**Лекційний матеріал з дисципліни міжнародне приватне право**

ТЕМА 1 Поняття, предмет, методи 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. Бру на. Він писав щодо цього права: «Это совокупность правил, определяющих, законы какого государства должны норми ровать частное юридическое отношение, в котором участву ют иностранцы или которое возникло за границей. Каждое государство, в силу своего суверенитета, могло бы, по види мому, в пределах своей территории допускать применение только своих законов, но на практике все культурные госу дарства признают у себя, в силу юридической необходимос ти, действие иностранных законов. Если нельзя требовать, чтобы наши законы соблюдались за границей людьми, ко торые вовсе не рассчитывали когда либо иметь с ними дело, то уже по этой причине необходимо признавать иностран ные законы. Иначе отношения, законно возникшие за гра ницей, должны бы считаться незаконными у нас: супруги — незаконно сожительствующими, законные дети — незакон ными, долги — ничтожными, договоры — не обязательны ми и т. д.»1.

* наш час, коли Україна здобула незалежність, підви щилась активність громадян у всіх сферах суспільного жит тя, зросла міграція населення, розширюються зовнішньо економічні зв’язки, зростає і необхідність всебічної регла

ментації правовідносин з участю іноземного елементу. Роз виток економіки, культури, засобів комунікації, транспор ту тощо вимагає правового оформлення такого типу відно син, як міжнародні. У літературі, навчальних посібниках, їх умовно поділяють на дві великі групи: міждержавні та неміждержавні. Перша становить сферу міжнародного пуб лічного права, друга — міжнародного приватного права.

**Публічне міжнародне право** регулює відносини між державами і міжнародними організаціями. **Міжнародне приват** **не право —** цивілістичні відносини громадян та організаційюридичних осіб з участю іноземного елементу. Ці галузі взає мопов’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 Старо давнього Риму Доміцій Ульпіан зазначав, що публічне пра во 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 охоро нюваних інтересів, поділяючи саме інтереси на приватні й загальні. З одного боку, інтереси тільки і існують в окре мих людей. Загальний інтерес є ніщо інше як та чи інша

* Виокремлюється ще міжнародне економічне право. Щодо його сут ності склалися в основному два підходи: згідно з першим – це комплек сна галузь права, яка охоплює норми міжнародного публічного, міжна родного приватного права, а також норми національних правових сис тем, які регулюють міжнародні економічні правовідносини. За другим — міжнародне економічне право — це самостійна галузь міжнародного пра ва, предметом якої є міжнародні економічні (господарські) відносини.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Поняття, предмет, методи і система міжнародного... | 7 |

сукупність приватних інтересів. У цьому розумінні можна вважати, що всяке право встановлене заради охорони інте ресів окремих, тобто приватних осіб. З іншого боку, право ва охорона надається тим інтересам окремих осіб, які ма ють більш менш загальне значення. У такому аспекті мож на 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 національ ного права і саме цим відрізняється від міжнародного пуб лічного права — єдиного для держав, які є сторонами відпо відних міжнародних нормативно правових актів2. Не обхідність, зокрема останнього, як уже зазначалося, безперечна. Які відносини потребують урегулювання нор мами цього права? Це, передусім, відносини так званого приватного характеру, суб’єкти яких автономні й юридич но рівноправні, тобто цивільно правові.

* + цьому випадку «цивільне право» розуміється зазви чай в узагальненому сенсі, тому що в різних країнах залеж но 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 систе ми існує поділ на цивільне і торгове право (ФРН, Франція).
* Україні і деяких інших державах крім цивільного виок ремлюють ще трудове, сімейне і господарське право.

Відрізняються в різних державах і підходи до складу норм міжнародного приватного права. Дослідники зазнача ють, що у Франції доктрина відносить до цієї галузі пере дусім 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 підхо ди французьких юристів, доволі близькі до них також деякі італійські автори (наприклад, Т. Баларіно).

* + Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1898. —
* 183.
* Дахно І. І. Міжнародне приватне право. — К., 2001. — С. 3.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 8 | Тема 1 |  |
|  |  |

Німецькі правники зводять міжнародне приватне право до колізійного. Англійці, визначаючи міжнародне приват не право, доходять висновку, що воно є тією частиною пра ва, 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 розг лядаються як колізійні питання, так і питання підсудності, тобто правила про те, які спори з участю іноземних еле ментів мають розглядатися місцевими судами, а які — су дами інших держав1.

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

Отже, міжнародне приватне право можна визначити як сукупність національних і міжнаціональних норм, що ре гулюють різноманітні майнові, особисті, трудові, сімейні та процесуальні відносини, які виникають у сфері міжнарод ного спілкування між фізичними та юридичними особами,

* також їхні відносини зазначеного характеру з державни ми та міжнародними організаціями.

Як зазначається в літературі, нині на розвиток міжна родного 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 економічно го 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.

* Международное частное право. — М., 1994. — С.89—91.
  + Фединяк Г. Міжнародне приватне право України: деякі актуальні теоретичні та практичні аспекти розвитку // Право України. — 2002. —
* 11. — С. 142.

|  |  |
| --- | --- |
| Поняття, предмет, методи і система міжнародного... | 9 |

Чи є міжнародне приватне право галуззю права? Чи це комплексна правова система? Щодо природи норм міжна родного 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 ро зуміти як поєднання внутрішнього законодавства і міжна родного публічного права. Але переважним, мабуть, є по гляд, який зводиться до того, що оскільки міжнародне при ватне 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 пра ва необхідно окреслити коло відносин, що регулюються нор мами цієї галузі. Різні світові школи міжнародного приват ного права по різному вирішують це питання.

* літературі можна зустріти приклади різних доктрин. Так, французька до сфери міжнародного приватного права включає вчення про громадянство, правове становище іно земців, питання колізійних законів, питання міжнародно го цивільного процесу. Німецька — обмежує предмет цієї галузі лише колізійними питаннями. Правове становище іноземців у Німеччині відносять до цивільного права, а пи тання громадянства — до державного права. Англо амери канська доктрина зосереджує увагу на процесуальних пи таннях, тобто насамперед ставиться завдання визначити, за яких умов місцевий суд компетентний розглядати справу з участю іноземного елементу2.
* Фединяк Г. Зазнач. праця. — С. 141.
* Данилькевич Н. И., Федоров О. Н. Международное частное право. — Днепропетровск, 1999. — С. 5.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 10 | Тема 1 |  |
|  |  |

Для усвідомлення предмета міжнародного приватного права має значення аналіз його співвідношення з міжнарод ним економічним правом, яке почало формуватися порівня но недавно. За визначенням, наприклад, М.М.Богуславсь кого, воно являє собою сукупність принципів і норм, що регулюють відносини між державами та іншими суб’єкта ми міжнародного права і галузі міжнародних економічних відносин1.

* розвитком міжнародних економічних відносин зростає кількість економічних договорів, розширюється коло міжнародних економічних організацій, які приймають чис ленні документи з приводу цієї сфери співробітництва2, зро стає кількість правових досліджень з цієї проблематики.
  + радянському правознавстві ідея виокремлення систе ми норм, що регулюють світові господарські відносини, вперше була запропонована видатним українським правни ком В. М. Корецьким3. Саме він розробив концепцію міжна родного господарського права як комплексної правової дис ципліни, що охоплює міжнародно правове і цивільно пра вове регулювання.

Подальший розвиток ці ідеї отримали завдяки дослід женням українських і російських правників другої полови ни минулого століття. Згідно з ними, предмет міжнародно го економічного права складають міждержавні економічні відносини між країнами, між країнами і міжнародними організаціями і цими організаціями між собою4.

Від них відмежовуються майнові відносини міжнародно го характеру між фізичними та юридичними особами різних країн, а також майнові відносини, в яких суб’єктами ци

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

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

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

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

|  |  |
| --- | --- |
| Поняття, предмет, методи і система міжнародного... | 11 |

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

* + сучасній пострадянській науці міжнародного приват ного 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 гро мадян.

Для врегулювання цих відносин застосовують норми на ціонального 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 держа ви) 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

* предмет міжнародного приватного права, є наявність іно земного, чи міжнародного елементу.
  + Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. — М., 1959; Бувайлик Г. Е. Правовое регулирование международных эко номических отношений. — К., 1977; Усенко Е. Т. Международное эко номическое право // Международное право. — М., 1982; Богуславский
* М. Зазнач. праця та ін.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 12 | Тема 1 |  |
|  |  |

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

— відносини, суб’єктом яких виступає сторона, що є іно земною;

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

— відносини, виникнення, зміна, припинення яких по в’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, націо нальність, місце проживання тощо).

Отже, предметом міжнародного приватного права є відно сини, пов’язані з питаннями цивільних право та дієздат ності іноземних фізичних осіб і організацій; відносини за зовнішньоекономічними угодами; відносини, пов’язані з правами авторів на твори, видані за кордоном; відносини щодо трудоправового та соціального статусу осіб, які пере бувають на території іноземної держави, працювали на такій території тощо.

* 3. Методи регулювання відносин
  + міжнародному приватному праві

3.1. Колізійний1 метод і колізійні норми

Правовий метод регулювання – це сукупність узгодже них 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

* Колізія (лат.) — зіткнення. Правова колізія — це ситуація, пов’я зана з конфліктом, конкуренцією двох і більше правових норм чи сис тем правового регулювання. Отже, правові колізії можна поділити на колізії між правовими системами окремих держав і внутрішньодер жавні колізії.

|  |  |
| --- | --- |
| Поняття, предмет, методи і система міжнародного... | 13 |

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 вре гулювання у міжнародному приватному праві, зумовила специфіку методів цього регулювання. Особливим, перед усім, є колізійний метод. Він упродовж довгого часу вважав ся корінним методом міжнародного приватного права. Але процес уніфікації норм матеріального характеру в міжна родних 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 за соби реалізації матеріально правового методу1. Таким чи ном, методи регулювання у міжнародному приватному праві є особливими, такими, що мають свою специфіку.

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

Міжнародне приватне право, беручи свій розвиток з ко лізійного права, пройшло тривалий шлях. Воно виникло в епоху раннього середньовіччя через потребу врегульовува ти торговельні відносини. Такі норми містилися, зокрема,

* договорах, укладених з греками 911 року князем Олегом, 944 року — князем Ігорем, в інших джерелах.

Значно пізніше, з кінця середніх віків, почала формува тися практика і доктрина про колізії статутів (місцевих за конів). Із статутних теорій і виникло колізійне право. Посту пово розвинулася його назва — міжнародне приватне право.

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 14 | Тема 1 |  |
|  |  |

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 за повітів.

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

* ХІХ ст. зазначені теорії були підтримані у США (Джо зеф 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 ха рактер. Але інші назви — «конфліктне право», «колізійне право» — у правових системах США та інших країн по вністю не охоплюють предмета цієї галузі.

