, присвячених врегулюванню міжнародного перевезення морем, розкриємо зміст чотирьох.

¹ Шмиттгофф К. М. Экспорт и практика международной торговли. — М.: Юрид. лит., 1993. — С. 281—303.

1. Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент. Її було розроблено під егідою Міжнародного морського комітету 25 серпня 1924 р. При цьому сама Конвенція не містить визначення коносаменту, його ми можемо знайти в інших актах міжнародного характеру, насамперед у Конвенції ООН щодо морського перевезення вантажів 1978 р., про яку йтиметься далі.

Положення Конвенції містять перелік заходів, які перевізник зобов'язаний здійснити для приведення судна в необхідний для перевезення вантажів стан. Капітан або перевізник чи його агент зобов'язаний видати відправнику вантажу коносамент, який повинен містити перелік відомостей, зазначений у статтях Конвенції. Саме такий коносамент створюватиме презумпцію прийому перевізником вантажу. У конвенції передбачено межі відповідальності перевізника за втрату або пошкодження вантажу, а також обставини, які виключають його відповідальність. Зокрема: непереборна сила, дії антисуспільних елементів, арешт або затримання владою, карантинні обмеження, спасіння життя або майна на морі тощо. У Конвенції приділено увагу також процедурним питанням, пов'язаним з формою та строками повідомлення перевізником про втрату або пошкодження багажу, та порядку визначення вартості багажу, якщо відомості про неї не були внесені у коносамент тощо.

2. Конвенція про полегшення міжнародного морського судноплавства, 5 квітня 1965 р. Її було прийнято Україною з поправками 1975 р. до неї та з поправками 1969, 1977, 1986, 1990 рр. до її додатків (Постанова Кабінету Міністрів України від 21 вересня 1993 р. № 755 про прийняття Україною Конвенції про полегшення міжнародного морського судноплавства 1965 р.). Конвенція передбачає полегшення морського судноплавства спрощенням і скороченням до мінімуму формальностей, вимог стосовно документів і процедур при прибутті, стоянці та відправленні суден закордонного плавання. Конвенція містить 16 статей організаційного характеру, а додаток складено з 5 розділів, які містять «стандарти» та «рекомендовану практику».

Під «стандартами» слід розуміти ті заходи, однакове застосування яких урядами країн (учасниць Конвенції) згідно

з Конвенцією є необхідним для полегшення міжнародного морського судноплавства; під «рекомендованою практикою» — ті заходи, однакове застосування яких урядами країн-учасниць Конвенції згідно з Конвенцією є бажаним з метою полегшення міжнародного морського судноплавства.

Так, наприклад, один із стандартів передбачає, що державна влада не має права вимагати при прибутті та відправленні суден будь-яких інших документів, окрім: загальної декларації, декларації про вантаж, декларації про судові припаси, декларації про особисті речі екіпажу судна, списку пасажирів та документів, щодо яких є розпорядження Всесвітньої поштової конвенції та морської санітарної декларації. Положення додатку розкривають змістове навантаження перерахованих документів, тобто перелік відомостей, які вони повинні містити та встановлюють кількість їх необхідних примірників.

Відповідно до «рекомендованої практики» після індивідуального пред'явлення паспортів або інших офіційних документів, які посвідчують особистість, державній владі слід негайно повертати пасажиром зазначені документи, а не затримувати їх до додаткового контролю, якщо немає ніяких перешкод до допуску пасажирів на територію цієї країни.

3. Афінська конвенція про перевезення морем пасажирів та їхнього багажу, 13 грудня 1974 р., яка є чинною для України на підставі Закону України «Про приєднання України до Конвенції про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 р. і Протоколу 1976 р. до неї» від 15 липня 1994 р.¹ Зазначену Конвенцію застосовують до будь-якого міжнародного перевезення, якщо: судно плаває під прапором держави, яка є стороною цієї Конвенції, або зареєстроване в такій Державі, або сам договір перевезення укладено в державі, яка є стороною цієї Конвенції, або відповідно до договору перевезення місце відправлення чи місце призначення знаходяться в такій Державі. Разом з тим, Конвенція не застосовується, якщо перевезення підпадає під режим цивільної відповідальності, передбаченої положеннями будь-якої іншої міжнародної конвенції про перевезення пасажирів та

¹ Відомості Верховної Ради. — 1994. — № 33. — Ст. 305.

їхнього багажу іншим видом транспорту, у випадку застосування цих положень до перевезення морем.

Перевізник відповідає за шкоду, завдану в результаті смерті пасажира або заподіяння йому тілесного ушкодження, а також в результаті втрати або пошкодження багажу, якщо подія, внаслідок якої було завдано шкоду, сталася під час перевезення і була наслідком вини або недбалості перевізника, його службовців або агентів, які діяли в межах своїх службових обов'язків.

Обов'язок доказування того, що подія, внаслідок якої було завдано шкоду, сталася під час перевезення, а також обов'язок доказування розміру шкоди покладається на позивача. Перевізник не відповідає за втрати і пошкодження грошей, цінних паперів, золота, виробів із срібла, коштовних речей, прикрас, творів мистецтва чи інших цінностей, окрім випадку, коли такі цінності було здано на зберігання перевізникові, який погодився їх зберігати в безпеці.

Конвенція врегульовує низку інших питань, зокрема порядок перерахування грошової одиниці, групу додаткових положень про межі відповідальності, порядок застосування меж відповідальності, передумови об'єднання позивних вимог до перевізників випадки втрати права перевізником на обмеження відповідальності, порядок повідомлення пасажиром про втрату чи пошкодження багажу, строк позовної давності, питання підсудності тощо.

4. Конвенція ООН щодо морського перевезення вантажів, 1 січня 1978 р., яка є чинною для України (див. WWW.NAU.KIEV.UA). Названа Конвенція застосовується до договорів морського перевезення, якщо порт навантаження чи порт розвантаження розташований на території однієї з Договірних країн або коносамент чи інший документ, що підтверджує договір морського перевезення, виданий в одній з договірних країн, а також в інших випадках, зазначених у Конвенції.

Конвенція надає визначення коносаменту. Відповідно до її положень, останній є документом, який підтверджує договір морського перевезення та прийом вантажу перевізником і згідно з яким перевізник є зобов'язаним здати вантаж проти цього документу. У змісті Конвенції значну увагу

приділено питанням, пов'язаним з відповідальністю перевізника за втрату та пошкодження вантажу, серед яких є встановлення періоду, протягом якого перевізник несе відповідальність, перелік підстав відповідальності та її межі. Перевізник несе відповідальність за збиток, що є результатом втрати чи пошкодження вантажу, за затримку в його отриманні, якщо обставини, що призвели до цього, мали місце у той час, коли вантаж перебував у його веденні, якщо тільки перевізник не докаже, що він, його службовці чи агенти вжили всіх заходів для того, щоб уникнути таких обставин.

Відносно живих тварин перевізник не несе відповідальності за втрату, пошкодження чи затримку у здачі, які є результатом будь-яких ризиків, що властиві такому різновиду перевезень.

Положення Конвенції також містять спеціальні правила щодо небезпечного вантажу. Так, наприклад, відправник вантажу зобов'язаний замаскувати вантаж або іншим відповідним засобом позначити вантаж як небезпечний. Коли відправник вантажу передає небезпечний вантаж перевізнику, залежно від обставин справи, перший повинен повідомити другому про небезпечний характер вантажу якщо це необхідно, про застережні заходи, яких необхідно вжити. Якщо це не буде зроблено, відправник вантажу повинен буде нести відповідальність перед перевізником за збитки, що мали місце внаслідок відвантажування такого вантажу.

Положення Конвенції також врегульовують порядок видачі коносаментів, визначають осіб, які мають право підписувати такий документ, відомості, які він повинен містити, та інші питання, що можуть виникнути в результаті морського перевезення вантажу.

§ 3. Міжнародні повітряні перевезення

Як і перевезення морем, міжнародні повітряні перевезення можуть здійснюватися двома способами: шляхом фрахтування місткості всього повітряного судна чи укладення договору (якщо йдеться не про всю місткість судна, а про її окрему частину) на перевезення вантажів. Це здійснюється, як правило, на підставі авіанакладної. З метою уніфі-

кації правил міжнародних повітряних перевезень прийнято цілу низку договорів (конвенцій).

1. Варшавська конвенція для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень, 12 жовтня 1929 р., застосовується до будь-якого міжнародного перевезення людей, багажу чи вантажу, що здійснюється за винагороду з допомогою повітряного судна. Вона застосовується до безкоштовних перевезень, що здійснюються з допомогою повітряного судна авіатранспортного підприємства, а також до перевезень, що здійснюються державою або іншими юридичними особами публічного права, та в інших випадках, зазначених у Конвенції. В останній вказано документи, які є посвідченням договору повітряного перевезення: для пасажирів таким договором є проїзний білет, для багажу — багажна квитанція, яка може бути включена у проїзний квиток. Відповідно до положень Конвенції, кожен перевізник має право вимагати від відправника повітряно-перевізний документ. Але відсутність, неправильність або втрата такого документу не впливає на дійсність договору перевезення.

Низку статей Конвенції присвячено питанням відповідальності перевізника, її межам і підставам звільнення від неї, а також положенням щодо позивної давності тощо. До глави 5 Конвенції увійшли положення стосовно комбінованих перевезень.

Протоколом про поправки до Конвенції для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень, 28 вересня 1955 р., змінено та доповнено низку положень Конвенції 1929 р.

2. Конвенція, додаткова до Варшавської конвенції для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень, що здійснюються особами, які не є перевізниками за договором, 18 вересня 1961 р., містить низку додаткових положень, які спочатку не було висвітлено у Варшавській конвенції. Насамперед, вона розмежовує поняття «перевізника за договором» і «фактичного перевізника»: «перевізник за договором» означає особу, яка уклала як Договірна Сторона, що підпадає під дію Варшавської конвенції, договір про перевезення з пасажиром або

відправником; «фактичний перевізник» — це особа, яка не є перевізником за договором, але уповноважена перевізником здійснювати все перевезення або його частину. Відповідно до Положень Конвенції, перший з них підпадає під дію правил Варшавської конвенції відносно всього перевезення, передбаченого в договорі; другий — лише відносно того перевезення, яке він здійснює; проведено розмежування їх відповідальності як за дії, так і за бездіяльність.

3. *Конвенція для Уніфікації деяких правил міжнародних повітряних перевезень*, 28 травня 1999 р., є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA). Названа Конвенція модернізує вищезазначені міжнародні акти. Її сфера застосування майже ідентична зі сферою, передбаченою Конвенцією 1929 р. Однак, на відміну від останньої, в її змісті зазначено, що при перевезенні поштових відправлень, перевізник несе відповідальність лише перед відповідною поштовою організацією.

У модернізованому акті значну увагу приділено організаційним заходам, які є необхідними для здійснення повітряних перевезень, насамперед, підготовці документації, яка дещо відрізняється як за назвою, так і за змістом від тієї, що передбачена Конвенцією 1929 р. Зокрема, йдеться про індивідуальний або груповий документ, необхідний для перевезення пасажирів, та відомості, які він повинен містити.

Низку статей Конвенції 1999 р., як і Конвенції 1929 р., присвячено питанням відповідальності перевізника, її межам та підставам звільнення від неї, а також положенням щодо позивної давності тощо.

4. *Конвенція про міжнародну цивільну авіацію*, 7 грудня 1944 р., є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA). Її положення застосовуються лише до цивільних повітряних суден і не поширюються на судна, що використовуються військовою, митною та поліцейською службами. Кожна з Договірних Сторін зобов'язується не використовувати цивільну авіацію з метою, яка є несумісною з даною Конвенцією. Вона встановлює низку положень щодо регулярних (нерегулярних) міжнародних сполучень, каботажу, заборонних зон, спрощення формальностей для прискорення навігації повітряних суден, а також правила про повітря-

ний рух, митні, імміграційні процедури й порядок розслідування повітряних пригод.

Згідно з даною Конвенцією, кожне повітряне судно, яке бере участь у міжнародній навігації, забезпечується посвідченням щодо придатності до польотів. Посвідчення видано або йому надано силу країною, в якій таке судно зареєстроване. Пілот та інші члени екіпажу такого судна також забезпечуються посвідченнями про кваліфікацію і свідоцтвами. Їх також видано або їм надано силу країною, в якій таке судно зареєстроване. Конвенцією врегульовано ще порядок ведення бортових журналів, використання фотографічної апаратури, обмеження щодо вантажів і т. ін. Країни-учасниці Конвенції зобов'язуються співпрацювати у даній сфері з метою досягнення можливого ступеня однаковості правил, стандартів, процедур і створюють задля цього Міжнародну організацію цивільної авіації, що складається з Асамблеї, Ради та інших органів, в яких може виникнути необхідність. Даний акт містить перелік завдань, вирішення яких покладено на Організацію, серед них перше місце посідає забезпечення безпеки та впорядкований розвиток міжнародної цивільної авіації.

Уряди країн укладають двосторонні договори *про міжнародне повітряне сполучення*. За деякими договорами Україна є правонаступницею СРСР, а низку договорів вона уклала вже в період своєї незалежності (між урядом України та урядом Латвії, Лівану, Бразилії, Угорщини, Австрії, Кореї, Лівії та з іншими). Зазначені договори, хоча не є ідентичними в цілому, передбачають однакове врегулювання відносин у даній сфері. Так, відповідно до положень таких угод, кожна Договірна Сторона надає іншій Договірній Стороні права, перелік яких міститься в Угоді (угодах), з метою встановлення регулярних міжнародних повітряних перевезень за маршрутами, зазначеними в додатках.

Кожна Договірна Сторона має право призначити одне або кілька авіапідприємств з метою експлуатації договірних ліній за встановленими маршрутами або відкликати чи замінити такі призначення, повідомивши про це іншу Договірну Сторону. Законодавство однієї Договірної Сторони, що врегульовує вхід на її територію, перебування в її межах і

вихід з неї повітряних суден, зайнятих у міжнародній аеронавігації, або експлуатацію і навігацію таких повітряних суден під час їх перебування в межах її території, застосовується до повітряних суден будь-якого авіапідприємства, призначеного іншою Договірною Стороною.

В угодах такого характеру знайшли своє відображення також принципи, що регулюють експлуатацію договірних ліній, питання авіаційної безпеки, порядок встановлення тарифів, а також розслідування авіаційної події тощо.

5. Угода про транзит при міжнародних повітряних сполученнях, 7 грудня 1944 р., діє для України відповідно до указу Президента України «Про приєднання до Угоди про транзит при міжнародних повітряних сполученнях» від 4 червня 1997 р. № 490/97. Відповідно до даної Угоди, кожна країна (Договірна Сторона) надає іншим країнам (Договірним Сторонам) такі свободи повітря відносно регулярних міжнародних повітряних ліній: переважне право пролітати над її територією, переважне право приземлитися з некомерційними цілями. Кожна країна (Договірна Сторона) за умови дотримання положень Угоди може визначати у межах своєї території маршрут для будь-якої міжнародної повітряної лінії та аеропорти, що можуть використовуватися на таких лініях і т. ін.

§ 4. Міжнародні залізничні перевезення

Залізничне перевезення, порівняно з перевезеннями за допомогою інших різновидів транспорту, за своєю вартістю та безпекою є найбільш привабливе як для громадян, так і для суб'єктів господарювання. На сьогоднішній час розроблено значну кількість договорів (конвенцій), головною метою яких є уніфікація правил міжнародного залізничного перевезення.

1. Конвенція про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ), 9 травня 1980 р., для України діє на підставі Закону України «Про приєднання України до Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ)» від 5 червня 2003 р. № 943-IV із застереженнями. На підставі Конвенції (державами-учасницями) створено Міжурядову організацію

міжнародних залізничних перевезень (ОТІФ). Основною метою ОТІФ є встановлення єдиного правопорядку для перевезень пасажирів, багажу і вантажів у прямому міжнародному залізничному сполученні між державами-учасницями, а також сприяння застосуванню й розвитку цього правопорядку.

Перевезення в прямому міжнародному сполученні підпорядковуються «Єдиним правилам до договору про міжнародне залізничне перевезення пасажирів і багажу (ЦІВ)», що становлять Додаток А до Конвенції; «Єдиним правилам до договору про міжнародне залізничне перевезення вантажів (ЦІМ)», що становлять Додаток В до Конвенції. Єдині правила ЦІВ і ЦІМ разом з двома Додатками є невід'ємною частиною Конвенції.

Додаток А до Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (ЦІВ) насамперед встановлює сферу його застосування та винятки з неї. Він складається з 62 статей, які вирішують низку питань, що виникають у результаті здійснення міжнародного залізничного перевезення пасажирів та їхнього багажу. Так, залізниця зобов'язана здійснювати відповідно до Єдиних правил, будь-яке перевезення пасажирів та їхнього багажу, якщо тільки: а) пасажир дотримується Єдиних правил, додаткових положень і міжнародних тарифів; б) перевезення є можливим за наявності регулярного персоналу і транспортних засобів, що задовольняють вимоги звичайного сполучення; с) перевезенню не перешкоджають обставини, яких залізниця не може уникнути і які вона не в змозі усунути. Умови міжнародних тарифів не можуть відрізнятися від Єдиних правил, окрім випадків, коли останні це виразно передбачають.

Відповідно до положень додатка А, залізниця повинна відповідним чином доводити до відома населення розклади поїздів. У розкладах або тарифах повинні зазначатися обмеження в користуванні певними поїздами або певними класами вагонів. У його статтях встановлено можливі випадки відмови в перевезенні, порядок займання, надання і резервування місць у поїздах, що регулюється приписами, які застосовує залізниця. Відповідно до положень зазначеного додатку, пасажир має право без додаткової оплати

брати з собою в пасажирський вагон легкі для перенесення предмети (ручну поклажу), встановлено перелік речей, що заборонено брати в пасажирські вагони. Забороняється брати: а) речовини і предмети, не допущені до перевезень як багаж на підставі статті 18 а, якщо додаткові положення або тарифи не передбачають винятків; б) предмети, що можуть заважати або створювати незручності пасажирам або заподіювати шкоду; с) предмети, заборонені для розміщення в пасажирських вагонах приписами митниць або інших адміністративних органів; d) живих тварин, якщо додаткові положення або тарифи не передбачають винятків.

У змісті додатку А передбачено порядок оформлення і перевезення багажу, а також його видачі при прибутті, встановлено випадки повернення плати за квиток на перевезення, можливість компенсації і доплати.

Передбачено відповідальність залізниці у разі смерті або поранення пасажирів (встановлено суму відшкодування збитків у разі смерті, у разі поранення), відшкодування за прострочення доставки, а також випадки звільнення залізниці від відповідальності.

У Додатку В до Конвенції (ЦІМ) насамперед встановлено сферу його застосування та винятки з неї. Він складається із 66 статей, які вирішують низку питань, що виникають у результаті здійснення міжнародного залізничного перевезення вантажів. Він встановлює предмети, що не допускаються до перевезення, а також предмети, що допускаються до перевезення за певних умов. У нормах Додатку можна знайти як спеціальні положення для певних перевезень, так і загальні правила щодо укладення договору перевезення. Серед питань, пов'язаних з перевезенням вантажу з допомогою міжнародного залізничного транспорту, врегульовані такі: положення щодо пакування і позначення вантажу, порядок надання вантажу для перевезення і порядок його перевірки залізницею, зміст накладної на вантаж, яку відправник повинен надати для перевезення кожного виду багажу, а також визначено обставини, за яких залізниця повинна визначати масу вантажу чи кількість місць і фактичну власну масу вагону.

Згідно з Додатком В, відправник повинен долучити до накладної документи, необхідні для виконання перед видачею вантажу формальностей, які вимагаються митницями або іншими адміністративними органами. Ці документи можуть стосуватися тільки вантажів, що обіймаються однією і тією самою накладною, якщо інше не передбачено приписами митниць або інших адміністративних органів чи тарифів.

Терміни доставки встановлюються або угодами між залізницями, що беруть участь у перевезенні, або міжнародними тарифами, що застосовуються від станції відправлення до станції призначення. Для певних спеціальних перевезень і на певних маршрутах ці терміни можуть також встановлюватися на підставі планів перевезення, що застосовуються між заінтересованими залізницями. У цьому разі вони повинні бути включені до міжнародних тарифів або спеціальних угод. Його нормами врегульовано також порядок видачі вантажу. Так, залізниця повинна вручити накладну і видати вантаж одержувачу на станції призначення після отримання від одержувача квитанції і оплати ним покладених на нього залізницею витрат.

Нарешті, у змісті додатку В передбачено відшкодування в разі втрати вантажу (повної, часткової) або прострочення терміну його доставки, встановлено межі відповідальності залізниці тощо.

Обидва додатки містять положення щодо строку позивної давності для позовів, які базуються на договорі перевезення залізницею пасажирів та їхнього багажу, а також вантажів, тягаря доказування (покладено на залізницю). За допомогою їх положень врегульовуються також стосунки між залізницями, зокрема розрахунки між ними, а також можливість регресних вимог та їх процедури й деякі інші питання.

Конвенція має чотири додатки-регламенти: додаток I — регламент міжнародних залізничних перевезень небезпечних вантажів (РІД); додаток II — регламент міжнародних залізничних перевезень приватних вагонів (РІП); додаток III — регламент міжнародних залізничних перевезень контейнерів (РІКо); додаток IV — регламент міжнародних залізничних перевезень вантажобагажу (РІЕкс).

2. *Угода про міжнародне залізничне вантажне сповіщення (УМВС)* діє з 1 листопада 1951 р. (нова редакція з 1 січня 1998 р.), є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA). Угода застосовується до всіх перевезень вантажів у прямому міжнародному залізничному сповіщенні між вказаними у другому параграфі ст. 3 станціями, за накладними УМВС та лише по мережі залізниць-учасниць цієї Угоди. Даний акт має обов'язкову силу для залізниць, відправників і одержувачів вантажів. Згідно з ним, кожна залізниця, що бере участь в Угоді, зобов'язана перевозити всі вантажі, окрім тих, що зазначені у ст. 4 Угоди. Так, до перевезення у міжнародному залізничному вантажному сповіщенні не допускаються: предмети, перевезення яких заборонено принаймні однією з країн, залізниці яких повинні були б брати участь у перевезенні; предмети, що утворюють монополію поштового відомства (Додаток 1) принаймні однією з країн, залізниці яких повинні були б брати участь у перевезенні; вогнепальні та бойові припаси, вибухові речовини тощо. За вказівкою відповідних урядових органів залізниця може тимчасово зупинити рух повністю або частково; тимчасово зупинити приймання деяких вантажів або допускати їх приймання тільки на відповідних умовах; тимчасово приймати до перевезення переважно визначені вантажі. Крім того, залізниця має право прийняти указані заходи у зв'язку з форс-мажорними обставинами. Разом з тим, угода покладає на залізницю, яка прийняла зазначених заходів, обов'язок негайно сповістити про це зацікавлені залізниці, які беруть участь у даній Угоді.

Небезпечні вантажі допускаються до перевезенням лише при дотриманні умов, передбачених у Додатку 2. При перевезенні локомотивів, тендерів, вагонів метро, залізничних кранів відправник зобов'язаний забезпечити їх супровід у відповідності до Додатка 3. Живність перевозиться лише при провідниках, за виключенням дрібних тварин та птиці, які перевозяться у міцно закритих клітках, ящиках, кошиках і т. ін., в безперевантажному сповіщенні. Продукти, що швидко псуються, допускають до перевезення лише на підставі Додатка 4.

Угода встановлює перелік умов, лише за дотриманням яких можливе перевезення покійників. Її положення також регулюють порядок пред'явлення до перевезення авто-

мобілів, тракторів, зокрема правила щодо їх пломбування та інші спеціальні положення для відповідних перевезень. Значну увагу у змісті Угоди приділено укладенню договору перевезення, насамперед складанню належним чином накладної, прийманню вантажів до перевезення, його упакування до пломбування вагонів тощо.

3. *Угода між залізничними адміністраціями держав-учасниць СНД, Латвійської Республіки, Литовської Республіки, Естонської Республіки про особливості застосування окремих норм Угоди про міжнародне залізничне вантажне сповіщення, 1 жовтня 1997 р.*

4. *Угода про міжнародне пасажирське сповіщення (УМПС) діє з 1 листопада 1951 р. (нова редакція — з 6 січня 1998 р.), є чинною для України (див. * WWW. NAU. KIEV. UA). Угода встановлює пряме міжнародне залізничне та змішане залізнично-морське сповіщення для перевезень пасажирів, багажу та товаровантажу між країнами-учасницями цієї Угоди й покладає обов'язок на залізниці, які беруть участь у ній, організувати міжнародні пасажирські перевезення з комфортом і найбільш сприятливими умовами для останніх. Низка положень цієї угоди є схожими з положеннями, передбаченими в Угоді про міжнародне залізничне вантажне сповіщення, зокрема положення, що стосуються заходів, яких може вжити залізниця у випадку відповідних вказівок урядових органів чи форс-мажору. Відповідно до її положень, документом, що засвідчує право проїзду в міжнародному сповіщенні у межах УМПС, є пасажирський квиток. Останній повинен бути оформлений ручним або електронним засобом та містити перелік відомостей, що зазначений в Угоді. У сповіщенні між станціями окремих залізниць при наявності домовленості також можуть застосовуватися картонні білети. Білети не повинні мати змін, окрім тих, які допускаються даною Угодою. Білети, які є зміненими у незаконному порядку, повинні розглядатися як незаконні.*

Для перевезення організованих груп пасажирів може бути видана одна купонна книжка з бланковим білетом-купоном, на групу у складі не менше 10 дорослих пасажирів. Кожному пасажирю, який є учасником такої групи, видається окремий контрольний купон — дійсний лише за наяв-

ності купонної книжки, що видана на групу. Купонна книжка може видаватися як для проїзду в одному напрямку, так і для проїзду туди й назад. Для проїзду у спальних вагонах з місцями для лежання Угодою передбачена обов'язкова наявність окрім білету плацкарти на зайняття відповідного місця; перераховано відомості, які вона повинна містити, врегульовано порядок її видачі та умови заміни. Положення угоди встановлюють умови придатності білетів, купонних книжок. У її змісті знайшли відображення умови проїзду дітей, провозу ручного багажу та тварин (встановлено перелік предметів, які заборонені до перевезення у вигляді ручного багажу), перевезення дипломатичної пошти, а також положення про відповідальність пасажирів за збитки, завдані залізниці. Розділ III Угоди повністю присвячено питанням, пов'язаним із перевезенням. Низка статей Угоди містить положення, що безпосередньо стосуються відповідальності залізниці тощо.

5. *Угода між залізничними адміністраціями держав-учасниць СНД, Латвійської Республіки, Литовської Республіки, Естонської Республіки про особливості застосування окремих норм Угоди про міжнародне пасажирське сповіщення, 28 травня 1997 р.*

6. *Європейська угода про міжнародні магістральні залізничні лінії, 31 травня 1985 р., є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA). Відповідно до положень даної Угоди, країни-Договірні Сторони приймають запропонований план залізничної мережі, що іменується Міжнародна залізнична мережа «Е», опис якої наведений у Додатку I до цієї Угоди як координований план будівництва й обладнання залізничних ліній, що мають велике міжнародне значення, який вони мають намір виконувати в рамках своїх внутрішніх програм відповідно до свого законодавства.*

§ 5. Міжнародні автомобільні перевезення

З метою полегшення міжнародного дорожнього руху та підвищення рівня безпеки на дорогах шляхом прийняття однакових правил руху, а також дорожніх знаків і сигналів

8 листопада 1968 р. було прийнято дві *Віденські конвенції*: *Конвенція про дорожній рух* з поправками від 3 березня 1993 р. та *Конвенція про дорожні знаки та сигнали*. Обидві вони є чинними для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA).

Окрім них основними документами, що регулюють автомобільні перевезення, вважаються ще чотири.

1. *Європейська угода про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів* (ДОПНВ), 30 березня 1957 р., діє для України на підставі Закону України «Про приєднання України до Європейської Угоди про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів» (ДОПНВ) від 2 березня 2000 р. № 1511-III¹. У цій Угоді йдеться про «транспортні засоби» — автомобілі, тягачі з напівпричепами, причепа й напівпричепа, що відповідають визначенням, наведеним у статтях Конвенції про дорожній рух від 19 вересня 1949 р., за винятком транспортних засобів, що належать збройним силам однієї з Договірних Сторін або перебувають у підпорядкуванні цих збройних сил. У свою чергу, термін «небезпечні вантажі» означає речовини і предмети, що не допускаються до міжнародного дорожнього перевезення, згідно з положенням додатків А і В, або допускаються до такого з дотриманням визначених умов. Додатки до цієї Угоди є її невід'ємною частиною. Конвенція передбачає також можливість збереження кожної Договірної Сторони за собою права регламентувати або забороняти ввезення на свою територію небезпечних вантажів з причин, інших, ніж безпека в дорозі.

2. *Конвенція про договір міжнародного перевезення вантажів по дорогах*, 19 травня 1956 р., зі змінами, внесеними Протоколом від 5 липня 1978 р. СРСР приєдналася до Конвенції 1 серпня 1983 р. Конвенція є чинною для України як правонаступниці СРСР. Вона застосовується до будь-якого договору дорожнього перевезення вантажів за винагороду з допомогою транспортних засобів, коли місце завантаження та місце доставки вантажу, зазначені в контракті, розміщені на території двох різних країн, з яких принаймні

¹ Відомості Верховної Ради. — 2000. — № 13. — Ст. 116.

одна повинна бути учасницею Конвенції. Остання не застосовується до перевезень, що відбуваються згідно з міжнародними поштовими конвенціями, до перевезень покійників, до перевезень обстановки та меблів при переїздах. Згідно з положеннями Конвенції, договір перевезення встановлюється накладною. Відсутність, неправильність або втрата накладної ні на існування, ні на дійсність договору перевезення не впливають і в такому випадку застосовуються положення Конвенції. У її статтях врегульовано порядок складання накладної, її зміст, необхідні дії перевізника щодо перевірки відомості, зазначеної у накладній, та дії й документи, що повинен надати відправник перед завантаженням. Положення Конвенції, головним чином, стосуються прав і обов'язків сторін договору перевезення та їх відповідальності.

3. Європейська угода про міжнародні автомагістралі, 15 листопада 1975 р., є чинною для України на підставі Постанови Уряду «Про приєднання Української РСР до Європейської угоди про міжнародні автомагістралі від 15 листопада 1975 р.» від 9 листопада 1982 р. № 537. Країни-Договірні Сторони приймають план автодорожньої мережі, яка в Угоді дістала назву міжнародної мережі «Е» і опис якої наведено в її Додатку I як координований план будівництва і реконструкції доріг, що мають міжнародне значення. План цей вони мають намір виконувати у межах своїх національних програм. Міжнародна автодорожня мережа «Е», відповідно до угоди, являє собою мережу основних доріг загальним спрямуванням північ-південь, захід-схід, включає ще проміжні дороги, розташовані між основними, а також з'єднувальні дороги. Дороги міжнародної мережі «Е» повинні ідентифікуватися та позначатися дорожнім знаком, опис якого наводиться в Додатку III даної Угоди.

4. Конвенція про договір міжнародного автомобільного перевезення пасажирів та вантажу, 1 березня 1973 р., є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA). Дана Конвенція застосовується до будь-якого договору автомобільного перевезення пасажирів, а в певних випадках їхнього багажу транспортними засобами, якщо в договорі зазна-

чено, що перевезення здійснюється на території не менш як двох країн і що пункт відправлення або пункт призначення чи вони обидва розміщені на території однієї з Договірних країн.

Якщо автомобільне перевезення переривається та використовується інший вид транспорту, дана Конвенція застосовується до тих частин перевезення, які здійснюються автомобільним транспортом, навіть якщо вони не є міжнародними згідно з Конвенцією, але за умовою, що вони не є допоміжними стосовно іншого виду транспорту. Якщо транспортний засіб сам по собі перевозиться на одному з ділянок шляху іншими видами транспорту, дана Конвенція застосовується у випадку спричинення шкоди та нанесення збитків у результаті пригоди, яка пов'язана з перевезенням у транспортному засобі, або яка трапилася під час завантаження чи вивантаження, або у зв'язку із знаходженням багажу в транспортному засобі, який перевозиться. Окремий розділ Конвенції присвячено транспортним документам, його положення багато в чому є ідентичними положенням інших конвенцій про договори міжнародного перевезення, однак є і свої особливості. Так, наприклад, індивідуальний пасажирській білет, якщо на ньому не зазначено інше і якщо він не є іменним, можна передати іншій особі до початку перевезення. Значну увагу приділено правам і обов'язкам сторін договору, відповідальності перевізника, положенням щодо позивної давності тощо.

З метою полегшення міжнародних перевезень вантажів автомобільними шляхами прийнято цілу низку *митних конвенцій*, серед яких найбільш відомими є три:

1. *Митна конвенція про перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП*¹, 1975 р., вони є чинною для України на підставі Закону України «Про участь України у Митній конвенції про перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП» від 15 липня 1994 р. № 117/94-ВР².

¹ Книжка Міжнародного дорожнього перевезення. Цей документ видає Асоціація, що входить до складу Міжнародного союзу автомобільного транспорту, а в Україні — уповноважені на це митні органи.

² Відомості Верховної Ради. — 1995. — № 33. — Ст. 307.

2. *Конвенція про карнет А.Т.А. для тимчасового ввезення товарів* від 15 грудня 1957 р., яка вступила у силу 6 грудня 1961 р., є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA).

3. *Конвенція, що стосується контейнерів* від 18 травня 1956 р. Вступила у силу 4 серпня 1959 р., але ні Україна, ні Росія в ній участі не беруть.

Існує також ціла низка *двосторонніх урядових договорів про міжнародне автомобільне сполучення*. У ряді випадків Україна є правонаступницею СРСР (договори між урядом СРСР та урядами Італії, Іспанії, Норвегії тощо), більшість договорів ми уклали вже в період своєї незалежності (договори між урядом України та урядами Латвії, Естонії, Білорусі, Литви, Молдови, Азербайджану, Вірменії, Узбекистану, Росії, Угорщини, Бельгії тощо).

Зазначені договори хоча не є ідентичними, але в цілому передбачають однакове врегулювання відносин у даній сфері. Так, згідно з ними, здійснюватимуться регулярні й нерегулярні перевезення пасажирів автобусами, поїздки на легкових автомобілях і перевезення вантажів автотранспортними засобами (вантажними автомобілями з причепами чи напівпричепами або без них) між обома країнами і транзитом по їх територіях у треті країни.

Регулярні перевезення пасажирів автобусами організуються за погодженням між компетентними органами Договірних Сторін. Перевезення вантажів між обома країнами або транзитом по їх територіях у треті країни, за винятком перевезень, передбачених безпосередньо у статтях таких угод, повинні здійснюватися вантажними автомобілями з причепами чи напівпричепами або без них на основі дозволів, які видаються компетентними органами Договірних Сторін. Згідно з положеннями угод, дозволи не потрібні в таких, найбільш типових випадках: на виконання перевезень рухомого майна при переселенні; експонатів, обладнання і матеріалів, призначених для ярмарків і виставок; транспортних засобів, тварин, а також різного інвентарю та майна, призначених для проведення спортивних заходів; театральних декорацій і реквізиту, музичних інструментів, обладнання і приладдя для кінозйомок, радіо- і телевізійних

передач; тіл і праху померлих; несправних або пошкоджених автотранспортних засобів; гуманітарної допомоги та в інших випадках, передбачених в угодах.

Перевезення, передбачені в урядових угодах про міжнародне автомобільне сполучення, можуть виконуватися тільки тими перевізниками, які, згідно з внутрішнім законодавством своєї країни, допущені до здійснення міжнародних перевезень. Автотранспортні засоби, що здійснюють міжнародні перевезення, повинні мати національний реєстраційний і розпізнавальний знаки. Перевезення вантажів, передбачених цими угодами, здійснюється по документах, форма яких повинна відповідати загальноприйнятим міжнародним зразкам. У угодах вирішується питання щодо законодавства, яке повинно застосовуватися у тих чи інших випадках. Так, щодо прикордонного, митного і санітарного контролю застосовуватимуться положення міжнародних угод, учасниками яких є обидві Договірні Сторони, а при вирішенні питань, що не врегульовані цими угодами, застосовуватиметься внутрішнє законодавство кожної з Договірних Сторін.

§ 6. Міжнародне перевезення внутрішніми водними шляхами

До перевезень, що здійснюються внутрішніми водними шляхами (змішаними шляхами: ріка — море), застосовується як Кодекс торговельного мореплавства, так і ціла низка конвенцій.

1. Конвенція про обмеження відповідальності власників суден внутрішнього плавання, 1 березня 1973 р., є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA). Згідно з її положеннями, власник судна внутрішнього плавання може обмежити свою відповідальність щодо претензій, зазначених у ній, з допомогою утворення лімітованого фонду у відповідності з названим актом. Положення даної Конвенції також поширюються на осіб, які експлуатують судно, орендарів, володільців суден, а також фрахтівників. Об-

меження відповідальності виключається, якщо доказано, що випадок, внаслідок якого було пред'явлено претензію, є наслідком особистої провини особи, яка посилається на обмеження.

Відповідальність може бути обмежена як за договірними, так і за позадоговірними претензіями, зокрема при відшкодуваннях у випадку смерті, поранень або іншого пошкодження фізичного чи психічного здоров'я будь-якої особи, яка перебувала на борту судна; відшкодування за втрату або пошкодження вантажу чи будь-якого іншого майна, що знаходиться на борту судна, та в інших випадках, зазначених у Конвенції. Разом з тим, не підлягають обмеженню претензії від осіб, які перевозяться на підставі договору перевезення пасажирів; претензії до власника судна, що впливають з договору про найом капітана та членів екіпажу або будь-яких агентів власника судна, які знаходяться на борту судна; претензії за здійснену допомогу, врятування, а також внесок за спільну аварію.

2. *Конвенція про договір міжнародного перевезення пасажирів та багажу внутрішніми водними шляхами*, 1 травня 1976 р., для України є чинною (див. WWW.NAU.KIEV.UA). Конвенція застосовується до будь-якого договору перевезення та, у відповідних випадках, їхнього багажу внутрішніми водним шляхами, коли в договорі передбачено, що перевезення здійснюватиметься водними шляхами не менш як двома країнами і що місце посадки чи місце висадки або перше і друге розміщені на території однієї з Договірних країн. Разом з тим, Конвенція не застосовується, якщо на договір перевезення поширюється положення морського права в силу того, що перевезення частково здійснюється морем; положення залізничного права в силу будь-якої конвенції. Як і в інших конвенціях, присвячених договорам міжнародного перевезення, у даній Конвенції значну увагу приділено транспортним документам (порядку їх оформлення та змісту) і положенням відповідальності перевізника (сума відшкодування і т. ін.). При перевезеннях пасажирів перевізник, згідно зі статтями Конвенції, повинен видати індивідуальний або колективний

білет. Відсутність, неправильність оформлення або втрата білету не зачіпає існування та дійсність договору перевезення, якій продовжує підпадати під дію положень Конвенції. Якщо пасажир бажає здати багаж перевізнику, останній може виписати у відповідних випадках у поєднанні з білетом багажну квитанцію або інший аналогічний документ, в якому зазначається кількість та характер багажу. На прохання пасажир оформлення такої багажної квитанції є обов'язковим.

Конвенція містить низку інших важливих питань, що виникають як при укладенні, так і в процесі реалізації договірних зобов'язань щодо міжнародного перевезення пасажирів і вантажу внутрішніми водними шляхами.

3. *Європейська угода щодо найважливіших внутрішніх водних шляхів міжнародного значення, 19 січня 1996 р.*, є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA). Країни-Договірні Сторони прийняли положення даної Угоди як узгодженого плану розвитку та будівництва мережі внутрішніх водних шляхів, що має назву «Мережа водних шляхів категорії Е». Зазначена мережа включає у свій склад внутрішні водні шляхи та порти міжнародного значення, перелік яких міститься у Додатках I та II до даної Угоди.

4. *Європейська угода про міжнародне перевезення небезпечних вантажів внутрішніми водними шляхами, 26 травня 2000 р.*, є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA). Під «внутрішніми водними шляхами» Конвенція розуміє усі внутрішні судноплавні шляхи, включаючи морські судноплавні шляхи, на території країни-Договірної Сторони, що є відкритими для плавання суден згідно з національним правом. У свою чергу, «небезпечними вантажами» є речовини та вироби, міжнародне перевезення яких, відповідно до Правил, що додаються, заборонене або дозволяється на відповідних умовах. До Конвенції додаються *Правила*, які складають разом із нею невід'ємну частину. Зазначені правила включають: приписи, що стосуються міжнародних перевезень небезпечних вантажів внутрішніми водними шляхами; приписи та процедури, що стосуються огляду, видачі свідоцтв

про допуск, спеціальних дозволів, контролю, а також положення щодо підготовки та складення іспитів експертами тощо.

5. *Будапештська конвенція про договір перевезення вантажів внутрішніми водними шляхами*, 22 червня 2001 р., застосовується до будь-якого договору перевезення вантажів, згідно з яким порт завантаження або місце приймання вантажу та порт розвантаження або порт здачі вантажу розташовані на території двох різних країн, принаймні одна з яких є учасницею Конвенції. Остання насамперед врегульовує права та обов'язки сторін договору (перевізника та відправника вантажу) й порядок розірвання договору. Як і більшість інших міжнародних актів, присвячених міжнародному перевезенню пасажирів і вантажів, дана Конвенція передбачає можливість здійснення такого перевезення фактичним перевізником. Відповідно до її положень, за умови здійснення міжнародного перевезення вантажів внутрішніми водними шляхами, перевізник залишається відповідальним за все перевезення згідно з положеннями даної Конвенції. У тих випадках і у тій мірі, в яких перевізник і фактичний перевізник несуть відповідальність, їх відповідальність є солідарною. Зазначений акт також містить положення щодо небезпечного вантажу та вантажу, який забруднює навколишнє середовище. Низку статей присвячено транспортним документам, їхньому змісту та порядку складання. Так, перевізник для кожного перевезення вантажу, що врегульовується даною Конвенцією, видає транспортний документ (передбачено застереження, які він може містити); перевізник повинен видати коносамент лише за проханням відправника вантажу або, якщо про це було застереження до завантаження вантажу чи до прийняття його до перевезення. Відсутність транспортного документа або його неповне оформлення не впливають на дійсність договору перевезення.

У Конвенції також отримали своє закріплення положення відносно: права розпорядження вантажем та умови його здійснення; відповідальності перевізника та характеру його взаємовідносин з агентами й службовцями; суми відшкоду-

вання, максимальних меж відповідальності, можливості її обмеження та втрати права на таке обмеження; порядку повідомлення про збиток; претензійного строку, позивної давності тощо.

§ 7. Міжнародні змішані перевезення

Положення щодо змішаних (або комбінованих) перевезень, як уже зазначалося, містяться в окремих розділах конвенцій, присвячених перевезенню з допомогою того чи іншого виду транспорту. Разом з тим, слід обов'язково згадати про конвенції та угоди, які повністю присвячені саме такому виду перевезень.

1. *Конвенція ООН про міжнародні змішані перевезення вантажу*, 24 травня 1980 р., є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA). Відповідно до її положень, «міжнародним змішаним перевезенням» є перевезення вантажів двома різними видами транспорту на підставі договору змішаного перевезення з місця в одній країні, в якій вантажі поступають у ведення оператора змішаного перевезення, до обумовленого місця доставки в іншій країні. Оператором змішаного перевезення є особа, яка від власного імені або діючих від її імені осіб укладає договір змішаного перевезення, виступає як сторона договору та бере на себе відповідальність за виконання договору. При прийнятті вантажів оператор змішаного перевезення, відповідно до положень Конвенції, повинен видати документ змішаного перевезення, який за вибором відправника вантажу може бути як оборотним, так і необоротним. Конвенція містить низку положень щодо форми та змісту, а також можливих застережень у зазначеному документі (двох вищевказаних його різновидів), відповідальності за вмисне внесення неправильних відомостей чи за приховування необхідних відомостей тощо. У Конвенції врегульовані питання, пов'язані з відповідальністю (як договірною, так і позадоговірною) оператора змішаного перевезення, агентів та інших осіб, а також підстави їх відповідальності та її межі; передбачено як право оператора на обмеження відповідальності, так і підстави втрати такого

права. Частину IV Конвенції присвячено питанням, пов'язаним з відповідальністю відправника вантажу, вона містить як загальні правила, так і спеціальні правила щодо небезпечних вантажів (зокрема, йдеться про неналежне позначення вантажу як небезпечного). Окрему частину (V) присвячено положенням щодо вимог і позовів, насамперед, питанням вирішення юрисдикції, позивної давності, арбітражного розгляду. У даному акті врегульовано митні й деякі інші питання, що можуть виникнути при здійсненні міжнародних змішаних перевезень.

2. *Угода про міжнародне пряме змішане залізнично-водне вантажне сполучення*, 14 грудня 1959 р., для СРСР вступила у силу 2 серпня 1960 р., є чинною для України як правонаступниці СРСР. Даною Угодою встановлюється міжнародне пряме змішане залізнично-водне вантажне сполучення по залізницях країн-Договірних Сторін та по річці Дунаю в межах цих країн. Відповідно до неї, умови перевезення вантажів у міжнародному прямому змішаному залізнично-водному сповіщенні та права, які впливають з них, відповідальність, взаємовідносини між залізницями, дунайськими портами та судноплавними підприємствами, з одного боку, та відправниками й одержувачами вантажів, з іншого боку, а також тарифні та інші питання, передбачені в Угоді, повинні регулюватися правилами та інструкціями, які узгоджуються між транспортними міністерствами і міністерствами зовнішньої торгівлі Договірних Сторін.

3. *Європейська угода про найважливіші лінії міжнародних комбінованих перевезень та відповідні об'єкти*, 1 лютого 1991 р., є чинною для України (див. WWW. NAU. KIEV. UA). Відповідно до неї, термін «комбіноване перевезення» означає перевезення вантажів на одній і тій же транспортній одиниці з використанням кількох видів транспорту. Країни-Договірні Сторони приймають положення даної Угоди як узгодженого міжнародного плану розвитку та функціонування мережі найважливіших ліній міжнародних комбінованих перевезень, який вони мають намір здійснювати у межах національних програм. Мережа міжнародних комбі-

нованих перевезень включає залізничні лінії, що зазначені у Додатках I, II до названої Угоди, залізнично-паромні переправи (порти, що мають важливе значення для міжнародних комбінованих перевезень) тощо. З метою полегшення міжнародних комбінованих перевезень, що здійснюються з допомогою мережі міжнародних комбінованих перевезень, країни-учасниці Угоди домовилися про вжиття необхідних заходів для досягнення необхідних стандартів у зазначеній сфері.

ГЛАВА 10 **Деліктні зобов'язання у міжнародному приватному праві**

§ 1. **Колізійне регулювання деліктних зобов'язань**

Глобалізація економік і культур, розширення міжнародних культурних і господарських контактів у приватній сфері, міжнародний туризм і міграція населення, науково-технічний прогрес, світові екологічні катастрофи й інші подібні чинники спонукають до прийняття різних зобов'язань, у тому числі й деліктних у міжнародному приватному праві.

Характеру міжнародно-правових набувають ті делікти у приватній сфері, які так чи інакше пов'язані більш як з одним правопорядком. Зобов'язання із заподіяння шкоди має зв'язок більш як з одним правопорядком, коли:

- а) підстава деліктних відносин (протиправна шкода) проявляється у кількох державах;
- б) принаймні один із суб'єктів деліктних відносин — іноземець;
- в) дія делінквента, що породжує обов'язок відшкодувати заподіяну шкоду, простирається в іноземну правову сферу;
- г) предмет деліктних відносин (у зобов'язальних майнових відносинах) пошкоджується в умовах іноземного правопорядку;
- г) суб'єктивне право потерпілого і юридичний обов'язок делінквента виникають в одних державах, а реалізуються в інших;
- д) права третіх осіб обговорюються за законодавством іноземної держави;
- е) право на відшкодування шкоди є похідним від договірних відносин сторін чи від інших преюдиціальних фактів,

що обговорюються за іноземним правом (договір страхування, договір найму, угода про звільнення делінквента від обов'язку відшкодувати шкоду і т. ін.);

е) справа про відшкодування шкоди розглядається в іноземному суді;

ж) рішення про відшкодування шкоди виконується в іноземній країні¹.

Для прикладу можна навести таку ситуацію.

Для того щоб відсвяткувати золоту річницю вступу до шлюбу, шведські громадяни придбали в агента ВАТ «Інтурист» ваучер на двотижневу поїздку до Москви з метою подивитися балет «Лебедине озеро». Їх зустріли, відповідно до умов договору, в аеропорту Шереметьєво, розмістили в готелі «Національ», але коли подружжя звернулося по квитки в бюро обслуговування в готелі, їм запропонували квитки не до Великого театру, а до цирку, пояснивши, що балетна трупа Великого театру вже протягом двох місяців гастролює в Японії. Від квитків подружжя відмовилось і, повернувшись до Швеції, подало позов до агента «Інтурист» про відшкодування як матеріальної, так і моральної шкоди.

Позов було задоволено судом у Стокгольмі, а пізніше у порядку регресу відповідні суми були стягнені з ВАТ «Інтурист»².

Наведений приклад можна іменувати «простою» колізією, що має звичайний міжнародний характер. Але трапляються і такі випадки, коли про наявність делікту в міжнародному приватному праві можна говорити в разі існування деліктних відносин, які пов'язані з більшою кількістю правопорядків.

Через грубу необережність наземного диспетчера при заході на посадку в аеропорту м. Вашингтона зіштовхнулись

¹ Звекон В. П. Обязательства из причинения вреда в международном частном праве (некоторые коллизионные вопросы) // Очерки международного частного права. — М.: Междунар. отношения, 1963. — С. 115—116.

² Богуславский М. М. Международное частное право: Практикум. — М.: Юристъ, 1999. — С. 157—158.

у повітрі два літаки: пасажирський «Дуглас» з 55 пасажирами і членами екіпажу на борту і болівійський військовий літак, що робив пробний політ. Зіткнення сталося у повітряному просторі над рікою Потомак. Аеропорт розміщений не в окрузі Колумбія, як місто Вашингтон, а у штаті Вірджінія.

Усі особи, що були у пасажирському літаку, загинули. Ніс цього літака упав у ріку Потомак (округ Колумбія), кормова частина — на берег ріки (штат Вірджінія). Болівійський літак упав у ріку, льотчик був поранений, але залишився живий.

Відповідальність за дії диспетчера повинна нести держава (США).

Перед судом постало запитання: право якого штату слід застосовувати?¹

Складні, з точки зору правового регулювання, бувають випадки, які отримали в науковій літературі назву «транскордонні делікти». Характеризуються вони тим, що дія має місце в одній країні, а наслідки цієї дії проявляються в іншій.

Наприклад, голландське підприємство, що займається вирощуванням квітів, в основному використовує воду, що надходить з ріки Рейн. У результаті забруднення води калієм, що видобувається шахтою в Ельзасі, вирощувані рослини заповдіювалися шкода. Шахта розміщена в районі Мюльхаузена (Франція).

Власник підприємства подав позов проти шахти в суді м. Роттердама².

Загальновідомо, що право кожної країни має свої особливості, у тому числі при регулюванні деліктних зобов'язань. Навіть визначення поняття «делікт» за різними правовими системами значно відрізняється. Так, за кодексом Наполеону 1804 р., протиправною визнається будь-яка дія, що спричинила шкоду іншому (ст. 1382). Таке формулювання протиправної дії дістало назву «генеральний делікт». У країнах англо-американського права зобов'язальне право

¹ Богуславский М. М. Знач. праця. — С. 148.

² Там само. — С. 154—155.

для визначення протиправних діянь оперує значною кількістю категорій (torts, negligence, gross negligence, delicts) і встановлює цілу низку самостійних складів цивільних правопорушень. Така система має назву «сингулярні делікти». Законодавства Німеччини та Швейцарії поєднують загальне визначення делікту з описом конкретних правопорушень.

За таких умов повинні діяти правові регулятори для вирішення вказаних протиріч. Ними виступають насамперед колізійні норми у сфері деліктних зобов'язань. Вони, як і будь-які інші колізійні норми міжнародного приватного права, мають двочленну структуру: обсяг і прив'язку. Обсяг колізійної норми деліктного права — це вказівка на деліктні відносини, що регулюються даною нормою. Прикладом таких вказівок можуть бути: «Права і обов'язки за зобов'язаннями, що виникають внаслідок заподіяння шкоди» — ст. 1289 ЦК Вірменії; «Обов'язок відшкодування шкоди» — ст. 42 Закону Грузії про міжнародне приватне право; «Позадоговірні зобов'язання про відшкодування шкоди» — § 48 Федерального закону Австрії 1978 р. про міжнародне приватне право; «Претензії з недозволеної дії» — ст. 40 Відного закону 1896 р. до Німецького цивільного уложення; «Відносини з правопорушення» — ст. 26 Цивільного кодексу Греції 1940 р.; «Позови із заподіяння шкоди» — ст. 129 Федерального закону Швейцарії 1987 р. Про міжнародне приватне право тощо.

Така різноманітність у визначенні обсягів колізійних норм, що регулюють деліктні зобов'язання, спричинена тим, що кола питань, які регулюються статутом деліктного зобов'язання в різних країнах значно розрізняються. Проте найчастіше статутом деліктного зобов'язання, що стосується підстав такого зобов'язання, його обсягу, характеру відшкодування шкоди, межі деліктної відповідальності, розміру відшкодування і т. ін. На законодавчому ж рівні чітко встановлення обсягу статуту деліктних відносин¹ зу-

¹ З питання «обсягу статуту» див.: *Рубанов А. А.* Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. — М.: Наука, 1984. — С. 98.

стрічається вкрай рідко. Позитивним прикладом цього може бути ст. 107 Закону Румунії 1992 р. № 105 щодо регулювання відносин міжнародного приватного права, яка фіксує вісім аспектів деліктного статуту. Це питання деліктної право- і дієздатності; умов і обсягу відповідальності; підстав обмеження відповідальності чи звільнення від неї і розподілу відповідальності між тим, хто заподіяв шкоду, і потерпілим; відповідальності довірителя за дії довіреної особи; характеру збитків, які можуть бути відшкодовані; способів і розміру відшкодування; допустимості поступки права на відшкодування; осіб, які мають право на відшкодування понесених збитків.

Прив'язки колізійних норм деліктного права безпосередньо вказують на право певної країни, за яким слід вирішувати спірні питання деліктного зобов'язання у сфері міжнародного приватного права.

У сфері деліктних зобов'язань міжнародного приватного права основною, найбільш поширеною прив'язкою, що наближається до звичаєвої, має довгу історію практичного застосування і повсюдного закріплення як на рівні національного законодавства, так і на рівні міжнародних угод, є прив'язка до **закона місця вчинення делікту (lex loci delicti commissi)**.

Ця прив'язка відображає інтереси держави й потреби цивільного обігу в застосуванні деліктних норм законодавства країни, де мав місце делікт. Зобов'язання із заподіяння шкоди заглиблені у той правопорядок, в надрах якого вони виникли. І так само, як весь правопорядок у цілому, деліктні відносини несуть на собі відбиток економічного й суспільного устрою, що затвердився в даній державі. Відсилка до закону місця здійснення правопорушення відображає внутрішні, спонтанні зв'язки, що об'єднують зобов'язальні відносини з місцевим правовим устроєм. Усвідомлена необхідність у застосуванні *legis loci delicti commissi* виникає тоді, коли делікт не просто оточений чужорідною для нього правовою сферою, а органічно з нею пов'язаний¹.

¹ *Зевков В. П.* Обязательства из причинения вреда в международном частном праве (некоторые коллизионные вопросы) // *Очерки международного частного права.* — М.: *Международ. отношения*, 1963. — С. 123.

Без будь-яких застережень прив'язка *lex loci delicti commissi* на сьогоднішній день застосовується у законодавствах таких країн, як Мадагаскар, Куба, Іспанія, Греція, Чехія, Франція, а за кодексом Бустаманте в ряді латиноамериканських країн (Аргентині, Болівії, Бразилії, Колумбії, Коста-Риці, Кубі, Домініканській Республіці, Еквадорі тощо) в основному шляхом прямого закріплення її у законодавстві. Наприклад, у ст. 26 Цивільного кодексу Греції 1940 року записано: «Відносини з правопорушення визначаються законодавством держави, на території якої правопорушення було вчинено». Винятком у цьому контексті є лише Франція: абз. 1 ст. 3 Кодексу Наполеона зазначає, що «законои благоустрою і безпеки обов'язкові для всіх, хто проживає на території (Франції)». Через розширювальне тлумачення цього положення доктриною і практикою робиться висновок про те, що деліктні правовідносини регулюються за місцем їх виникнення.

Колізійний принцип *lex loci delicti commissi* походить, на думку Рабеля, від кримінального підходу, згідно з яким кожний деліктний акт слід визначати відповідно до законодавства країни, на території якої він був здійснений. Згідно з американською правовою доктриною, вказана прив'язка має концептуальну основу в доктрині благонбутих прав, яка означає, що право на відшкодування за іноземним деліктом завдячує своїй появі й існуванню праву тієї юрисдикції, де мала місце шкода. Принцип *lex loci delicti commissi* підтримувався в законодавстві та доктрині багатьох країн (хоча *lex loci delicti commissi* мав альтернативу (*lex fori*) ще у працях Бартола і Савіні)¹ і залишався єдинозастосовуваним приблизно до 60-х років, хоча критичні зауваження щодо нього мали місце ще в 30-х роках ХХ ст., особливо в американській доктрині. Так, нові шляхи регу-

¹ На думку угорського колізіоніста Ф. Мадля, якщо сприйняти той факт, що єдиний і незалежний від кримінальних елементів інститут цивільної відповідальності було встановлено тільки з появою великих капіталістичних кодексів (а саме у ХІХ ст.), то стане очевидним, що раніше не могло існувати ніякої загальної колізійної норми для цивільної відповідальності. Див.: *The Law of International Transaction* by Ferenc Madl, LL.D, Budapest, 1982, P. 85.

лювання колізій в американській доктрині запропонував Девід Ф. Каверс у своїй роботі «Критика проблеми вибору закону» (1933 р.). Пізніше вони були трансформовані Брейнердом Кюррі в теорію «аналізу інтересів» («Interest analysis»), які він виклав у роботі «Зауваження, методи й цілі в колізійному праві» (1959 р.).

Роботи Б. Кюррі не мали значного впливу на американське колізійне право до рішення 1963 року апеляційного суду Нью-Йорка у справі *Babcock v. Jackson*, що стала поворотним моментом в історії колізійного права і практики застосування колізійної прив'язки до *lex loci delicti commissi*. Суть справи така:

У п'ятницю 16 вересня 1960 р. міс Джорджія Бебкок як гість зі своїми друзями, подружжям Джексонів (усі — мешканці Рочестера, штату Нью-Йорк), рушили з міста машиною містера Джексона на уїкенд до Канади. Через кілька годин, уже на території Канади, в провінції Онтаріо, м-р Джексон, очевидно, втратив контроль над машиною; вона з'їхала з дороги і врізалась у кам'яну стіну, що примикала до неї. Міс Бебкок дістала серйозні каліцтва. 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, що заподіяна здоров'ю осіб, які знаходяться у машині, якщо тільки не йдеться про ділові поїздки чи перевезення пасажирів за плату (*Highway Traffic Act R.S.O. 1960, c.172, s. 105 (2)*). Відповідач позов не визнав, спираючись на закон місця події.*

*Апеляційний суд штату Нью-Йорк п'ятьма голосами проти двох вирішив застосувати право не провінції Онтаріо, тобто *lex loci delicti*, а штату Нью-Йорк. Суд обґрунтував своє рішення тим, що «зв'язок» цієї справи з правом штату Нью-Йорк незрівнянно більш тісний, ніж з правом провінції Онтаріо, і «інтерес» штату Нью-Йорк значно більший: потерпілий і делінквент — його мешканці, 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 по чистій випадковості мала місце в цій провінції.

Позиція законодавчих органів штату Нью-Йорк до проблеми відшкодування збитків, які вчинені тому, хто приїхав з іншого штату (*guest*), у результаті необережності водія, однозначна — шкода, понесена в такій ситуації, має бути відшкодована. Більше того, кілька разів законодавчі органи штату Нью-Йорк відмовлялися приймати закон, що обмежував права потерпілого. Аргументи, наведені в рішенні суду, завершуються запитанням: чому ж суди штату Нью-Йорк повинні відмовлятися від такої позиції лише через те, що інцидент, який зачіпає інтереси мешканців цього штату, стався за його межами?

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 відвернення 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 до одного не повинні змінюватись залежно від пересування машини. На практиці інколи 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 й інших факторів може призвести до несправедливого результату. Суд зробив висновок, що він не вбачає причин підкоряти всі питання, що виникають з деліктних вимог, одному правопорядку¹.

На основі рішення, винесеного в цій справі, в колізійному деліктному праві було обґрунтовано необхідність функціонування альтернативи для домінуючої жорсткої колізій-

¹ Кабатова Е. В. Делікты в международном частном праве // Государство и право. — 1992. — № 9. — С. 100—101; Materials on conflict of laws Volume II January, 1994 John Swan Aird @ Berlis Toronto Vaugan Black Dalhousе University Halifax, P. 105—114.

ної прив'язки — *lex loci delicti commissii*. Такою альтернативою з допомогою описаного рішення фактично стали два нові для деліктного права колізійні підходи — теорія «найбільш тісного зв'язку» і теорія «аналізу інтересу». Крім того, з допомогою доктринального дослідження Д. Каверса було запропоновано ще один колізійний підхід — урахування результату. Фактично всі вказані колізійні начала знайшли своє втілення у даному рішенні, а пізніше — в законодавстві і практиці багатьох країн.

Так, принцип *lex loci delicti commissii* поступився своїм пріоритетом найбільш тісному зв'язку у США 1972 р. в *Restatement II*. Основне положення, визначене в § 145 зазначеного акта, означає, що права і обов'язки сторін відносно делікту визначаються за внутрішнім законодавством країни, яка має найбільш тісний зв'язок з подією і сторонами. Для визначення останнього необхідно враховувати принципи *Restatement II*, а також такі обставини, як місце настання шкоди, місце вчинення шкоди, доміциль, місце проживання, громадянство, місце інкорпорації, місце здійснення комерційної діяльності сторін, місце, де склалися відносини між сторонами.

У законодавствах таких країнах, як Австрія, Ліхтенштейн, Туреччина, Великобританія, Німеччина, штат Луїзіана (США), також містяться норми, що підкоряють деліктні відносини або закону найбільш тісного зв'язку, або принципу *lex loci delicti commissii*. Так, ч. 1 ст. 25 Закону Туреччини 1982 р. № 2675 про міжнародне приватне право і міжнародний цивільний процес встановлює, що «зобов'язання, які виникають з неправомірних дій, підкоряються законодавству місця, де неправомірні дії було здійснено», а ч. 3 цієї статті визначає, що «у випадку, якщо зобов'язання, які виникли з неправомірних дій, мають більш тісний зв'язок з іншою країною, може бути застосоване законодавство цієї країни».

Теорія «аналізу інтересу» була запроваджена, зокрема, у практиці і законодавстві штату Луїзіана. Так, Цивільний кодекс 1825 р. у ст. 3542 встановлює загальне правило, згідно з яким будь-яке питання у деліктних зобов'язаннях регулюється законодавством штату, устремлінням якого

була б нанесена більш серйозна шкода, якби його законодавство не було застосоване до цього питання. Цей штат визначається оцінюванням сили й доцільності устремлінь залучених штатів, що мають відношення до справи у світлі: (1) контактів кожного штату, що мають відношення до справи зі сторонами і подіями, які породжують суперечку, включаючи місце дії і шкоди, доміциль, звичайне місцеперебування чи місце комерційного обзаведення сторін, а також штат, в якому відносини між сторонами, за їх наявності, були зосереджені, і (2) законодавство штату, устремління якого була б нанесена найбільш серйозна шкода, якби його законодавство не було застосоване до цього питання; устремління і потреб міжштатних і міжнародних систем, включаючи устремління на підтримку законних очікувань сторін і мінімізацію негативних наслідків, які можуть мати місце при підкоренні сторони законодавству більш як одного штату; устремління запобігати неправомірну поведінку і виправляти наслідки шкідливих дій. Таким чином, на основі оцінки та «зважування» інтересів різних країн щодо застосування їх права по відношенню до деліктних відносин з іноземними характеристиками і буде встановлено статут деліктного зобов'язання. При цьому враховуються зацікавленість держав у застосуванні їх права, значення і сфера застосування внутрішніх норм, ступінь порушення певного правопорядку тощо.

Запропонований американською колізійною доктриною підхід урахування «результату» також знайшов своє втілення у законодавстві і практиці деяких країн. Він ґрунтується на тому, що в разі виникнення деліктних відносин слід застосовувати право тієї країни, згідно з яким потерпілий отримає максимальне відшкодування шкоди. Проявом цього положення стали законодавчі норми, в яких право вибору законодавства у деліктних відносинах належить суду на основі врахування інтересів потерпілого.

Крім того, для цілей врахування інтересів потерпілого в деяких законодавствах встановлюється можливість його автономії волі, яка означає, що потерпілий може у законодавчо-визначених межах самостійно здійснити вибір права для відшкодування шкоди, яка йому завдана. Можливість

автономії волі потерпілого встановлена за законодавствами Венесуели, Німеччини, Італії, Тунісу, Естонії. Так, Закон Італії «Реформа італійської системи міжнародного приватного права» 1995 р. № 218 у ст. 62 встановлює, що відповідальність із заподіяння шкоди регулюється правом країни, на території якої настала шкода. Однак потерпілий може вимагати застосування права країни, на території якої мала місце дія, що спричинила заподіяння шкоди. Наведений приклад можна іменувати односторонньою автономією волі. Проте у законодавстві деяких країн встановлюється протилежна ситуація, коли право вибору законодавства для регулювання деліктних зобов'язань з іноземними характеристиками належить не лише потерпілому, а й тій особі, яка заподіяла шкоду. Таку ситуацію можна іменувати двосторонньою автономією волі у деліктних зобов'язаннях. Вона існує за законодавствами Вірменії, Грузії, Австрії, Швейцарії. Так, відповідно до ст. 132 Федерального закону Швейцарії 1987 р. про міжнародне приватне право, сторони можуть у будь-який час після настання наслідків, що спричинили заподіяння шкоди, домовитися про застосування права суду.