Зважаючи на те, що й досі не запропоновано назви, яка б найбільшою мірою відповідала змісту цієї галузі права, до водиться користуватися умовним терміном «міжнародне приватне право» як таким, що регулює цивілістичні відно сини 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.

* + Україні міжнародне приватне право покликане роз в’язувати колізії, що виникають між правовими системами різних держав. Таким чином, колізія у міжнародному при ватному праві — це така правова ситуація, в якій приват ноправові відносини через наявність в них іноземного еле менту підпадають під чинність двох і більше національних

|  |  |
| --- | --- |
| Поняття, предмет, методи і система міжнародного... | 15 |

правових систем. Тобто в ситуаціях, коли приватноправові відносини характеризуються проявом юридичного зв’язку

* 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 виника ти як у випадку неідентичності законодавства різних пра вових систем з одного і того самого питання, так і у випадку їх схожості. Для винесення рішення на основі законодав ства певної держави суд повинен, насамперед, зробити вибір між законодавством цих держав, тобто звернутися до колі зійної норми. Колізійний метод застосовується також у разі відсутності міжнародної уніфікації матеріально правових норм з певного питання.

Цей метод покликаний вирішувати проблеми, що вини кають у міжнародному приватному праві. Це здійснюється різними способами. Наприклад, через застосування уніфі кованих матеріально правових норм міжнародних дого ворів чи звичаїв; «переборення» колізії, тобто тимчасове її подолання стосовно конкретних випадків правозастосовчої діяльності, яка може виявлятися в офіційному чи не офіційному тлумаченні права. Але найчастіше для вирішен ня колізійної проблеми застосовують саме колізійні норми, тобто норми права (національного чи міжнародного), що визначають законодавство тієї правової системи, яку необ хідно застосувати до певних відносин. Тому метод, з допо могою 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 бага тьох 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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 16 | Тема 1 |  |
|  |  |

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 уча стю іноземного елементу. 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 матері ально правовий метод регулювання зазначених відносин. Він полягає саме в тому, що відносини регулюються безпо середньо юридичними нормами.

До матеріально правових норм у міжнародному приват ному праві відносять: 1) уніфіковані норми міжнародних договорів; 2) норми національного законодавства, які регу люють відносини з участю іноземного елементу; 3) міжна родні й торговельні звичаї; 4) судову практику (в державах, де вона визнається формою права).

Матеріально правові норми міжнародних угод є уніфіко ваними правилами, створеними кількома суб’єктами пра ва для безпосереднього врегулювання відносин, що часто ви никають у практиці міжнародного приватного права. Міжнародні угоди можуть повністю або частково містити такі норми.

Здебільшого матеріально правовий метод застосовуєть ся при укладенні угод з питань авторського права, регулю вання 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.).

|  |  |
| --- | --- |
| Поняття, предмет, методи і система міжнародного... | 17 |

Норми національного законодавства, що регулюють пра вовідносини з участю іноземного елементу, можуть місти тися в конституціях держав та інших законодавчих актах.

* багатьох державах приймаються нормативно правові акти, присвячені питанням зовнішньоекономічної діяль ності, скажімо законодавство з питань іноземного інвесту вання.

Часто норми національного права є результатом транс формації міжнародних угод у внутрішнє законодавство. Причому вони можуть визначати не тільки правовий ста тус 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 міжна родного приватного права.

Використання матеріально правового методу має перева ги 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 уник нути односторонності у правовому регулюванні. Своєю чер гою, колізійний метод регулювання сприяє усуненню про галин, які утворюються при використанні виключно мате ріально 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.

* загальній частині навчального курсу розглядаються загальнотеоретичні питання, що мають значення для міжна родного приватного права в цілому, а саме: поняття, пред мет, систему і зміст цього права, його джерела і форми, ме тоди правового регулювання, вчення про колізійні та мате

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 18 | Тема 1 |  |
|  |  |

ріально правові норми; правові режими, загальні положен ня щодо суб’єктів, низку інших загальних понять і прин ципів.

Особлива частина містить аналіз питань власності, зобо в’язальних відносин. Нею охоплено також спадкові відно сини, шлюбно сімейні, трудові та основи міжнародного ци вільного процесу. Складається вона з таких розділів: право власності, зокрема інтелектуальної, спадкове право; за гальні положення зобов’язального права; міжнародні пере везення; шлюбно сімейні відносини; міжнародні трудові відносини; міжнародний цивільний процес; міжнародний комерційний арбітраж.

Система міжнародного приватного права як наука охоп лює також основні теоретичні та методологічні особливості галузі, її історичний розвиток, актуальні проблеми і перс пективи.

ТЕМА 2 Форми міжнародного приватного права

* 1. Поняття форм права

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

* + літературі того часу зазначалося, що залишається відкритим питання, чи виправдано вважати єдиним джере лом 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 випа дають елементи права, які можна віднести до історично на копичених цінностей соціальної і правової культур1.

Ця традиція зберігається здебільшого й до нашого часу.

* підручниках і навчальних посібниках з окремих галузей права саме законодавчі акти визнаються основними джере лами права.
  + теоретичних розробках джерела права, як правило, ото тожнюються з його формами. Не розмежовують ці поняття і автори деяких підручників з теорії права. Там зазвичай юридичні джерела (форми) або соціально спеціальні дже рела визначаються як офіційно документальні форми вира ження і закріплення норм права, що походять від держави і надають їм юридичного, загальнообов’язкового значення2.
* 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 20 | Тема 2 |  |
|  |  |

Подібний підхід висловлений і в підручнику з міжнарод ного приватного права, виданого минулого року. Під дже релами міжнародного приватного права, читаємо там, в юридичній літературі розуміють, зокрема, форми, в яких знаходить вираження правова норма1.

Пояснюється таке тлумачення джерел права, як уже за значено, давнішньою традицією, за якою основним джере лом права є писане право — нормативні акти. В юридичній літературі дореволюційної Росії превалювала думка, що «саме ці форми об’єктування юридичних норм, які слугу вали визначенням їх обов’язковості, … звуться джерелами права»2.

Однак і в ті часи такий підхід до розуміння джерел права породжував заперечення. Так, Л. І. Петражицький на за питання, що таке джерела права, відповідав, що за загаль новизнаним 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 пра ва» мають різне значення і не можуть ототожнюватися, ви словлювалась і видатним українським правником С. Дніс трянським та іншими вченими. Але й досі здебільшого спра цьовує 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 ос новним юридичним джерелом права»4.

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

* + Фединяк Г. С., Фединяк Л. С. Міжнародне приватне право. — К., 2003. — С. 15.

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

* 283.

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

* + Скакун О. Ф. Теория государства и права. — Харьков, 2000. —
* 335.

|  |  |
| --- | --- |
| Форми міжнародного приватного права | 21 |

ся. Поняття «форми права» і «джерела права», стверджуєть ся в одному з них, тісно взаємопов’язані, але не збігаються. Якщо «форми права» показують, як зміст права організо вано і виражено назовні, то «джерело права» — виток фор мування права, система факторів, що визначають його зміст і форми вираження1.

Стосовно джерел міжнародного приватного права, в літе ратурі висловлена думка про те, що для них, у зв’язку з їхньою різноманітністю, характерним є, з одного боку, роз межування, а з другого боку, поєднання «форми права» — зовнішнього його вираження (внутрішньодержавного зако ну, міжнародного договору та ін.) і способу надання держа вою моделям поведінки юридичної сили2.

Розбіжності тут існують, як зауважив свого часу Л. І. Пет ражицький, на підставі нез’ясування питання про те, що таке право3. У наш час, коли і в Конституції України прого лошене верховенство права (ст. 8), а не закону, не зали шається підстав для їх ототожнення. Право і закон розме жовуються, першість належить праву як нормативному зак ріпленню справедливості, що базується на природних правах людини, а закон розглядається як форма, що покли кана відповідати праву як його змісту4.

Такий підхід до цієї проблеми висловили й автори підруч ника «Загальна теорія держави і права». Під формою пра ва, зазначається там, розуміють способи зовнішнього вира ження і закріплення правових норм. А джерела права — це фактори, що зумовлюють виникнення і розвиток юридич них ідей, поглядів, теорій щодо утворення, змісту і функці

* Теория государства и права / Под ред. Н. М. Матузова, А. В. Маль ко. — М., 1997. — С. 329.

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

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

4 У радянський період вважалося, що таке розуміння права можли ве лише в умовах експлуататорського суспільства. За словами Р. О. Хал фіної, 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 (Хал фина Р. О. Что есть право: понятие и определение // Сов. государство и право. — 1984. — № 11. — С. 23).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 22 | Тема 2 |  |
|  |  |

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 норматив ним правовим актам — офіційним документам, які прий маються компетентними органами правотворчості.

* 2. Види форм права
* міжнародному приватному праві застосовуються такі форми права, як 1) міжнародні договори, а також 2) пра вові звичаї (міжнародні та внутрішньодержавні); 3) внут рішнє законодавство (вітчизняне та іноземне); 4) судова й арбітражна практика. Як джерела права розглядають пра вову доктрину, хоча доктринальні положення не є загаль новизнаним джерелом права.

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

1) подвійність форм правового регулювання — існуван ня внутрішньодержавного і міжнародного рівнів регулюван ня 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, вітчиз няний суддя може постати перед необхідністю застосуван ня до правовідносин законодавства Польщі чи будь якої іншої держави. При цьому суд повинен використати не

* Загальна теорія держави і права. — Харків, 2002. — С. 293.
* Хоча з цього приводу в літературі висловлені різні думки: 1) відсто ювання тези про подвійність форм (або джерел) міжнародного приват ного права; 2) заперечення цієї тези; 3) кваліфікація міжнародного при ватного права як “комплексної галузі права”, що включає внутрішньо державні і міжнародно правові норми.

|  |  |
| --- | --- |
| Форми міжнародного приватного права | 23 |

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

Специфічним є співвідношення між різними формами пра ва. 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 приват ному праві превалюють над внутрішнім законодавством.

* 3. Міжнародні договори

Відповідно до Конституції України (ст. 9), чинні міжна родні договори України, згода на обов’язковість яких дана Верховною Радою України, є частиною національного зако нодавства України. Закон України від 29 червня 2004 року «Про міжнародні договори України»1 визначає міжнародний договір України як укладений у письмовій формі з інозем ною 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 найменуван ня (договір, угода, конвенція, пакт, протокол чи щось інше).

При використанні міжнародного договору слід визначи тися, чи можна застосовувати цей договір до відносин, які належить врегулювати? Іншими словами, чи є Україна учас ницею 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

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 24 | Тема 2 |  |
|  |  |

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

Більшість норм міжнародних договорів застосовують до правовідносин внаслідок трансформації, тобто перетворен ня 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 шля хом, 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 ураховувати, 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 дого ворі (в його прикінцевих положеннях). Договір може наби рати чинності: а) після завершення процесу обміну рати фікаційними грамотами між учасниками; б) після здачі певної кількості ратифікаційних грамот державі депози тарію1; в) по закінченні певного терміну після обміну рати фікаційними документами або здачі ратифікаційних грамот державі депозитарію; г) у термін, зазначений в самому до говорі; ґ) з моменту підписання2 (якщо договір не потребує ратифікації) і т.п.

* Депозитарій — держава, міжнародна організація або її головна виконавча посадова особа, якій дається на зберігання оригінал міжна родного договору і яка виконує стосовно цього договору функції, перед бачені міжнародним договором.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Форми міжнародного приватного права | 25 |

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

При застосуванні міжнародних договорів слід врахову вати 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 Ук раїна зробила застереження відповідно до статей 12 та 96 Конвенції про незастосування усної форми договору в тих випадках, коли принаймні одна із сторін має своє комер ційне підприємство в Україні.

Норми, що містяться у міжнародному договорі, зберіга ють автономне положення у національному праві. У Законі України «Про міжнародні договори України» та у багатьох інших передбачається: якщо міжнародним договором Ук раїни, який набрав чинності в установленому порядку, вста новлені 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 дер жав учасників договору змінювати і, по друге, їх тлумачен ня має бути однаковим.

Міжнародні договори України можна класифікувати за різними критеріями, зокрема:

1) за кількістю учасників

а) двосторонні (про правову допомогу, консульські кон венції, про торгово економічне співробітництво, про міжна родні перевезення (транспорт), про захист інвестицій, про усунення подвійного оподаткування та ін.);

б) багатосторонні (універсальні — відкриті для всіх дер жав), наприклад Віденська конвенція про договори міжна родної купівлі продажу товарів (1980 р.), Всесвітня конвен ція про авторське право (1952 р.), Конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень (1958 р.), Кон

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 26 | Тема 2 |  |
|  |  |

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 поря док вирішення спорів, пов’язаних із здійсненням госпо дарської діяльності (1992 р.), і про правову допомогу та пра вові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних спра вах 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 правонас тупництва;

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 пра вонаступництво України» від 12 вересня 1991 р. Наша краї на підтвердила свої зобов’язання за міжнародними догово рами, укладеними УРСР до проголошення незалежності України, а також наступництво прав і обов’язків за міжна родними угодами СРСР, які не суперечать Конституції Ук раїни та інтересам держави.

Україною як самостійною державою міжнародні догово ри 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 ви конавчої влади, державними органами — від імені міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних органів.

Від імені України укладаються такі міжнародні дого вори:

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 гро мадянина;

|  |  |
| --- | --- |
| Форми міжнародного приватного права | 27 |

в) про участь України в міжнародних союзах та інших міжнародних об’єднаннях (організаціях), системах колек тивної безпеки;

г) про військову допомогу та направлення підрозділів Збройних Сил України до інших держав чи допуску під розділів збройних сил іноземних держав на територію Ук раїни, умови їх тимчасового перебування, включаючи термін виведення, фінансово економічні, екологічні та інші наслідки і компенсації;

ґ) про використання території та природних ресурсів Ук раїни;

д) яким за згодою сторін надається міжнародний характер. Від імені Уряду України укладаються міжнародні дого вори з економічних, торговельних, науково технічних, гу манітарних та інших питань, віднесених до ведення Кабі

нету Міністрів.

Міжнародні договори України, які не потребують рати фікації, якщо такі договори передбачають вимогу щодо їх затвердження або встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Президента чи Кабінету Міністрів Украї ни, підлягають затвердженню. Затвердження здійснюєть ся Президентом України у формі указу щодо міжнародних договорів, які укладаються:

а) від імені України;

б) від імені Уряду України, якщо такі договори встанов люють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Прези дента України.

Інші міжнародні договори, що укладаються від імені Уряду України, а також міжвідомчі договори, якщо такі договори встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться

* актах Кабінету Міністрів України або затверджуються Ка бінетом 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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 28 | Тема 2 |  |
|  |  |

конів і підзаконних нормативних актів. Зокрема, деякі нор ми містяться в Конституції України. Скажімо, в ст. 25 заз начено, що Україна гарантує піклування та захист своїм гро мадянам, 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 по ділити на дві основні групи.

* Нормативні акти, які повністю присвячені врегулюван ню правовідносин з участю іноземного елементу, наприклад:

1) закони України: «Про зовнішньоекономічну діяль ність» від 16 квітня 1991 р.1; «Про правовий статус іно земців» 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 Ук раїні 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, виїз ду та транзитного проїзду через її територію, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 29 грудня 1995 р., та ін.

ІІ. Нормативні акти, в яких лише окремі розділи або статті призначені для врегулювання правовідносин з учас тю іноземного елементу, 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

* 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.

|  |  |
| --- | --- |
| Форми міжнародного приватного права | 29 |

ті 8, 9); Сімейний кодекс України. Розділ VІ «Застосування Сімейного кодексу України до іноземців та осіб без грома дянства. Застосування законів іноземних держав і міжна родних договорів в Україні»; Кодекс торгового мореплавства України (статті 5, 6 — застосування іноземного законодав ства, статті 13, 14 — колізійні норми).

* 5. Правові звичаї

Звичаї — це правила, які склалися здавна, систематич но застосовуються, але не набули форми закону, підзакон ного акта чи міжнародного договору.

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

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

* + Господарському процесуальному кодексі України (ст. 4,
* 5) записано, що в разі відсутності законодавства, що ре гулює спірні відносини за участю іноземного суб’єкта підприємницької діяльності, господарський суд може за стосовувати міжнародні торгові звичаї. У Законі Україні «Про міжнародний комерційний арбітраж» (ст. 28, ч. 4) йдеться про те, що «в усіх випадках третейський суд прий має рішення згідно з умовами угоди і з урахуванням торго вих звичаїв, що стосуються даної угоди». У Кодексі торго вельного мореплавства України (ст. 6) зазначено, що сторо ни при укладенні договору можуть використовувати звичаї торговельного мореплавства, якщо це не суперечить зако нодавству України.

Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі продажу товарів (ст. 9) передбачає, що «сторони пов’язані будь яким звичаєм, щодо якого вони домовилися, та прак тикою, 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 безпосе редньо відсилають до них; 2) сторони при укладенні догово ру посилаються на певний звичай.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 30 | Тема 2 |  |
|  |  |

Міжнародний правовий звичай застосовується у практиці певної держави, якщо вона прямо визнала його в норматив ному чи дипломатичному акті. Так, у Положенні про фор му зовнішньоекономічних договорів (контрактів)1 зазначе но, 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 труд нощі, що виникають в учасників такого обороту при вста новленні змісту даних звичаїв (породжені їх неписаним ха рактером), багато міжнародних організацій вивчають, уза гальнюють і публікують своєрідні зводи звичаїв за певними групами питань. Деякі з цих публікацій одержують загаль не визнання. Окрему групу складають публікації, підготов лені 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 зви чаї для документарних акредитивів (редакція 1993 року)4.

Іншу природу мають рекомендаційні документи, такі як:

загальні умови (поставок, виконання робіт, надання послуг)

* типові контракти, які розробляються як самими учасни ками господарського обороту, так і міжнародними органі заціями, що ставлять своїм завданням сприяти міжнародній торгівлі. Зокрема, вони розробляються Європейською еко номічною комісією ООН, Міжнародною федерацією інже нерів консультантів, Асоціацією з торгівлі зерном і корма ми та ін. Ці документи підтверджують існування звичаїв, що склалися в тій чи іншій сфері комерційної діяльності

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

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

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

4 Санкціоновані тим самим Указом.

|  |  |
| --- | --- |
| Форми міжнародного приватного права | 31 |

(стосовно умов, що включаються в контракти, чи виконан ня сторонами своїх зобов’язань).

* + огляду на те, що в міжнародному приватному праві міститься чимало колізійних правил, які є визнаними всіма чи більшістю країн і тому мають кваліфікуватися як засно вані на міжнародному звичаї (наприклад, принципи, згідно
* 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 різно вид юридичної практики, що полягає у правозастосовчій, інтерпретаційній і правотворчій діяльності судів та арбіт ражів і втілюється в певних видах юридичних актів. Не певне чи неповне закріплення колізійних норм у законо давстві і міжнародних договорах спонукає суддів звертати ся до судової чи арбітражної практики, звичаєвого права або доктрини.

Особлива увага вивченню і використанню судової та арбіт ражної практики у правозастосовчій діяльності приділяєть ся у країнах з англосаксонською системою права. Основним джерелом права там є судовий прецедент1.

Під арбітражною практикою в міжнародному приватно му праві розуміють практику третейських судів і міжнарод ного комерційного арбітражу.

* Україні, як відомо, рішення окремих судів не викори стовуються як прецеденти і тому лише прецеденти зарубіж них країн, що визнають прецедентне право, можуть роз глядатися як норми права.
* Прецедент (лат. praecedens) — той, що йде попереду. Випадок, який мав місце раніше і який слугує прикладом чи виправданням для на ступних 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).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 32 | Тема 2 |  |
|  |  |

Прецеденти бувають обов’язкові (binding precedents) та переконливі (presuasive precedents).

Як міжнародні можна розглядати прецеденти, що вине сені судом міжнародного характеру (Міжнародним центром

* урегулювання інвестиційних спорів, Європейським судом
* прав людини).
  + Україні судова і арбітражна практика офіційно не ви знається ані правовою формою, ані джерелом права, однак її вплив на розвиток міжнародного приватного права, на тлу мачення його норм безспірний. Особливе значення мають постанови пленумів Верховного суду та Вищого господарсь кого 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 постановах досить часто використовують ся посилання на прийняті раніше рішення, але, на відміну від англійської системи, відсутня обов’язкова сила преце денту, тобто його правотворча роль, за винятком рішень Федерального конституційного суду. Правотворча роль су дової практики, а прецедент — джерелом права визнають ся також в Іспанії і Швейцарії.

У літературі небезпідставно висловлюється думка, що сучасна українська правова система як система перехідно го періоду тяжіє до романо германської правової сім’ї. Об раний 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 дже рела — це опубліковані праці юристів, які дістали загаль ного визнання. Деякі правові системи допускають мож ливість при обґрунтуванні своєї позиції в суді посилатися не тільки на норми закону, а й на думку відомих учених правників.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Форми міжнародного приватного права | 33 |

Довгий час доктрина відігравала суттєву роль у тлума ченні й застосуванні норм міжнародного приватного права — внаслідок нерозвиненості правового регулювання в цій га лузі судові органи при розгляді конкретних справ часто звер талися 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 на шого торгового законодавства, а з іншого — через нерозроб леність звичаєвого права2. І в наш час важко не погодитися

* цим висновком, маючи на увазі сучасне українське зако нодавство. За радянської влади юридична наука здебільшо го обмежувалася лише роз’ясненням, тлумаченням, аполо гетикою радянського законодавства.