З наведених та інших норм різних законодавств, які дозволяють автономію волі, випливає, що остання може бути тільки обмеженою. Це означає, що суб'єкт автономії волі вправі її здійснити у межах закону суду, закону, де настали наслідки шкідливої дії, чи їх результат. Однак є і такі країни, які у своїх законодавствах нічим не обмежують автономію волі у деліктних відносинах, що пов'язані більш ніж з одним правопорядком (Вірменія, Грузія, Австрія).

Таким чином, певне значення для перегляду єдино можливої прив'язки *lex loci delicti commissi* в європейських та інших країнах альтернативні варіанти відшукування відповідного права все ж таки отримали.

Так, у ряді країн традиційна прив'язка до *lex loci delicti commissi* застосовується поруч із законом суду (*lex fori*). Остання проголошувалася керівною навіть таким адептом концепції відшукування права, притаманного даним правовідносинам, як Ф. К. Савіньї, який вважав закони, що належать до деліктів, примусовими та суворо позитивними на тій підставі, що позови з деліктів завжди носять елемент

покарання. Використання прив'язки до закону суду пояснюється, очевидно, міркуваннями публічного порядку і тим, що національні законодавства прагнуть ширше використовувати свою юрисдикцію над власними громадянами через встановлення імперативних норм колізійного права. Найчастіше такі імперативні норми стосуються деліктних вимог, які передбачені за іноземним правом, але невідомі або перевищують можливі вимоги за національним правом. Прикладом цього може бути ч. 3 ст. 1129 Цивільного кодексу Білорусі 1998 р., де встановлено, що іноземне право не застосовується, якщо дія чи інша обставина, що постала підставою для вимоги про відшкодування шкоди за законодавством Республіки Білорусь не є протиправною. Аналогічні норми містяться у законодавствах Казахстану, Киргизії, Узбекистану, Єгипту, КНР, ОАЕ, Таїланду, Південної Кореї, Японії.

Ситуація, коли за іноземним законом діяння визнається протиправним, а за законом суду — ні, отримала в літературі назву «негативні колізії» (на відміну від позитивних, коли діяння визнається протиправним за обома законодавствами). Найчастіше негативні колізії деліктних зобов'язань вирішуються на користь *lex fori*.

Колізійна прив'язка *lex fori* з кінця XIX ст. застосовувалася судами Великої Британії. Однак із запровадженням 1995 р. Закону «Про міжнародне приватне право» ситуація змінилась. За ст. 11 цього Закону, основним правилом у цій сфері є принцип *lex loci delicti commissi*. У разі, якщо складові цієї події відбулися в різних місцевостях, то діятимуть прив'язки до місця, де особа зазнала шкоди у разі заподіяння особистої шкоди; місця, де знаходилось майно, у разі заподіяння останньому шкоди; в інших випадках — за правом місця, де відбулась основна частина цих дій. Якщо ж стане очевидним більш тісний зв'язок обставин справи із законодавством іншої країни — застосованим буде останній.

Прив'язка до національного закону діє тільки в Ємені.

Досить часто у деліктному праві різних країн встановлюється прив'язка до законодавства країни громадянства сторін деліктних відносин. Очевидно, це зумовлено доцільністю застосування права спільного громадянства, що не

здатне спричинити заперечень з боку суб'єктів відносин, які виникають із заподіяння шкоди. З іншого боку, право спільного громадянства сторін делікту, якщо воно не збігається з правом місця його вчинення, власне не опосередковує ті відносини, що виникають з делікту. Суперечність між можливими прив'язками до закону спільного громадянства сторін делікту і місця його вчинення є найбільш гострою, коли за першою прив'язкою певні дії визнаються деліктом, а за другою — ні. Напевне, через такі міркування прив'язка до закону громадянства сторін делікту визнається не всіма країнами, хоча її закріплення спостерігається на законодавчому рівні таких країн, як: Білорусь, Казахстан, Киргизія, Узбекистан, В'єтнам, Італія, Монголія, Польща, Португалія. Аналогічно діє прив'язка до спільного місця звичайного перебування сторін делікту або місця їх спільного проживання за законодавствами та практикою Грузії, Угорщини, Німеччини, Канади, Португалії, Тунісу, Швейцарії.

Для колізійного регулювання деліктних зобов'язань велике значення має проблема кваліфікації місця делікту: що саме слід розуміти під «місцем» вчинення делікту? Місце, де здійснюється неправомірна дія чи настає її результат?

Вважається, що першою судовою справою, яка поставила ці запитання, була справа, що стала хрестоматійною, — «Kansas—Oklahoma».

Ферма позивача розміщувалась на кордоні штатів Канзас і Оклахома і була повністю розташована на території Оклахоми. Паровоз відповідача знаходився на канзаській стороні, і іскри від нього підпалили жилий будинок на фермі.

Суд (американський) вирішив, що правопорушення було здійснене в Оклахомі. Пануюча французька доктрина місцем здійснення делікту об'явила б Канзас. Німецький верховний суд вирішив би, що делікт було здійснено в обох штатах і що позивач може посилатися на будь-яку з двох правових систем¹.

Іншою, не менш цікавою ілюстрацією колізій у законодавстві і доктрині може бути таке.

¹ Вольф М. Зазнач. праця. — С. 526.

Принцесу Кароліну, старшу дочку князя Рейнера і його дружини – американської кінозірки Грейс Келлі, постійно переслідували «папараці» (за її словами, вони буквально ні на хвилину не залишали її у спокої), знімаючи її з великої відстані для різних бульварних журналів. Так, за завданням ілюстрованого журналу, що видається в Гамбурзі, який розповсюджується також і у Франції, і у Монако, вони зробили кілька знімків принцеси під час купання в басейні приватної вілли на італійському курорті Сан Ремо. В іншому випадку фотографії зняли її під час бесіди з кіноактором В. Ліндоном в саду одного з ресторанів Франції і на вулиці.

Кароліна пред'явила позови в німецьких судах. Її адвокати посилались на порушення прав особи, втручання у приватне життя і вимагали відшкодування нанесеної шкоди. Зокрема, вони посилались на ст. 38 Ввідного закону до НЦУ, відповідно до якого на підставі здійсненої за кордоном недозволеної дії німцю можуть бути пред'явлені вимоги в обсязі не більшому, ніж це передбачають німецькі закони.

У відношенні вказаних знімків, за виключенням зроблених на вулиці, суд у Гамбурзі визнав правомірність вимог принцеси. Щодо питань застосування права у випадку порушення особистих немайнових прав, суддя у цих рішеннях виходив з принципу застосування права країни-місця здійснення дії.

Як може суд вирішити питання про право, що має бути застосованим? Якщо виходити з принципу місця заподіяння шкоди, то тоді необхідно встановити місце, де була заподіяна шкода (Італія, Франція, Німеччина). Саме фотографування в Італії чи Франції німецька судова практика розглядає як підготовчу дію. При відповіді на запитання про визначення місця здійснення дії в оглядах судової практики зверталась увага на те, що позови були пред'явлені у зв'язку з публікацією знімків, тому місцем заподіяння шкоди (місцем здійснення недозволених дій) слід вважати Німеччину, де були здійснені лише дії підготовчого характеру. Інші автори розглядають як місце заподіяння шкоди країну (чи країни), де розповсюджувались журнали (Німеччина, Франція, Монако і т. ін.)¹.

¹ Богуславський М. М. Зазнач. праця. — С. 158—159.

Як видається, для місця визначення делікту є три доктринальні напрямки, які, однак, не позбавлені певних вад: місце вчинення дій, від яких настає шкода (прив'язка не є точною через можливість дій більш як в одній країні); місце настання шкоди (прив'язка не враховує ряд питань: настання наслідків більш як в одній країні, неможливість локалізації моральної шкоди тощо); місце, яке обере потерпілий (прив'язка надає надмірну привілейованість потерпілому)¹.

У законодавстві деяких країн визначенню місця вчинення делікту присвячується окрема норма, що оперує прив'язкою до закону дії (Австрія, Угорщина, Єгипет, Канада, Велика Британія), до закону наслідків (Венесуела, Італія) чи до закону суду (Китай).

Законодавства деяких країн встановлюють спеціальні норми відповідальності, які стосуються страхування, трудового права, недоліків товару, конкуренції, ядерної шкоди, відповідальності у відкритому морі, дифамації, відповідальності за дорожньо-транспортні події тощо. Спеціальні норми про колізії відносно страхової відповідальності встановлені у законодавствах Грузії, Канади, Румунії, Тунісу, Швейцарії. Так, за п. 3 ст. 42 Закону Грузії 1998 р. № 1362—Пс про міжнародне приватне право, потерпілий може пред'явити свої вимоги безпосередньо страхователю відповідальності, якщо це передбачено законодавством країни, що застосовується у відношенні відповідальності за відшкодування шкоди, чи законодавством країни, якому підкоряється договір про страхування. Прив'язка до національного права діє в Канаді (Квебек); до закону договору страхування — в Румунії; до закону шкідливої дії чи до договору страхування — в Тунісі; в Швейцарії законодавчо встановлено можливість вибору юрисдикції у справах про позови до страховщика з-поміж законів місця ділового обзаведення страховщика, місця здійснення протиправної дії чи місця настання шкідливих наслідків.

У багатьох законодавствах встановлено окремі норми, що стосуються регулюванню колізій, пов'язаних із заподія-

¹ Cheshire's Private International Law. Ninth edition by P.M. North. — London.: Butterworth. — 1974. — P. 288.

ням шкоди через недоліки товарів. Так, ст. 1118 Цивільного кодексу Казахстану 1999 р. встановлює, що стосовно вимог про відшкодування шкоди, яка виникла у споживача у зв'язку з купівлею товару чи наданням йому послуг, за вибором цього споживача застосовується законодавство країни: 1) місця проживання споживача, 2) місця проживання або місцезнаходження виробника чи особи, що надала послугу, 3) або (країни), де споживач придбав товар чи йому була надана послуга. Аналогічні норми містяться у цивільних кодексах Киргизії та Узбекистану. За законодавством Італії, потерпілий може обрати законодавство країни — місця свого проживання, місцезнаходження органу правління виробника або (країни), де виріб було придбано, якщо тільки виробник не доведе, що виріб було введено в комерційний обіг без його на те згоди. За Цивільним кодексом Квебеку (ст. 3117), споживач, незалежно від обраного сторонами законодавства, має захист імперативними нормами країни свого проживання. Подібне регулювання колізійних питань відповідальності за неякісні товари здійснюється законодавчими актами штату Луїзіана (США), Естонії, Ліхтенштейну, Швейцарії, Тунісу.

Досить часто країни намагаються встановити колізійні норми для регулювання питань, пов'язаних з конкуренцією (Грузія, Австрія, Швейцарія, Естонія). Відповідно до § 167 Закону Естонії 1994 р. про загальні принципи цивільного кодексу, якщо шкода заподіяна недобросовісною конкуренцією чи будь-яким іншим незаконним обмеженням конкуренції, застосовується законодавство країни, де виникла шкода. Прив'язка до права країни, на ринку якої настали шкідливі наслідки, поєднується з прив'язкою місцезнаходження підприємства за законодавством Швейцарії стосовно вимог, що ґрунтуються на недобросовісній конкуренції; стосовно ж вимог, які випливають з обмеження конкуренції, застосовується право держави, на ринку якої настали шкідливі наслідки безпосередньо для потерпілого. За законом Австрії та Грузії, вимоги з недобросовісної конкуренції визначаються за правом країни, на ринок якої конкуренція чинить вплив.

Як загальне правило, колізійна прив'язка до місця події, що спричинила ядерну шкоду, встановлюється в законо-

давстві Швейцарії, що, однак, доповнюється прив'язками до місцезнаходження установки, яке збігається з місцезнаходженням швейцарського суду; для відповідальності за шкоду, заподіяну при транспортуванні ядерної сировини, діє прив'язка до місця події у поєднанні з законом суду за місцем проживання особи, яка здійснювала це транспортування, чи за обраним місцем.

Для відшкодування шкоди, заподіяної за межами суверенних держав на зареєстрованих засобах водного чи повітряного транспорту, також встановлюється окрема колізійна прив'язка *lex flagi* — закон права держави, під прапором чи іншим розпізнавальним знаком якого транспортний засіб пересувався на момент здійснення правопорушення (Угорщина); для В'єтнаму прив'язкою у цій сфері буде національність повітряного судна чи корабля.

Інколи спеціальні колізійні норми встановлюються для відшкодування шкоди, завданої дифамацією — поширенням ганебних відомостей. За законодавством Швейцарії, потерпілий має можливість здійснити вибір права з-поміж права держави звичайного місця свого перебування, права держави місця ділового обзаведення чи звичайного перебування заподіювача шкоди та права держави настання шкідливих наслідків.

Угорщина, Туніс і Швейцарія у своїх законодавствах встановлюють спеціальну колізійну норму для регулювання вибору права у випадках спричинення шкоди порушенням правил дорожнього руху. Так, Угорщина встановлює колізійну прив'язку місця спричинення шкоди; Туніс — місця події; законодавство Швейцарії має бланкетну норму, яка відсилає вирішення указаних питань до Гаазької конвенції від 4 травня 1971 р. про право, що застосовується до дорожньо-транспортних подій (далі — Конвенція 1971 р.).

Конвенція 1971 р. вступила в силу для 18 країн, зокрема Австрії, Білорусі, Бельгії, Боснії, Польщі, Хорватії, Чехії, Македонії, Франції та ін. Але вказана Конвенція може бути застосована й тоді, коли обране за її колізійними нормами право буде правом країни, що не бере в ній участі (ст. 11). Сфера дії цієї Конвенції поширюється на встановлення пра-

ва для застосування до цивільних позадоговірних зобов'язань, що виникають із транспортних інцидентів.

Відповідно до ст. 3 Конвенції 1971 р., право, що застосовуватиметься, є правом країни, де сталася подія (*lex loci delicti commissii*). Однак загальне правило доповнюється кількома винятками (ст. 4): якщо у подію був залучений тільки один транспортний засіб і він зареєстрований не в тій державі, де сталася подія, — для визначення відповідальності застосовуватиметься внутрішній закон держави реєстрації транспортного засобу по відношенню до:

1) водія, власника чи іншої особи, під контролем чи інтересом якої був транспортний засіб, незважаючи на їх місце проживання;

2) потерпілого пасажира, чиє постійне місце проживання розміщене не в державі, де сталася подія;

3) потерпілого поза транспортним засобом на місці події, який постійно проживає у державі реєстрації транспортного засобу.

Якщо потерпілих два і більше — закон для застосування буде встановлений для кожного з них окремо.

Якщо два чи більше транспортних засоби залучено до події, то вказані положення застосовуються у разі, якщо всі вони (транспортні засоби) зареєстровані в одній державі.

Якщо одна чи більше осіб поза транспортним засобом (засобами) на місці події залучені до неї і можуть нести відповідальність, то вказані положення застосовуються, якщо всі ці особи постійно проживають за місцем реєстрації транспортного засобу. Те саме застосовуватиметься, якщо ці особи є жертвами події.

Відповідно до ст. 6 Конвенції 1971 р., якщо транспортні засоби не зареєстровані або зареєстровані у кількох державах, застосовуватиметься право держави, де вони звичайно знаходяться. Цей же принцип буде застосовано, якщо ані власник, ані особа, у володінні чи під контролем якої був транспортний засіб, не мають постійного проживання у державі реєстрації транспортного засобу на момент події.

Для визначення відповідальності до уваги повинні бути прийняті норми, що стосуються контролю й безпеки руху, які є чинними на місці під час події (ст. 7 Конвенції 1971 р.).

Очевидно, що такий широкий спектр колізійних прив'язок може сприяти відшуканню права, що притаманне саме даним відносинам.

Обране за Конвенцією 1971 р. законодавство визначатиме: основи та ступінь відповідальності, підстави для звільнення від відповідальності, обмеження відповідальності та її розподілу; існування та види втрат і пошкоджень, що можуть бути компенсовані; види і розмір пошкоджень, питання про те, чи може бути право на відшкодування передане чи успадковане; осіб, які понесли збитки і хто може заявити вимоги за своїм правом; відповідальність принципала за дії його «агентів»; правила давності і позовної давності, включаючи правила про початок періоду давності чи позовної давності та припинення і призупинення цього періоду.

Іншою конвенцією, що встановлює спеціальні норми у царині відповідальності за заподіяння шкоди, є Гаазька конвенція про закон, що застосовується до відповідальності за товар від 2 жовтня 1973 р. (далі — Конвенція 1973 р.). Вона набула сили для десяти країн: Хорватії, Фінляндії, Македонії, Франції, Люксембурга, Нідерландів та ін.

Конвенція 1973 р. визначає закон, який треба застосовувати щодо відповідальності виробника кінцевої продукції чи її компонентів; виробників натуральної продукції; поставальників продукції; інших осіб, включаючи тих, хто здійснює ремонт і володіє складами; агентів і найманих працівників указаних вище осіб (ст. 3).

Колізійними прив'язками за цією Конвенцією є прив'язка до внутрішнього закону держави місця шкоди, якщо ця держава також є місцем постійного проживання особи, що безпосередньо постраждала від шкоди, чи основним місцем роботи особи, яка має нести відповідальність, чи місцем, де продукт було придбано особою, яка безпосередньо постраждала (ст. 4).

Деліктні зобов'язання за Конвенцією 1973 р. включають такі питання: підстава і розмір відповідальності; підстави для звільнення від відповідальності, будь-які обмеження і розподіл відповідальності; види шкоди, за які передбачається відповідальність, форми компенсації та їх розмір; питан-

ня про можливість передачі та успадкування права на відшкодування; особи, які можуть заявляти вимоги про відшкодування; відповідальність принципала за дії його «агентів»; обов'язок доказування; питання давності та позовної давності (ст. 8).

§ 2. Регламентация деліктних зобов'язань за міжнародним приватним правом в Україні

В Україні чинним є лише один, причому спеціальний, нормативний акт, який регулює колізійні питання деліктних зобов'язань, — Кодекс Торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. Згідно зі ст. 5 цього Кодексу, у разі заподіяння судном шкоди, відшкодування завданих збитків регулюється законодавством держави, де мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди; а якщо шкода заподіяна у відкритому морі — законодавством держави, під прапором якої плаває судно. Для випадків відшкодування збитків у разі зіткнення суден у внутрішніх водах або територіальному морі застосовується законодавство держави, де сталося зіткнення. Якщо судна, що зіткнулися, плавають під одним прапором і не зачіпають інтересів третьої сторони — застосовується право держави прапора цих суден (ст. 296). У разі заподіяння ядерної шкоди судном, обладнаним ядерною установкою на території України, включаючи територіальне море, а також у разі заподіяння ядерним судном, що плаває під державним прапором України, ядерної шкоди у виключній морській економічній зоні — застосовуються норми гл. 5 Кодексу торговельного мореплавства України (ст. 314).

Певну регламентацію отримують колізійні питання зобов'язань з відшкодування шкоди у договорах про правову допомогу, що були укладені колишнім СРСР і Україною з деякими державами. Основною є колізійна прив'язка до закону держави, де мала місце дія чи інша обставина, що є підставою для відшкодування шкоди; якщо сторони за цим зобов'язанням є громадянами однієї держави — застосо-

ується право останньої в договорах СРСР з Кубою від 28 грудня 1984 р. і Монголією від 23 вересня 1988 р. Аналогічні прив'язки вказані в договорах, укладених Україною з Литвою від 7 липня 1993 р. (ст. 33), Молдовою від 13 грудня 1993 р. (ст. 35), Грузією від 9 січня 1995 р. (ст. 33), Латвією від 23 травня 1995 р. (ст. 34), Узбекистаном від 19 лютого 1998 р. (ст. 42), В'єтнамом від 6 квітня 2000 р. (ст. 33), Македонією від 10 квітня 2000 р. (ст. 43), Туреччиною від 23 листопада 2000 р. (ст. 29), а також у Конвенції про правову допомогу у цивільних, сімейних та кримінальних справах країн СНД від 22 січня 1993 р. (ст. 42). Згідно з договором між Україною і Польщею від 24 травня 1993 р., колізійна прив'язка до місця вчинення делікту доповнюється прив'язкою до місця проживання або юридичної адреси відповідача (ст. 35). Ці договори також містять норми про вибір юрисдикції.

Окремо слід сказати про існування Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності для країн СНД від 20 березня 1992 р., ст. 11 якої вказує на застосування прив'язки до законодавства держави, де мала місце дія чи інша обставина, що є підставою для вимоги про відшкодування шкоди. Проте ця норма не застосовується, якщо за законодавством місця розгляду справи вказана підстава не є протиправною.

Крім того, існує низка міжнародних конвенцій, що регулюють в основному матеріальні питання відповідальності за забруднення моря (Брюссельська конвенція про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р.; Конвенція про створення міжнародного фонду для компенсації шкоди від забруднення нафтою 1971 р.; Конвенція про запобігання забрудненню моря викидом відходів 1972 р.); за забруднення повітря (Конвенція про транскордонні забруднення повітря на великі відстані 1979 р.), за ядерну шкоду (Віденська Конвенція про цивільну відповідальність за ядерну шкоду 1963 р.; Конвенція про фізичний захист ядерних матеріалів 1980 р.; Конвенція про оперативне повідомлення про ядерну аварію 1986 р.; Конвенція про допомогу у випадку ядерної аварії 1986 р.; Паризька конвенція про відповідальність операторів атомних суден 1962 р.;

Брюссельська конвенція про відповідальність операторів атомних суден); зіткнення суден (Конвенція про уніфікацію деяких правил відносно відповідальності, що впливає із зіткнення суден внутрішнього плавання 1960 р.; Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил відносно обмеження відповідальності власників морських суден 1924 р., Міжнародна конвенція про втручання у відкритому морі у випадку аварій 1969 р., Конвенція про шкоду, заподіяну іноземними повітряними суднами третім особам на поверхні 1952 р.) і т. ін.

ГЛАВА 11 Правове регулювання шлюбно-сімейних відносин у міжнародному приватному праві

§ 1. Визначення і регламентація шлюбу у МПП

У сфері МПП регулювання шлюбно-сімейних відносин посідає виняткове місце у зв'язку зі значними розбіжностями внутрішнього матеріального права різних країн. Правові настанови внутрішнього сімейного права характеризуються своєю пов'язаністю з моральними й релігійними уявленнями, економічними, побутовими особливостями, історичним розвитком, соціальним рівнем, національною, етнічною та культурною специфікою, пов'язаністю з основними правовими принципами, які прирівнюють до основ публічного порядку тощо.

У правовій літературі визнається, що у праві різних країн немає однакового визначення поняття «шлюб». У доктрині шлюби умовно класифікують на три види: шлюб-договір, шлюб-статус, шлюб-партнерство. Перша концепція означає, що за законодавством встановлюються певні вимоги щодо реєстрації шлюбу, умов його дійсності, можливості відшкодування збитків, що виникли внаслідок розірвання шлюбу, встановлення договірної режиму майна. Друга концепція базується на тому, що основною метою шлюбу є створення сім'ї, народження і виховання дітей, тому шлюб — це особливий статус, який набувається суб'єктом на основі закону і включає певні права і обов'язки, які сторони за власною волею не можуть змінити. Третя концепція характеризується рівністю сторін у шлюбі з відсутністю суворої фіксації прав і обов'язків сторін¹.

¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник / Под ред. проф. Р. Л. Нарышкиной. — М.: Междунар. отношения, 1984. — Ч. II. — С. 259—260.

Усі правові системи встановлюють певні вимоги до шлюбу, з відсутністю яких пов'язують його недійсність або заперечність. Такі умови найчастіше в законодавстві і доктрині розділяють на дві групи: матеріальні та формальні. Перші мають ще назви «умови вступу до шлюбу», «суттєві умови». Ними позначають такі позитивні й негативні умови, з наявністю або відсутністю яких закон пов'язує питання про дійсність шлюбу¹. Ними можуть бути: шлюбний вік, відсутність попереднього нерозірваного шлюбу, згода обох сторін на вступ до шлюбу, різностатевість, відповідний стан здоров'я, відсутність між сторонами родинних зв'язків до певного ступеня, відносин своацтва, усиновлення, закінчення так званого «жалобного строку», згода батьків або інших осіб на шлюб неповнолітніх, відсутність заборони на вступ до шлюбу і т. ін.

Неоднаковими є умови вступу до шлюбу в різних країнах. У більшості країн шлюбний вік визначається у 18 років, хоча трапляється встановлення і нижчої межі (для жінок зазвичай нижче від чоловіків). Наприклад, у Франції для чоловіків — 18, для жінок — 15 років; в Англії — 16 років за згодою батьків і 18 без неї; у ФРН — 18 років; в Японії — відповідно 18 і 16 років; в Італії — 16 років для чоловіків і 14 для жінок (у виняткових випадках шлюбний вік може бути додатково знижений на два роки відповідно до постанови державного прокурора при суді); в Іспанії — 14 років для чоловіків і 12 років для жінок; у США в різних штатах шлюбний вік може бути від 15 до 21 року для чоловіків і від 14 до 18 років для жінок; у країнах Латинської Америки — 16—18 років для чоловіків і 14—15 років для жінок; для Колумбії та Еквадору — шлюбний вік чоловіків і жінок — відповідно 14 і 12 років; за законодавством Ємену здатність вступу до шлюбу визначається у кожному конкретному випадку окремо, причому якщо юнак досяг 10 років, а дівчина — 9, і заявили про те, що досягли статевої зрілості, — вони мають право вступити до шлюбу. Найчастіше для шлюбів неповнолітніх необхідно отримати згоду осіб, які здійснюють батьківську владу, опіку тощо.

¹ Орлова Н. В. Брак и семья в международном частном праве. — М.: Междунар. отношения, 1966. — С. 19—20.

Інша умова — моногамія, що визнається як умова шлюбу в країнах Європи, США, Латинської Америки, Японії і багатьох інших країнах. Мусульманські шлюби залишаються полігамними (найчастіше від двох до чотирьох жінок); у країнах тропічної Африки полігамія не обмежується.

Згода обох сторін на вступ до шлюбу фіксується в нормативних актах шлюбно-сімейного права США, Франції, Англії та інших європейських країн. У країнах Азії та Арабського Сходу, Африки вільний союз найчастіше поступається вибору сім'ї нареченого або договору між сім'ями нареченого й нареченої. Так, в Ємені згода нареченого або нареченої не тільки не обов'язкова, а й не вимагається взагалі. Питання згоди на вступ до шлюбу знайшло відображення у Гаазькій конвенції від 10 жовтня 1962 р. «Про згоду на вступ до шлюбу, шлюбний вік і реєстрацію шлюбів», згідно зі ст. 1 якої без повної і вільної згоди двох сторін реєстрація шлюбів не допускається (у Конвенції взяли участь 49 держав).

Різностатевість сторін до недавнього часу була традиційною умовою вступу до шлюбу. Винятками були лише випадки фізичних аномалій, при наявності яких суд (в Англії) або прокуратура (в Італії) вирішували питання про вступ до шлюбу на основі даних медичного обстеження. Відповідно до сучасних законодавств, у Швеції, Голландії, Франції та деяких інших країнах одностатеві шлюби є дозволеними.

У деяких країнах за законом є неможливими шлюби з особами, що страждають на венеричне захворювання або ВІЛ, імпотентами, душевнохворими, особами, які мають заразні чи успадковані захворювання, фізичні недоліки, глухонімими, сліпоглухими, сліпонімими; іноді для вступу до шлюбу сторони повинні пройти медичне обстеження. Так, відповідно до ст. 56 ЦК Іспанії, якщо особа має психічні відхилення, для її вступу до шлюбу необхідно, щоб у медичній довідці було сказано про те, що дана особа є здатною дати згоду на вступ до шлюбу.

Відсутність між сторонами певної ступені родинних зв'язків є обов'язковою умовою за законодавствами Швеції, Англії, США, ФРН, Франції, Болгарії. Найчастіше забороняються шлюби між родичами по прямій висхідній і низхідній лініях, між братами і сестрами, племінниками і

тітками, племінницями і дядьками, двоюрідними братами і сестрами; свояцтво є перешкодою для вступу до шлюбу у Франції, Англії, деяких штатах США, країнах індуського права, країнах Латинської Америки. Забороняються шлюби між усиновителями й усиновленими, їх родичами і свояками, між опікунами та підопічними (Перу, Бразилія). Хоча в Швейцарії, Франції, ФРН шлюб припиняє відносини з усиновлення, а в деяких країнах є можливим отримання дозволу на шлюб між усиновленим і усиновителем.

«Жалобний строк» встановлюється для запобігання проблемам, пов'язаним із встановленням батьківства, коли жінка не може впродовж законодавчо-встановленого строку вийти заміж вдруге після смерті чоловіка (Японія). Аналогічно встановлюється строк після розлучення, який дорівнює 300 дням у Франції і Швейцарії та 302 дням у ФРН.

У Франції, Англії та Італії шлюби неповнолітніх (до 21 року) можливі лише за згодою батьків або інших установлених у законодавстві осіб.

Заборона шлюбу може бути пов'язана з релігійними нормами (обітниця ченця), а також з етично-правовими нормами, за якими не можуть побратися особи, винні у перелюбстві (Німеччина), або дружина (чоловік) жертви й особа, яка вчинила вбивство або замах на вбивство (Бразилія, Аргентина). У мусульманських країнах не дозволяються шлюби з «невірними», а громадяни Іспанії не можуть брати шлюб з розлученими іноземцями, причому навіть у тому разі, якщо за своїм національним правом такий іноземець має правошлюбну здатність¹.

Друга група умов, що дістала назву формальних, або «умов форми», означає вимоги до форми шлюбу. У правовій літературі всі країни за ознакою форми шлюбу розподіля-

¹ Сучасне сімейне право більшості країн дозволяє шлюби з іноземцями. У Радянському Союзі шлюби з іноземцями були категорично заборонені указом 15 грудня 1947 р., а 26 листопада 1953 р. знов дозволені. Отримання дозволу на шлюби з іноземцями до 1957 р. вимагалось в Румунії, Чехословаччині, Угорщині, Югославії. На думку західних правників, людяність зобов'язує надати іноземцям можливість обзавестися сім'єю в країні, де вони проживають. Див.: *Раане Л.* Международное частное право. — М.: Изд-во иностр. лит., 1960. — С. 244.

ються на такі, що дозволяють тільки цивільну форму реєстрації шлюбу (Франція, ФРН, Японія, більшість штатів США); країни, які дозволяють лише церковну форму укладання шлюбу (Ізраїль, Ірак, Іран, Греція, Португалія); країни, в яких визнаються і породжують юридичні наслідки як церковна, так і цивільна форми шлюбу за вибором осіб, що вступають до шлюбу (Англія, Бразилія, Швеція, Норвегія, Данія); такі країни, в яких визнаються юридично не оформлені шлюби чи «шлюби за загальним правом», «за звичаєм і загальною думкою» чи інші неформальні шлюби (деякі штати США).

Проте і серед зазначених форм шлюбу є значні розбіжності у процедурі їх укладання. Так, у ФРН і Швеції обов'язковою є присутність повнолітніх свідків (від двох до шести); у Франції, Італії та ФРН обов'язковим є публічне повідомлення про майбутній шлюб (за кілька днів у церкві або на видному місці будинку муніципалітету, у місцевих друкованих засобах масової інформації) з метою заявлення про можливі перешкоди вступу до шлюбу третіми особами, які у разі незгоди наречених розглядаються в суді. В Англії і США шлюб можливий тільки після отримання спеціального дозволу (ліцензії), що має строковий характер, і стає недійсним після спливу строку, на який був виданий (від 1 місяця до 1 року). У більшості країн присутність осіб, що вступають до шлюбу, обов'язкова, однак в деяких країнах можливий шлюб за дорученням через представника (Іспанія, Бразилія, Еквадор, Аргентина, Мексика) або за письмовим волевиявленням без наречених (така форма шлюбу з'явилась у воєнні часи в деяких штатах США в основному стосовно військовослужбовців).

Для визнання шлюбами не оформлених юридично стосунків за правом деяких країн необхідно, наприклад, наявність спільного проживання протягом певного строку, сприйняття даних осіб сусідами й друзями як подружжя, здійснення певних обрядів тощо.

Наведені й багато інших прикладів розбіжностей матеріального права різних країн, а також реєстрація так званих «іноземних» шлюбів (іноземне походження однієї чи обох сторін, що вступають до шлюбу) і реєстрація шлюбів за кор-

доном породжують необхідність узгодження законодавчих позицій в їх регулюванні.

Специфіка внутрішнього шлюбно-сімейного права позначається на практичній неможливості його уніфікації на матеріальному рівні у сфері шлюбно-сімейних відносин на сучасному етапі. Тому особливого значення набуває колізійне регулювання шлюбів у сфері міжнародного приватного права.

Законодавства більшості країн з МПП при регулюванні колізійних питань шлюбів виходять із наведеного роздвоєння умов вступу до шлюбу, призначаючи для регулювання матеріальних умов вступу до шлюбу одні колізійні критерії, а для формальних умов — інші¹. Єдиною перешкодою в цьому є те, що за законодавствами одних держав певні умови належать до форми, а за законодавствами інших держав ці самі умови належать до матеріальних умов вступу до шлюбу.