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

Протягом довгого часу доктрина була основним джере лом права в романо германській правовій сім’ї. Саме в її університетах були головним чином відпрацьовані в період ХІІІ—ХІХ сторіч основні принципи права. Для тих, хто зва жає 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 мину лому, є дуже важливим і вельми життєвим джерелом пра ва. Ця її роль виявляється в тому, що саме на доктринах створюються словники і правові поняття, якими користу ються 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 34 | Тема 2 |  |
|  |  |

тих методів, з допомогою яких тлумачать права і закони. Додамо до цього вплив, який доктрина може чинити на са мого законодавця, останній часто лише висловлює ті тен денції, 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

* правових системах країн загального права, де можна по силатися в суді не тільки на норми закону, а й на праці відо мих вчених юристів. Ці праці розглядаються як визнані джерела права, якщо на них зроблені посилання в кількох судових рішеннях. Найчастіше це приватні кодифікації пре цедентного права.
* 7. Узгодження законодавств різних держав
* міжнародному приватному праві суттєве значення має узгодження норм, що містяться в нормативних актах різних держав, з метою досягнення однаковості в правовому вре гулюванні правовідносин з участю іноземного елементу. Існують такі три підходи до узгодження.

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

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

* Рене Давид, Камилла Жоффре–Спинози. Основные правовые сис темы современности. — М., 1998. — С. 106.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Форми міжнародного приватного права | 35 |

Відповідно до цієї програми, адаптація законодавства України є планомірним процесом, що включає кілька по слідовних етапів, на кожному з яких повинен досягатися певний ступінь відповідності законодавства України acquis communautariete1 Європейського Союзу.

На першому етапі необхідно забезпечити розробку гло сарія 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 систе му перекладів.

На підставі вивчення та узагальнення відповідного до свіду держав Центральної та Східної Європи створити ефек тивний загальнодержавний механізм адаптації законодав ства, в тому числі стосовно перевірки проектів законів Ук раїни та інших нормативно правових актів на предмет їх відповідності acquis Європейського Союзу; створити загаль нодержавну 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 бе резня 2004 р. координація діяльності центральних органів виконавчої влади із забезпечення адаптації законодавства України до законодавства Євросоюзу покладена на Міністер ство юстиції України. Останнє має забезпечити створення (в рамках загальнодержавної) інформаційної мережі з пи тань європейського права, бази перекладених на українсь ку мову актів європейського права та розміщення її елект ронної версії на web сторінці Центру європейського і по рівняльного права.

1. Гармонізація законодавства, що полягає у запровад женні спільних правових принципів наукових концепцій.

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 36 | Тема 2 |  |
|  |  |

Гармонізація може здійснюватися в односторонньому по рядку 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 регу лювання.

* 1. Уніфікація законодавства, тобто використання право творчого процесу для встановлення правових норм, тотож них законодавству інших країн.

У міжнародному приватному праві уніфікація означає процес створення в різних державах одноманітних загаль нообов’язкових правових норм для двох чи більше держав,

* також забезпечення їх однозначного тлумачення і засто сування. 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 ци вільний кодекс, прийнятий 7 лютого 1996 р. Міжпарламен тською Асамблеєю держав учасниць СНД (розділ VII цього МЦК містить норми міжнародного приватного права);

в) кодифіковані зводи міжнародних торговельних зви чаїв.

У міжнародному приватному праві розрізняють уніфіка цію в національному законодавстві (одностороння уніфіка ція) та в міжнародній сфері. У першому випадку, як прави ло, відбувається запозичення іноземного досвіду правотво рення для досягнення схожості законодавства кількох держав.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Форми міжнародного приватного права | 37 |

При непрямій уніфікації держави учасниці міжнародно го договору беруть на себе зобов’язання встановити у націо нальному законодавстві правові норми, зміст яких визна чено 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 реко мендаційними актами з типовими нормами. Вони не обов’яз кові для держав, а слугують нормативним орієнтиром для внутрішнього законодавства, тобто, втілюючи у своєму за конодавстві норми типового (модельного) закону, кожна країна має змогу пристосовувати його положення до своїх потреб.

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

Міжнародна уніфікація правових норм, що регулюють правовідносини з участю іноземних елементів, а також роз робка проектів відповідних міжнародних угод ведуться, зок рема, 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) — ЮНСІТРАЛ, 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, за кони «Про міжнародний комерційний арбітраж» (1983 р.), «Про міжнародні кредитні перекази» (1992 р.), «Про елек тронну торгівлю» (1996 р.). Зазначеною комісією підготов лені 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 век селі (1988 р.) та ін.

Крім цієї комісії значну роль в уніфікації законодавства різних країн відіграють такі організації, як Гаазька конфе ренція з міжнародного приватного права. Постійний Ста

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 38 | Тема 2 |  |
|  |  |

тут конференції був прийнятий 1951 р. Відповідно до нього завданням Конференції є прогресивна уніфікація правил міжнародного приватного права. Серед документів, прий нятих конференцією, Конвенція з питань цивільного про цесу (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 уні фікованих документів, є Міжнародний інститут з уніфі кації приватного права, створений 1926 року. Цим інсти тутом розроблені Європейська конвенція про зовнішньо торговий 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 інтелек туальної власності, Міжнародною морською організацією, Міжнародною організацією цивільної авіації та ін.

Неофіційну кодификацію торгових звичаїв, чинних у міжнародному приватному праві, здійснює Міжнародна тор гова палата. Вона, згідно із Статутом ООН, має консульта тивний статус, є міжнародною неурядовою організацією, створеною з метою організаційного, технічного та правово го забезпечення міжнародного бізнесу. Результатом її діяль ності стало видання збірника торгових звичаїв («Trade terms») та інших документів, зазначених вище (див. § 4). Вони покликані забезпечити відносну однаковість проведен ня платежів в міжнародних господарських відносинах.

ТЕМА 3 Колізійні норми

* + 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 держа ви, до якої належить іноземний елемент в даних правовідно синах. Іншими словами, правова колізія зумовлена двома причинами: наявністю іноземного елементу в приватнопра вових відносинах і різним змістом права різних держав, з якими ці відносини пов’язані.

Таким чином, перед судом виникає проблема вибору за кону, 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 елемен ту колізують не окремі норми різних держав, а їхні правові системи. В іншому випадку норма відривається від право порядку, до якого вона належить; «ця норма «інкорпоруєть ся» правовою системою держави, чий суд розглядає справу,

* отримує тлумачення в аспекті сторонньої їй системи пра ва. 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 знач ною мірою втрачає свій зміст»1.
* Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 х т. — М.: Спарк, 2002. — Т. 1. — 157 с.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 40 | Тема 3 |  |
|  |  |

Правові системи окремих держав можуть колізувати у питаннях, які пов’язанні з колізіями як матеріального пра ва (його вибору, кваліфікації, тлумачення), так і процесу ального права (тобто, право якої держави повинно застосо вуватися до процесуальних відносин, пов’язаних з розгля дом справ з участю іноземного елементу та виконанням судових рішень, у тому числі держави, правозастосовчий орган якої компетентний розглядати справи такого роду).

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

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

Структура колізійної норми складається з двох еле ментів: 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 міжнарод не приватне право», а саме до п. 1 ст. 48: «Права та обов’яз ки 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 ви моги про відшкодування шкоди (прив’язка)».

* + обсязі визначаються відносини, пов’язані із зобов’язан нями, що виникли внаслідок заподіяння шкоди (зобов’язан ня з делікту).

У прив’язці визначається, правом якої країни врегульо вуватимуться ці правовідносини, тобто «за правом країни,

* якій мала місце дія або інша обставина, що стала підста вою для вимоги про відшкодування шкоди».

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

* Проект підготовлений народними депутатами України В. Мусія кою, П. Рябікіним, О. Задорожнім, С. Осикою.

|  |  |
| --- | --- |
| Колізійні норми в міжнародному приватному праві | 41 |

Таким чином, **обсяг** — це частина колізійної норми, яка вказує на коло приватноправових відносин міжнародного характеру, що підлягає правовій регламентації. Традицій но обсяг відповідає якомусь конкретному приватноправо вому інституту, як то: спадкові відносини, договірні зобов’я зання, 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 колізій ні 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 i порядок укладання шлюбу в Україні визначається правом України.

Двостороння колізійна норма є більш типовою i її при в’язка не називає право конкретної держави, а формулює загальний принцип, використовуючи який, можна обрати право. Тому прив’язку двосторонньої колізійної норми на зивають «**формулою прикріплення**», тобто вона допома гає прив’язати правовідносини до конкретного правопоряд ку. У п. 2 ст. 37 Договору між Україною та Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у ци вільних i кримінальних справах визначається: «правові стосунки у сфері успадкування нерухомого майна регулю ються законодавством тієї Договірної Сторони, на території якої знаходиться це майно»1. Таким чином, закріплюєть

* Україна в міжнародно правових відносинах. Боротьба зі злочинні стю та взаємна правова допомога (книга перша) / Збірник документів (українською і російською мовами). — К.: Юрінком, 1996. — С. 981— 1019. Договір підписано 27 травня 1993 р. Ратифiковано Україною 4 лютого 1994 р., Республiкою Польща — 17 серпня 1993 р. Обмiн рати фiкацiйними грамотами вiдбувся у Варшавi 15 червня 1994 р.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 42 | Тема 3 |  |
|  |  |

ся можливість застосування або вітчизняного, або інозем ного права.

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

Імперативні — це норми, які містять категоричні вка зівки щодо вибору права i не можуть бути змінені за пого дженням сторін. Прикладом імперативної колізійної норми може бути ч. 2 ст. 40 проекту Закону України «Про міжна родне 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

* 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 i 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 Украї ною i Республікою Польща про правові відносини у цивіль них і кримінальних справах передбачає, що «зобов’язання, які виникають з договірних відносин, визначаються зако нодавством тієї Договірної Сторони, на території якої була укладена угода, якщо учасники договірних відносин не підпорядкують ці відносини обраному ними законодав ству».

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

|  |  |
| --- | --- |
| Колізійні норми в міжнародному приватному праві | 43 |

Альтернативні норми розрізняються між собою залеж но від характеру зв’язку між альтернативами. У простій альтернативній колізійній нормі всі альтернативні прив’яз ки рівнозначні — кожна з них може бути застосована. При цьому вибір однієї з прив’язок виключає подальше викори стання інших. Зазвичай вони з’єднуються сполучником «або». Прикладом такої колізійної норми слугує ч. 1 ст. 40 проекту Закону України «Про міжнародне приватне право»,

* 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 нор ма, в якій альтернативні прив’язки супідрядні між собою. При цьому виокремлюються основна (генеральна) прив’яз ка, яка формулює загальне головне правило вибору права (призначене для першочергового застосування), i субсидіар на, — яка формулює ще одне або кілька правил і застосо вується тоді, коли головне правило з будь яких причин не було застосоване або виявилося недостатнім для вибору компетентного правопорядку. Наприклад, ч. 6 ст. 6 Зако ну України «Про зовнішньоекономічну діяльність закріп лює: «Форма зовнішньоекономічної угоди визначається правом місця її укладання. Угода, що була укладена за кор доном, не може бути визнана недійсною внаслідок недотри мання форми, якщо дотримані вимоги законів України».

Кумулятивні **—** це такі норми, в яких до одних право відносин застосовується одночасно кілька прив’язок. При чому застосування однієї з прив’язок не виключає подаль шого використання іншої1. Так, кумулятивна прив’язка ви користовується в ч. 3 ст. 3 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відно сини у цивільних і кримінальних справах, а саме: «Якщо дитину усиновляє подружжя, з якого один є громадянином однієї Договірної Сторони, а другий — іншої Договірної Сто рони, повинні бути дотримані вимоги, передбачені законо давством обох Договірних Сторін».

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 44 | Тема 3 |  |
|  |  |

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 дер жав (як правило, йдеться про уніфіковані норми). У випад ку 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 пра ва такої держави постає запитання про те, яке законодав ство або яке право повинно бути застосоване.

Доречним тут може бути приклад, наведений відомим вченим М. М. Богуславським. В Італії розглядалося питан ня про спадкоємство громадянина США, який народився в Сан Франциско (штат Каліфорнія). Згідно із ст. 46 Закону «Про реформу італійської системи міжнародного приватно го 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,

* випадках, коли відповідно до цього закону повинно засто совуватися право держави, в якій діє одночасно кілька пра вових систем залежно від територіального чи персонально го принципу, належне до застосування право визначається на підставі критеріїв, що застосовуються правом цієї дер жави. 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 указаного зако ну, повинен застосувати правову систему, з якою відносини найбільш тісно пов’язані. У даному разі він повинен вихо дити 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 домiциль (особлива форма місця проживання) в Каліфорнії. Наявність домiци

|  |  |
| --- | --- |
| Колізійні норми в міжнародному приватному праві | 45 |

ля в Каліфорнії повинна розглядатися як наявність тісного зв’язку саме з цим штатом. Звідси випливає, що треба за стосовувати законодавство Калiфорнiї1.

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 (інтертем поральне право).

* 3. Основні формули прикріплення

Формули прикріплення є результатом узагальнення най поширеніших двосторонніх колізійних прив’язок і визна чення 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,
* право та дієздатність, а також особисті та інші права. Різновидами особистого закону фізичної особи є:

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

б) закон місця проживання (lex domicilii) — означає за стосування права тієї держави, де відповідна особа постійно чи переважно проживає.

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

* Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. – 5 е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2004. — С. 93—94.

2 У більшості сучасних розвинених держав Азії, Африки та Латинсь кої Америки діє кодифіковане цивільне законодавство. Разом з цим у багатьох з них діють системи релігійного права (одна або кілька), нор ми яких дуже часто колiзують як з нормами загальноцивiльного зако нодавства, так i між собою.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 46 | Тема 3 |  |
|  |  |

Прикладом особистого закону фізичної особи може бути

* 1 ч. 2 ст. 23 Мінської конвенції 1993 року (ст. 26 Киши нівської конвенції 2002 року) «Про правову допомогу та пра вові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних спра вах»: «Дієздатність фізичної особи визначається законодав ством Договірної Сторони, громадянином якої є дана особа. Дієздатність особи без громадянства визначається за правом держави, в якій вона має постійне місце проживання»1.
  1. **Закон «національності» юридичної особи (lex socie tatis) —** використовується при вирішенні колізій законів,пов’язаних з правовим положенням іноземної юридичної осо би. Дана формула прикріплення передбачає застосування права тієї держави, якій належить юридична особа.

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

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

б) На відміну від англо американського права, практика країн континентальної Європи додержується ознаки «осі лості» юридичної особи, а «осілість» звичайно визначаєть ся за місцем знаходження адміністративного (управлінсь кого) 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 запи сано: «Правоздатність юридичної особи визначається зако нодавством держави, за законами якої вона була заснова на». Про це також свідчить п. 3 ст. 26 Кишинівської кон венції 2002 року.

* Україна в міжнародно правових відносинах. Боротьба зі злочинні стю та взаємна правова допомога (книга перша) / Збірник документів (ук раїнською і російською мовами). — К.: Юрінком, 1996. — С. 1049—1082.

|  |  |
| --- | --- |
| Колізійні норми в міжнародному приватному праві | 47 |

* 1. **Закон місця знаходження речі (lex rei sitae)** — означає застосування права тієї держави, на території якої зна ходиться 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 законодав ством 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 кон венції 2002 року).

* 1. **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 колізій них питань у сфері договірних зобов’язань вирішальною є воля сторін.

Так, ч. 9 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономіч ну діяльність» встановлює, що «права та обов’язки сторін зовнішньоекономічних договорів (контрактів) визначають ся правом країни, обраним сторонами при укладанні дого вору або в результаті подальшого узгодження».

* проекті Закону України «Про міжнародне приватне пра во» принцип автономії волі знайшов своє відбиття у ст. 4:

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

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

«Вибір права може бути зроблений як щодо правочину в ціло му, так і щодо його окремих частин. Вибір права щодо окре мих частин правочину повинен бути явно виражений» (п. 3); «Вибір права сторонами не обмежується колом правопо рядків країн, поміж яких можливий вибір, — якщо інше

не встановлено законом» (п. 4);

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 48 | Тема 3 |  |
|  |  |

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

* 1. **Закон місця здіснення акту (lex loci actus)** — означає застосування права тієї держави, на території якої був здійснений акт. Приватноправовий акт — це широке понят тя, що охоплює різні приватноправові дії. Існує кілька варі антів закону місця здійснення акту, що зустрічаються най частіше:

а) закон місця укладення договору (lex loci contractus) — означає застосування права держави, на території якої було укладено договір, та застосовується у сфері зобов’язально го права. Відносно даної прив’язки існує проблема визна чення 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

* 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 вико нанню;

в) закон місця укладення шлюбу (lex loci celebrationis) — застосовується в законодавстві деяких країн, що регулює сімейні відносини, і означає застосування права тієї держа ви, 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 ви пливають із договору, та інших правомірних дій, визнача ються за законодавством Договірної Сторони, на території

|  |  |
| --- | --- |
| Колізійні норми в міжнародному приватному праві | 49 |

якої мала місце дія або інша обставина, що є підставою для вимоги про відшкодування збитків».

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

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

* 1. **Закон найбільш тісного зв’язку (proper law)** — означає застосування права тієї держави, з якою правовідноси ни найбільш тісно пов’язані, й застосовується як в зобов’я зальному праві, так і у сфері деліктів, шлюбно сімейних, спадкових, трудових відносин.
  2. **Закон суду, який вирішує спір (lex fori),** — означаєзастосування права тієї держави, суд якої розглядає справу
* участю іноземного елементу (суд застосовує своє націо нальне право). Загальноприйнятою сферою застосування закону суду є міжнародний цивільний процес.
  1. **Закон місця роботи (lex loci laboris)** — означає застосування права країни, на території якої здійснюється тру дова діяльність, і застосовується у сфері міжнародних тру дових відносин (основним винятком з даного правила є фор ма трудового договору).
  2. **Закон прапору (lex flagi)** — означає застосуванняправа тієї країни, під прапором якої ходить судно, і засто совується у сфері торговельного мореплавства.

ТЕМА 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 по яснюються вирішенням колізійної проблеми, тобто визна ченням застосовного права (вибір компетентного правопо рядку). 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 зако ну і т. ін. «Вторинна» кваліфікація передбачає застосуван ня норм обраного правопорядку і пов’язана з тлумаченням норм іноземного права, встановленням їхнього змісту, а та кож з обмеженням застосування іноземного права тощо.

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

Проблема кваліфікації підлягає розгляду у двох основ них напрямках: кваліфікація понять обсягу колізійної нор ми (до них належать «форма заповіту», «форма право чинів», «позовна давність» і т. ін.) та кваліфікація понять, які складають її прив’язку (такі юридичні поняття, як «місце укладення угоди», «закон місця вчинення правопо рушення» тощо). Кваліфікація понять колізійної норми ус кладнюється «конфліктом кваліфікацій», що виникає че рез відмінності у визначенні одних і тих же понять різними правовими системами. Тобто, юридичні поняття, з яких складаються обсяг і прив’язка колізійних норм різних дер жав, можуть за формою збігатися, але мати різний зміст.

|  |  |
| --- | --- |
| Застосування іноземного права | 51 |

Прикладом кваліфікації понять прив’язки колізійної норми можуть бути угоди у сфері зовнішньої торгівлі. Так, зовнішньоторговельна угода купівлі продажу вчинена шля хом оферти, що надіслана з Парижу на адресу британської фірми до Лондону, а акцепт британської фірми надісланий

* Лондону до Парижу. З точки зору французького права, правочин завершений у момент отримання акцепту в Па рижі, який за французьким правом і є місцем укладення даного договору; з точки зору англійського права, угода за вершена 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 анг лійським правом1.

Наявність однакових колізійних норм у праві різних дер жав не гарантує однаковий вибір права. Він залежатиме від того, за правовими поняттями якої держави буде тлумачи тися колізійна норма на предмет співвідношення її з фак тичними обставинами. Тому проблема конфлікту кваліфі кацій має ще одну назву — «приховані колізії». Ілюстра цією 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 дружи ни, яке знаходилось у Росії. Російська нотаріальна контора відмовила йому у видачі свідоцтва на спадкування, посила ючись на наявність заповіту, відповідно до якого все майно померлої російської громадянки переходило до сина від пер шого шлюбу. Тоді вдовець звернувся до російського суду з позовом про визнання свого права на спадкування, обґрун товуючи його тим, що за англійським правом наступний шлюб скасовує попередній заповіт, зроблений особою, яка вступила в шлюб. Отже, суд повинен вибрати право, що

* Лунц Л. А .Курс международного частого права: В 3 х т. — М: Спарк, 2002. — Т. 1. — С. 253.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 52 | Тема 4 |  |
|  |  |

підлягає застосуванню (російське чи англійське), і визна чити дійсність заповіту. Дійсність заповіту оскаржена фак том 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 відпо вісти на це запитання, необхідно дати юридичну оцінку да ним фактичним обставинам, тобто дати їм юридичну квалі фікацію, а саме: визначити, можливість скасування запов іту взяттям шлюбу належить до спадкового права чи до сімейного. Але дати «юридичну оцінку» чи дати «юридич ну 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 зас тосувати колізійну норму за спадкоємними відносинами.

Згідно з п. 2 ст. 1224 ЦК РФ («Здатність особи до складан ня і скасування заповіту... визначається за правом країни, де заповідач мав місце проживання в момент складення запові ту 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 запові том 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, взає мини між подружжям визначаються правом держави, на те риторії якої подружжя має спільне місце проживання. Ком петентним є англійське право, за яким заповіт є недійсним1.