Загалом колізійні прив'язки шлюбно-сімейного права не можна назвати різноманітними. Відсутність значної кількості колізійних прив'язок у даній сфері пов'язують з витоками правового регулювання шлюбно-сімейних відносин з канонічного права, римської патерналістської концепції верховенства глави сім'ї, превалюючого значення принципу територіальності у класичному міжнародному приватному праві тощо.

Найчастіше здатність осіб до вступу у шлюб і матеріальні умови шлюбу регулюються за допомогою широкого формулювання особистого закону або його різновидів: місця проживання або місцеперебування, громадянства. За висловленням деяких колізіоністів, через те що шлюб пов'язаний з особистими питаннями самовизначення, єдино можливою колізійною прив'язкою може бути прив'язка до особистого закону (що може означати громадянство, доміциль, місце

¹ Крім Англії, право якої традиційно не розмежовувало «суттєві вимоги» і «вимоги форми», у всіх випадках застосовуючи для регулювання питань шлюбу право місця його реєстрації. Hague Conference on private international law. Actes et documents de la Treizeieme session 4 au 23 october 1976 Tome III Marriage. Edites par le Bureau Permanent de la Conference Imprimerie Nationale/ la Hague/ 1978. — P. 29—31.

проживання, національність тощо). Саме на її основі регулюються здатність укладати шлюб, матеріально-правові або суттєві питання шлюбу за законодавствами Угорщини, Канади, ОАЕ, Португалії, Румунії і за кодексом Бустаманте. Так, наприклад, ст. 3088 Цивільного кодексу Квебеку 1991 р. передбачає, що в частині його матеріальної дійсності шлюб регулюється правом, яке застосовують до статусу кожного з майбутнього подружжя.

Відповідно до прив'язки громадянства регулюються вказані питання за законодавствами Буркіна-Фасо, Греції, Єгипту, Таїланду, Тунісу, Туреччини, Чехії, Південної Кореї, Японії. Формулювання колізійних норм тут приблизно такі: умови укладання шлюбу регулюються законом громадянства кожної із сторін (ст. 19 Закону Таїланду про конфлікт законів 1938 р.).

За законодавством місця проживання матеріальні умови вступу до шлюбу регулюються у законодавствах Венесуели і Перу, а законодавство Естонії надає перевагу в цьому аспекті законодавству місцез перебування.

Прив'язку до національного закону застосовують Бразилія, Італія, Латвія, Польща. У ст. 27 Закону Італії «Реформа Італійської системи міжнародного приватного права» 1995 р. № 218 указано, що наявність дієздатності для вступу до шлюбу, а також інші умови, дотримання яких необхідне для укладання шлюбу, визначаються згідно з національним законом кожної особи, що вступає до шлюбу на момент його укладання.

Прив'язку до закону суду використовує Ємен.

Прив'язку до закону місця укладання шлюбу для його матеріальних умов застосовують Китай, Уругвай і Україна (ст. 276 Сімейного кодексу України). Така позиція законодавців, хоч і надає певної визначеності і простоти для правозастосування, однак впливає на ймовірність невизнання укладених таким чином шлюбів за кордоном («шкунтильгаючі шлюби», «хромающие браки» «limping marriages», «mariages boiteux», «matrimonium claudicans»), оскільки до уваги не братимуться матеріальні вимоги вступу до шлюбу за іноземними особистими законами осіб, які вступають до шлюбу. Суворота територіальність, відповідно до якої засто-

суванню підлягає виключно *lex fori*, відображає політику законодавця щодо недопустимості іноземного права у власну юрисдикцію, що характерно, як правило, для відособлених правових систем. Жорстке застосування *lex fori* щодо регулювання укладання шлюбу здатне зашкодити інтересам учасників цих відносин в аспекті невизнання та не реалізації їх прав. Крім того, місце реєстрації шлюбу в ряді випадків обирається випадково, і прив'язувати відносини до права відповідної держави — означає породжувати фіктивний зв'язок відносин і правопорядку¹.

У деяких законодавствах спостерігається кумуляція колізійних прив'язок. Так, законодавства Грузії і В'єтнаму надають пріоритет особистому закону або своєму власному закону. Аналогічний підхід використовується в Конвенції СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (ст. 26) і у двосторонніх договорах про правову допомогу між Україною та іншими державами. Так, у договорах з Кубою (ст. 21), Грузією (ст. 25), Литвою (ст. 25), Латвією (ст. 24), В'єтнамом (ст. 24), Узбекистаном (ст. 26) записано, що «умови укладання шлюбу визначаються для кожної з осіб, які вступають у шлюб, законодавством Договірної Сторони, громадянином якої вона є. Крім того, відносно перешкод до укладання шлюбу повинні бути дотримані вимоги законодавства Договірної Сторони, на території якої укладається шлюб».

Такі країни, як Німеччина, Швейцарія, передбачають кумулятивну дію прив'язок до закону громадянства або свого власного закону. Прив'язки до місця проживання і місця укладання шлюбу зі зверненням до публічного порядку штату, чие право застосовується, передбачені за законодавством штату Луїзіана (США).

Формальні умови вступу до шлюбу найчастіше регулює прив'язка *lex loci celebrationis*. Це пов'язано з тим, що шлюб реєструється за участі державних органів, і в цьому сенсі відносини, які пов'язані з процедурою його реєстрації і фор-

¹ Толстых В. Л. Коллизийное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. — М.: Спарк, 2002. — С. 186.

ми — адміністративні, а тому виходячи із суб'єктного складу ці відносини можуть регулюватись тільки законодавством країни місця реєстрації шлюбу¹. Прив'язка *lex loci celebrationis* передбачена законодавствами Буркіна-Фасо, Угорщини, Китаю, Куби, Нідерландів, Перу, Португалії, Румунії, Таїланду, Туреччини, Уругваю, Чехії, Естонії, Південної Кореї. Так, за законодавством останньої, форма шлюбу регулюється законом місця, де шлюб укладено (ст. 15 Закону Кореї 1962 р. про колізію законів). Форма укладання шлюбу визначається законодавством Договірної Сторони, на території якої укладається шлюб, у зазначених статтях договорів про правову допомогу і у Конвенції СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р.

У багатьох законодавствах прив'язка *lex loci celebrationis* поєднується з особистим законом (Австрія, Німеччина, Італія, Латвія, Ліхтенштейн, ОАЕ, Польща). Наприклад, § 16 Федерального закону Австрії 1978 р. про міжнародне приватне право передбачає, що форма укладання шлюбу всередині країни [Австрії] визначається відповідно до місцевих настанов про форму. Форма укладання шлюбу за кордоном визначається відповідно до особистого закону кожного, хто вступає до шлюбу; достатньо, однак, виконання настанов про форму місця укладання шлюбу. Прив'язка *lex loci celebrationis* діє кумулятивно із законом громадянства у Греції, Тунісі, Японії. З місцевим правом *lex loci celebrationis* поєднується у Швейцарії та за Кодексом Бустаманте. Відповідно до законодавства Франції, необхідно дотримуватися форми у місці укладання шлюбу, а також вимог французького права щодо публікації про шлюб, і деяких інших настанов (ст. 170 Цивільного кодексу Франції 1804 р.). Прив'язка *lex loci celebrationis* поєднується у колізійній нормі Канади з доміцилем і громадянством, а в Італії — з національним законом чи місцеперебуванням подружжя на момент реєстрації шлюбу.

У деяких країнах (Бразилії, Угорщині, Португалії, Румунії, Туреччині, Франції, Естонії, Буркіна-Фасо), за Кодексом Бустаманте можливими є так звані консульські, або

¹ Толстых В. Л. Знач. праця. — С. 188—189.

дипломатичні шлюби. Реєстрацію і визнання «консульських» шлюбів у правовій літературі інколи називають звичаєм міжнародного приватного права. Україна також традиційно дотримується визнання консульських шлюбів між громадянами України, що проживають за межами України (ст. 277 Сімейного кодексу України). Ця позиція послідовно прослідковується у нормах Консульського статуту України (ст. 29: «Консул провадить укладання шлюбу... відповідно до законодавства України»), консульських конвенціях, укладених між урядом колишнього СРСР, а також Україною з іншими державами. Згідно з цими конвенціями, до консульських функцій належить, зокрема, функція реєстрування шлюбів, якщо обидві особи, котрі одружуються, є громадянами репрезентованої держави (Консульські конвенції з США, Японією, Францією, Швецією, Польщею, Сомалі, Норвегією, Румунією, Монголією, Єменом, Румунією, КНР, Російською Федерацією, В'єтнамом). Інші Консульські конвенції ставлять реєстрацію консульських шлюбів у залежність від законодавства акредитуючої держави (Консульські конвенції з Фінляндією, Кубою, Угорщиною, КНДР, Литвою, Молдовою, Болгарією, Грузією, Азербайджаном, Туркменістаном, Узбекистаном, Туреччиною).

Питанням реєстрації і визнання шлюбів присвячена Гаазька конвенція від 14 березня 1978 р. «Про укладання і визнання дійсності шлюбів», відповідно до ст. 2 якої формальні вимоги щодо шлюбу повинні відповідати законодавству місця укладання шлюбу. Відповідно до суттєвих умов діє принцип *lex loci celebrationis* кумулятивно із законом громадянства чи місцем проживання однієї із сторін. Стаття 9 Конвенції фіксує обов'язковість визнання законно укладених шлюбів (а також консульських) в інших державах.

§ 2. Регулювання відносин подружжя у МПП

Відповідно до внутрішнього права різних країн, регламентація відносин подружжя відрізняється своєю різноманітністю.

Загальновизнано, що шлюб породжує шлюбні права і обов'язки в особистій і майновій сферах. Найчастіше до

особистої сфери належать право на материнство і батьківство, право на повагу до своєї індивідуальності, право на фізичний і духовний розвиток, обов'язок вести спільне подружнє життя, право одного з подружжя на прийняття рішень, вибір прізвища кожним із подружжя, взаємне вирішення питань сімейного життя, повага до особистого життя чоловіка (дружини), право на взаємну підтримку, повноваження одного з подружжя представляти іншого тощо.

До недавнього часу сімейне право багатьох країн виходило з принципу верховенства чоловіка у сім'ї, що впливало на обов'язки жінки слідувати за чоловіком, займатися професійною діяльністю за згодою чоловіка, підкорятися рішенням чоловіка у питаннях сімейного життя і т. ін. Але проведені у ХХ ст. реформи сімейного права в європейських країнах затвердили позицію рівності чоловіка й жінки, що вплинуло на можливість сумісного керівництва сімейним життям, визначення місця проживання подружжя за погодженням обох сторін, вільного вибору прізвища кожного з подружжя за їх власним розсудом, вільного вибору професії і професійної діяльності жінки тощо. Навіть у традиційно-релігійних системах індуського права статус жінки у шлюбних відносинах значно покращився. Так, жінка отримала право власності на рухоме й нерухоме майно, право вимагати кошти на утримання. Хоча деякі архаїчні норми щодо превалювання статусу чоловіка в сімейних відносинах тут все ще зберігаються. Наприклад, чоловік має більші повноваження у сім'ї, вагомішу батьківську владу; він може вимагати від жінки слідувати за ним і проживати у його домі навіть проти її волі.

Відповідно до норм мусульманського права, жінка повинна підкорятись чоловіку в питаннях розпорядку в сім'ї, виховання дітей, проживання разом з чоловіком, працевлаштування тощо. Аналогічну позицію займають і деякі країни Африки, Латинської Америки. Так, у Бразилії основним принципом сімейного права є верховенство чоловіка. До його компетенції входять представництво сім'ї, керівництво нею, визначення місця проживання¹.

¹ Гражданское и семейное право развивающихся стран. — М.: Изд-во Ун-та дружбы народов, 1989. — С. 180—202.

Неоднозначно вирішуються майнові питання шлюбу за законодавствами різних держав. Частіше за все вони регулюються у відповідності з певним режимом подружнього майна. Останнє означає порядок регулювання майнових відносин подружжя між собою, а також із третіми особами, встановлений за законом чи договором¹. У літературі з правознавства розрізняють договірний режим подружжя, що виникає за умови укладання шлюбного договору, і легальний режим, тобто встановлений за законом. Останній може бути трьох видів²: 1) режим спільного майна (характерний для Франції, Швейцарії, деяких штатів США), коли подружжя має спільне право власності на майно, що було нажито в період шлюбу, зберігаючи у своїй власності дошлюбне майно, а також майно, яке було подароване чи успадковане; 2) режим роздільності, коли майно належить кожному з подружжя окремо (Англія, США); 3) режим відкладеної спільності, коли подружжя розпоряджається майном, як за режиму роздільності, а при розлученні — майно розподіляється між ними порівну³.

При встановленні окремих колізійних норм для врегулювання правових наслідків шлюбу в аспекті відносин подружжя інші країни також виходять з наведеної градації особистих і майнових прав подружжя.

Застосування однієї колізійної прив'язки — місця проживання, причому як для особистих, так і для майнових відносин подружжя, — характерно лише для Венесуели, Перу, Уругваю; *lex fori* — для В'єтнаму, Ємену, Куби і Латвії; громадянства чоловіка — для Єгипту, Ірану, ОАЕ, Південної Кореї.

Абсолютна більшість законодавств припускає для регулювання вказаних питань кумуляцію колізійних прив'язок, що не збігаються для регулювання особистих і майнових відносин подружжя. Колізійними прив'язками у даному

¹ Орлова Н. В. Зазнач. праця — С. 40.

² Або більше. Див.: Вольф М. Международное частное право. — М.: Гос. изд-во ин. лит., 1948. — С. 385—387.

³ Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник / Под ред. проф. Р.Л. Нарышкиной. — М.: Междунар. отношения, 1984. — Ч. II. — С. 264—266.

разі є поєднання законів місця проживання (останнього місця проживання), доміциля, місцеперебування, особистого закону подружжя, загального закону подружжя, автономії волі, громадянства, закону суду, закону тісного зв'язку, місця реєстрації шлюбу, національного закону, місцезнаходження майна відносно нерухомості, закону чоловіка у різних комбінаціях залежно від приписів внутрішнього національного права (законодавства Грузії, Буркіна-Фасо, Угорщини, Німеччини, Греції, Іспанії, Італії, Швейцарії, Естонії, Канади, Ліхтенштейну, Польщі, Португалії, Румунії, штату Луїзіана (США), Таїланду, Тунісу, Туреччини, Чехії, Японії, кодексу Бустаманте). Наприклад, відповідно до ст. 45 Закону Грузії про міжнародне приватне право 1998 р.:

«1. Загальні наслідки вступу до шлюбу підкоряються праву країни:

а) до якої кожний із подружжя належить чи належав в останній момент вступу до шлюбу;

б) де кожен із подружжя мав чи в останній момент вступу до шлюбу мав звичайне місцезнаходження;

в) з якою подружжя спільно пов'язане найбільш тісним чином.

2. Пункт перший даної статті застосовується також до майнових відносин подружжя, якщо вони не обрали право іншої країни. Вибір права можливий, якщо він вказує на право країни:

а) до якої належить один із подружжя;

б) де один із подружжя має звичайне місцезнаходження;

в) де знаходиться нерухоме майно.

3. Для регулювання майнових відносин подружжя-біженці можуть обрати також право країни, де вони мають нове спільне місцезнаходження».

Відповідно до Сімейного кодексу України, особисті та майнові відносини подружжя як наслідок шлюбу окремою колізійною нормою не врегульовані. Напевно, згідно із загальною концепцією Сімейного кодексу України і пріоритетом в ньому прив'язки до *lex fori*, для правозастосування в даному аспекті слід використовувати право України.

Іноді відносини подружжя регулюються у двосторонніх договорах про правову допомогу. Так, двосторонні догово-

ри про правову допомогу між Україною і Грузією, В'єтнамом, Литвою закріплюють норми, згідно з якими особисті й майнові відносини подружжя визначаються законодавством Договірної Сторони, на території якої вони мають спільне місце проживання. У разі їх роздільного проживання на територіях двох Договірних Сторін при наявності спільного громадянства однієї з указаних держав застосовується її законодавство. У разі роздільного проживання і різного громадянства Договірних Сторін застосовується прив'язка до останнього місця проживання. Якщо особи не мали і його, застосовується прив'язка до *lex fori*. Аналогічні норми, але з додатковим регулюванням нерухомості — за прив'язкою до *lex rei sitae*, зафіксовані у двосторонніх договорах між Україною і Кубою, Латвією, Узбекистаном, а також у Конвенції СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р.

Для регулювання власності подружжя була прийнята 14 березня 1978 р. Гаазька конвенція про право, застосовуване до режимів власності подружжя. Статті 3 і 6 цієї Конвенції дозволяють подружжю здійснити вибір з-поміж права одного з подружжя, звичайного місця проживання, місця проживання після шлюбу, для нерухомості — право її місцезнаходження. Якщо подружжя не здійснило автономію волі з цього питання — застосовуватиметься право їх місця проживання (ст. 7).

§ 3. Процедура розірвання шлюбів у МПП

Питання розлучень у МПП визнані у літературі з правознавства одним із джерел найбільш гострих і численних колізій, що зумовлюються неоднаковим регулюванням підстав і процедури розірвання шлюбів, а також невизнанням іноземних розлучень у власних юрисдикціях багатьох країн¹.

Поряд з тим, що розірвання шлюбів має національні особливості, серед них можна виділити деякі однакові кон-

¹ Международное частное право / Под ред. Г. К. Матвеева. — К.: Выща шк., 1985. — С. 115.

цепції. Так, існують країни, в яких і досі розірвання шлюбу є неможливим (Парагвай, Ірландія, Аргентина). В деяких країнах розірвання шлюбу можливе тільки за наявності чітко встановленого обмеженого кола підстав, яке не включає взаємну згоду подружжя (Італія). У більшості країн розірвання шлюбу допускається, в тому числі за взаємною згодою подружжя (Англія, Бельгія, Данія, Німеччина, Норвегія, Російська Федерація).

Прикладом законодавства, яке дозволяє розірвання шлюбу на чітко встановлених підставах, є Закон Італії про розлучення 1970 р. Такими підставами вважаються засудження одного з подружжя до серйозного кримінального покарання, окреме проживання не менше п'яти років на умовах сепарації, нездатність до шлюбного життя, отримання одним із подружжя розлучення за кордоном. Законом Франції 1975 р. було встановлено можливість розірвання шлюбу за взаємною згодою подружжя, а також на таких легальних підставах, як винна поведінка одного з подружжя у розладі шлюбного життя: подружжя зрада, жорстоке поводження, засудження до кримінального покарання. В Англії, згідно із законом 1971 р., розлучення можливе за взаємною згодою після дворічної сепарації. У Німеччині закон 1976 р. передбачає можливість розірвання шлюбу на підставі кінцевого й непоправного розладу шлюбного життя. У Швейцарії, Мексиці, деяких штатах США розлучення можливе без зазначення будь-яких підстав.

Відповідно до мусульманського права, приводів для розлучення значно менше, особливо для жінок. Їх права на основі релігійних і морально-етичних норм і досі залишаються мінімальними, а ініціатива у розлученні найчастіше належить тільки чоловікові¹. Причому його розсуд у цьому питанні законодавчо не обмежений. Встановлено, що повнолітній і повністю дієздатний чоловік у будь-який час за власним бажанням може розлучитися з жінкою (Йорданія, Ірак, Сирія, Ємен, Єгипет). У мусульманських країнах розлучення може бути і за взаємною згодою подружжя на ос-

¹ Международное частное право / Под ред. Г. К. Матвеева. — К.: Выща шк., 1985. — С. 118—121.

нові договору, а також за рішенням суду. В останньому випадку в більшості країн право на судове розлучення має як чоловік, так і жінка, однак за законодавствами Єгипту, Лівану, країн Південно-Східної Азії таке право має тільки жінка, оскільки чоловік може розірвати шлюб і без суду.

Підставами судового розірвання шлюбу у країнах мусульманського права є хвороба чи фізичні вади, конфлікт між подружжям, нанесення моральної шкоди, подружня зрада, реєстрація нового шлюбу без дозволу суду, нездатність чоловіка утримувати всіх жінок, невідомість місцезнаходження чоловіка, засудження чоловіка на певний строк, необґрунтована відмова від виконання подружніх обов'язків, імпотенція, психічна хвороба, жорстоке поводження, гірше ставлення до дружини порівняно з іншими дружинами тощо.

У деяких країнах розлучення є досить простою процедурою. Так, у кількох штатах Мексики особиста присутність при розлученні подружжя не вимагається: свою заяву вони можуть відправити поштою, і в такий самий спосіб отримати рішення суду¹. Відповідно до законодавства Швеції, шлюб може бути розірваний за заявою однієї із сторін; при цьому позивач не повинен пояснювати суду причини розлучення, а суд — перевіряти, чи дійсно мав місце розпад шлюбу. Якщо друга сторона не заперечує проти розлучення, то шлюб розривається без призначення будь-яких строків. Такий підхід зумовлений концепцією невтручання держави в особисте життя своїх громадян².

Зазначені розбіжності матеріального права впливають у тому числі на розбіжності колізійного регулювання питань розлучення у законодавстві різних країн. Для визначення права з метою регламентації розлучення законодавства Венесуели, Перу, Уругваю і кодекс Бустаманте використовують прив'язку до місця проживання або місцезнаходження; Єгипет, ОАЕ, Південна Корея — громадянства чоловіка;

¹ Гражданское и семейное право развивающихся стран. — М.: Изд-во Ун-та дружбы народов, 1989. — С. 187—205.

² Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник / Под ред. проф. Р.Л. Нарышкиной. — М.: Междунар. отношения, 1984. — Ч. II. — С. 274.

В'єтнам, Ємен, Китай, Латвія, штат Луїзіана (США), Франція, Чилі, Україна прив'язують питання розлучення до власного права (або *lex fori*). Грузія, Австрія, Німеччина використовують для питань розлучень те право, яке встановлює загальні підстави шлюбу, Греція використовує колізійну прив'язку до особистого закону подружжя. Інші країни встановлюють у своїх колізійних нормах довгі ланцюги кумулятивних прив'язок в різних комбінаціях: загального особистого закону подружжя, останнього спільного особистого закону, право спільного проживання, закону суду, громадянства подружжя, місцеперебування, загального національного закону подружжя, закону тісного зв'язку, права, що регулює відносини між подружжям (Угорщина, Іспанія, Італія, Ліхтенштейн, Польща, Португалія, Румунія, Таїланд, Туніс, Туреччина, Чехія, Швейцарія, Естонія, Японія). Наприклад, § 40 Указу Угорщини 1979 р. № 13 про міжнародне приватне право передбачає, що:

(1) Наявність умов для розірвання шлюбу визначається відповідно до права, яке на момент подання позовної заяви до суду є спільним особистим законом подружжя.

(2) Якщо особисті закони подружжя на момент подання позовної заяви розрізняються, їх відносини визначаються відповідно до останнього спільного особистого закону, а в разі його відсутності — за угорським законодавством, якщо один із подружжя є угорським громадянином, а у протилежному разі — за правом держави, на території якої подружжя в останній раз спільно проживало.

(3) Якщо подружжя не мало спільного місця проживання, застосовується право тієї держави, суд чи інший орган влади якого розглядає справу.

Деякі двосторонні договори між Україною й іншими державами, а також Конвенції СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. встановлюють колізійні прив'язки до закону громадянства подружжя на момент подачі заяви про розірвання шлюбу, а якщо їх громадянство не збігається, — до права тієї Договірної Сторони, установа якої розглядає справу (договори з Кубою, Грузією, Латвією, Узбекистаном, В'єтнамом, Литвою, Польщею).

Для МПП важливою є також проблема (не) визнання іноземних розлучень, що породжує проблему «шкутильгаючих» правовідносин. Вони виникають, зокрема, при застосуванні територіальної прив'язки, коли іноземне подружжя прагне визнання свого розлучення за своїм національним законодавством, а останнє його не визнає або на основі публічного порядку, або на основі власних норм про визнання іноземних розлучень, в яких закріплено певні умови.

Доктрина МПП найчастіше висловлюється за визнання іноземних розлучень¹.

Проте деякі законодавства містять навіть спеціальні норми, з дотриманням яких в іноземного розлучення є можливість бути визнаним у певній країні. Іспанія, наприклад, прямо в тексті закону визнає силу у сфері іспанського правопорядку рішень про розлучення і розірвання шлюбу, що винесені іноземними судами (ст. 107 Цивільного кодексу 1889 р.). Аналогічну позицію займає і законодавство Естонії (§ 144 Закону 1994 р. про загальні принципи цивільного кодексу). Для Куби рішення про розлучення, винесене за кордоном, має на Кубі силу, якщо тільки кубинським консульським представництвом у країні, де здійснено розлучення, буде підтверджено його обґрунтованість і законність (ст. 64 Сімейного закону 1975 р.). Відповідно до законодавства Латвії, іноземне розірвання шлюбу визнається крім випадків, коли його причини не відповідають латвійському закону або суперечать суспільному устрою Латвії чи моральності (ст. 12 Цивільного закону 1973 р.). За загальною нормою ст. 65 Федерального закону Швейцарії 1987 р. про міжнародне приватне право, іноземні рішення про розлучення визнаються, але незважаючи на це, рішення іноземної держави, громадянства якої не має жоден із подружжя,

¹ Як пише М. Вольф, сотні тисяч законослухняних людей на всій земній кулі отримали розлучення за своїм особистим законом і в межах своєї рідної країни шляхом простих угод, листів про розлучення, об'яв адміністративних чи релігійних властей і т. ін. Немає жодних підстав для того, щоб Англія розглядала цих людей як таких, що перебувають у шлюбі, щоб вона карала їх за двоєженство, якщо вони вступають там у новий шлюб, і щоб вона визнавала такий шлюб недійсним, навіть якщо вони його уклали у своїй країні. Див.: *Вольф М.* Знач. прая. — С. 399.

або має тільки позивач, визнається у Швейцарії тільки за наявності однієї з таких умов: а) якщо на момент пред'явлення позову принаймні один із подружжя мав у цій державі місце проживання або звичайного місцеперебування, причому не мав місця проживання у Швейцарії; б) якщо відповідач без заперечень підкорився юрисдикції іноземного суду, або в) якщо відповідач прямо висловив свою згоду на визнання рішення у Швейцарії.

Крім цього, навіть при застосуванні іноземного права у власних юрисдикційних органах законодавства нерідко фіксують його певні обмеження. Відповідно до швейцарського права, у тих випадках, коли іноземне право загальноного громадянства подружжя забороняє розірвання шлюбу або підкоряє його надмірно суворим умовам, застосовується швейцарське право, якщо один із подружжя має окрім іноземного ще й швейцарське громадянство або проживає у Швейцарії не менш як два роки. Законодавство Німеччини підкоряє статут розірвання шлюбу статуту загальних наслідків шлюбу. Проте, відповідно до німецьких доктринальних уявлень, умова, що не допускає іноземне право, стосується тривалості очікування розлучення. Якщо цей строк за іноземним правом довший — застосуванню підлягає німецьке право¹.

В Україні питання визнання розірвання шлюбу, здійсненого за межами України, регулюється ст. 280 Сімейного кодексу. Для визнання розірвання шлюбу між громадянином України й іноземцем необхідні такі умови: розірвання шлюбу має бути здійсненим відповідно до законодавства відповідної держави (тобто, визначеними адміністративними чи судовими органами, із застосуванням законодавства іноземної країни), а також за умови проживання принаймні одного із подружжя за межами України.

Для розірвання шлюбів між громадянами України за її межами необхідні дотримання законодавства іноземної держави, а також проживання подружжя в іноземній державі. Для розірвання шлюбів між громадянами України останні

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельдс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. — М.: Международные отношения, 2001. — С. 88.

можуть звернутися з позовом як до суду України, так і до консульських і дипломатичних установ. У цьому разі застосовуватиметься право України (ст. 289 Сімейного кодексу України).

Розлучення іноземців, здійснені в іноземних державах відповідно до іноземного законодавства, є дійсними в Україні.

Деякі двосторонні договори між Україною з іншими державами містять норми, присвячені розлученню. Так, згідно з договорами з КНДР, Румунією, Албанією, Угорщиною, на територіях договірних держав визнаються рішення про розірвання шлюбу, що вступили у законну силу. Договори з Кубою, Грузією, Латвією, Литвою, Узбекистаном, Польщею визначають у колізійній нормі прив'язки до громадянства подружжя і закону місця розгляду справи. Аналогічні норми містяться у Конвенції СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р.

Відповідно до норм Гаазької конвенції про визнання розлучень і рішень про роздільне проживання подружжя від 1 червня 1970 р., для визнання розлучень необхідно щоб відповідач або позивач мали своє останнє місце проживання у договірній державі (чи обидві сторони), або лише позивач був громадянином Договірної Держави (ст. 2).

§ 4. Відносини батьків і дітей і їх регламентація у МПП

Для МПП важливе значення в аспекті відносин між батьками й дітьми має два питання: походження дітей¹ і надання їм матеріального забезпечення.

Незважаючи на важливу роль міжнародних організацій і розроблених ними міжнародних документів щодо прав

¹ Кількість дітей, народжених поза шлюбом, складає від 4 до 10 відсотків загальної кількості дітей у таких країнах, як Данія, Канада, Англія, США, ФРН, Франція. У країнах Латинської Америки таких дітей від 40 до 64 відсотків // *Гордецкая И. К.* Международная защита прав и интересов детей. — М.: Междунар. отношения, 1973. — С. 47.

дитини, в деяких державах діють різні закони щодо дітей, народжених у шлюбі й поза ним¹.

За правом більшості країн для вирівнювання статусів дітей, народжених у шлюбі й поза ним, існують інститути визнання, узаконення, а також судового чи адміністративного визнання батьківства. Визнання дитини може бути здійснене шляхом добровільної заяви батька чи матері дитини посадовій особі, що провадить запис актів громадянського стану, шляхом нотаріального заповіту чи в особливому нотаріальному акті (Франція, Німеччина, Швейцарія, деякі штати США). Узаконення дитини може мати місце при укладанні шлюбу між її батьками (Франція, Англія, Швейцарія). Узаконення позашлюбної дитини в Німеччині може бути здійснене шляхом постанови органу державної влади у випадках, коли шлюб між батьками неможливий (у разі смерті, перебуванні у шлюбі з третьою особою за умови заяви батька, згоди дитини й матері, а також дружини батька, якщо він одружений). Судове відшукання батьківства може мати місце у більшості країн на основі медичної експертизи, добровільного аліментування, визнання батьківства та інших обставин.

Визнані й узаконені діти, а також діти, чие походження визначено у судовому порядку, прирівнюються за своїм статусом до дітей, народжених у шлюбі, стосовно прав на ім'я, виховання, утримання (Бразилія, Аргентина). Однак законодавства деяких країн містять обмеження щодо спадкування такими дітьми нерухомості, майна, яке переходить разом з почесними титулами чи званнями².

¹ Повна рівність таких дітей існує нині, зокрема, в Данії, Франції в результаті реформ 1972 р., в Німеччині з 1969 р., в Італії в результаті реформ 1975 р., в Нідерландах в результаті реформ 1982 р. У деяких інших системах «незаконні» діти мають такі самі права, що і законні, але з деякими обмеженнями: тільки стосовно спадкування після одного з батьків чи сім'ї одного з батьків (деякі провінції Канади, Греція, Швеція, Швейцарія, Турція, Австрія) або обмежені майном тільки своїх батьків (Об'єднане Королівство, Норвегія, Швеція, Турція) // Hague Conference on Private International Law. — Proceedings of the Sixteenth Session 3 to 20 October 1988. Tome 2/ Succession to estates — Applicable Law., 1990. — P. 149.

² Вольф М. Зазнач. праця. — С. 424—425.

Для вирішення протиріч між іноземними правопорядками, які неоднаково регламентують відносини між батьками й дітьми, у внутрішньому праві багатьох країн, а також у міжнародних документах містяться відповідні колізійні норми. Останні відрізняються своєю багатоваріантністю за предметом регулювання й за колізійними прив'язками, що фіксуються для тих чи інших відносин між батьками й дітьми. Внутрішні законодавства досить рідко обмежуються встановленням однієї чи двох колізійних норм для регулювання відносин між батьками і дітьми. Прикладами можуть бути законодавства Латвії, В'єтнаму, що санкціонують застосування тільки свого закону для вказаних відносин, Венесуели, що прив'язує такі відносини до місця проживання дитини, Угорщини, що визначає закон дитини або угорське право, якщо воно є більш сприятливим, Іспанії, що закріплює прив'язку до особистого закону дитини чи місцезнаходження дитини.

Законодавства більшості країн у сфері відносин між батьками й дітьми містять колізійні норми, які за предметом регулювання є такими:

1) колізійні норми щодо шлюбного походження з прив'язками до особистого закону подружжя (Греція), а якщо він не збігається, — особистого закону, найбільш сприятливого для дитини (Австрія); для матері — закону її громадянства, для батька — закону його громадянства, або до закону загального місця проживання чи закону суду (Буркіна-Фасо), місцеперебування дитини (Німеччина); національності дитини (Італія, Польща); закону доміцilia чи громадянства дитини або одного з батьків (Канада, Швейцарія, Естонія); особистого закону одного з батьків (Португалія); громадянства чоловіка (Таїланд, Південна Корея); громадянства відповідача або дитини, їх місце проживання (Туніс), закону наслідків шлюбу (Туреччина); особистого закону матері або дитини (Франція); громадянства дитини (Чехія);

2) колізійні норми щодо визнання дитини з прив'язками до закону громадянства дитини (Буркіна-Фасо); національного закону дитини або того з батьків, хто визнає дитину (Італія); особистого закону дитини (Румунія); громадянства

того, хто визнає дитину (Югославія, Південна Корея); громадянства того, хто визнає дитину, і громадянства дитини (Японія);

3) колізійні норми щодо узаконення з прив'язками до закону місця проживання дитини (Перу), громадянства чоловіка (Таїланд), громадянства батька, матері або дитини (Туреччина, Японія);

4) колізійні норми щодо здатності узаконення з прив'язкою до національного закону батька чи матері (Італія); місця проживання того, хто узаконює, і місця проживання того, кого узаконюють (Перу);

5) колізійні норми щодо форми визнання з прив'язками до закону громадянства дитини чи місця здійснення визнання (Буркіна-Фасо); місця визнання або права, що регулює суть визнання (Італія); місця визнання (Швейцарія);

6) наслідки шлюбного походження чи узаконення з прив'язкою до закону звичайного місцеперебування дитини (Ліхтенштейн); місця проживання батьків і дитини (Перу); громадянства батька чи матері (Південна Корея);

7) колізійні норми, що регулюють відносини між батьками й дітьми з прив'язками до закону, що визначає наслідки шлюбу (Румунія), а в разі відсутності шлюбу — закону громадянства дитини (Буркіна-Фасо); закону місцеперебування дитини (Німеччина); закону останнього загального громадянства батьків, права спільного звичайного місцеперебування, закону громадянства дитини (Греція, Португалія, Чехія); національного закону дитини (Італія, Польща, Естонія); закону доміциля (Канада); особистого закону дитини (Румунія); громадянства чоловіка (Таїланд, Південна Корея); громадянства матері для позашлюбних дітей і батька — для дітей, народжених у шлюбі (Туреччина); закон громадянства дитини (Японія);

8) колізійні норми стосовно обов'язків батька щодо вагітної жінки з прив'язками до закону звичайного місця знаходження жінки (Грузія), звичайного місцеперебування (Німеччина, Ліхтенштейн); особистого закону матері (Румунія); громадянства матері (Чехія);

9) суперечки, пов'язані з походженням дитини з прив'язками до права країни, де виникли підстави цього спору чи

звичайного місцезнаходження дитини (Грузія, Німеччина); закону громадянства дитини (Буркіна-Фасо, Чехія); особистого закону подружжя (Ліхтенштейн); спільного місця проживання батьків і дитини (Перу); права наслідків шлюбу (Румунія); громадянства чоловіка (Таїланд); *lex fori* (Швейцарія).

Сучасне внутрішнє право України не містить колізійних норм щодо регулювання відносин батьків і дітей.

Колізійному регулюванню відносин батьків і дітей присвячені норми деяких двосторонніх договорів про правову допомогу між Україною й іншими державами, а також норми Конвенції СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р.

Прив'язки колізійних норм щодо відносин між батьками й дітьми найчастіше стосуються закону спільного проживання, а в разі його відсутності — закону громадянства дитини (крім договору з Кубою, де в цьому випадку застосовується прив'язка до місця проживання дитини); відносини дітей, народжених поза шлюбом, з їх батьками регулюються відповідно до громадянства дітей; встановлення і оспорювання батьківства регулюється законом громадянства дітей (договори з КНДР, Румунією, Грузією, Латвією, Узбекистаном, В'єтнамом, Литвою). Конвенції СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. підкоряє відносини між батьками і дітьми закону місця проживання дітей, а встановлення чи оспорювання батьківства чи материнства — закону громадянства дитини.

Майнові відносини між батьками й дітьми складають інститут взаємного утримання. У праві багатьох держав закріплюється норма про обов'язок утримання дітей батьками до досягнення ними повноліття.

Для МПП особливо важливого значення набуло питання виплати аліментів на користь неповнолітніх дітей. З метою визначення права для регулювання аліментних зобов'язань у сфері МПП право багатьох країн містить колізійні норми з такими прив'язками: особистого закону дитини (Угорщина), національного закону дитини (Італія), громадянства дитини (Чехія), громадянства чи звичайного місцеперебу-

вання дитини (Японія); громадянства боржника (Єгипет, Таїланд, Туреччина, Південна Корея), особистого закону боржника (ОАЕ); національного права того, хто вимагає отримання аліментів (Польща); *lex fori* (Ємен, Латвія). Ряд інших країн пропонують обирати найбільш сприятливий закон¹ для того, хто отримує аліменти з-поміж законів громадянства, місцеперебування кредитора або боржника (Туніс); місцеперебування дитини або боржника (Франція). Деякі країни пропонують кумулятивне застосування законів доміциля кредитора й боржника (Канада); громадянства, місця проживання сторін, *lex fori* (Іспанія, Німеччина, Грузія); закону наслідків шлюбу, особистого закону дитини, закону усиновлювача (Румунія). Швейцарія у своєму законодавстві містить бланкетну норму, що відсилає для регулювання аліментних питань до Гаазької конвенції 1973 р.

Україна не містить у своєму законодавстві колізійних норм для регулювання цього питання. Матеріальне регулювання аліментних зобов'язань у сфері МПП є у статтях 77 і 181 Сімейного кодексу, а також у Постанові Кабінету Міністрів України від 19 серпня 2002 р. № 1203, що затвердила Порядок стягнення аліментів на дитину (дітей) у разі виїзду одного з батьків для постійного проживання в іноземній державі, з якою не укладено договір про подання правової допомоги.

Аліментні відносини інколи регулюються двосторонніми договорами про правову допомогу між Україною та іншими державами, а також у Конвенцією СНД «Про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» 1993 р. Прив'язками у даних документах стосовно аліментних зобов'язань є закон країни місця проживання особи, яка порушує клопотання про стягнення аліментів (договори з Польщею, Кубою, Узбекистаном, Латвією).

¹ З метою визначення закону, найсприятливішого для дитини в аліментних зобов'язаннях, можуть враховуватися: спосіб стягнення аліментів (у відсотковому співвідношенні до заробітної плати чи у твердій грошовій сумі), строки виплати (до досягнення 18 років чи до економічної самостійності), особистий характер немайнових відносин батьків і дітей і т.п. Див.: Международное частное право: Учебник для вузов / Под ред. Н. И. Марышевой. — М., 2000. — С. 404.

§ 5. Правовий інститут усиновлення у МПП

Одним із найстаріших засобів набуття сімейних відносин є усиновлення. Так, за законами Хамурапі (18 ст. до н.е.) ст. 106 передбачала, що коли людина усиновляє підкидька, вона повинна пересвідчитись у відсутності батьків у дитини, а якщо вона їх знайде — повернути дитину їм. У праві стародавнього Риму за допомогою інституту усиновлення забезпечувалася наявність сина і спадкоємця у бездітних осіб для продовження сімейної лінії, передачі власності, титулів і т. ін. З цією метою були усиновленими декілька римських імператорів (Тиберій, Нерон)¹.

В Азії усиновлення слугує для підтримки культу предків; раніше в європейському законодавстві воно було засобом підтримки ослабленої сім'ї. У сучасних умовах усиновлення має на меті задоволення індивідуальних інтересів бездітних осіб і заохочується в інтересах дітей, що не мають батьків. У мусульманських країнах інститут усиновлення відсутній (Коран забороняє створення штучних сімейних зв'язків), хоча в Єгипті та Сирії християни можуть усиновлювати за своїми релігійними законами, Туніс і Індонезія дозволяють усиновлення.

Окремі законодавства дозволяють усиновлення лише неповнолітніх; в інших установлюється чітко визначена різниця у віці між усиновлювачем і усиновленим (16—21 рік); крім того, встановлюється вік, з досягненням якого можна усиновлювати (в різних країнах від 21 до 50 років); за законодавством Ізраїлю, наприклад, усиновлення одинокими громадянами не допускається (крім родичів усиновлюваного). Різноманітними є також способи усиновлення (судовий, адміністративний, релігійний (Індія, Непал). У країнах Латинської Америки між усиновленою дитиною і сім'єю її походження зберігається певний юридичний зв'язок; інші країни його не передбачають і т. ін.². Більшість країн до-

¹ Hague Conference on private international law. Proceedings of the Seventeenth Session 10 to 29 may 1993 Tome II Adoption — co-operation. Edited by the Permanent Bureau of the Conference SDU Publishers / The Hague, Netherlands/ 1994. — P. 27.

² Вольф М. Зазнач. праця. — С. 426—428.

зволюють усиновлення як дітей, так і дорослих; у Домініканській Республіці усиновити можна лише дитину, яка досягла 5 років, у Бразилії, Ірландії — 7, Болівії, Японії — 6, Коста-Ріці — 14, Таїті — 16 років¹.

Предметом регламентації норм МПП є також так зване міжнародне усиновлення, коли сторони належать до різних правопорядків, або усиновлення має місце на території іноземної держави. Міжнародне усиновлення в сучасному світі стало явищем дуже поширеним, особливо після другої світової війни, коли усиновлення стало інтернаціональним процесом². До цього часу національним законодавствам інститут міжнародного усиновлення відомим не був, а для його регламентації застосовувалися норми внутрішнього усиновлення.

Другим етапом хвилі міжнародного усиновлення стало закінчення війни у Північній Кореї, коли традиційно багатодітна країна була вимушена певним чином розмістити дітей-сиріт, що залишилися без батьківської опіки після військових дій. Військовослужбовці, а також інші категорії громадян висловили бажання усиновити цих дітей, звертаючись по допомогу до посередників та перших агенцій з організації усиновлення іноземних дітей.

Наступним етапом усиновлення стали 60-і роки ХХ ст., із залученням до усиновлення дітей з країн, що позбулися колоніальної залежності. На кінець 80-х років у всьому світі щорічно мали місце близько 20 тис. таких усиновлень. Зазвичай законодавства країн, що «дебютують» на арені міжнародного усиновлення, є недосконалими, а це породжує порушення прав дітей, норм моралі, міграційного законодавства і т. ін.³

Для вирішення питань міжнародного усиновлення на рівні національного й міжнародного права приймається

¹ Hague Conference on private international law. Proceedings of the Seventeenth Session 10 to 29 may 1993 Tome II Adoption — co-operation. Edited by the Permanent Bureau of the Conference SDU Publishers / The Hague, Netherlands/ 1994. — P. 27—59.

² *Городецкая И. К.* Знач. праця. — С. 72, 83.

³ *Дюжева О. А.* Проблемы законодательства о международном усыновлении // Государство и право. — 1995. — № 6. — С. 40—41.

широке коло нормативних актів, які присвячені колізійному і матеріальному регулюванню.

У внутрішньому праві багатьох країн норми, присвячені вирішенню питань міжнародного усиновлення, встановлюють прив'язки до особистого закону (громадянства, місця проживання тощо) усиновителя з поєднанням із законом усиновлюваного або третіх осіб, від яких залежить надання згоди на усиновлення, та інколи *lex fori*. Це законодавства Грузії, Німеччини, Австрії, Угорщини, Греції, Іспанії, Італії, Ліхтенштейну, Румунії, Тунісу, Швейцарії, Естонії, Японії. Такі країни, як Португалія і Швейцарія, не дозволяють усиновлення, якщо воно не передбачено законом усиновлення, очевидно для запобігання виникненню «шквильного» усиновлення. Деякі країни використовують 1—2 прив'язки для колізій міжнародного усиновлення: до закону місця проживання сторін (Венесуела, Перу, Канада), *lex fori* (В'єтнам), національного закону сторін (Польща), громадянства усиновителя і *lex fori* (Чехія).

У внутрішньому праві України усиновлення регламентується статтями 282—287 Сімейного кодексу, главою 35-А Цивільно-процесуального кодексу, ст. 31 Консульського статуту, Постановою Кабінету Міністрів від 20 липня 1996 р. № 775, якою затверджено Порядок передачі дітей, які є громадянами України, на усиновлення громадянам України та іноземним громадянам і здійснення контролю за умовами їх проживання у сім'ях усиновлювачів, і Наказом Міністерства охорони здоров'я від 4 січня 1997 р. № 2, що затвердив Перелік захворювань, які дають право на усиновлення хворих дітей без дотримання строків їх перебування на обліку в Центрі по усиновленню дітей при Міністерстві освіти України. З метою колізійного регулювання Сімейний кодекс застосовує прив'язку до права України.

Питанням усиновлення присвячені також норми двосторонніх договорів про правову допомогу між Україною і низкою держав (двосторонні договори з Грузією, Естонією, Литвою, Польщею, Албанією, Алжиром, КНДР). Відповідно до цих договорів, усиновлення регулюється законом громадянства усиновителя, інколи — законом країни його постійного проживання і правом країни громадянства дити-

ни. Конвенція СНД «Про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» 1993 р. встановлює прив'язку до закону громадянства усиновителя, а також до закону громадянства дитини.

Регулюванню міжнародного усиновлення присвячені норми Декларації про соціальні й правові принципи, що стосуються усиновлення дітей на міжнародному рівні, яка затверджена резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 3 грудня 1986 р., Конвенції про права дитини, прийнятої у Нью-Йорку 20 листопада 1989 р., Гаазької конвенції про захист дітей і співробітництво у відношенні іноземного усиновлення від 29 травня 1993 р., Кодексу Бустаманте 1929 р., Конвенції Монтевідео 1940 р., Міжамериканської конвенції про колізії усиновлення неповнолітніх від 24 травня 1984 р., Скандинавської Конвенції 1931 р., Європейської конвенції по усиновленню дітей від 24 квітня 1967 р. і т. ін.

ГЛАВА 12 Міжнародні трудові відносини

§ 1. Загальна характеристика міжнародних трудових відносин

У зв'язку з інтеграційними процесами в економіці, що мають місце в наш час серед більшості країн світу, не рідкісними є трудова міграція і породжені нею трудові відносини, пов'язані більш як з одним правопорядком. Через надзвичайно масштабні транскордонні переміщення товарів, послуг, інтернаціоналізацію виробництва, науково-технічний прогрес, залучення іноземного капіталу, створення транснаціональних корпорацій, спільних підприємств тощо, міждержавна міграція характеризується залученням до неї значного числа осіб. На збільшення обсягів міграції впливають у тому числі й політичні чинники: розпад одних держав і створення інших, зміни в характері політичного устрою, міжнародні та міжетнічні конфлікти, війни і т. ін. Результатом цього на сьогодні є існування в будь-якій країні певного прошарку осіб, які на законних чи незаконних підставах, постійно, тимчасово, з метою працевлаштування перебувають на її території і знаходяться там у трудових відносинах.

За висновком Організації Економічного Співробітництва й розвитку, на сьогоднішній день переселення в багаті країни все зростає. Його метою крім возз'єднання сімей є пошук праці, що заохочується багатими країнами через збільшення кількості власних громадян пенсійного віку. Пріоритетними галузями праці іноземців у таких країнах є аграрні роботи, будівництво і догляд за престарілими особами.

У такий спосіб виникають і існують трудові відносини, пов'язані більш як з однією правовою системою. Наприклад: праця громадян даної країни на іноземних наймачів у країні і за кордоном (трудова еміграція громадян, укладення трудових контрактів з іноземними фірмами про виконання праці всередині країни, праця в закордонних спільних підприємствах); відрядження громадян для праці за кордоном; робота на підприємствах, які є юридичними особами згідно з національним правом, але належать іноземному капіталу і входять до орбіти транснаціональних корпорацій; праця іноземців на різних підставах (трудова імміграція, робота на підприємствах з іноземними інвестиціями, здійснення різних форм економічної співпраці тощо)¹. Найчастіше міжнародне приватне право регулює так звані «індивідуальні» трудові відносини, тобто відносини, що виходять за межі національного правопорядку між наймачем і працівником, трудові відносини із розгляду спорів між указаними сторонами і т. ін. Однак не виключені й такі ситуації, коли міжнародне приватне право має регулювати й «колективні» трудові відносини, пов'язані з організацією і управлінням колективною працею (відносини між трудовими колективами, профспілками, господарськими органами щодо організації праці та управління підприємством²).

Для певних професій (пов'язаних, наприклад, з обслуговуванням міжнародних перевезень, виконанням представницьких функцій на територіях різних країн тощо) вихід за межі одного правопорядку є їх невід'ємною складовою. Сфера міжнародного трудового права значно розширилась у тому числі через діяльність транснаціональних корпорацій, що намагаються діяти в різних країнах (зокрема тих, що розвиваються) з метою зниження витрат на заробітну плату. З іншого боку, самі працівники нама-

¹ Довгерт А. С. Правове регулювання міжнародних трудових відносин: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Київський нац. ун-т. — К., 1994.

² Международное частное право. Современные проблемы. — Кн. 1. — М.: Наука, 1983. — С. 127—128.

гаються вирішити свої соціальні проблеми, пов'язані з низькою заробітною платою, безробіттям і т. ін. в країні громадянства через працевлаштування в країнах з більш високим рівнем умов праці чи більшим колом можливостей для працевлаштування. Проблеми, що можуть виникнути й виникають у зв'язку з цим, пов'язані на глобальному міждержавному рівні з «гастарбайтерами», «зонами дешевих зарплат», «промисловістю, що втікає» (Runaway Industries), «дешевим прапором»¹ та на рівні окремих осіб із соціальним і пенсійним забезпеченням, справедливим вирішенням трудових спорів з іноземними наймачами, зарахуванням стажу роботи за кордоном, забезпеченням державного захисту власних громадян у разі їх працевлаштування за межами країни, поширенням на іноземців національного режиму і т. ін.

Для правового регулювання трудових відносин національне право різних країн містить відповідні правові норми у конституціях, кодексах, законах, трудових договорах тощо. Так, трудове право країн континентальної Європи характеризується значною питомою вагою законодавчих актів і колективних договорів, що є головними джерелами трудового права. Судова практика й судові рішення тут не визнаються джерелами права. У країнах англосаксонського права значне місце посідають колективні договори й рішення судів, що мають силу джерел права. На законодавчому рівні регулюються лише окремі питання, які стосуються, зокрема, профспілок, страйків тощо.

Визнається, що об'єктивно склалася диференціація трудового права між національними системами, типовими різновидами трудового права, унітарними і федеративними державами і т. ін. Диференціацію трудового права різних країн пов'язують із специфікою економічного й політичного устрою, правовими, соціальними, виробничими особливостями, історичним розвитком, культурни-

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельдс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. — М.: Международн. отношения, 2001.

ми, побутовими традиціями, активністю профспілкового руху і т. ін.¹

При виході трудових відносин за межі одного правопорядку і у зв'язку із зазначеними й іншими розбіжностями правового регулювання трудових відносин національними системами, перед міжнародним приватним правом постало завдання у створенні відповідного правового механізму вирішення таких протиріч і адекватному регулюванні вказаних відносин. Для досягнення цієї мети створюються норми міжнародного трудового права, які розділяються на колізійні та матеріально-правові, що фіксуються у національних і міжнародних джерелах. Предметом їх регулювання є, зокрема, правовий режим іноземців щодо їх права на працю, праця вітчизняних громадян за кордоном, регламентація праці на спільних підприємствах і т. ін.

У правовій літературі ведуться дискусії відносно природи міжнародного трудового права. Так, Л. А. Лунц зазначав подвійний характер права, яке регулює трудові відносини. На його думку, підпорядкування трудових відносин загальним цивілістичним і колізійним началам не є безумовним через існування у трудовому праві законів про охорону праці, що найчастіше за все відносять у доктрині до публічного права. Таким чином, поруч з цивільними еле-

¹ Міжнаціональні розбіжності трудового права проявляються головним чином у специфіці джерел трудового права; співвідношенні законодавства, колективних договорів і судової практики, рішень трудового арбітражу; специфіці структури і повноважень органів управління працею; процедури укладення колективних договорів, їх змісті і юридичній силі; правовому становищі профспілок у загальнонаціональному масштабі і в межах підприємств; наявності чи відсутності органів представництв колективів підприємств і обсягу їх повноважень; наявності чи відсутності представництва робітників в органах управління корпораціями і характері такого представництва; наявності чи відсутності загальнонаціонального державного мінімуму заробітної плати і порядку її зміни; існування чи відсутності індексації заробітної плати; тривалості робочого тижня і щорічних оплачуваних відпусток; регламентації індивідуальних і колективних звільнень, понаднормових робіт, відпусток у зв'язку з вагітністю і пологами, мінімального віку прийняття на роботу; особливостями у регулюванні інших умов праці. Див. *Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право: Учебник для вузов.* — М.: Дело, 1999. — С. 75—76.

ментами діють елементи публічні, які не завжди можна чітко відокремити одні від одних¹. М. М. Богуславський також вважає, що для західних судів і доктрини характерними є намагання розмежувати застосування права для питань приватного і публічного права. Одні автори намагаються підпорядкувати трудові відносини традиційним концепціям колізійних принципів зобов'язального права, наприклад автономії волі, прив'язки до місця укладення договору (А. Батіфоль), інші надають перевагу публічним началам, що унеможливають застосування публічних норм іноземного права за одночасного застосування норм права місця роботи (Нібуайе)².

Дискусії породжує також питання про місце міжнародного приватного трудового права в системі права і його співвідношення з міжнародним приватним правом. На думку В. П. Звекова, міжнародні трудові відносини підпадають під дію міжнародного приватного права тією мірою, якою їх регламентація здійснюється з допомогою цивільного права, як наприклад, договір, контракт, правоздатність, відшкодування шкоди, позовна давність та ін. Система норм, яка регулює подібні трудові відносини, утворює підгалузь міжнародного приватного права — міжнародне приватне трудове право, метод якого є спільним з методом інших частин міжнародного приватного права³. На думку угорського правника І. Сасі, від міжнародного приватного права необхідно відокремлювати міжнародне трудове право як відносно незалежну галузь права «поруч із трудовим правом»⁴. Для Л. П. Ануфрієвої очевидно, що краще і точніше говорити саме про інститут міжнародного приватного права — сукупності норм, що регулюють приватноправові відносини міжнародного харак-

¹ Луц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. — М.: Спарк, 2002. — С. 747.

² Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрист, 1998. — С. 330.

³ Звеков В. П. Международное частное право: Курс лекций. — М., 1999. — С. 410.

⁴ Szasy. International Labor Law. Budapest, 1968. P. 14.

⁵ Ануфриева Л. П. Международное частное право: Учебник: В 3 т. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Изд-во БЕК, 2002. — Т. 2. Особенная часть. — С. 610.

теру, пов'язані з трудовою діяльністю⁵. Українська доктрина міжнародного приватного права дотримується погляду на міжнародне трудове право як на підгалузь міжнародного приватного права. «Сфера міжнародних трудових відносин з іноземним елементом відносити до предмета МПП тому, що цивільне та трудове право є галузями приватного права і в міжнародних трудових відносинах використовуються основні підходи, принципи та категорії МПП. Вивчення міжнародних трудових відносин і методів їх регулювання дозволяє говорити про міжнародне приватне трудове право як підгалузь МПП»¹.

Інколи в літературі окремо виділяють метод міжнародного приватного трудового права як поєднання колізійного і матеріально-правового методів, ускладнених втручанням публічно-правового начала².

Особливістю міжнародного трудового права є також специфіка його джерел. Поруч із різноплановими міжнародними договорами і конвенціями значне місце тут посідають локальні нормативні акти, як, наприклад, статuti і положення про персонал міжнародних організацій, колективні договори, зовнішньоекономічні контракти, міжнародні колективні договори тощо.

§ 2. Колізійне регулювання міжнародних трудових відносин

Одним із важливих регуляторів трудових відносин у сфері МПП є колізійні норми, завданням яких є визначення питання про те, правом якої країни повинні регулюватися міжнародні трудові відносини.

Колізійні норми міжнародного трудового права мають побудову, аналогічну іншим колізійним нормам: обсяг і прив'язку. В обсязі колізійної норми фіксується вказівка

¹ Довгерт А. С. Зазнач. праця. — С. 9.

² Андрианова М. А. Соотношение и взаимодействие международного частного и трудового права России в вопросах регулирования трудовых отношений с участием иностранцев. Международное частное трудовое право // Государство и право. — 2002. — № 9. — С. 64—70.

на ті відносини, що регулюються даною колізійною нормою. Для колізійних норм трудового права це найчастіше питання трудового договору, направлення робітника на робоче місце в іншу державу (§ 44 Федерального закону Австрії 1978 р. про міжнародне приватне право); загальних і спеціальних трудових відносин (наприклад, тих, що виникають через призначення чи обрання на посаду), трудових відносин між іноземними державними органами й іноземними громадянами, трудових відносин дипломатичних представників, виконання роботи більш як в одній країні, виконання роботи у відрядженнях чи в періоди довгострокового перебування за кордоном, виконання роботи на транспортних засобах, питання матеріальних і формальних умов дійсності трудового договору, наслідків його недійсності, змісту і припинення трудових відносин (§ 51 Указу Угорщини 1979 р. № 13 про міжнародне приватне право); трудового договору при звичайному місці роботи, а також при тимчасовому виконанні завдання в іншій країні (ст. 3118 Цивільного кодексу Квебеку 1991 р.); трудових відносин (ст. 32 Закону Польщі 1965 р. про міжнародне приватне право); трудового договору у разі звичайного виконання працівником своєї роботи, а також виконання ним роботи через характер самої діяльності більш як в одній країні (ст. 102 Закону Румунії 1992 р. № 105 стосовно регулювання відносин міжнародного приватного права, ст. 67 Кодексу міжнародного приватного права Тунісу 1998 р.); загальні трудові договори, а також договори при виконанні працівником трудових обов'язків у кількох країнах (ст. 121 Федерального закону Швейцарії 1987 р. про міжнародне приватне право).

Прив'язки колізійних норм трудового права в законодавствах різних країн також неоднорідні.

Виявом однієї з основних засад міжнародного приватного права — автономії волі (*lex voluntaris*) — слід визнати закріплення у багатьох законодавствах прив'язки до вибору сторонами права стосовно міжнародних трудових відносин.

Довгий час автономія волі сприймалась неоднозначно у правовій доктрині при розгляді питань міжнародного трудового права. Так, деякі колізіоністи висловлювались про-

ти застосування *lex voluntaris* у міжнародних трудових відносинах, пояснюючи свою позицію тим, що держава більш зацікавлена у застосуванні до трудових відносин імперативних норм, а не такого приватного начала, як автономія волі. Крім того, відмова від *lex voluntaris* може зберегти єдність правового регулювання праці різних категорій працівників на одному підприємстві, а також захистити «слабке» становище працівника як сторони трудових відносин.

Застосування *lex voluntaris* все ще інколи визнається спірним. Проте більшість колізіоністів висловлюються за його застосування до трудових відносин, що виходять за межі одного правопорядку. Така позиція аргументується тим, що працівник — це не завжди слабка сторона трудового договору, а тому управлінський і висококваліфікований персонал буде тільки програвати у разі неможливості вибору законодавства щодо трудових відносин; одночасно із застосуванням *lex voluntaris* у законодавстві можна встановити імперативні норми із застосування сприятливішого закону, спрямованого на захист працівника. Разом з тим, якщо у країні, де розміщено підприємство, діє сприятливіший для працівників закон — це забезпечить бажану єдність правового регулювання їх праці¹.

На сьогоднішній день законодавства більшості країн (особливо тих, що розглядають трудовий договір як складову цивільного права) дозволяють застосування автономії волі в трудових відносинах у сфері міжнародного приватного права. Більше того, це начало визнається доктриною і практикою в певних країнах основоположним, а законодавства таких країн, як Велика Британія, Італія, Канада, Німеччина не обмежують застосування автономії волі для трудових відносин у даній сфері якимось конкретним правопорядком.

У деяких інших країнах, які дозволяють застосування права, обраного сторонами трудових відносин, такий вибір певною мірою обмежується. Так, згідно із законодавствами

¹ Международное частное право. Современные проблемы. — Кн. 1, гл. 3 (8). — С. 134.

Австрії та Ліхтенштейну, вибір права береться до уваги тільки тоді, коли його здійснено прямо вираженим чином (очевидно, що тут встановлюється пріоритетність письмового акта вибору права, а також знімається питання встановлення судом внутрішнього наміру сторін тощо). Згідно із законодавством Польщі, сторони можуть підкорити трудові відносини обраному ними праву, якщо воно має зв'язок з цими відносинами (отже, у законодавстві прямо узгоджуються автономія волі і тісний зв'язок, що обмежує коло правопорядків для регулювання міжнародних трудових відносин з-поміж тих країн, які певним чином стосуються даних трудових відносин). Відповідно до законодавства Швейцарії, здійснення вибору права для врегулювання трудового договору можливе лише в межах країни звичайного перебування робітника, країни місця ділового обзаведення, місця проживання чи звичайного місцеперебування наймача. Згідно з нормами російського міжнародного приватного права, закріпленими в кодексі торговельного мореплавства 1999 р., автономія волі проникла у сферу міжнародних трудових відносин тільки у відношенні трудових договорів членів екіпажів суден і їхніх роботодавців: відносини між володільцем судна і членами екіпажу регулюються законом держави прапора судна, якщо інше не передбачено договором між володільцем судна і членами екіпажу судна, що є іноземними громадянами (ст. 416); загальне міжнародне трудове право Російської Федерації подібну можливість не передбачає.

Найчастіше в тих законодавствах, де дозволяється автономія волі в міжнародних трудових відносинах, вибір права, зроблений на його основі, не повинен погіршувати становище працівників порівняно з тим правом, яке б застосовувалося без дії *lex voluntaris*, на основі загальних колізійних норм (законодавства Австрії, Німеччини, Канади, Ліхтенштейну, Румунії). Напевно, найбільш детально питання правового захисту працівника в цьому аспекті викладено в законодавстві Квебеку. Так, згідно зі ст. 3118 Цивільного кодексу Квебеку 1991 р., вказівка сторонами на право для застосування до трудового договору, не тягне позбавлення працівника захисту, на який він управнений згідно з імпе-

ративними нормами права країни, де працівник звичайно здійснює свою роботу, навіть якщо він тимчасово виконує завдання в іншій країні, чи, якщо працівник звичайно не виконує роботу в якій-небудь одній країні, — згідно з імперативними нормами законодавства країни, де його роботодавець доміцільований чи має місце свого ділового обзаведення.

Таким чином, у міжнародному трудовому праві особливо важливим регулятором є імперативні норми, покликані захищати інтереси працівника, незважаючи на норми обраного сторонами правопорядку. До їх кола включають, зокрема, ті, що спрямовані на захист найманих працівників від звільнення, захист прав вагітних жінок і матерів, визначають тривалість строків розірвання трудового договору і т. п., що є більш сприятливими для працівника порівняно з нормами правопорядку, обраного сторонами трудових відносин (принцип зіставлення правових режимів з точки зору їх сприяння найманим працівникам).¹

Іншою важливою колізійною прив'язкою, яку часто називають основною, є прив'язка до закону місця роботи (*lex loci laboris*), що закріплена у законодавствах таких країн, як Австрія, Німеччина, Угорщина, Румунія, Канада, Ліхтенштейн, Туніс, Чехія, Швейцарія. Найчастіше вона застосовується, якщо сторони не здійснили вибір права. Цю прив'язку в доктрині і законодавстві також називають інколи прив'язкою до: права країни місця звичайного виконання працівником своєї трудової діяльності; закону країни місця розміщення підприємства, де працює особа; закону

¹ Важливість цього принципу можна проілюструвати таким прикладом.

Кейт Міллер — англійка. Вона проживає в м. Ширнесс (Англія) і працювала касиром на паромі, що курсує між містами Ширнесс і Фліссінген. Паром належить командитному товариству «Євротранспорт» з правлінням у Гамбурзі і плаває під німецьким прапором. У листопаді 1992 р. пані Міллер уклала і підписала договір про найм на роботу з «Євротранспортом» в бюро цієї фірми в Ширнессі. Договір було укладено англійською мовою з виплатою зарплати у фунтах стерлінгів. У договір була включена умова про те, що договір про найм регулюється законами Об'єднаного Королівства.

місця виконання роботи; закону країни, в якій працівник звичайно виконує свої трудові обов'язки; закону країни, в якій робітник звичайно виконує роботу; права країни звичайного виконання роботи за договором; закону країни, в якій (повністю або переважно) виконується робота; права місця здійснення трудової функції.

Теоретичним обґрунтуванням застосування такої прив'язки є:

1) дана колізійна прив'язка стосується більшості відносин, що регулюються трудовим правом, зокрема індивідуальних і колективних відносин;

2) праця виконує свої економічні й інші функції головним чином у країні, де вона здійснюється;

3) зазвичай саме на місці роботи працівник інтегрується у трудовий колектив, і звернення до закону цього місця дозволяє, з одного боку, створити рівні умови праці для всіх працівників одного підприємства, а з іншого — забезпечити цілісну і послідовну систему правового регулювання, враховуючи дію імперативних правил праці у даному місці;

4) місце роботи часто є також і місцем судового розгляду конфліктів;

5) сторони трудового договору краще ознайомлені з чинним правом місця роботи;

6) для застосування даної прив'язки має значення також те, що в цьому місці виконується трудовий договір¹.