Отже, для того щоб застосувати колізійну норму і вибра ти право, яке підлягає застосуванню, необхідно кваліфіку

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

|  |  |
| --- | --- |
| Застосування іноземного права | 53 |

вати колізійну норму на предмет з’ясування змісту юридич них понять, з яких вона складається, і її співвідношення з фактичними обставинами, до яких вона повинна бути зас тосована.

Існує три можливі варіанти вирішення конфлікту квалі фікацій.

1. Кваліфікація за законом суду (lege fori).
2. Кваліфікація за іноземним законом (lege causae). Проект Закону України «Про міжнародне приватне пра

во» пропонує реалізовувати правову кваліфікацію юридич них понять тлумаченням згідно з правом країни суду, якщо інше не передбачено законом. Якщо юридичні поняття не відомі 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.

* 1. Кваліфікація за принципом «автономної кваліфікації».
* літературі міжнародного приватного права була висунута теорія «автономної кваліфікації», яка полягає у спробі тлу мачити юридичні поняття автономно, тобто незалежно від матеріального права даної країни. Однак сформулювати за гальні для права різних країн поняття — це завдання по рівняльного 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 відси лання до закону третьої країни (renvoi другого ступеня) — одна з найбільш складних проблем, що існують у міжнарод ному приватному праві.

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

Колізії колізійних норм можуть бути як позитивні, так і негативні.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 54 | Тема 4 |  |
|  |  |

Позитивні колізії — дві й більше держави розглядають певні правовідносини з участю іноземного елементу як пред мет регулювання свого власного права.

Негативні колізії — жодна держава, з якою пов’язані певні правовідносини, не розглядає його як предмет регу лювання 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 французь ким терміном «renvoi». Цей приклад якнайкраще може проілюструвати проблему зворотного відсилання, суть яко го полягає у такому. Форго був баварським підданим, але постійно проживав у Франції. Після його смерті потрібно було вирішити питання про спадкування майна, яке знахо дилось у Франції. Французька колізійна норма з цих питань відсилала до закону «доміциля походження», тобто до ба варського 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 нор ма, розглядається як іноземне право в цілому, включаючи і його колізійні норми, які відсилають назад до вітчизняного права.

Результатом прийняття відсилання є застосування мате ріального права держави суду або третьої держави (в іншо му випадку застосування не матеріального права, а право порядку в цілому зводиться до того, що пошук застосовного права починається з початку).

Проект Закону України «Про міжнародне приватне пра во» передбачає прийняття зворотного відсилання при ви значенні особистого та сімейного стану фізичної особи, а та кож приписує розглядати будь яке відсилання до іноземно го права як відсилання до матеріального, а не до колізійного права відповідної країни, якщо інше не встановлено зако ном (ст. 8).

|  |  |
| --- | --- |
| Застосування іноземного права | 55 |

* 3. Обхід закону

Обхід закону (fraus omnia corrumpit) — це такі дії учас ників відносин, за яких сторонами свідомо створюється при в’язка до іноземного права з метою уникнути використан ня 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 відпо відної угоди. Ця загальна доктрина вперше була опрацьо вана 1878 року на підставі рішення французького касацій ного суду у справі Бофремон: громадянка Франції, для того щоб обійти існуючу тоді у Франції заборону розлучення, натуралізувалася в Німеччині, де домоглася судового роз лучення і взяла новий шлюб. Цей шлюб був оголошений французьким судом недійсним; суд знайшов, що розірван ня першого шлюбу було здійснено в обхід французької за бороняючої норми. З цього рішення суд вивів, що у міжнарод ному приватному праві необхідно застосовувати принцип fraus omnia corrumpit (обхід закону породжує недійсність акту в цілому)1.

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

Але не всі автори поділяють таку точку зору. Деякі вва жають, що питання про обхід закону в міжнародному при ватному праві є одним з випадків застосування застережен ня про публічний порядок. На думку відомого німецького колізіоніста Л. Раапе, публічний порядок дає змогу бороти ся з обходом закону, тобто його можна розглядати як конк ретний 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

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 56 | Тема 4 |  |
|  |  |

«штучна криміналізація» обходу закону, переведення його

* статус протиправного суперечить самому змісту цього по няття — 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 пра возастосовчий процес, який здійснюється судом та іншими правозастосовчими органами (нотаріусами, органами дер жавної виконавчої влади тощо) на підставі та в межах на ціонального права згідно із загальновизнаними принципа ми міжнародного права, такими як суверенна рівність дер жав, самовизначення, невтручання у внутрішні справи.

Юридичною підставою застосування іноземного права на території певної держави є колізійна норма. Суд не зо бов’язаний заздалегідь знати зміст іноземного права, до якого відсилає вітчизняна колізійна норма. Але, якщо ко лізійне питання вирішене і застосуванню підлягає інозем не право, то суд повинен визначити зміст його норми. Пер шочергове завдання суду полягає в тому, щоб застосувати іноземне право так, як воно застосовується «у себе на бать ківщині».

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

* метою встановлення змісту норм іноземного права суди та інші органи, які його застосовують, мають право звертатися за роз’ясненням до Міністерства юстиції Украї ни та до інших компетентних органів і установ в Україні й за кордоном або залучати експертів. Законодавець дозво ляє особам, які беруть участь у справі, надавати докумен ти, що підтверджують зміст відповідних норм іноземного права. Якщо зміст норм іноземного права, незважаючи на
* Кибенко Е. Р. Міжнародне приватне право: Навч. практ. посібник. — Харків: Еспада, 2003. — С. 45.

|  |  |
| --- | --- |
| Застосування іноземного права | 57 |

вжиті заходи, не встановлений, застосовуються норми пра ва України.

Необхідно зазначити, що ці положення були закріплені

* 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 здійсню вати обмін інформацією з правових питань. Так, Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах, яка підписана держава ми СНД 1993 року, передбачає, що центральні установи юстиції Договірних Сторін на прохання надають один одно му відомості про чинне або про таке, що втратило чинність на їхніх територіях, внутрішнє законодавство та про прак тику його застосування установами юстиції (Мінська кон венція 1993 року, Кишинівська конвенція 2002 року). Ана логічні 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 по нять і є загальноприйнятим інститутом міжнародного при ватного права.

Оскільки колізійна норма може обирати право будь якої держави, а передбачити всі наслідки цього вибору немож ливо, то з метою запобігання настання можливих негатив них наслідків і вживається застереження про публічний порядок. Таким чином, призначення застереження — обме жити дію колізійної норми, вилучивши застосування іно земного закону, — несумісне з публічним порядком країни суду. Воно закріплено в законодавстві багатьох держав, у міжнародних договорах і застосовується при визнанні й ви конанні іноземних судових і арбітражних рішень.

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 58 | Тема 4 |  |
|  |  |

Загальна позитивна концепція («франко італійська») ба зується на сукупності матеріально правових норм, які в силу принципової важливості для захисту суспільних і мо ральних підвалин даної держави застосовуються завжди, навіть якщо вітчизняна колізійна норма відсилає до інозем ного права (такі норми часто іменуються надімперативни ми). У даному випадку певні принципи і норми національ ного права мають особливе значення, тобто позитивне зна чення для держави.

Найчастіше позитивне застереження використовується при розгляді питань, пов’язаних із спадкуванням нерухо мого майна, з відповідальністю за умисне заподіяння шко ди, з суспільним станом особи (правове положення одруже них жінок, усиновлених дітей та інших), а також питань щодо іноземного інвестування (саме існування Закону Ук раїни «Про режим іноземного інвестування» виключає мож ливість застосування іноземного закону). «Чи слід ці нор ми кваліфікувати як норми публічного порядку в «позити вному» 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 германсь кої доктрини) вбачає підстави для незастосування інозем ної правової норми у властивостях самої норми, які роблять

* такою, що вона не може бути застосована.
  1. судах західних держав застереження про публічний порядок багаторазово вживалося для обмеження дії ра дянських законів при невизнанні права власності радянсь кої держави.

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

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

|  |  |
| --- | --- |
| Застосування іноземного права | 59 |

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

Нині негативна концепція публічного порядку має місце

* деяких нормативних актах і включається до міжнародних договорів за участю України. Так, у ст. 291 Сімейного ко дексу України вказано, що сімейне законодавство інозем них держав застосовується в Україні, якщо воно не супере чить основним засадам регулювання сімейних відносин, встановлених цим кодексом.

Негативне застереження про публічний порядок знайш ло 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 несумісно го із засадами правопорядку України. Відмова у застосу ванні 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 став лення країни до іноземців, які перебувають на даній тери торії постійно або тимчасово.

Традиційно існує три режими для іноземців: національ ний, найбільшого сприяння та спеціальний. Але, як прави ло, 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 по казує, як держава ставиться до іноземних громадян або юридичних осіб, які мешкають на її території, — допускає

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 60 | Тема 4 |  |
|  |  |

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

Основні ознаки трьох вищеперерахованих правових ре жимів у міжнародному приватному праві такі.

**Національний режим** передбачає надання іноземним громадянам і юридичним особам такого ж режиму, що і вітчиз няним громадянам і юридичним особам. Таким чином, дер жава 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 гос подарську діяльність іноземних юридичних осіб, передба чає вільний доступ юридичних і фізичних осіб у суд для за хисту своїх прав тощо.

Визначення загального правового статусу іноземців в Україні випливає 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 Ук раїни, за деякими винятками. Це свідчить про те, що іно земцям 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 пере бувають на території даної країни в найбільш вигідному у правовому відношенні становищі. Клаузула1 про найбіль ше сприяння включається до міжнародних договорів на взаємній основі.

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

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

|  |  |
| --- | --- |
| Застосування іноземного права | 61 |

принципу найбільшого сприяння запобігає запровадженню дискримінаційних заходів.

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

**Спеціальний режим** полягає у наданні іноземцям у будьякій 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 нега тивний характер для іноземців. Вводиться спеціальний режим прийняттям відповідного нормативного акта, яким, як пра вило, передбачається механізм реалізації цього режиму.

* 7. Взаємність і реторсія

Україна, прагнучи до Європейської спільноти та взаємо вигідного співробітництва з іншими країнами планети, ак тивно виступає за розвиток економічних науково техніч них, культурних зв’язків з усіма країнами світу. На це спря мовані 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 незалеж но 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 са мими правами в тій країні. Таким чином, наша держава за безпечує 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 іно земці мають ту суму прав і повноважень, що й у своїй дер жаві, та

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 62 | Тема 4 |  |
|  |  |

юридичні та фізичні особи можуть бути поставлені в рівне становище з місцевими за умови, що такий же підхід засто совується 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 відмін ності у правовому регулюванні. Тому в міжнародних уго дах йдеться зазвичай про надання іноземцям на засадах взаємності національного режиму або режиму найбільшо го сприяння. Закріплення того чи іншого режиму здійсню ється за загальними принципами у нормах міжнародного договору.