Прив'язка до *lex loci laboris* у певних країнах не застосовується. Замість неї встановлюються прив'язки до особистого закону сторін (громадянства, місцезнаходження, domicilia), місця підприємницької діяльності наймача та інші колізійні начала.

Досить часто мають місце ситуації, коли за наведеними загальними формулами прикріплення місце виконання роботи через особливості конкретних відносин встановити не так просто (у випадках відряджень, виконання роботи в кількох країнах, виконання роботи на судах водного і по-

¹ Довгерт А. С. Правове регулювання міжнародних трудових відносин: Навч. посібник. — К.: НМК ВО, 1992. — С. 54—55; Scaszy I. *International Labour Law*. — P. 113—115

вітряного транспорту, на фіксованих морських установках по видобутку корисних копалин). Для цього у законодавствах досить часто фіксуються так звані спеціальні колізійні норми з власними колізійними прив'язками. Так, прив'язка до закону прапора — *lex banderae* (*lex flagi*) — застосовується для регламентації праці особи на водному чи повітряному транспорті й відсилає до закону країни реєстрації транспортного засобу або до держави, під прапором чи розпізнавальним знаком якої пересувається даний транспортний засіб (Угорщина, Чехія, Фінляндія). Так, згідно з § 16 Закону Чехії про міжнародне приватне право, трудові відносини на річковому і повітряному транспорті регулюються правом місця реєстрації, а на морському транспорті — правом держави, під прапором якої транспортний засіб використовується. Хоча у деяких країнах (наприклад, у Німеччині) для регулювання праці на повітряному і морському транспорті спеціальних колізійних норм не передбачено, а прив'язки до *lex banderae* і права країни місцезнаходження наймача є спірними у доктрині.

Прив'язка до *lex delegationis* застосовується щодо працівників, яких направлено на роботу в закордонні відрядження, і означає застосування права країни місцезнаходження установи чи організації, яка направила працівника для виконання певних завдань за кордон. Прив'язка до особистого закону наймача найчастіше застосовується при виконанні роботи у кількох країнах (Австрія, Угорщина, Німеччина, Ліхтенштейн, Румунія). Так, відповідно до ч. 2 ст. 48 Закону Ліхтенштейну 1996 р. про міжнародне приватне право, якщо працівник виконує свою роботу більш як в одній країні чи якщо він не має постійного місця роботи, то визначальним є законодавство тієї країни, в якій роботодавець має своє звичайне місцезнаходження (своє обзаведення).

Якщо з допомогою подібних колізійних прив'язок не вдається відшукати статут трудових відносин, деякі законодавства пропонують застосовувати принцип найбільш тісного зв'язку (Німеччина, Румунія, Туніс). Так, згідно з ч. 2 ст. 67 Кодексу міжнародного приватного права Тунісу, якщо працівник виконує свою роботу в кількох державах, трудовий договір регулюється сукупністю законів держави

обзаведення роботодавця, якщо тільки з усіх обставин справи не випливає, що трудовий договір має тісніші зв'язки з іншою державою. Норма про тісний зв'язок застосовується у виключних випадках, коли із сукупності обставин випливає, що трудовий договір чи трудові відносини мають суттєво більш тісний зв'язок з іншою державою і, як наслідок цього, явно переважає над принципом основної прив'язки¹.

Спірним у доктрині є питання про застосування колізійної прив'язки щодо формальних умов трудового контракту. Так, деякі колізіоністи, а також практика і законодавства вирішують колізійні питання формальних умов трудових контрактів на користь прив'язки *locus regit actum*, тобто закону місця вчинення акту. Однак є й інша точка зору, яка оснований на тому, що для формальних умов трудових контрактів слід застосовувати право, яке застосовується для регулювання його змісту.

Стосовно трудової право- й дієздатності сучасні законодавства в основному не встановлюють будь-яких спеціальних колізійних норм, поширюючи на ці питання загальні цивільно-правові начала і загальні колізійні норми міжнародного приватного права (закон громадянства і місця проживання для фізичних осіб, а також закон інкорпорації для юридичних осіб). Така позиція відповідає у тому числі й вітчизняній доктрині².

§ 3. Міжнародно-правове регулювання праці

У сфері міжнародної праці діє значна кількість міжнародно-правових актів багатостороннього і двостороннього характеру, спрямованих на визначення загального статусу працівника.

Основоположне значення у цій сфері належить Загальній декларації прав людини 1948 р., яка у ст. 23 встановлює

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельдс П. Зазнач. праця. — С. 237.

² Довгерт А. С. Правове регулювання міжнародних трудових відносин: Навч. посібник. — К.: НМК ВО, 1992. — С. 70—74.

право кожної людини на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі і сприятливі умови праці і на захист від безробіття; право кожного на рівну оплату за рівну працю, справедливу і задовільну винагороду. І хоча юридично Загальна декларація прав людини не має обов'язкового характеру, однак її моральний авторитет дозволяє їй впливати на інші міжнародно-правові документи¹.

Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р. визнає право на працю, що включає право кожної людини дістати можливість заробляти собі на життя працюю, яку вона вільно обирає або на яку вона вільно погоджується. Для цього держави-учасниці Пакту повинні вжити заходів щодо програм професійно-технічного навчання і підготовки, забезпечення зайнятості (ст. 6). Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожного на справедливі і сприятливі умови праці, включаючи, зокрема, винагороду, що забезпечувала б як мінімум усім трудящим: справедливу зарплату й однакову винагороду за працю однакової цінності без будь-якої різниці; умови роботи, що відповідають вимогам безпеки та гігієни; однакову для всіх можливість просування по роботі на більш високі ступені виключно на підставі трудового стажу і кваліфікації; відпочинок, дозвілля і розумне обмеження робочого часу, оплачувану періодичну відпустку й винагороду за святкові дні (ст. 7). Ст. 10 Пакту закріплює обов'язок надавати оплачувану відпустку з достатньою допомогою по соціальному забезпеченню матерям протягом розумного періоду до і після пологів, а також гарантії для захисту від економічної і соціальної експлуатації дітей і підлітків і встановлення державами межі віку, нижче яких користування платною дитячою працюю забороняється і карається законом.

Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р. закріплює, зокрема у ст. 8 заборону на приневолення до примусової чи обов'язкової праці.

¹ *Аметистов Э. М.* Международное право и труд: Факторы имплементации международных норм о труде. — М.: Междунар. отношения, 1982. — С. 64—65.

Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1966 р. встановлює у ст. 5 обов'язок у забезпеченні рівноправ'я кожної людини перед законом незалежно від раси, кольору шкіри, національності чи етнічного походження, особливо при здійсненні права на працю, вільний вибір роботи, справедливі та сприятливі умови праці, захист від безробіття, однакову плату за однакову працю, справедливу й задовільну винагороду.

Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок 1979 р. зобов'язує держав-учасниць вживати всіх заходів стосовно відновлення рівноправності жінок у сфері зайнятості, зокрема права на працю як невід'ємне право всіх людей, право на однакові можливості при наймі на роботу, право на вільний вибір професії чи роду роботи, на однакову винагороду, соціальне забезпечення тощо (ст. 11).

Конвенція ООН про статус біженців 1951 р. фіксує обов'язок договірних держав надавати біженцям, які законно проживають на їх території, права працювати за наймом, яким користуються громадяни іноземних держав за тих же обставин. Держави зобов'язуються надавати біженцям максимально сприятливий статус щодо права займатися самостійно сільським господарством, промисловістю, ремеслом, торгівлею, вільними професіями (статті 18 і 19).

Міжнародна Конвенція ООН про захист прав усіх трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей 1990 р. встановлює у ст. 8 норму, згідно з якою трудящі-мігранти і члени їх сімей можуть вільно залишати будь-яку країну, включаючи державу свого походження. Трудящим-мігрантам повинно забезпечуватися не менш сприятливе ставлення, ніж те, що застосовується до громадян держави у питаннях роботи за наймом, винагороди та інших умов праці й зайнятості (ст. 25). Трудящі-мігранти і члени їх сімей користуються правом вільного переміщення територією держави роботи за наймом і вільного вибору місця проживання в ній (ст. 39). Наприкінці свого перебування у країні місця роботи за наймом трудящі-мігранти мають право переводити свої зароблені заощадження у державу свого походження чи іншу державу (ст. 47). Трудящі-мігранти мають право вільно обирати оплачувану діяльність (ст. 52); їм також надається

національний режим у питаннях захисту проти звільнення, виплат по безробіттю (ст. 54) тощо.

Багато важливих міжнародних актів з питань регулювання праці було прийнято Міжнародною організацією праці (МОП). Вона була створена 1919 р. відповідно до Версальського договору при Лізі Націй як Міжнародна комісія з розробки конвенцій і рекомендацій у питаннях трудового права і поліпшення умов праці. МОП діє як автономна спеціалізована установа, завданням якої є формулювання міжнародних норм у галузі праці та їх реалізація. Формою роботи МОП є Міжнародна конференція праці, що відбувається щорічно в Женеві. Результатом роботи МОП є низка міжнародних актів, які торкаються прав людини, заборони примусової чи обов'язкової праці, свободи асоціацій, ліквідації дискримінації у галузі праці й зайнятості, реалізації принципу однакової винагороди за однакову працю, безпеки та гігієни праці, відпочинку, відпусток тощо.

Зокрема, МОП прийняла Конвенцію № 97 про права трудящих-мігрантів. У цій Конвенції містяться норми, що зобов'язують держави надавати інформацію про політику, законодавство, спеціальні установи, заходи щодо трудової міграції. Держави повинні створювати компетентні й безкоштовні служби допомоги трудящим-мігрантам, вживати заходів проти пропаганди, що вводить в оману з питань міграції; заходи щодо полегшення від'їзду й переїзду трудящих-мігрантів; надання національного режиму в питаннях зарплати, допомоги, привілеїв за колективним договором, житлового, соціального забезпечення, податків і зборів, судочинства.

Конвенція МОП № 143 — про зловживання у сфері міграції і про забезпечення трудящим-мігрантам однакових можливостей і поводження від 1978 р. покладає обов'язок на держави-члени організації вживати заходів для припинення таємної міграції, незаконного найму, проти організаторів і наймачів незаконних мігрантів (ст. 3); вияву незаконної зайнятості трудящих-мігрантів, застосування адміністративної, цивільної та кримінальної відповідальності до осіб, які незаконно використовують працю трудящих-мігрантів, організовують міграцію трудящих з метою отри-

мання роботи (ст. 6). Разом з тим, якщо підстави проживання є законними, держави повинні забезпечити рівність стосовно гарантій забезпечення зайнятості, надання роботи, тимчасової роботи, перепідготовки для трудящих-мігрантів (ст. 8). Держави повинні здійснювати національну політику, спрямовану на сприяння рівності можливостей і поведження, соціального забезпечення, профспілок, культурних прав, індивідуальних і колективних свобод трудящих-мігрантів і членів їх сімей, які перебувають у країні на законних підставах (ст. 9).

Згідно з Міжнародною конвенцією про захист прав усіх трудящих-мігрантів і членів їх сімей МОП 1990 р., закріплюються права трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей: на свободу пересування, особисту недоторканність, гуманне поведження, визнання правосуб'єктності, на об'єднання у профспілки, на соціальне забезпечення, медичну допомогу, на свободу слова, думки, совісті, релігії (статті 8—32).

Ряд інших конвенцій МОП регулюють питання трудових відносин: № 118 «Про рівність громадян країни і іноземців, а також осіб без громадянства у сфері соціального забезпечення»; № 95 «Про охорону заробітної плати», № 52 «Про щорічні оплачувані відпустки», № 122 «Про політику у сфері зайнятості».

Важливу роль для європейського співтовариства відіграють акти Європейського Союзу з питань прав людини у сфері праці. Відповідно до ст. 2 Договору про створення Європейського Союзу (Амстердам, 1997 р.), Співтовариство має своїм завданням сприяти гармонічному, збалансованому і безперервному розвитку економічної діяльності, високому рівню зайнятості й соціального захисту в Державах-учасниках. Співтовариство має своєю метою сприяти зайнятості, поліпшенню умов життя і праці людей (ст. 136)¹.

Європейська соціальна хартія 1961 р. у ч. I встановлює такі права і принципи. Кожен повинен мати можливість заробляти собі на життя шляхом вільного вибору професії і занять, право на справедливі й безпечні умови праці, спра-

¹ European employment and social policy: a policy for people. European Communities. — 2000. — P. 3—4.

ведливу винагороду, соціальне забезпечення. Громадяни будь-якої держави-учасниці Хартії мають право на будь-яку роботу, що приносить прибуток на території іншої держави-учасниці Хартії на началах рівності з її громадянами, маючи при цьому право на захист і допомогу для себе і членів своїх сімей і т. ін. Для цього держави повинні застосовувати існуючі правила у ліберальному дусі, спростити формальності й ліквідувати судові витрати іноземних робітників, лібералізувати правила регулювання праці іноземців, визнати право залишати країну і займатися діяльністю, що приносить прибуток на території іншої країни (ст. 18). Працівникам-мігрантам має бути забезпечений доступ до послуг з метою надання їм допомоги, забезпечення їх від'їзду, переміщення, необхідних медичних і гігієнічних послуг, національного режиму щодо заробітної плати, членства у профспілках, житла, оподаткування, судових процедур (ст. 19)¹.

У межах Європейського Союзу було прийнято Хартію основних соціальних прав робітників 1989 р., яка, зокре-

¹ Європейські держави здійснюють відповідні заходи для поліпшення ситуації із захистом прав іноземців на працю.

Зокрема:

«У Нідерландах орган, фінансований державою, — Нідерландський центр для іноземців (Nederlands Centrum voor Buitenlanders) — надає допомогу працівникам-мігрантам, включаючи інформацію про соціальне страхування кількома мовами;

у Норвегії виходить друком відредагована книга «Іммігрант у Норвегії» у перекладі десятима або дванадцятьма мовами;

у Швеції, в рамках Проекту Комп'ютерного банку знань, співробітники служб працевлаштування можуть легко отримати інформацію про кваліфікацію та вміння працівників-іноземців;

у Німеччині зросло число консультаційних центрів, які пропонують послуги працівникам-іноземцям та їхнім родинам;

в Італії було організовано дві агенції, що опікуються проблемами тих працівників-мігрантів, які не є членами Європейської спільноти, та їх родин;

в Іспанії кримінальний кодекс 23 листопада 1995 р. визначив поширення неправдивих даних про еміграцію та імміграцію як кримінальний злочин (статті 312, 313)». — Див.: Основні соціальні права. Практика застосування Європейської соціальної хартії / Семюел Л. — К.: Фенікс, 2003. — С. 249.

ма, гарантує свободу пересування працівників у межах ЄС, передбачає право на працевлаштування на будь-якій роботі в межах ЄС на основі національного режиму місцевих працівників щодо доступу до праці, її умов і соціального захисту; гармонізацію умов проживання в державах—членах ЄС; ліквідацію невизнання дипломів чи еквівалентної професійної кваліфікації; поліпшення умов життя і трудової діяльності працівників-фронтальєрів.

На Міжпарламентській асамблеї держав-учасниць СНД 1995 р. було прийнято Рекомендаційний законодавчий акт щодо міграції трудових ресурсів у країнах СНД. Цей акт містить базові принципи погодженої політики у сфері міграції трудових ресурсів у СНД. Метою акта є регулювання процесу трудової міграції, забезпечення гарантій прав трудящих-мігрантів, зближення національного законодавства країн СНД, укладення міждержавної угоди і взаємодія країн СНД у питаннях трудової міграції.

Відповідно до цього акта трудящим-мігрантам забезпечується безкоштовне надання послуг щодо найму, оформлення виїзду і влаштування на роботу. Трудящим-мігрантам гарантується рівність прав з громадянами держави при прийнятті на роботу і розірванні трудових відносин, встановленні умов оплати праці, режиму роботи, охорони здоров'я та гігієни праці, соціального захисту, зверненні до суду.

Для регулювання основних напрямків співробітництва держав СНД у сфері міграції і соціального захисту трудящих-мігрантів було укладено Угоду урядів держав-учасниць СНД з указаних питань. Дана угода містить норми про визнання документів про освіту, трудового стажу, регулювання трудових договорів, соціального страхування, відшкодування шкоди, переказ зароблених коштів і т.д.

1994 року було укладено Угоду держав-учасниць СНД про співробітництво у сфері охорони праці для проведення скоординованої політики в питаннях охорони праці, визнання стандартів безпеки праці, затвердження погоджених норм і вимог з охорони праці, створення спільної інформаційної системи з банком даних з охорони праці тощо.

Цього ж року було укладено Угоду держав-учасниць СНД про порядок розслідування нещасних випадків на вироб-

ництві, що сталися з працівниками при перебуванні їх поза державою проживання, а також Угоду про взаємне визнання прав на відшкодування шкоди, заподіяної працівникам: каліцтва, професійного захворювання або іншого пошкодження здоров'я, пов'язаного з виконанням ними трудових обов'язків.

Важливе значення мають двосторонні домовленості України з рядом держав щодо регулювань трудової діяльності й соціального захисту громадян, які працюють за межами своїх держав. Так, наприклад, Угода між Урядом України і Урядом Російської Федерації про трудову діяльність і соціальний захист громадян України і Росії, які працюють за межами своїх країн, від 14 січня 1993 р. встановлює, зокрема, колізійні норми для врегулювання таких питань, як вік особи, з якого допускається прийняття на роботу, виїзд і перебування, трудова діяльність, права і обов'язки працівників, соціальне забезпечення з прив'язками до законодавства країни перебування. Крім того, в цій Угоді взаємно визнаються стаж і дипломи, а також інші документи без легалізації. Аналогічні норми містяться в Угоді між Урядами України та Республіки Молдова про трудову діяльність і соціальний захист громадян України та Республіки Молдова, які працюють за межами своїх держав, від 15 грудня 1993 р., в Угоді між Урядами України та Республіки Білорусь про трудову діяльність і соціальний захист громадян України та Республіки Білорусь, які працюють за межами своїх держав, від 17 червня 1995 р., в Угоді між Урядами України та Республіки Вірменія про трудову діяльність і соціальний захист громадян України та Республіки Вірменія, які працюють за межами своїх держав, від 17 червня 1995 р.

Урегульовувати колізійні питання трудових відносин покликані норми Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 27 травня 1993 р., а також Договору між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 13 грудня 1993 р., згідно з якими

сторони, громадяни яких мають трудові стосунки, можуть підпорядкувати їх обраному за згодою між собою законодавству. Якщо вибір не зроблено, укладення, зміна, скасування і закінчення трудових стосунків, а також вимоги, що випливають з них, регулюються законодавством тієї Договірної Сторони, на території якої була виконана, або мала бути виконана робота. Якщо працівник виконує роботу на території однієї Договірної Сторони на підставі трудових відносин, які пов'язують його з головним підприємством на території іншої Договірної Сторони, укладення, зміна і закінчення трудових відносин, а також вимоги, що випливають з них, регулюються законодавством останньої.

§ 4. Праця українських громадян за кордоном й іноземців в Україні

За Конституцією України, кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працюю, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується (ст. 43). Для реалізації цього принципу громадяни України мають право, зокрема, укладати трудові договори з іноземними наймачами як на території України, так і за кордоном, а також з українськими наймачами для праці за кордоном, а іноземці мають право працювати на території України на українських підприємствах, установах, організаціях або займатися іншою трудовою діяльністю згідно із законодавством України.

Для визначення права, яке регулюватиме подібні трудові відносини, у ст. 8 КЗпП України закріплена норма 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.

Для регулювання трудових відносин на підприємствах з іноземними інвестиціями існує спеціальна норма — ст. 36

Закону України «Про іноземні інвестиції» 1992 р.: «На трудові відносини з працівниками, які не мають постійного місця проживання в Україні, поширюється право України, якщо сторони трудового договору (контракту) під час його укладення або на підставі подальшої угоди не обрали право країни, що регулюватиме окремі елементи трудових відносин. Вибір сторонами права, що регулює трудові відносини, вважається дійсним, якщо обране право має тісний зв'язок з трудовими відносинами і не погіршує становища працівників порівняно з умовами, передбаченими законодавством України. Іноземне право не застосовується щодо питань, відносно яких діють імперативні норми трудового права України».

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 (допуск іноземців на ринки праці, заснування квот, встановлення відповідальності тощо) і регулюються відповідно до міжнародних договорів про працевлаштування, трудового законодавства конкретної країни, статуту відповідного підприємства, колективного й індивідуального трудових договорів та інших локальних нормативних актів. Від них залежать (у тому числі) права і обов'язки у сфері праці українських громадян, їх правовий статус у трудових відносинах як іноземців у певній країні. Українське матеріальне право в даних питаннях не є компетентним.

Відповідно, у випадку працевлаштування українських громадян з іноземними наймачами на території України, за загальним правилом ст. 8 КЗпП України, діятиме українське право.

У випадку відряджень українських громадян за кордон за МПП діє прив'язка *lex loci delegationis*, яка означає застосування права тієї країни, яка направила робітника для виконання певних трудових функцій за кордон. Хоч у законодавстві це правило поки що не зафіксоване, однак докт-

рина і практика — однакостайні в позитивному ставленні до його застосування. Для регулювання питань матеріального права в таких випадках діють Правила про умови праці радянських працівників за кордоном, затверджені Постановою Держкомпраці від 25 грудня 1974 р. Вони стосуються збереження за працівником місця роботи, середньомісячної зарплати, виплати добових, перевезення особистих речей, оплати проїзду і т. ін.

Регламентує працю іноземців в Україні ст. 8 Закону України про правовий статус іноземців, яка фіксує рівні права і обов'язки іноземців з громадянами України у трудових відносинах.

Проте різні категорії іноземців мають різний обсяг таких прав. Так, іноземці, що постійно проживають в Україні, і біженці мають право займатися трудовою діяльністю на підставах і в порядку, установлених для громадян України. А іноземці, які іммігрували в Україну для працевлаштування на певний строк, повинні отримати дозвіл на працевлаштування¹, який видає державний центр зайнятості Мінпраці (крім тих іноземців, які прийняті інвестором у межах і за посадами (спеціальністю), визначеними угодою про розподіл продукції, для яких такий дозвіл отримувати не потрібно) (ст. 8 Закону України «Про правовий статус іноземців», ст. 8 Закону України «Про зайнятість населення»). У разі працевлаштування іноземців без відповідного дозволу, якщо необхідність цього дозволу передбачена законодавством України, настає адміністративна відповідальність для самих іноземців, а за порушення порядку працевлаштування іноземців — для посадових осіб підприємств, установ і організацій (статті 203 і 204 Кодексу України про адміністративні порушення).

Для іноземців, які тимчасово перебувають в Україні, можливостей для працевлаштування в українському законодавстві не передбачено.

¹ Див. Постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку оформлення іноземцям та особам без громадянства дозволу на працевлаштування в Україні» від 1 листопада 1999 р. № 2028.

Крім того, іноземці не можуть призначатись на певні посади чи займатися певною трудовою діяльністю, якщо ці посади чи діяльність пов'язані з приналежністю до громадянства України (відповідно до законів України: «Про нотаріат», «Про адвокатуру», «Про статус суддів», «Про міліцію», «Про аудиторську діяльність» і т. ін.)¹.

¹ Подібна практика існує і в багатьох західних країнах, які для працевлаштування іноземців запровадили дозвільну систему (Німеччина, Франція, Велика Британія, США, Австрія, Угорщина). Державний контроль за доступом іноземців до праці здійснюється і в інших країнах Європи, Південної Америки, Африки. У всіх країнах відомою є заборона іноземцям доступу до певних посад і виконання певних робіт. За порушення порядку працевлаштування іноземців для працедавців установлено значні адміністративні штрафи і навіть тюремне ув'язнення (наприклад, у Франції — від трьох місяців до одного року, при повторному порушенні — до трьох років). — Див.: *Довгерт А. С.* Правове регулювання міжнародних трудових відносин: Навч. посібник. — К.: НМК ВО, 1992. — С. 109—112.

ГЛАВА 13 Міжнародний цивільний процес

§ 1. Поняття міжнародного цивільного процесу та його джерела

Міжнародний цивільний процес (МЦП) означає сукупність процесуальних норм, яка є складовою частиною цивільного процесуального права як внутрішнього права держави.

При визначенні поняття міжнародного цивільного процесу необхідно враховувати, що воно збігається з поняттям цивільного процесу, але в ньому присутній іноземний елемент. Крім того, МЦП регулюється не тільки ЦПК кожної країни, а й міжнародними договорами. Тому термін «міжнародний» вживається тоді, коли йдеться про правовідносини між особами, які належать до різних держав (іноземними особами), й іноземними судами, про правовідносини, що виходять за межі окремої правової системи (надання правової допомоги і т. ін.) і потребують з'ясування, який закон до них застосовується.

Отже, міжнародний цивільний процес — це сукупність і система правових норм, які містяться у внутрішньому праві держави і в міжнародних договорах за участю цієї держави і які регулюють цивільно-процесуальні відносини між іноземними судами й учасниками процесу, один з яких є іноземною особою (іноземці, особи без громадянства, іноземні підприємства, установи, організації, іноземні держави, міжнародні організації), при здійсненні правосуддя з цивільних справ і наданні міжнародної правової допомоги.

До МЦП найчастіше відносять питання щодо:

а) міжнародної підсудності (юрисдикції) з цивільних справ;

б) цивільного процесуального становища іноземців, осіб без громадянства, іноземних підприємств і організацій, іноземної держави та її дипломатичних представників, міжнародних (міждержавних) організацій;

в) судових доказів у цивільних справах з іноземною особою;

г) порядку встановлення змісту іноземного закону, що підлягає застосуванню;

г) іноземних судових доручень;

д) визнання та примусового виконання іноземних судових рішень з цивільних справ.

На підставі ст. 2 ЦПК України від 18 березня 2004 р. (діє з 1 січня 2005 р., далі — ЦПК), цивільне судочинство здійснюється відповідно до Конституції України та цього Кодексу. Якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, передбачено інші правила, ніж встановлені цим Кодексом, застосовуються правила міжнародного договору. Насамперед це означає, що участь іноземців у цивільному процесі як позивачів або відповідачів не змінює загального порядку розгляду справ у суді України. Провадження ведеться за загальними правилами цивільного судочинства, встановленими ЦПК України.

Таким чином, згідно з чинним законодавством і домінуючою в міжнародному приватному праві доктриною, суд, розглядаючи справу з участю іноземної особи, повинен застосовувати, як правило, процесуальне право своєї країни або закон суду (*lex fori*). Вказівки про застосування в процесуальних питаннях лише власного права країни суду, виражені в тій чи іншій формі, є в багатьох міжнародних договорах.

Згідно зі ст. 415 ЦПК, виконання доручень іноземних судів про вчинення окремих процесуальних дій також провадиться на підставі законів України. Отже, цивільне судочинство та пов'язані з ним цивільні процесуальні відносини, як правило, підпорядковані власному праву суду.

Особливість джерел (форм) МЦП полягає в їх подвійному характері. З одного боку, до них належать норми внутрішнього законодавства окремих держав, а з другого — міжнародні договори.

Головним внутрішнім джерелом МЦП є Конституція України. Згідно зі ст. 9 Основного Закону, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Стаття 26 Конституції гарантує іноземцям і особам без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, такі самі права і свободи й 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) має гарантоване державою право оскаржити в суді рішення, дії чи бездіяльність будь-якого органу державної влади, органу місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. вміщує спеціальні розділи: VIII — про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні, та X, присвячений провадженню у справах за участю іноземних осіб. Крім названих розділів ст. 9 ЦПК регулює порядок застосування норм права інших держав.

Цивільні процесуальні норми вміщуються і в Законах України: «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 4 лютого 1994 р., «Про біженців» від 21 червня 2001 р., «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 р.

Враховуючи, що іноземна держава, її дипломатичні представники й деякі інші особи користуються судовим імунітетом, до джерел МЦП слід віднести затверджений Указом Президента України від 25 червня 2002 р. Порядок здійснення захисту прав та інтересів України під час розгляду справ у закордонних юрисдикційних органах, Консульський Статут від 2 квітня 1994 р., Положення про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні, затверджене Указом Президента України від 10 червня 1993 р., а також Положення про дипломатичне представництво України за кордоном, затверджене розпорядженням Президента України від 22 жовтня 1992 р.

Друга група джерел МЦП — міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Важливим актом є Віденська конвенція про правонаступ-

ництво держав відносно договорів від 23 серпня 1978 р. Стосовно міжнародних договорів, в яких Україна самостійно не брала участі, діють загальні положення Конвенції, викладені в ч. IV «Об'єднання та відокремлення держав», і зокрема 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 по відношенню до кожної утвореної в такий спосіб держави-наступника. Норми міжнародного цивільного процесу містяться і в Конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р., яка встановила умови та межі дії міжнародних угод.

Бажаючи полегшити передачу та виконання судових доручень, а також створити відповідні засоби, для того щоб судові чи несудові документи, які підлягають врученню за кордоном, були доведені до відома їх одержувачів у належний строк, Україна приєдналася до двох конвенцій: Конвенції про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах, укладеної 18 березня 1970 р., та Гаазької конвенції про вручення за кордоном судових і позасудових документів у цивільних або комерційних справах, укладеної 15 листопада 1965 р. Ці конвенції замінюють положення статей 1—16 Гаазької конвенції з питань цивільного процесу від 1 березня 1954 р.

Після приєднання України до Статуту Ради Європи 31 жовтня 1995 р. з'являються нові джерела МЦП. Передусім слід згадати Конвенцію про захист прав і основних свобод людини від 4 листопада 1950 р., Перший протокол та протоколи № 2, 4, 7, 11 до Конвенції, які були ратифіковані 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 року, в яких брав участь СРСР, і які є чинними для України.

Цивільні процесуальні норми вміщуються також в укладених Україною Консульських конвенціях і договорах.

Вирішуючи питання про визнання та виконання рішень іноземних судів і арбітражів, суди України повинні з'ясо-

увати наявність міжнародних договорів про взаємне надання правової допомоги між Україною і державою, від якої надійшло відповідне клопотання. На цей час є чинними, зокрема, такі міжнародні договори з цього питання, які Україна уклала або до яких вона приєдналася:

а) Конвенція про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах, укладена державами-членами Співдружності Незалежних Держав у м. Мінську 22 січня 1993 р.;

б) Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, підписана урядами держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав у м. Києві 20 березня 1992 р.;

в) Конвенція про визнання й виконання іноземних арбітражних рішень, укладена у м. Нью-Йорку 1958 р.;

г) Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж, підписана в Женеві 21 квітня 1961 р.;

д) двосторонні договори України про правову допомогу та правові відносини в цивільних справах: з Республікою Грузія (підписано 9 січня 1995 р.), з Естонською Республікою (підписано 15 лютого 1995 р.), з Республікою Молдова (підписано 13 грудня 1993 р.), з Республікою Польща (підписано 24 травня 1993 р.), з Китайською Народною Республікою (підписано 31 жовтня 1992 р.), з Литовською Республікою (підписано 7 липня 1993 р.), з Латвійською Республікою (підписано 23 травня 1995 р.), з Монголією (підписано 27 червня 1995 р.), з Республікою Узбекистан (підписано 19 лютого 1998 р.), із Соціалістичною республікою В'єтнам (підписано 6 квітня 2000 р.), з Республікою Македонія (підписано 10 квітня 2000 р.), з Турецькою Республікою (підписано 23 листопада 2000 р.), з Угорською Республікою (підписано 2 серпня 2001 р.), з Чеською Республікою (підписано 28 травня 2001 р.), з Румунією (підписано 30 січня 2002 р.), з Грецькою республікою (підписано 2 липня 2002 р.), Республікою Куба (підписано 27 березня 2003 р.), з Кореїнською Народно-Демократичною Республікою (підписано 13 жовтня 2003 р.), з Республікою Болгарія (підписано 21 травня 2004 р.);

е) двосторонні договори про взаємну правову допомогу, які були укладені СРСР та є чинними для України: з Народною

Республікою Албанія, з Алжирською Народною Демократичною Республікою, з Іракською Республікою, з Народною Демократичною Республікою Ємен, з Республікою Кіпр, з Сирійською Арабською республікою, з Туніською Республікою, з Фінляндською Республікою, а також Конвенція між СРСР та Італійською Республікою про правову допомогу в цивільних справах.

§ 2. Правове становище іноземних осіб у цивільному процесі

Згідно із ст. 1 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», іноземець — це особа, яка не перебуває у громадянстві України і є громадянином (підданим) іншої держави або держав. Особа без громадянства, за цією нормою, — це особа, яку жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином.

Крім іноземців та осіб без громадянства у міжнародному цивільному процесі можуть брати участь й іноземні підприємства та організації. Йдеться про іноземні юридичні особи, що мають місцезнаходження за межами України та засновані відповідно до законодавства тієї країни, де вони створені. Усіх цих суб'єктів можна умовно назвати іноземними особами.

До цивільних процесуальних прав іноземців належить насамперед право на доступ до суду і до засобів судового захисту, а також право на справедливий публічний розгляд у суді. Право на ефективні засоби судового захисту з боку компетентних національних судів забезпечується кожній особі, в тому числі й іноземцю та особі без громадянства, права і свободи яких порушуються. Ці положення закріплені як у міжнародно-правових актах з прав людини, двосторонніх договорах про взаємну правову допомогу, так і у внутрішньому законодавстві кожної держави.

Відповідно до ст. 22 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», іноземці та особи без громадянства мають право на звернення до суду та до інших державних органів для захисту своїх особистих, майнових та інших прав.

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 (ст. 410 ЦПК).

Наданий іноземним особам в Україні національний режим у судовому провадженні є безумовним. Це означає, що суд не повинен ставити в кожному окремому випадку питання про наявність взаємності, тобто не повинен з'ясувати в процесі конкретної справи, чи передбачені законодавством іноземної держави рівнозначні права для фізичних і 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 встановлені відповідні обмеження (реторсії) щодо фізичних і юридичних осіб тих держав, в яких допускаються такі спеціальні обмеження (ч. 3 ст. 410 ЦПК). 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 необхідно іноземним особам для звернення до суду. Між тим законодавства деяких держав передбачають інститут внесення застави по забезпеченню судових витрат, що обмежує вільний доступ іноземців до суду. Суть 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 в позові позивачу-іноземній особі.

Щоб 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 і кримінальних справах. Наприклад, у Договорі між СРСР та Албанією прямо вказано: «На громадян однієї з Договірних Сторін і на тих, які

перебувають на території однієї з Договірних Сторін, не можна покласти обов'язок по забезпеченню судових витрат виключно на тій основі, що вони є іноземцями або не мають у цій країні постійного місця проживання, місця перебування чи місця знаходження» (ст. 16).

Іноземні особи можуть бути суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин, якщо вони визнані носіями процесуальних прав і обов'язків, наділені процесуальною правоздатністю і володіють процесуальною дієздатністю.

У новому ЦПК містяться спеціальні норми про цивільну процесуальну правоздатність і дієздатність іноземних осіб, яких не було у ЦПК 1963 р.

Процесуальна правоздатність і дієздатність іноземця визначається правом держави, громадянином якої він є, а процесуальна правоздатність і дієздатність особи без громадянства — правом держави, в якій ця особа постійно або переважно проживає (ст. 411). Разом з тим, в питаннях визначення процесуальної правоздатності і дієздатності іноземних фізичних осіб також діє принцип національного режиму та «закона суду». Зокрема, ЦПК передбачає, що особа, яка, відповідно до права своєї держави, не є процесуально дієздатною, може бути визнана такою на території України, якщо вона, згідно з цим Кодексом, має цивільну процесуальну дієздатність, тобто досягла повноліття. Це означає, що іноземець, який досяг повноліття за українським законодавством (18 років), може особисто здійснювати цивільні процесуальні права й виконувати свої обов'язки в суді, незважаючи на те, що за законом своєї країни він вважається неповнолітнім. Що стосується процесуальної правоздатності іноземної юридичної особи, то вона визначається правом держави, в якій її засновано, а процесуальна правоздатність міжнародної організації визначається на основі міжнародного договору, відповідно до якого її створено, її установчих документів або угоди з компетентним органом України.

Аналогічно вирішується питання про визначення цивільної процесуальної право- і дієздатності іноземних осіб у більшості міжнародних договорів України.

Говорячи про правове становище іноземних осіб окремо, слід спинитися на правовому становищі іноземної держави.

Йдеться про так званий судовий імунітет (від лат. *immunitas* — недоторканність, звільнення від чого-небудь), коли позов пред'являється до іноземної держави.

У силу принципу національного режиму й судового імунітету іноземної держави іноземці, як і громадяни України, можуть пред'явити позов до іноземної держави, просити про забезпечення позову і звернення стягнення на майно іноземної держави, що розміщене в Україні, лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України або законом України (ч. 1 ст. 413 ЦПК). Таким чином, судовий імунітет іноземної держави означає непідсудність її суду іншої держави. Він ґрунтується на суверенній рівності держав, відповідно до якої «рівний над рівними не має юрисдикції» (*par in parem non habet jurisdictionem*).

Питання про те, який орган іноземної держави компетентний дати таку згоду, вирішується законодавством даної іноземної держави. Так, згідно з Порядком здійснення захисту прав та інтересів України під час розгляду справ у закордонних юрисдикційних органах, затвердженим Указом Президента України від 25 червня 2002 р., Міністерство закордонних справ України у п'ятиденний строк від дня отримання відповідної інформації вносить до Кабінету Міністрів України висновок про наявність імунітету України у справі, порушеній за позовом до неї у закордонних юрисдикційних органах, та погоджені з Міністерством юстиції України пропозиції щодо шляхів забезпечення такого імунітету. Причому згода на пред'явлення позову ще не означає згоди на вжиття заходів щодо забезпечення позову або на примусове виконання. Для здійснення кожної з цих процесуальних дій потрібний окремий дозвіл.

Специфічне правове становище у МЦП мають іноземці, які є дипломатичними представниками іноземних держав. Відповідно до ч. 2 ст. 413 ЦПК, акредитовані в Україні дипломатичні представники іноземних держав та інші особи, зазначені у відповідних законах України і міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, підлягають юрисдикції судів України в

цивільних справах лише в межах, що визначаються принципами й нормами міжнародного права або зазначеними міжнародними договорами.

Так, згідно з Положенням про дипломатичні представництва і консульські установи іноземних держав в Україні, затвердженим Указом Президента України від 10 червня 1993 р., глава дипломатичного представництва і члени дипломатичного персоналу користуються імунітетом від юрисдикції судів України у цивільних справах (п. 13). Глава дипломатичного представництва на рівні посла або посланника акредитується при Президентові України, а на рівні повіреного у справах — при Міністерстві закордонних справ України. До персоналу дипломатичного представництва належать члени дипломатичного, адміністративно-технічного й обслуговуючого персоналу дипломатичного представництва.

Наведені положення щодо імунітету певного кола осіб від юрисдикції судів у цивільних справах повністю відповідають багатосторонній Віденській конвенції про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р.

Суть судового імунітету перерахованих осіб полягає в тому, що вони підлягають юрисдикції судів України лише в межах, визначених нормами міжнародного права, або договорами з відповідними державами й тільки за наявності згоди на це акредитуючої держави. Йдеться про випадки, коли дипломатичні представники та інші перераховані особи вступають у цивільно-правові відносини як приватні особи у зв'язку з позовами про належне їм нерухоме майно на території України, позовами, що стосуються спадкування, а також у зв'язку з позовами, що виникають з їх професійної чи комерційної діяльності, здійснюваної ними за межами службових обов'язків (п. 13 Положення, ст. 31 Конвенції).

До осіб, які користуються судовим імунітетом в Україні, належать також працівники консульських установ: консульські посадові особи і консульські службовці консульської установи. Згідно з Віденською конвенцією про консульські зносини від 24 квітня 1963 р. і Положенням про дипломатичні представництва і консульські установи іноземних держав в Україні від 10 червня 1993 р., до консульсь-

ких посадових осіб належать особи, включаючи главу консульської установи, яким доручено виконання консульських функцій (генеральні консули, консули, віце-консули, консульські агенти), а до консульських службовців — особи, які здійснюють адміністративно-технічне обслуговування консульської установи.

Консульські посадові особи й консульські службовці не підлягають юрисдикції судових органів щодо дій, здійснених ними під час виконання консульських функцій. Але зазначені особи можуть бути притягнуті як відповідачі за позовами, що випливають з договорів, за якими вони прямо чи побічно не взяли на себе зобов'язань як агентів держави, яку вони представляють (тобто діють як приватні особи), а також за позовами про відшкодування заподіяної дорожньо-транспортною пригодою шкоди (ст. 43 Конвенції, п. 25 Положення).

Дипломатичний імунітет поширюється також на представників іноземних держав, на членів парламентських і урядових делегацій іноземних держав, які прибувають в Україну для участі в міжнародних переговорах, міжнародних конференціях і нарадах або з іншими офіційними дорученнями, а також на членів їхніх сімей, що їх супроводжують і не є громадянами України (п. 27 Положення), а також на міжнародні організації.

Цивільна процесуальна дієздатність складається не тільки зі здатності особи особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді, а й доручати ведення справи своєму представникові. У силу принципу «закона суду» іноземці, особи без громадянства можуть брати участь у цивільній справі особисто або через свого представника (ст. 38 ЦПК).

Особиста участь у справі іноземної особи не позбавляє її права мати в цій справі свого представника.

Оскільки національний режим цивільного судочинства поширюється на іноземних осіб, можна зробити висновок, що їхніми представниками в суді можуть бути адвокати чи інші особи, які досягли 18 років, мають цивільну процесуальну дієздатність і належно посвідчені повноваження на здійснення представництва в суді (ст. 40).

Але найчастіше представниками іноземних осіб у суді виступають адвокати, а також інші особи, які 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 з тим, іноземні особи, як правило, доручають ведення своїх справ Українській іноземній юридичній колегії (далі — Укрінюрколегія).

У силу принципу «закону суду» порядок оформлення довіреності на ведення справи в суді передбачений ст. 42 ЦПК. При рішенні цього питання стосовно адвокатів Укрінюрколегії треба мати на увазі, що доручення на ведення справи Укрінюрколегією може бути оформлено іноземцем не тільки згідно із законодавством України, а й за іноземним законодавством держави, в якій він мешкає. Довіреність не може бути визнано недійсною внаслідок недодержання форми, якщо остання відповідає вимогам закону України. Вважається, що такий порядок оформлення доручення не суперечить «закону суду», за умови, якщо його зміст відповідає вимогам статей 42 і 44 ЦПК.

Крім цієї умови іноземна довіреність, як і будь-який офіційний документ, що походить від іноземної влади, повинна бути легалізована. Згідно з Консульським Статутом України від 2 квітня 1994 р. зі змінами від 21 травня 2002 р., органи України приймають такі документи і акти на розгляд лише при наявності консульської легалізації, якщо інше не передбачено законодавством України або міжнародним договором, учасниками якого є Україна і держава перебування.

У міжнародному цивільному процесі широко застосовується також представництво іноземців у судах консулами відповідних держав. Йдеться 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, насамперед 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 зі ст. 26 Консульського Статуту України, 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 призначають своїх уповноважених або не візьмуть на себе захист своїх прав та інтересів.

§ 3. Підсудність цивільних справ за участю іноземних осіб

Згідно із ч. 1 ст. 410 ЦПК, іноземні особи мають право звертатися до судів України для захисту своїх прав, свобод чи інтересів. У зв'язку з цим виникає проблема підсудності справ за участю названих суб'єктів.

У міжнародному цивільному процесі під підсудністю цивільних справ за участю іноземних осіб (міжнародною підсудністю) розуміють компетенцію судів певної держави щодо розгляду і вирішення цивільних справ та здійснення окремих процесуальних дій стосовно іноземного елемента. Передусім, необхідно вирішити питання про те, на території якої держави розглядатиметься конкретна цивільна справа, а вже потім має бути визначений конкретний суд, наділений повноваженнями вирішувати подібні цивільні справи.

При вирішенні питання про міжнародну підсудність суд встановлює межі власної компетенції та не зачіпає питання про те, чи компетентний вирішувати дану справу будь-який іноземний суд або інший юрисдикційний орган.

Вирішуючи питання про підсудність справ за участю іноземних осіб, суди України повинні керуватися не тільки нормами внутрішнього процесуального законодавства, а й тими колізійними нормами, що містяться в міжнародних договорах про правову допомогу.

Загальні правила підсудності цивільних справ судам України визначаються стосовно іноземців так само, як і стосовно громадян України. Відповідно до ст. 414 ЦПК, підсудність судам України цивільних справ у спорах, в яких беруть участь іноземні особи, а також у спорах, в яких принаймні одна із сторін проживає за кордоном, визначається законами України. Отже, при вирішенні питання про міжнародну підсудність в Україні також діє «закон суду». Це означає, що при визначенні підсудності цивільних справ за участю іноземної особи може мати місце загальна територіальна, альтернативна, виключна чи договірна підсудність.

За загальним правилом внутрішньої територіальної підсудності, позови до фізичної особи пред'являються в суд за місцем її проживання, а позови до юридичних осіб — в суд за їхнім місцем знаходження (ст. 109 ЦПК). Стосовно цього загального правила варто зазначити, що позови до відповідача, який не має в Україні місця проживання, можуть пред'являтися за місцем знаходження його майна або за останнім відомим місцем його проживання чи перебування в Україні. Місцезнаходження майна та останнє відоме місце проживання чи місцеперебування відповідача повинні бути в кожному випадку достовірно встановлені (ч. 10 ст. 110 ЦПК). Підсудність справи про спір між громадянами України, якщо обидві сторони проживають за її межами, за клопотанням позивача, визначається ухвалою судді Верховного Суду України. У такому самому порядку визначається підсудність справи про розірвання шлюбу між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, які проживають за межами України (ст. 111).

Позови громадян України до осіб, які проживають за кордоном, як правило, непідсудні судам України. Проте в деяких випадках вони можливі. Так, керуючись нормами про альтернативну підсудність, передбаченими ст. 110 ЦПК щодо цивільних справ різних категорій, позивач має право на вибір між кількома судами, яким згідно з цією статтею підсудна справа, тобто він може сам обрати суд — український або іноземний. Маючи можливість такого вибору, він, як правило, обирає український, оскільки звернення до іноземного суду, навіть за наявності національного режиму

судового захисту у відповідній країні, завжди пов'язане з певними труднощами.

Згідно з ч. 1 ст. 110 ЦПК, позови про стягнення аліментів з громадян, які проживають за кордоном, про визнання батьківства можуть пред'являтися не тільки за місцем проживання відповідача (тобто до іноземного суду), а й за місцем проживання позивача (тобто до українського суду).

Правила альтернативної підсудності діють і по інших категоріях справ, визначених ст. 110 ЦПК.

До справ з участю іноземного елемента застосовуються також правила виключної (ст. 114 ЦПК) та договірної (ст. 112 ЦПК) підсудності.

Договірна підсудність у міжнародному цивільному процесі має свої особливості. Вона може мати місце за письмовою угодою сторін про вибір суду своєї держави, хоча за «законом суду» справа підсудна іноземному суду, або, навпаки, про передачу справи іноземному суду. Угоди, що встановлюють підсудність на користь суду своєї країни, називаються пророгацією, а угоди на користь іноземного суду — дерогацією. Слід зазначити, що пророгаційною угодою визначається територіальна підсудність справи, крім справ, для яких встановлена виключна підсудність (ст. 114 ЦПК). Як правило, договірна підсудність з участю іноземного елемента може мати місце при укладенні зовнішньоторговельних угод.

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 у 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 стосовно підсудності окремих категорій цивільних і сімейних справ. Договори встановлюють, на території і в органах (судах,

нотаріаті, в РАЦС) якої саме країни належить здійснювати ті чи інші юридичні дії.

Більшість договорів про правову допомогу закріплюють загальне правило розмежування підсудності — пред'явлення позовів за місцем проживання (місцезнаходженням) відповідачів (принцип доміцилія). 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 проживає на її території. За позовом до юридичних осіб вони компетентні, якщо на території цієї Сторони розміщений орган управління, представництво або філія юридичної особи.

Крім загального правила в договорах рівною мірою застосовується розмежування підсудності віднесенням справи до ведення судів обох держав (альтернативна підсудність), до ведення судів конкретної держави (виключна підсудність), укладанням письмової угоди сторін (договірна підсудність). Зокрема, в ч. 2 ст. 21 вказаних договорів зазначено, що суди держав розглядають справи і в інших випадках, якщо про це є письмова угода сторін. При наявності такої угоди суд за місцем проживання відповідача припиняє провадження у справі за його заявою, якщо така заява зроблена до подання заперечень по суті позову. Виключна компетенція судів не може бути змінена угодою сторін.

Крім наведених загальних положень про розмежування підсудності Конвенція держав-членів СНД вказує на додаткові типові критерії визначення підсудності судів у справах з іноземним елементом. У ч. 2 ст. 20 Конвенції закріплено, що суди Договірної Сторони компетентні також у випадках, коли на її території здійснюється торгівля, промислова чи інша господарська діяльність підприємства (філії) відповідача; виконане або повинне бути повністю або частково виконане зобов'язання з договору, що є предметом спору; позивач має постійне місце проживання або місцезнаходження — за позовом про захист честі, гідності та ділової репутації.

Конвенція держав-членів СНД містить і правила визначення виключної підсудності. Зокрема, за позовами про

право власності й інші речові права на нерухоме майно можна звертатися виключно до компетентних судів за місцезнаходженням майна. Позови до перевізників, що випливають з договорів перевезення вантажів, пасажирів і багажу, пред'являються за місцезнаходженням управління транспортної організації, до якої в установленому порядку була пред'явлена претензія (ч. 3 ст. 20 Конвенції). Виключна компетенція, згідно з ч. 1 ст. 21 Конвенції, також не може бути змінена угодою сторін.

Міжнародні договори про правову допомогу містять ще спеціальні норми про підсудність окремих категорій справ. Переважна більшість договорів спеціально розмежує компетенцію судів у справах окремого провадження: про обмеження дієздатності, визнання осіб безвісно відсутніми або оголошення померлими і про встановлення факту смерті; у сімейних справах — про розірвання шлюбу і про визнання шлюбу недійсним; у справах, які виникають з особистих і майнових відносин подружжя, з правовідносин між батьками і дітьми; у цивільних справах — про власність, зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння шкоди; у спадкових справах.

При цьому передбачається застосування комбінованих критеріїв: громадянства, місця проживання сторін, місцезнаходження майна. Найчастіше критерієм визначення підсудності виступає громадянство. Наприклад, відповідно до ст. 22 Договору України з Республікою Молдова та ст. 22 Договору України з Республікою Польща, при обмеженні в дієздатності або визнанні особи недієздатною компетентним є суд тієї Договірної Сторони, громадянином якої є особа, що має бути обмежена в дієздатності або визнана недієздатною.

Згідно зі статтями 23 наведених Договорів, визнання особи безвісно 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, згідно зі 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 порушення 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. Провадження у справі за участю іноземної особи до судового розгляду

Коли у провадженні суду знаходиться цивільна справа за участю іноземного елемента, підготовчі дії мають свої особливості.

Для правильного визначення фактів, які необхідно встановити для вирішення спору з участю іноземної особи, необхідно з'ясувати питання про те, право якої країни повинно застосовуватися. Згідно з ч. 6 ст. 8 ЦПК, норми права інших держав суд застосовує у разі, коли це встановлено законом України чи міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. У першу чергу в цій статті йдеться про застосування норм матеріального права, які регулюють спірні правовідносини, в тому числі з участю іноземного елемента. Іншими словами, вибір застосовного права суд здійснює на підставі колізійної норми.

Порядок застосування іноземного права має важливе практичне значення. При його застосуванні виникають питання, які доводиться вирішувати суду: з'ясувати і тлумачити іноземні закони, встановлювати зміст іноземного закону тощо.

Іноземне право повинно застосовуватися судами України так, як воно застосовувалося б у країні, де це право діє. Так, якщо звичай визнають джерелом МПП, суд України також повинен керуватися ним при винесенні рішення.

У процесі визначення норми матеріального права першим, ключовим питанням є питання про те, чи входить в обов'язок суду при наявності правовідносин з іноземним елементом установлення права, що повинно застосовуватися. Друге питання — чи повинен суд у разі застосування іноземного права встановлювати зміст останнього.

Вітчизняні та західноєвропейські вчені на перше питання дають, як правило, позитивну відповідь: суд зобов'язаний в силу посади, що займає (*ex officio*), за своєю ініціативою застосовувати колізійні норми і тим самим — іноземний закон, незалежно від того, чи посилаються на нього сторони.

Відповідаючи на друге запитання, треба зауважити, що суд зобов'язаний також встановлювати зміст норм іноземного права, які підлягають застосуванню. Разом з тим сторони повинні допомагати суду.

Відповідно до ст. 9 ЦПК, з метою з'ясування змісту норми права іншої держави суд може звернутися до Міністерства юстиції України чи іншого компетентного органу або залучити експертів. Особи, які беруть участь у справі, можуть подавати відповідні документи, що підтверджують зміст норм права іншої держави, на які вони посилаються у підтвердження своїх вимог або заперечень, а також іншими засобами сприяти суду у з'ясуванні їх змісту.

Для визнання іноземного права велике значення мають угоди про правову допомогу, в яких містяться правила про надання взаємної інформації про чинне або про те, яке було раніше чинним в іноземній державі, законодавство та судову практику. Наприклад, у ст. 15 «Надання інформації» Договору між Україною та Литовською Республікою, закріплено, що «центральні органи Договірних Сторін надають один одному на прохання інформацію про чинне або те законодавство, яке раніше діяло в їх державах, та про питання його застосування установами юстиції». Аналогічне правило є в усіх інших двосторонніх угодах про правову допомогу, а також у Конвенції держав-членів СНД.

Визнаючи необхідність двостороннього інформаційного обміну правовими актами, Уряди України та Російської Федерації 8 лютого 1995 р. уклали Угоду про обмін правовою інформацією.

Нарешті, суди України мають унікальну можливість отримувати інформацію відносно іноземного законодавства, завдяки участі України з 1995 р. в Європейській конвенції про інформацію щодо іноземного законодавства від 1968 р. та приєднанню України до Додаткового протоколу до цієї Конвенції від 15 березня 1978 р. Головною метою Конвенції є створення системи міжнародної взаємодопомоги судовим органам держав-учасниць в отриманні інформації щодо іноземного законодавства. Згідно із ст. 1 Конвенції, «договірні сторони зобов'язуються надавати одна одній, відповідно до положень цієї Конвенції, інформацію щодо свого законодавства і процедур у цивільній і комерційній сферах, а також щодо їх судової організації».

Існують особливості підготовки до судового розгляду справ з участю іноземного елемента з питань подання доказів, звернень судів України з дорученнями до іноземних судів і виконання судових доручень іноземних судів.

Як докази одна із сторін може подавати документи, що видані іноземними владами. Але треба пам'ятати, що такі документи визнаються в Україні дійсними лише за наявності консульської легалізації. Це загальне правило впливає з Консульського Статуту України. Відповідно до нього консул легалізує документи й акти, складені за участю влад консульського округу, або такі, що виходять від цих влад. Органи України приймають такі документи і акти до розгляду лише за наявності консульської легалізації, якщо інше не передбачено законодавством України або міжнародним договором, учасниками якого є України і відповідна держава перебування. Консульська легалізація полягає у встановленні й засвідченні справжності підпису, повноважень посадової особи, яка підписала документ чи акт або засвідчила попередній підпис на них, справжності відбитка штампа, печатки, зразки яких отримано консулом офіційним шляхом від компетентних органів держави перебування (ст. 54).

Правило про консульську легалізацію міститься також у Консульських конвенціях. Розглянуті правила про дійсність документів (їхню легалізацію) діють, якщо інше не передбачено договорами про правову допомогу. Так, у ст. 29 Договору між Україною і КНР записано, що докумен-

ти, які були складені або засвідчені судом чи іншою компетентною установою однієї Договірної Сторони, дійсні при наявності підпису та офіційної печатки. У такому вигляді вони можуть прийматися судом або іншою компетентною установою другої Договірної Сторони без легалізації. Офіційні документи, складені на території однієї Договірної Сторони, можуть мати доказову силу офіційних документів і на території другої Договірної Сторони.

По суті аналогічно вирішене питання про дійсність і доказову силу офіційних документів в Конвенції держав-членів СНД, а також в угодах про правову допомогу та правові відносини між Україною та Литовською Республікою, Республікою Грузія, Республікою Польща, Латвійською Республікою, Естонською Республікою, Республікою Молдова, Монголією.

Разом з тим, слід зазначити, що 10 січня 2002 р. Верховною Радою України прийнято Закон, відповідно до якого Україна приєдналася до багатосторонньої Конвенції, що скасовує вимоги легалізації іноземних офіційних документів, укладеної в м. Гаага 5 жовтня 1961 р. Конвенція набула чинності для України 22 грудня 2003 р. і застосовуватиметься у відносинах з державами, що не висловили заперечень проти приєднання України до Конвенції. Починаючи з 22 грудня 2003 р. документи, які мають бути представлені на території однієї з Договірних держав, звільняються від консульської легалізації. Єдиною формальною вимогою, що матиме місце при застосуванні Конвенції, є проставлення апостиля компетентним органом відповідної держави. Апостиль — це спеціальний штамп, який проставляється на офіційних документах, що надходять від держав—учасниць Конвенції. Він засвідчує справжність підпису особи під документом і автентичність відбитку печатки або штампа, яким скріплено відповідний документ.

Заперечення проти приєднання України до 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 апостилем, а продовжує за-

стосовуватися вимога дотримання процедури консульської легалізації.

Відповідно до вимоги ст. 6 Конвенції, Постановою Кабінету Міністрів України від 18 січня 2003 р. повноваження на проставлення апостиля на документах, виданих на території України, надано:

— Міністерству юстиції — на документах, що видаються органами юстиції та судами, а також на документах, що оформляються нотаріусами України;

— Міністерству освіти і науки — на офіційних документах, виданих навчальними закладами, державними органами, підприємствами, установами і організаціями, що стосуються сфери освіти й науки;

— Міністерству закордонних справ — на всіх інших видах документів.

Таким чином, розглянуті правила про дійсність (легалізацію) документів діють, якщо інше не передбачено міжнародними договорами, відповідно до яких вони можуть прийматися судом чи іншою компетентною установою Договірної Сторони без легалізації.

Витребування і отримання доказів від іноземних установ можливе у порядку надання правової допомоги. Оскільки суд може діяти в межах території своєї держави, виконання процесуальних дій у такому разі можливе лише шляхом його звертання за сприянням до судів інших держав. У широкому розумінні слова міжнародна правова допомога — це сприяння, яке надається судами та іншими установами юстиції однієї держави судам та іншим установам іншої держави у зв'язку з розглядом цивільних справ. Виходячи зі змісту міжнародних угод 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, видача речових доказів; розшук осіб, визнання і виконання іноземних судових рішень.

Договорами про правову допомогу передбачений по суті єдиний порядок вручення документів. Так, у ст. 9 Договору між Україною та Естонською Республікою визначено, що

запитувана установа здійснює вручення документів відповідно до правил, які діють в її державі, якщо документи, що підлягають врученню, складені мовою держави або забезпечені засвідченим перекладом. У тих випадках, коли документи складені не мовою запитуваної Договірної Сторони або не забезпечені перекладом, вони вручаються одержувачу, якщо він згоден їх прийняти. У проханні про вручення повинні бути вказані точна адреса одержувача та найменування документа, який підлягає врученню. Якщо вказана у проханні про вручення адреса виявилась неповною або неточною, запитувана установа, згідно із своїм законодавством, вживає заходів щодо встановлення точної адреси.

Безумовно, велике значення для підготовки справи до судового розгляду за участю іноземних осіб має приєднання України до Конвенції про вручення за кордоном судових і позасудових документів у цивільних або комерційних справах, укладеної 15 листопада 1965 року в місті Гаага (далі — Гаазька Конвенція від 15 листопада 1965 р.) .

Крім прохання до іноземного суду про вручення та витребування документів судам часто доводиться звертатися до них з дорученням виконати й інші процесуальні дії. Таким чином, у міжнародному цивільному процесі під судовим дорученням розуміють звернення суду однієї держави до суду другої держави з проханням про виконання процесуальних дій на території другої держави. 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 й огляду на місці тощо). Порядок зносин судів України з іноземними судами визначається законами України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, зокрема, двосторонніми міжнародними договорами України про взаємну правову допомогу, Конвенцією про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах від 15 листопада 1965 р. та Конвенцією про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах від 18 березня 1970 р. (далі — Гаазька Конвенція від 18 березня 1970р.), до яких Україна приєдналася 19 жовтня 2000 р.

Практично у кожному міжнародному договорі України про правову допомогу та правові відносини визначений перелік процесуальних дій, які можуть здійснюватися для виконання доручень іноземних судів. Так, у ст. 6 Конвенції держав-членів СНД закріплений такий обсяг допомоги у цивільних справах: «Договірні Сторони надають одна одній правову допомогу шляхом виконання процесуальних та інших дій, передбачених законодавством запитованої Договірної Сторони, у тому числі складання та пересилки документів, проведення оглядів, передачі речових доказів, проведення експертизи, допиту сторін, третіх осіб, свідків, експертів, розшуку осіб, визнання та виконання судових рішень, виконавчих написів, а також шляхом вручення документів».

Практичне значення має питання про зміст і форму доручення про надання правової допомоги. Аналіз міжнародних договорів дозволяє зробити висновок, що в дорученні (клопотанні) про надання правової допомоги з цивільних справ повинні міститися такі реквізити:

- 1) найменування запитуючої установи;
- 2) найменування запитованої установи;
- 3) назва справи, з якої запитується правова допомога;
- 4) імена і прізвища сторін, місце їх постійного або тимчасового проживання, громадянство, заняття, а щодо юридичних осіб — їх назва і місцезнаходження;
- 5) імена і прізвища, адреси представників сторін;
- 6) зміст клопотання і необхідна для його виконання інформація, зокрема, імена, прізвища й адреси свідків, якщо вони відомі, докази, які можуть бути отримані, або інша процесуальна дія, яку потрібно провести, запитання, які потрібно поставити особам у ході опитування, документи або інше нерухоме чи особисте майно, що підлягає огляду і т. ін.

Клопотання про надання правової допомоги має 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.

При виконанні клопотань про надання правової допомоги запитована установа застосовує законодавство своєї дер-

жави. 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 клопотання компетентній установі, повідомивши про це запитуючу установу. Якщо точна адреса особи, відносно якої складене клопотання, невідома, запитувана установа вживає відповідних заходів щодо її встановлення. На клопотання запитуючої установи запитувана установа повідомляє у відповідний час безпосередньо запитуючу установу і сторони про місце і час виконання клопотання. Після виконання клопотання запитувана установа пересилає документ запитуючій установі. У випадку, коли клопотання не може бути виконане, запитувана установа повертає клопотання запитуючій установі, повідомляючи про підставу невиконання клопотання.

У порядку виконання судових доручень суди повинні вжити заходів щодо забезпечення своєчасної явки в судове засідання всіх учасників процесу. Судові виклики і повідомлення здійснюються врученням повісток. Разом з тим, відповідно до Конвенції про вручення за кордоном судових і позасудових документів у цивільних або комерційних справах від 15 листопада 1965 р., судові працівники повинні направляти центральному органу запитуваної Держави прохання про вручення судового документа згідно з формуляром, що додається до цієї Конвенції, без потреби легалізації або виконання інших аналогічних формальностей. Порядок вручення повісток такий самий, який встановлено для вручення інших документів. У разі необхідності установи юстиції Договірних Сторін надають за клопотанням допомогу при встановленні адрес осіб, які перебувають на їх території. Слід підкреслити, якщо адреса особи, якій необхідно вручити документ, невідома, Конвенція від 15 листопада 1965 р. не застосовується (ст. 1 Конвенції). Запитувана установа здійснює вручення повісток відповідно до правил, які діють в її державі. Підтвердження вручення повісток також оформлюється відповідно до правил запитуваної Договірної Сторони. Але згідно з договорами про правову допомогу у

підтвердженні мають бути зазначені час, місце, спосіб вручення. Формуляр підтвердження про вручення документа також додається до Конвенції від 15 листопада 1965 р.

Слід мати на увазі, що розгляд справи за відсутності будь-якої з осіб, які беруть участь у справі, не повідомлених про час і місце судового засідання, є підставою для скасування рішення, а також для відмови у визнанні та виконанні судових рішень (останнє передбачено міжнародними договорами про правову допомогу).

Відповідно до внутрішнього законодавства України та правил міжнародних договорів, при зверненні українських судів до іноземних, а також під час виконання судами України доручень іноземних судів застосовуються, як правило, такі способи направлення доручень:

1) дипломатичний порядок зносин установ юстиції України з установами юстиції держав, з якими не укладені договори про правову допомогу або міжнародні угоди з якими передбачають дипломатичний порядок зносин;

2) безпосередній порядок зносин (зносини установ юстиції через свої центральні органи). Такий порядок визначений у міжнародних договорах про правову допомогу, Гаазькими конвенціями від 15 листопада 1965 р. та від 18 березня 1970 р., а також інструкцією Міністерства юстиції СРСР «Про порядок надання судами та органами нотаріату СРСР правової допомоги установам іноземних держав і про порядок звернення за правовою допомогою до цих установ» від 28 лютого 1972 р. (далі — Інструкція від 28 лютого 1972 р.).

3) змішаний порядок зносин установ юстиції.

Згідно з дипломатичним порядком зносин, суд запитуючої держави надсилає доручення до свого Міністерства закордонних справ, яке через своє посольство чи консульство звертається до Міністерства закордонних справ запитуємої держави, а вже останнє надсилає доручення у відповідний суд з проханням про його виконання.

Дипломатичний порядок зносин передбачений, наприклад, у двосторонніх договорах про правову допомогу, укладених СРСР з Іракською Республікою, Народно-демократичною Республікою Ємен, Республікою Кіпр, Туніською Республікою, Фінляндською Республікою, а також у Конвенції

між СРСР та Італійською Республікою. (Вказані договори зберігають силу для України.)

Гаазька Конвенція від 18 березня 1970 р. також передбачає можливість отримання доказів дипломатичними службовцями чи консульськими агентами. Згідно з ч. 1 ст. 15 цієї Конвенції, «у цивільних або комерційних справах дипломатичний службовець або консульський агент Договірної Держави на території іншої Договірної Держави і в межах округу виконання своїх функцій може без застосування примусу отримувати докази від громадян держави, яку він представляє, з метою сприяння провадженню, розпочатому в суді Держави, яку він представляє».