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

Метою реторсії є відміна обмежень, встановлених окре мою державою, якщо ця держава вчинила заходів, що не суть необґрунтовану, в порядку дискримінації, шкоду інте ресам іншої країни або її громадян.

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

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

обмеження імпорту;

підвищення митних зборів;

введення режиму ліцензування та/або квотування зов нішньоекономічних операцій;

введення індикативних цін у зовнішньоекономічній сфері тощо.

Відповідно до доктрини міжнародного права, застосуван ня заходів обмежувального характеру щодо конкретної іно земної країни (її органів, юридичних осіб, громадян) як ре торсії не може вважатися порушенням принципу недис кримінації.

* Від пізньолат. retorsio – зворотна дія.

ТЕМА 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 гро мадянства (апатридів), осіб з кількома громадянствами (біпатридів) та ін. У сучасних умовах до кола осіб, відносно яких діють норми міжнародного приватного права, з ураху ванням 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.

* загальному розумінні **правовий статус суб’єкта** — це система визнаних і закріплених державою у законодавчо му порядку прав і обов’язків даного суб’єкта. **Правовий ста8** **тус фізичних осіб як суб’єктів міжнародного приватного права —** це сукупність усіх належних їм прав, свобод таобов’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), ос кільки зберігає правовий зв’язок з державою свого грома дянства чи постійного місця проживання, правовий статус

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 64 | Тема 5 |  |
|  |  |

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

* конкретних правовідносинах.

Основоположними для визначення правового становища фізичних осіб є загальновизнані принципи й норми міжна родного права стосовно прав і обов’язків людини, що містять ся у Загальній декларації прав людини (1946 р.), Міжнарод ному 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

* 212 року їм було надано статус jus gentium. За часів фео далізму правове становище іноземців характеризувалося повною незабезпеченістю прав, фактичним безправ’ям. Французька революція XVIII ст. змінила становище інозем ців, 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 укладен ня спеціальних міжнародних угод. Обмеження прав іно земців набули характеру спеціальних законів, виключень із загальних засад надання іноземцям національного режи му. Особливого значення у сфері прав іноземців набули ре торсії: у випадку застосування іноземною державою будь яких обмежень дискримінаційного характеру до нашої дер жави, наших громадян чи юридичних осіб Україною може бути у відповідь застосовано заходи обмежувального ха

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 65 |

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

1.2. Поняття та колізійні питання громадянства

Поняття громадянства на міждержавному рівні врегу льоване з допомогою багатьох нормативно правових актів, серед яких: Конвенція, що регулює деякі питання, пов’я зані з колізією законів про громадянство, від 12 квітня 1930 р. (Україна не бере участі), Конвенції про громадян ство 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 скоро чення випадків багатогромадянства та про військову по винність 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. Страс бург, діє щодо держав членів Ради Європи) та двосторонні міжнародні договори за участю України про усунення ви падків подвійного громадянства (наприклад, Договір між Україною та Республікою Узбекистан про запобігання ви никненню випадків подвійного громадянства від 5 груд ня 1996 р., Договір між Україною та Грузією про запобіган ня виникненню випадків подвійного громадянства та усу нення вже існуючого подвійного громадянства від 28 жовтня 1997 р.).

* 1. наведених нормативних актах визначено поняття громадянства як правовий зв’язок між особою та державою1.
* деяких випадках фізична особа може мати подвійне (мно жинне) громадянство, що означає одночасну належність особи до громадянства двох або більше держав (таких осіб прийнято називати біпатридами); або ж не мати громадян
* Див., наприклад, ст. 2 Європейської конвенції про громадянство від 6 листопада 1997 р.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 66 | Тема 5 |  |
|  |  |

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

Відповідно до положень Закону України «Про громадян ство 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 за конами України та міжнародними договорами України1.

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

* 1. Україні визнані й закріплені у тексті вказаного Закону принципи, на яких базується законодавство України про громадянство: 1) єдиного громадянства — громадянства дер жави Україна, що виключає можливість існування громадян ства адміністративно територіальних одиниць України; 2) за побігання виникненню випадків безгромадянства; 3) немож ливості позбавлення громадянина України громадянства України; 4) визнання права громадянина України на зміну громадянства; 5) неможливості автоматичного набуття гро мадянства України іноземцем чи особою без громадянства внаслідок укладення шлюбу з громадянином України або на буття та припинення громадянства України фізичною особою внаслідок одруження чи припинення шлюбу або припинення громадянства України в зв’язку з такими обставинами другим
* подружжя; 6) рівності перед законом громадян України не залежно від підстав, порядку і моменту набуття ними гро мадянства України; 7) збереження громадянства України не залежно від місця проживання громадянина України.

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

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 67 |

земець набув громадянство України, то у правових відноси нах 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 Украї ни набувають також громадянство іншої держави; б) діти, які є громадянами України і усиновлені іноземцем, набува ють громадянство усиновителя; в) громадянин України ав томатично набув громадянство іншої держави внаслідок одруження з іноземцем; г) згідно із законодавством іншої держави її громадянство надано громадянину України ав томатично без його добровільного волевиявлення і він не отримав добровільно документ, який би підтверджував на явність у нього громадянства іншої держави.

Відповідно до положень названих вище міжнародних кон венцій з питань громадянства, а також Закону України «Про громадянство України», кожна держава в односторонньому порядку визначає «своїх» громадян. Підставами для набут тя громадянства можуть бути походження, територіальний принцип, прийняття до громадянства, поновлення у грома дянстві, усиновлення, встановлення опіки чи піклування над дитиною тощо. При цьому, як зазначає О. Р. Кибенко, різно манітні колізійні питання (громадянство дітей, громадянство осіб при зміни їх сімейного статусу, встановлення над ними опіки та піклування тощо) вирішуються національними за конами, як правило, на користь власного громадянина. Внас лідок такого підходу у фізичних осіб часто виникає подвійне громадянство, що складає основну колізійну проблему у міжнародному приватному праві1. Отже, подвійність грома дянства виникає внаслідок колізій законодавства різних країн щодо набуття і втрати громадянства, міграційних про цесів, 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

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

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 68 | Тема 5 |  |
|  |  |

раїни» закріплений підхід щодо біпатридів, відповідно до якого така особа у правових відносинах з Україною ви знається 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, реаліза ція ними права власності на землю, нерухоме майно, реалі зація права на житло, освіту, виконання військового обо в’язку1 і т. ін.2. Особливо відчутно проявляється це у випад ку, 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 вста новлено: перебуваючи у третій державі, особа, що має гро мадянство більш як однієї держави, розглядається як така, що має лише одне громадянство. Громадянством такої осо би визнається або громадянство країни, в якій ця особа зви чайно та переважно мешкає, або ж громадянство країни, з якою вона (особа) найбільш тісно пов’язана, з урахуванням фактичних обставин3. Названа Конвенція не розкриває по няття «найбільш тісний зв’язок з державою», а, отже, воно належить до категорії оцінних. У кожному конкретному ви падку правозастосовчий орган має оцінювати всю су купність обставин, а доказами найбільш тісного зв’язку біпатрида з державою можуть бути, наприклад, виконання ним обов’язків, покладених нормативними актами, що

* Правила щодо порядку виконання військового обов’язку біпатридів містяться, наприклад, у Конвенції про скорочення випадків багатогро мадянства та про військову повинність у випадках багатогромадянства від 6 травня 1963 року, відповідно до якої військова повинність виконуєть ся 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., відпо відно 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.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 69 |

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 Кон венції, що регулює деякі питання, пов’язані з колізією за конів про громадянство від 12 квітня 1930 р., а, отже, її нор ми не мають чинності на території України. У разі виник нення 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 на звана Конвенція.

Окремо слід сказати ще про одну особливу категорію гро мадян, до якої належать вимушені переселенці. Вимушений переселенець — це громадянин, що має постійне місце про живання на території іноземної держави, але вимушений її покинути внаслідок обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознаками раси, віросповідання, національ ності, ставлення до релігії, громадянства (підданства), належ ності до певної соціальної групи або політичних переконань, який через це повернувся на територію держави свого грома дянства та отримав тут притулок1. Внутрішнє законодавство України, яким було б врегульовано статус вимушених пере селенців, фактично відсутнє2; не є Україна і учасницею Уго ди 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 ста тус іноземців та осіб без громадянства» від 4 лютого 1994

* 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’єдна них 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 70 | Тема 5 |  |
|  |  |

року1, іноземцем визнається особа, яка не перебуває у гро мадянстві України і є громадянином (підданим) іншої дер жави або держав. Особою без громадянства є особа, яку жод на держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином2. Отже, законодавство України до по няття «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 виїз ду з України і транзитного проїзду через її територію»3

* 1074 від 29 грудня 1995 р. затверджено відповідні Пра вила, якими визначається порядок: в’їзду в Україну, виїз ду з України і транзитного проїзду через її територію іно земців та осіб без громадянства; оформлення документів іно земцям та особам без громадянства на право перебування в Україні; пересування іноземців та осіб без громадянства по території України і вибору ними місця проживання в Ук раїні; 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 орга ну 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 Правила ми. Продовження терміну перебування в Україні іноземців та осіб без громадянства, що прибули на тривале пе

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 71 |

ребування з метою навчання, працевлаштування, у приват них справах тощо, здійснюється органами внутрішніх справ

* 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’я зані мати паспортний документ — документ, що підтвер джує громадянство іноземця або посвідчує особу без грома дянства, виданий уповноваженим органом іноземної держа ви 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 (зареєстрова но 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 запровад жено 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 Інструк цією про порядок реєстрації іноземців та їх паспортних документів у пун ктах пропуску через державний кордон, що була затверджена наказом Дер жавного 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 про ставлення 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 запов нення 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 Ук раїни. — 2001. — № 33. — 31 серпня).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 72 | Тема 5 |  |
|  |  |

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 іно земців та осіб без громадянства з країн з безвізовим поряд ком 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 осо би без громадянства можуть звільнятися від реєстрації пас портного документа на підставі відповідного міжнародного договору України на умовах взаємності1.Слід зазначити, що паспортні документи деяких категорій іноземців реєстру ються у Міністерстві закордонних справ України та його представництвах. Відмітка про реєстрацію іноземця та осо би без громадянства в його паспортному документі дійсна на всій території України незалежно від місця його прожи вання.

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

* 1. Звільняються від реєстрації паспортного документа глави держав
* урядів зарубіжних країн, члени парламентських та урядових деле гацій, які прибули в Україну на запрошення Президента України, Вер ховної Ради України чи Кабінету Міністрів України, Верховної Ради чи Уряду Автономної Республіки Крим, міністерств (відомств) Украї ни; співробітники, які прибули в Україну за посвідченнями ООН та організацій її системи; іноземці та особи без громадянства, які не до сягли 18 річного віку; іноземні туристи, які здійснюють круїз; члени екіпажів іноземних військових кораблів (літаків), які прибули в Ук раїну 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 вок залах (станціях), зазначених у розкладі руху.