При безпосередньому порядку зносин 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. Порядок виконання судових доручень встановлюється в кожній країні її внутрішнім законодавством і міжнародними договорами. Більшість двосторонніх договорів про правову допомогу, а також Гаазька Конвенція від 18 березня 1970 р. передбачають надання допомоги у цивільних справах судам через свої центральні установи, якщо договорами не встановлене інше. До центральних установ, як правило, належать Міністерства юстиції. І тільки за договорами, укладеними між Україною і Китайською Народною Республікою, Україною та Монголією, до центральних установ Сторони відносять не тільки Міністерство юстиції, а й Верховний Суд. Доручення іноземних установ юстиції, що надіслані безпосередньо до судів, виконуються тільки за вказівкою Міністерства юстиції України (п. 2 Інструкції від 28 лютого 1972 р.).

Дещо інакше вирішене питання про порядок зносин у Конвенції держав-членів СНД. Згідно із ст. 5 цієї Конвенції в редакції 28 березня 1997 р. компетентні установи юстиції Договірних Сторін зносяться одна з одною через свої центральні, територіальні та інші органи, якщо тільки цією Кон-

венцією не встановлено інший порядок зносин. Договірні Сторони визначають перелік своїх центральних, територіальних та інших органів, уповноважених на здійснення безпосередніх зносин, про що повідомляють депозитарія. Таким чином, Конвенція передбачає і змішаний порядок зносин судів різних держав.

Разом з тим, як виняток із загального правила, деякі договори, які закріплюють порядок зносин через центральні установи, передбачають і можливість вручати та допитувати власних громадян через свої дипломатичні представництва або консульські установи. Проте при цьому не можуть застосовуватися заходи примусового характеру, оскільки дипломатичні та консульські представники не мають ніяких судових функцій.

При наданні правової допомоги Договірні Сторони користуються державною мовою своєї країни з доданням завіреного перекладу всіх документів державною мовою іншої сторони або російською чи англійською, якщо це передбачено міжнародним договором.

Внутрішнє процесуальне законодавство, а також міжнародні договори про правову допомогу передбачають підстави для відмови у наданні правової допомоги. Із ст. 415 ЦПК випливає, що суди України не виконують передані їм у встановленому порядку доручення іноземних судів у випадках, коли: 1) виконання доручення порушувало б суверенітет України або загрожувало б національній безпеці України; 2) виконання доручення не належить до юрисдикції цього суду.

По суті, такі ж підстави для відмови у наданні правової допомоги містяться в договорах про правову допомогу. Так, згідно з Конвенцією держав-членів СНД 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 у проханні про надання правової допомоги запитуюча Договірна Сторона негайно повідомляється про причини відмови (ст. 19 Конвенції в редакції від 28 березня 1997 р.). Крім того, у

Конвенції про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах від 18 березня 1970 р. підкреслено, що у виконанні судового доручення не може бути відмовлено лише на тій підставі, що згідно з внутрішнім законодавством, запитувана Держава заявляє про свою виключну юрисдикцію щодо справи, якої стосується доручення, або що її законодавство не передбачає порушення справи з даних підстав (ч. 2 ст. 12 Конвенції).

§ 5. Визнання і виконання рішень іноземних судів

Судове рішення має виконавчу силу 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»). Порядок визнання та звернення до виконання рішень іноземних судів, що підлягають примусовому виконанню в Україні визначається відповідними міжнародними договорами України, а також розділом VIII ЦПК.

Визнання рішення іноземного суду — це поширення законної сили рішення іноземного суду на територію України в порядку, встановленому ЦПК. Виконання ж рішення іноземного суду означає застосування засобів примусового виконання рішення іноземного суду в Україні в порядку, передбаченому цим Кодексом.

Визнання іноземного судового рішення є необхідною передумовою його примусового виконання, яке можливе лише внаслідок відповідного розпорядження компетентного суду тієї держави, в якій просять дозволу на таке виконання.

Відповідно до змісту ст. 390 ЦПК, ст. 84 Закону України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 р., умовами визнання та виконання рішення іноземного суду є наявність міжнародного договору України або взаємність за домовленістю *ad hoc* з іноземною державою, рішення суду якої має виконуватися в Україні. Міжнародні договори Ук-

раїни — це, як правило, договори про надання правової допомоги у цивільних, трудових, сімейних і кримінальних справах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також інші міжнародні двосторонні чи багатосторонні договори за участю України, якими передбачається визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів.

Суди повинні з'ясувати наявність міжнародних договорів про взаємне надання правової допомоги між Україною і державою, від якої надійшло клопотання про визнання й виконання рішення її суду.

Якщо держава не є учасницею Конвенції, міжнародного договору про правову допомогу (наприклад, США, Ізраїль, Франція), за якими Україна взяла на себе обов'язок 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 при надходженні таких суд постановляє ухвалу про відмову в їх прийнятті на підставі п. 1 ст. 122 ЦПК. Якщо провадження у справі було відкрито, його закривають. *(Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів і арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 р. // Вісн. Верхов. Суду України. — 2000. — № 1.)*

Коло рішень, які згідно з міжнародними договорами визнаються та виконуються на території іншої держави, досить широке. Як правило, визнання і виконання не пов'язуються з характером правовідносин, по яких постановлене рішення. Наприклад, відповідно до Конвенції держав—членів СНД, кожна із Договірних Сторін визнає і виконує такі рішення, ухвалені на території інших Договірних Сторін:

а) рішення судів з цивільних і 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 аналогічно.

Водночас у договорах про правову допомогу по-різному вирішується питання про визнання рішень, які не потребують примусового виконання. У деяких договорах вказується на конкретні справи, рішення з яких визнаються на території іншої Договірної Сторони без проведення дій про визнання. Так, у договорах між Україною та Республікою Польща, Республікою Молдова йдеться про рішення з цивільних немайнових справ, що набрали законної сили, а зі справ, що стосуються батьківських прав, — про рішення, які не набрали законної сили, але підлягають негайному виконанню. Проте багато договорів не розрізняють рішення про визнання і про виконання.

Міжнародні договори вирішують питання про те, куди подається клопотання про визнання і виконання рішень іноземних судів. Згідно зі ст. 53 Конвенції держав-членів СНД, 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 (відповідно до ст. 20 Закону «Про виконавче провадження» за загальним правилом в Україні місцем виконання рішення вважається місце проживання, роботи боржника або місцезнаходження його майна).

В Україні клопотання стягувача про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається судом за місцем проживання (перебування) або місцезнаходження боржника. Якщо боржник не має місцепроживання (перебування) або місця знаходження на території України або його місце проживання (перебування) або місцезнаходження невідоме, питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається судом за місцезнаходженням в Україні майна боржника (ст. 392 ЦПК).

Міжнародні договори про правову допомогу не містять реквізитів клопотання, а зазначають, що його форма і зміст

встановлюються запитуваною договірною стороною. Щодо форми і змісту клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду в Україні, а також щодо переліку доданих до нього документів (у разі відсутності про це вказівок у міжнародному договорі), застосовуються положення ЦПК, згідно зі ст. 394 якого до реквізитів клопотання належать:

1) ім'я (найменування) стягувача або його представника (якщо клопотання подається представником), зазначення їхнього місця проживання (перебування) або місцезнаходження;

2) ім'я (найменування) боржника, зазначення його місця проживання (перебування), його місцезнаходження чи місцезнаходження його майна в Україні;

3) мотиви подання клопотання.

Згідно з договорами про правову допомогу, а також відповідно до ч. 3 ст. 394 ЦПК, до клопотання додаються такі документи:

— засвідчена в установленому порядку копія рішення іноземного суду, про примусове виконання якого подається клопотання;

— офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набрало законної сили (якщо це не зазначено в самому рішенні);

— документ, який засвідчує, що сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду і яка не брала участі в судовому процесі, була належним чином повідомлена про час і місце розгляду справи;

— документ, що визначає, в якій частині чи з якого часу рішення іноземного суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше);

— документ, що посвідчує повноваження представника стягувача (якщо клопотання подається представником);

— засвідчений відповідно до законодавства переклад перерахованих документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами України.

Договори про правову допомогу передбачають порядок розгляду клопотання. Визнання і виконання судового

рішення здійснюються договірною стороною, до якої звернене клопотання, згідно з порядком, встановленим її законодавством. Компетентний суд при розгляді клопотання перевіряє його на предмет відповідності встановленим формі та змісту і 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 повинні керуватися ст. 395 ЦПК. Відповідно до цієї статті про надходження клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, компетентний суд України повинен у п'ятиденний строк письмово повідомити боржника і запропонувати йому в місячний строк подати можливі заперечення проти цього клопотання.

Після подання боржником заперечень у письмовій формі або в 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 як за 10 днів до його розгляду.

За заявою стягувача або боржника і за наявності поважних причин суд може перенести час розгляду клопотання, про що повідомляє сторони. Неявка без поважних причин у судові засідання стягувача або боржника або їх представників, стосовно яких суду відомо про своєчасне вручення їм повістки-виклику до суду, не є перешкодою для розгляду клопотання, якщо будь-якою із сторін не було порушене питання про перенесення його розгляду.

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається суддею одноособово у відкритому судовому засіданні.

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 з дня постановлення ухвали.

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.

Ухвала, постановлена відповідним судом України про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання з цього питання, може бути оскаржена стягувачем або боржником у порядку і строки, передбачені ЦПК України.

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не задовольняється у випадках, передбачених міжнародними договорами. Наприклад, у визнанні рішення й дозволі на його примусове виконання може бути відмовлено згідно з Конвенцією держав-членів СНД, якщо:

1) відповідно до законодавства Договірної Сторони, на території якої постановлено рішення, воно не набрало чинності чи не підлягає виконанню, за винятком випадків, коли рішення підлягає виконанню до набрання ним законної сили;

2) відповідач не брав участі у процесі внаслідок того, що йому або уповноваженому ним представникові не було своєчасно й належним чином вручено виклик до суду;

3) на території Договірної Сторони, де має бути визнано і виконано рішення, вже було постановлено рішення у справі між тими ж сторонами, про той же предмет і з тих же підстав, що набуло чинності, або є визнане рішення суду третьої держави, або установою цієї Договірної Сторони раніше було порушено провадження в цій самій справі;

4) згідно з положеннями даної Конвенції, а у випадках, не передбачених нею, згідно із законодавством Договірної Сторони, на території якої рішення має бути визнано й ви-

конано, справа належить до виключної компетенції її установ;

5) відсутній документ, який підтверджує угоду сторін у справі про договірну підсудність;

6) закінчився строк давності примусового виконання, передбачений законодавством Договірної Сторони, суд якої виконує доручення (ст. 55 Конвенції держав-членів СНД).

Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, підстави для відмови у задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не передбачено, суди України повинні керуватися ст. 396 ЦПК, яка передбачає крім названих у ст. 55 Конвенції держав-членів СНД ще такі підстави для відмови у задоволенні клопотання:

а) якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду;

б) якщо виконання рішення загрожувало б інтересам України;

в) 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 видачі дозволу на примусове виконання рішення з інших підстав.

Порядок примусового виконання регулюється законодавством Договірної Сторони, на території якої має бути здійснене примусове виконання. 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.

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, вста-

новленому Законом України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 р. Дії та заходи з примусового виконання рішення іноземного суду провадяться державними виконавцями у порядку, передбаченому цим Законом та іншими нормативно-правовими актами.

Порядок визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, практично такий самий, як і для примусового виконання іноземних рішень. Він передбачений главою 2 розділу VIII ЦПК України.

ГЛАВА 14 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 по 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 однієї сторони, та іноземними суб'єктами права — з іншої, а в ряді випадків — 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 принаймні однієї із сторін розміщене 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 Білоруській Торговельно-промисловій палаті пря-

мо передбачено, що арбітражний суд поряд з іншими спорами розглядає спори між іноземними суб'єктами господарювання, розташованими за межами Білорусі.

В умовах все більшого розвитку і спеціалізації міжнародного економічного обміну роль комерційного арбітражу зростає. У ряді публікацій справедливо підкреслюється ефективність арбітражу, його переваги при розгляді міжнародних цивільних справ порівняно з національними судами.

Перевага арбітражу полягає, насамперед, 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 їхньої компетентності.

Провадження в арбітражі передбачає також можливість узгодити взаємоприйнятну 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 і 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 або шляхом домовленості про використання модельних правил арбітражу (наприклад, Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ)¹.

У даний час поширення дістали постійно діючі, або інституційні, арбітражі. Вони створюються при торговельних

¹ ЮНСІТРАЛ — комісія ООН з права міжнародної торгівлі.

палатах, біржах, різних асоціаціях, організаціях і т. ін. Інституційний арбітраж організується як арбітражна установа, що не входить до державного апарату і є недержавним утворенням. Склад інституційного арбітражу може формуватися різними способами. 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 входити до складу арбітражу, визначається не списком арбітрів, а членством у відповідній організації. Для інституційного арбітражу, на відміну від арбітражу *ad hoc*, характерним також є наявність власних правил процедури, які передбачають порядок утворення складу арбітражу і вирішення комерційних спорів.

Інституційний арбітраж зазнав деякої еволюції у своєму розвитку. У цьому відношенні слід сказати про 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 і т. ін.). До арбітражів спеціальної юрисдикції належать, наприклад, Міжнародний третейський суд по справах морського і річного пароплавства в 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. Насамперед це знайшло своє відображення в укладенні двосторонніх договорів і угод, що містять положення про арбітраж. Особливо слід відзначити колективні зусилля держав у плані міжнародно-договірної уніфікації питань арбітра-

жу в багатосторонніх угодах на регіональному або універсальному рівнях.

Двосторонні договори та угоди давали змогу здолати відмінності у практиці виконання рішень іноземного арбітражу в різних державах, враховуючи те, що внутрішнє законодавство по-різному визначало умови визнання і примусового виконання його рішень.

У міжнародно-правовій практиці вперше норми про визнання та приведення до виконання арбітражних рішень були включені до Конвенції 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 були передбачені 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).

1925 року в Гавані на шостій конференції американських держав був прийнятий Кодекс міжнародного приватного права (кодекс Бустаманте — за ім'ям кубинського юриста Антоніо Бустаманте), який передбачав умови виконання іноземних арбітражних рішень. Порівняно із згаданими договорами, Кодекс застосовувався у багатьох державах (Бразилії, Кубі, Коста-Риці, Гаїті, Нікарагуа, Панамі 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 відбулась у 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. Сфера її поширення закріплена у ст. 1, в якій передбачено, що Конвенція застосовується щодо 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 й приведення до виконання.

Підвищенню ефективності правової регламентації функціонування арбітражу сприяла та сприяє Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р., яка є прикладом регіональної уніфікації інститутів арбітражного провадження. У преамбулі Конвенції наголошено, що вона покликана сприяти розвитку європейської торгівлі шляхом усунення, по мірі можливості, деяких ускладнень у функціонуванні зовнішньоторговельного арбітражу при розгляді спорів у відносинах між фізичними та юридичними особами різних європейських країн. Згідно зі ст. 1 Конвенція застосовується: а) до арбітражних угод як фізичних, так і юридичних осіб, які на момент укладення такої угоди 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 даних угодах.

У зв'язку з формуванням в останні роки економічного простору в рамках Співдружності Незалежних Держав досить актуальною стала проблема міжнародної підсудності спорів між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності країн СНД. У правовому забезпеченні зовнішньоекономічних зв'язків країн СНД виключне значення має механізм вирішення правових спорів, які, як свідчить практика, виникають досить часто. При цьому найбільш принциповими питаннями є питання про компетенцію судів, інших органів, що вирішують ці спори та про визнання й виконання відповідних іноземних рішень.

Першою спробою міжнародно-правового регулювання в цій сфері стала Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, підписана урядами держав-учасниць СНД 20 березня 1992 р. в м.

Києві. В угоді передбачено, що господарюючі суб'єкти кожної з держав СНД користуються правовим та 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 входить вирішення господарських спорів (ст. 3). Передбачено також взаємне визнання та виконання рішень компетентних судів (ст. 7), що набули 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 даної Конвенції може будь-яка держава. Конвенція передбачає остаточність рішення арбітражу та порядок його визнання і виконання, який діє відносно рішень, винесених місцевими чи іноземними загальними судами згідно з процесуальним законодавством 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 вживались інші зусилля, спрямовані на уніфікацію арбітражної процедури. Особливе значення при цьому мають розроблені під егідою ООН міжнародні регламенти ЮНСІТРАЛ, СЕК¹, ЕКАДВ², а також Типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж ЮНСІТРАЛ.

У Резолюції 31/98, прийнятій Генеральною Асамблеєю ООН 15 грудня 1976 р., зазначається, що, визнаючи цінність арбітражу як методу регулювання спорів, що виникають з міжнародних торговельних угод, та доцільність розробки

¹ СЕК — Економічна комісія ООН для Європи.

² ЕКАДВ — Економічна комісія ООН для Азії та Далекého Сходу.

регламенту для спеціального арбітражу, який був би прийнятним для держав з різними правовими, соціальними та економічними системами, з метою гармонізації міжнародних економічних відносин Генеральна Асамблея рекомендує використовувати Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ при врегулюванні таких спорів, зокрема посилення на Регламент в 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, що спори, які належать до цього договору, будуть передані на розгляд в арбітражі згідно з Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ, такі спори підлягають розгляду відповідно до даного Регламенту 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 вправі відступати. До цього слід додати, що Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, як видно з Резолюції 31/98 і його змісту, розроблений для спеціального арбітражу, тобто арбітражу *ad hoc*, і не торкається правила процедури в інституційних арбітражах.

Регламент ЄЕК та Правила ЕКАДВ, як і Регламент ЮНСІТРАЛ, є результатом уніфікації правил арбітражної процедури. Однак, якщо Регламент ЮНСІТРАЛ має більш універсальний характер, Регламент ЄЕК та Правила ЕКАДВ розроблялись, як видно з їх найменування, для регіонального застосування. У Правилах ЕКАДВ прямо передбачена їхня застосовність до арбітражного розгляду, що виникає з міжнародної торгівлі регіону ЕКАДВ (ст.1). Як і Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, Регламент ЄЕК та Правила ЕКАДВ регулюють процедуру арбітражу *ad hoc*.

Комісія ООН з права міжнародної торгівлі підготувала і прийняла 1985 р. Типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж. Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 40/172 від 11 грудня 1985 р. з урахуванням потреб міжна-

родної торгівлі цей закон рекомендовано усім 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 базується 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 визначена сфера його застосування. Стаття 1 передбачає, що він застосовується до міжнародного комерційного арбітражу за умови дотримання будь-якої угоди, діючої між даними державами та будь-якою іншою державою або державами. Положення даного закону застосовуються тільки тоді, коли місце арбітражу розташоване у даній державі. Арбітраж є міжнародним, якщо комерційні підприємства сторін арбітражної угоди в момент її укладання розміщені в різних державах або одне з наступних місць розташоване за межами держави, в якій сторони мають свої комерційні підприємства (місце арбітражу; місце, де повинна бути виконана значна частина зобов'язань, або з яким найбільш пов'язаний предмет спору; сторони домовилися про те, що предмет арбітражної угоди пов'язаний більш як з однією стороною).

Велика кількість норм типового закону носить диспозитивний характер, що дає змогу 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 передачу спору на розгляд і вирішення арбітражу. Арбітражна угода є умовою для визнання компетенції арбітражу, і тому найбільш актуальни-

ми були й залишаються проблеми правової природи арбітражної угоди та компетенції арбітражу.

Арбітражна угода є специфічним договором. Специфічність арбітражної угоди полягає в тому, що як цивільно-правовий правочин, вона має процесуальні наслідки. А це означає, що для кваліфікації арбітражної угоди як цивільно-правового правочину застосовується цивільне законодавство; щодо виключення державного суду, тобто вилучення тієї чи іншої справи з його ведення та допустимості арбітражної угоди, ці питання вирішуються на підставі цивільного процесуального законодавства.

У міжнародному комерційному обігу зустрічаються два види арбітражних угод: арбітражне застереження та третейський запис. Угода про арбітраж, включена до контракту й така, що передбачає можливість розгляду спорів, які можуть виникнути з контракту, називається арбітражним застереженням. Угода про арбітраж, що передбачає можливість розгляду спору, укладена у формі, відмінній від зовнішньоторговельного контракту угоди, називається третейським записом.

У більшості країн, у тому числі в Україні, Білорусі, Росії, країнах Східної Європи, Великій Британії, Франції, ФРН, Данії, Норвегії, США, Канаді та ін., передбачений єдиний правовий режим арбітражного застереження та третейського запису. Згідно зі ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», арбітражна угода — це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або окремих спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, носять 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, що підлягають розгляду міжнародним комерційним арбітражем. Крім того, для більшості країн є характерним для визначення дійсності арбітражної угоди застосування категорії публічного порядку. Інакше кажучи,

якщо спір торкається публічного порядку відповідної країни, він виключається з компетенції арбітражу.

Згідно з 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 принаймні однієї із сторін розміщене за кордоном, а також спори підприємств з іноземними інвестиціями та міжнародних об'єднань і організацій, створених на території України, між собою, спори між їхніми учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України. Даний закон також передбачає можливість скасування арбітражного рішення та 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 вирішується 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 вказані 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 передбачені 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 передачі клопотання про скасування, зокрема у тому випадку, коли сторона, яка заявляє клопотання, надасть докази того, що одна із сторін в арбітражній угоді була в будь-якій мірі недієздатною; якщо ця угода недійсна за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а за відсутності такої вказівки — за законом країни суду; якщо сторона не була належним чином повідомлена про призначення арбітра або про арбітражний розгляд або з інших причин не могла надати свої пояснення, або рішення винесено по спору, не передбаченому чи не підлягаючому 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 і т. ін. Рішення може бути оскаржене і тоді, коли суд визначить, що об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законами даної держави або арбітражне рішення суперечить публічному порядку даної держави.

Рішення арбітражу виконуються добровільно. Добровільність виконання рішень арбітражу відповідає правовій природі цієї юрисдикції. Разом з цим іноді виникає необхідність звернення до використання заходів примусового виконання рішень арбітражу.

Арбітражне рішення національного арбітражу в тій чи іншій державі звичайно виконується в тому ж порядку, що і 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.

Незважаючи на відмінності у національних законодавствах, можна констатувати, що, в принципі, можливість примусового виконання іноземного арбітражного рішення передбачена в усіх 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 існує міжнародний договір, учасниками якого є та чи інша держава, то згідно з договірною міжнародною практикою застосовуються міжнародно-правові норми.

Незважаючи на загальне положення про можливість примусового виконання іноземного арбітражного рішення, розроблені різні механізми визнання іноземного арбітражного рішення як підстави його подальшого виконання.

Згідно зі 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 останнього, 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 чи російською мовою.

Як бачимо, 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 і 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 винесене. Екзекватура видається судовим виконавцем вказаного суду.

Правила визнання і можливості виконання арбітражних рішень уніфіковані в міжнародному масштабі, зокрема в Нью-Йоркській конвенції про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р.

Конвенцією врегульовані основні питання про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень (статті III, IV, V, VI). Зобов'язання учасників Конвенції про

визнання і приведення арбітражних рішень міститься, насамперед, у ст. III, яка передбачає, що держава, яка домовляється, визнає арбітражні рішення як обов'язкові і приводить їх до виконання згідно з процесуальними нормами тієї території, де одержується визнання і приведення до виконання цих рішень, на умовах, викладених в наступних статтях. До визнання і приведення до виконання арбітражних рішень не повинні застосовуватися суттєво більш обтяжуючі або більш високі мито чи збори, ніж ті, які існують для визнання і приведення до виконання внутрішніх арбітражних рішень.

Конвенція встановила норми, які попереджують дискримінаційний підхід до визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, передбачивши не обтяжливий митний режим. Крім того, у тих же цілях ст. IV передбачає вичерпний перелік документів, які повинна надати сторона, яка одержує визнання та 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.

Згідно зі ст. V Конвенції у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання тієї сторони, проти якої воно направлене, тільки якщо ця сторона надасть компетентній владі за місцем, де одержується визнання та приведення до виконання, докази того, що:

а) сторони в угоді були за застосованим до них законом в будь-якій мірі недієздатні або ця угода не дійсна за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а за відсутністю такої вказівки — за законом країни, де рішення було винесено, або

б) сторона, проти якої винесене 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 винесене по спору, не передбаченому чи не підлеглому умовам арбітражної угоди або арбітражного застереження, або

г) склад арбітражного органу або арбітражний процес не відповідали угоді сторін або за відсутністю такої не відповідали закону тієї країни, де мав місце арбітраж, або

г) рішення ще не стало остаточним для сторін або було відмінено чи зупинено виконанням компетентною владою країни, де воно було винесене, або країни, закон якої застосовується.

У визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення може бути також відмовлено, якщо компетентна влада країни, в якій одержується визнання та 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 суперечить публічному порядку цієї країни.

ЗМІСТ

Передмова	3
------------------------	----------

ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА

ГЛАВА 1. Поняття, предмет, методи і система міжнародного приватного права	5
§ 1. Поняття міжнародного приватного права	5
§ 2. Предмет міжнародного приватного права	9
§ 3. Методи регулювання відносин у міжнародному приватному праві	12
3.1. Колізійний метод і колізійні норми	12
3.2. Матеріально-правовий метод і матеріально-правові норми	16
§ 4. Система міжнародного приватного права	17
ГЛАВА 2. Форми міжнародного приватного права	19
§ 1. Поняття форм права	19
§ 2. Види форм права	22
§ 3. Міжнародні договори	23
§ 4. Внутрішнє законодавство	27
§ 5. Правові звичаї	29
§ 6. Судова та арбітражна практика	31
§ 7. Узгодження законодавств різних держав	34
ГЛАВА 3. Колізійні норми в міжнародному приватному праві	39
§ 1. Поняття та структура	39
§ 2. Класифікація колізійних норм	41
§ 3. Основні формули прикріплення	45

ГЛАВА 4. Застосування іноземного права 50

- § 1. Кваліфікація колізійної норми 50
- § 2. Зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни 53
- § 3. Обхід закону 55
- § 4. Встановлення змісту та застосування іноземного права 56
- § 5. Застереження про публічний порядок 57
- § 6. Правові режими в міжнародному приватному праві 59
- § 7. Взаємність та реторсія 61

ГЛАВА 5. Суб'єкти міжнародного приватного права 63

- § 1. Фізичні особи 63
 - 1.1. Загальні засади правового статусу фізичних осіб як суб'єктів міжнародного приватного права 63
 - 1.2. Поняття та колізійні питання громадянства ... 65
 - 1.3. Іноземці за законодавством України 69
 - 1.4. Правоздатність іноземців в Україні 80
 - 1.5. Дієздатність іноземців в Україні 83
 - 1.6. Правове становище громадян України за кордоном 87
- § 2. Юридичні особи 90
 - 2.1. Поняття юридичної особи. Класифікація юридичних осіб в міжнародному приватному праві 90
 - 2.2. Поняття особистого статуту організації та визначення національності юридичної особи ... 97
 - 2.3. Представництва іноземних суб'єктів господарської діяльності 102
 - 2.4. Діяльність суб'єктів господарювання України за кордоном 104
 - 2.5. Об'єднання підприємств як суб'єктів господарювання 107

2.6. Проблеми правового регулювання відносин за участю транснаціональних корпорацій	112
2.7. Особливості створення і діяльності офшорних компаній	121
§ 3. Держава як суб'єкт міжнародного приватного права	124
3.1. Держава як суб'єкт майнових відносин	124
3.2. Імунітет держави	125
3.3. Види імунітетів держави	129
3.4. Основні доктрини імунітету держави	136
3.5. Законодавче регулювання імунітету держави	141

ОСОБЛИВА ЧАСТИНА

ГЛАВА 6. Право власності	146
§ 1. Поняття права власності	146
§ 2. Різновиди власності	147
ГЛАВА 7. Правочини з іноземним елементом	159
§ 1. Поняття та види правочинів з іноземним елементом	159
§ 2. Методи регулювання правочинів з іноземним елементом	164
§ 3. Право, що застосовується до змісту правочину (зобов'язальний статут)	167
§ 4. Право, що застосовується до форми правочину	176
§ 5. Віденська конвенція ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» 1980 року	178
ГЛАВА 8. Спадкування у міжнародному приватному праві	183
§ 1. Колізії у спадкуванні за МПП	183

§ 2. Колізійні норми спадкового права	189
§ 3. Міжнародні документи з питань іноземного спадкування	199
§ 4. Отримання українським громадянином спадщини за кордоном	203
§ 5. Спадкові права іноземців	204
§ 6. Перехід майна до держави	204

ГЛАВА 9. Міжнародне перевезення вантажів, пасажирів та їхнього багажу

206

§ 1. Поняття міжнародних перевезень	206
§ 2. Міжнародні морські перевезення	211
§ 3. Міжнародні повітряні перевезення	215
§ 4. Міжнародні залізничні перевезення	219
§ 5. Міжнародні автомобільні перевезення	225
§ 6. Міжнародне перевезення внутрішніми водними шляхами	230
§ 7. Міжнародні змішані перевезення	233

ГЛАВА 10. Деліктні зобов'язання у міжнародному приватному праві

237

§ 1. Колізійне регулювання деліктних зобов'язань	237
§ 2. Регламентація деліктних зобов'язань за міжнародним приватним правом в Україні ...	256

ГЛАВА 11. Правове регулювання шлюбно-сімейних відносин у міжнародному приватному праві

259

§ 1. Визначення і регламентація шлюбу у МПП	259
§ 2. Регулювання відносин подружжя у МПП	268
§ 3. Процедура розірвання шлюбів у МПП	272
§ 4. Відносини батьків і дітей і їх регламентація у МПП	278
§ 5. Правовий інститут усиновлення у МПП	284

ГЛАВА 12. Міжнародні трудові відносини	288
§ 1. Загальна характеристика міжнародних трудових відносин	288
§ 2. Колізійне регулювання міжнародних трудових відносин	293
§ 3. Міжнародно-правове регулювання праці	300
§ 4. Праця українських громадян за кордоном й іноземців в Україні	308
ГЛАВА 13. Міжнародний цивільний процес	312
§ 1. Поняття міжнародного цивільного процесу та його джерела	312
§ 2. Правове становище іноземних осіб у цивільному процесі	317
§ 3. Підсудність цивільних справ за участю іноземних осіб	324
§ 4. Провадження у справі за участю іноземної особи до судового розгляду	329
§ 5. Визнання і виконання рішень іноземних судів	340
ГЛАВА 14. Міжнародний комерційний арбітраж	348
§ 1. Поняття і види міжнародного комерційного арбітражу	348
§ 2. Міжнародно-договірна уніфікація комерційного арбітражу	350
§ 3. Міжнародні регламенти, типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж ЮНСІТРАЛ	353
§ 4. Арбітражна угода та компетенція міжнародного комерційного арбітражу	355
§ 5. Арбітражні рішення. Виконання рішень	357

Навчальне видання

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Навчальний посібник

За редакцією **В. М. Гайворонського,**
В. П. Жушмана

Шеф-редактор
В. С. КОВАЛЬСЬКИЙ, кандидат юридичних наук

Юрінком Інтер — редакція наукової та навчальної літератури

Редактор *Т.О. Суворова*
Комп'ютерний набір *Л.М. Сисоєва*
Комп'ютерна верстка *О.М. Коваленко*
Художнє оформлення *М.П. Черненко*

Підписано до друку 22.09.2006. Формат 84х108/32. Друк офсетний.

Папір офсетний № 1. Гарн. Petersburg.

Умовн. друк. арк. 19,32. Обл.-вид. арк.17,75.

Наклад 3000 прим. Зам. № . Ціна договірна.

Оригінал-макет виготовлено комп'ютерним центром СП «Юрінком Інтер»

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції —
серія ДК № 19 від 20.03.2000.)

З питань придбання літератури звертатися до видавництва
«Юрінком Інтер»
за адресою: 04209, Київ-209, вул. Героїв Дніпра, 31-6; тел. 411-64-03

Віддруковано в ЗАТ «Віпол» ДК № 15.
03151, м. Київ, вул. Волинська, 60.

Міжнародне приватне право: Навч. посібник / За
М58 ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана – К.: Юрін-
ком Інтер, 2007. — 368 с.

ISBN 966-667-175-1

Вивчення міжнародного приватного права значно актуалізується в наш час у зв'язку з розширенням міжнародних зв'язків, правових відносин за участю іноземних громадян і організацій. У даному навчальному посібнику висвітлюються питання предмета, методів і системи міжнародного приватного права, його форм, особливостей регулювання міжнародних приватних відносин, засобів подолання колізійних норм законодавства різних країн, застосування законодавства однієї країни на території іншої, охарактеризовані суб'єкти міжнародного права. Розглянуті особливості використання в міжнародних відносинах права власності, спадкування, регулювання праці, шлюбно-сімейних відносин тощо. Приділена увага також питанням міжнародного цивільного процесу та комерційному арбітражу.

Розрахований на студентів, аспірантів і викладачів юридичних та інших навчальних закладів, де викладається правознавство, усіх, хто цікавиться міжнародним приватним правом.

ББК 67.312.2я73