2 Як правильно зазначають Г. С. Фединяк та Л. С. Фединяк, вітчиз няним законодавством не встановлено єдиних критеріїв, що їх слід зас тосовувати до визначення постійного чи тимчасового проживання іно земців в Україні. Детальніше див.: Фединяк Г. С., Фединяк Л. С. Міжна родне приватне право: Підручник. – 3 є вид., доп. і перероб. — К.: Атіка, 2003. — С. 86—87.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 73 |

мадян та осіб без громадянства1. **Іммігранти —** іноземці чи особи без громадянства, які отримали дозвіл на імміграцію

* прибули в Україну на постійне проживання або, перебува ючи в Україні на законних підставах, отримали дозвіл на імміграцію і залишилися в Україні на постійне проживан ня. Право на імміграцію іноземців в Україну встановлено Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», більш детально умови та порядок імміграції
  + Україну визначено Законом України «Про імміграцію» від

7 червня 2001 р.2 Вказаними нормативними актами встановлено, що

іммігрувати в Україну можна на підставі відповідного до зволу, що видається за заявою особи, яка бажає іммігрувати

* + Україні 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 бе резня 2004 р. (Урядовий кур’єр. — 2004. — № 63 (3 квітня) закордон ним українцем визнається особа, яка є громадянином іншої держави або особою без громадянства, а також має українське етнічне походжен ня або є уродженцем України. Статус закордонного українця засвідчує посвідчення, що видається Міністерством закордонних справ або дип ломатичною 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 на уки та культури, імміграція яких відповідає інтересам України; 2) ви сококваліфіковані спеціалісти і робітники, гостра потреба в яких є відчутною для економіки України; 3) особи, які здійснили іноземну інве стицію в економіку України іноземною конвертованою валютою на суму не менш як 100 (сто) тисяч доларів США, зареєстровану у порядку, ви значеному Кабінетом Міністрів України; 4) особи, які є повнорідними братом чи сестрою, дідом чи бабою, онуком чи онукою громадян Украї ни; 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 встановлен ня квоти імміграції Кабінетом Міністрів України не визначено та рішен ня про встановлення таких квот ним не приймалося.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 74 | Тема 5 |  |
|  |  |

* засудженим до позбавлення волі на строк більше од ного року за вчинення діяння, що відповідно до законів України визнається злочином, якщо судимість не погаше на і не знята в установленому законом порядку;
* 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 вчинен ням діяння, що відповідно до законів України визнається тяжким злочином, або проти яких порушено кримінальну справу, якщо попереднє слідство за нею не закінчено;
* хворим на хронічний алкоголізм, токсикоманію, нар команію або інфекційні захворювання, перелік яких ви значено центральним органом виконавчої влади з питань охорони здоров’я1;
* які в заявах про надання дозволу на імміграцію зазна чили свідомо неправдиві відомості чи подали підроблені документи;
* яким на підставі закону заборонено в’їзд на територію України;
* в інших випадках, передбачених законами України. Особа, яка постійно проживає за межами України і от

римала дозвіл на імміграцію, в’їжджає на територію Украї ни на підставі імміграційної візи (яка є чинною протягом року з дня її оформлення). Така віза оформляється дипло матичним представництвом чи консульською установою України за зверненням такої особи. Законодавство України містить припис про те, що після прибуття іммігранта в Ук раїну він повинен звернутися протягом п’яти робочих днів до спеціально уповноваженого центрального органу вико навчої влади з питань імміграції2 за місцем проживання із

* 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 (зареєстрований в Міністерстві юстиції України 5 листопада 2001 р. за № 932/6123) // Офі ційний 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 Дер жавний департамент у справах громадянства, імміграції та реєстрації фізич них осіб, що входить до складу Міністерства внутрішніх справ України.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 75 |

заявою про видачу йому посвідки на постійне проживання (до заяви додаються копія паспортного документа заявни ка із проставленою в ньому імміграційною візою та копія рішення про надання дозволу на імміграцію). Орган мігра ційної служби має протягом тижня з дня прийняття заяви видати іммігранту посвідку на постійне проживання. У ви падках, 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 про тягом місяця з дня отримання копії рішення про скасуван ня дозволу.

Після постійного проживання на території України про тягом не менш як п’яти років іноземного громадянина чи особу без громадянства може бути прийнято до громадян ства України (натуралізовано).

**Іноземці, які тимчасово перебувають на території Ук8 раїни.** 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 до кументів. Умови та порядок видачі візових документів іно земцям встановлено Правилами оформлення візових доку ментів для в’їзду в Україну (затверджені постановою Кабі нету Міністрів України «Про запровадження нового порядку оформлення візових документів для в’їзду в Ук раїну» від 20 лютого 1999 р. № 2271) та Інструкцією про по рядок оформлення візових документів іноземцям та особам без громадянства для в’їзду в Україну (затвердженою нака зом Міністерства закордонних справ України від 7 квітня 1999 р. № 63, зареєстрованою в Міністерстві юстиції Украї ни 9 квітня 1999 р. за № 223/3516)2. Відповідно до назва них нормативних актів віза має вигляд відмітки у паспорт ному 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

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

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 76 | Тема 5 |  |
|  |  |

тва та консульські установи України1 на підставі візових ан кет і доданих до них документів2. Візи залежно від мети по їздки бувають (позначаються літерним і цифровим кодом): дипломатичні, службові, ділові, для працівників рятуваль них 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 пер соналу 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 зміню вати 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)

* довготермінові (від шести місяців та п’яти років). Візи можуть оформлятися як разові, дво та багаторазові, колек тивні. У візовій етикетці (засвідчує факт видачі візи) зазна чений термін, протягом якого іноземець або особа без гро мадянства може в’їхати і перебувати в Україні чи здійсни ти транзитний проїзд через її територію. У строк, вказаний у візі, іноземці зобов’язані залишити територію Україну.

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

1 Крім окремих категорій віз, які оформляє консульське управлін ня 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 гро мадянства, що дає право на в’їзд в Україну і транзитний проїзд через її територію. Візова етикетка заповнюється відповідно до рекомендацій Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО, Doc 9303/2) та поста нови Кабінету Міністрів України «Про порядок заповнення машино зчитуваної зони документів, що посвідчують особу» від 28 червня 1997 р.

* 1. 636 // Офіційний вісник України. — 1997. — Число 27. — С. 54.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 77 |

інтересів громадян України, інших осіб, які проживають в Україні; подання у разі порушення іноземцем або особою без громадянства клопотання щодо оформлення візових до кументів свідомо неправдивих відомостей або підроблених документів; несплата консульського збору за автоматизова ну обробку візової анкети чи за оформлення візи; відсутність страхового поліса встановленого законодавством України зразка; наявність фактів порушення законодавства Украї ни під час попереднього перебування на її території; не відповідність паспортного документа встановленому зраз ку; відсутність коштів на перебування в Україні; відсутність документів про обстеження на вірус імунодефіциту люди ни (у разі оформлення в’їзду в Україну на період понад три місяці); некоректна поведінка під час звернення до дипло матичного представництва чи консульської установи Украї ни щодо оформлення візи, вияв неповаги до України тощо.

* оформленні візи може бути також відмовлено, якщо від дати попередньої відмови минуло менше одного року. У разі відмови у візі мотиви такого рішення заявникові можуть не пояснюватися, що є загальновизнаним підходом у міжна родній 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 проходжен ня прикордонного контролю іноземцем, так і під час пере бування іноземця або особи без громадянства на території України).

**Біженці.** Правовий статус біженців на території Україниврегульовано Законом України «Про біженців» від 21 черв ня 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

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

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 78 | Тема 5 |  |
|  |  |

ни і через цілком обґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань за ознаками раси, віросповідання, національ ності, громадянства (підданства), належності до певної со ціальної групи або політичних переконань перебуває за ме жами країни своєї громадянської належності та не може користуватися захистом цієї країни чи не бажає користува тися 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 законо давства України, не може бути вислана або примусово по вернута до країн, де її життю або свободі загрожує небезпе ка 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, встанов леному законодавством України, то вони повинні протягом п’яти робочих днів звернутися до відповідного органу мігра ційної служби із заявами про надання їм статусу біженця; ті ж особи, які намагалися незаконно перетнути або неза конно перетнули державний кордон України, повинні по дати таку заяву протягом трьох робочих днів. Після роз гляду 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 продовжува ти 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 ско ристалася захистом країни громадянської належності (підданства); б) добровільно набула громадянство, яке мала раніше, або набула громадянство іншої держави і корис тується її захистом; в) добровільно повернулася до країни, яку вона залишила чи за межами якої перебувала через об ґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань; г) як

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 79 |

особа без громадянства повернулася до країни свого поперед нього постійного проживання, оскільки обставини, за яких було надано статус біженця, більше не існують; ґ) 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 зай мається діяльністю, що становить загрозу національній без пеці, громадському порядку, здоров’ю населення України. Рішення про втрату або позбавлення статусу біженця прий мається спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у справах міграції за поданням органу міграційної служби за місцем проживання біженця протя гом місяця з дня отримання подання.

Особа, яка не скористалася правом на оскарження рішен ня про втрату або позбавлення її статусу біженця, повинна за лишити територію України в установлений строк, якщо вона не має інших законних підстав для перебування в Україні.

Окремо слід підкреслити, що розділом ІУ Закону Украї ни «Про біженців» передбачено права та обов’язки біженців на території України (при цьому приписи Закону різняться щодо осіб, стосовно яких прийнято рішення про оформлен ня документів для вирішення питання про надання статусу біженця та осіб, яким вже надано статус біженця). Загаль ним правилом є надання біженцям національного правового режиму (тобто вони користуються такими самими правами

* свободами, а також несуть такі самі обов’язки, як і грома дяни України, — за винятками, встановленими Конститу цією та законами України); але в окремих випадках перед бачено надання біженцям додаткових прав (наприклад, пра ва на одержання грошової допомоги, пенсії та інших видів соціального забезпечення в порядку, встановленому зако нодавством України, права на користування житлом, нада ним у місці проживання).

**Особи, яким надано політичний притулок.** Відповідно дост. 26 Конституції України, ст. 4 Закону України «Про пра вовий статус іноземців та осіб без громадянства», іноземцям

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 80 | Тема 5 |  |
|  |  |

* особам без громадянства може бути надано притулок у по рядку, встановленому законом. На жаль, на сьогодні тако го спеціального закону в України 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 кож на людина має право шукати притулок від переслідувань в інших країнах і користуватися цим притулком. Це право не може бути використане у разі переслідування, заснова ного на вчиненні неполітичного злочину або діяння, що су перечить цілям і принципам Організації Об’єднаних Націй. Зазвичай рішення про надання політичного притулку прий мається в індивідуальному порядку головою відповідної дер жави або уповноваженим ним органом.

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

1.4. Правоздатність іноземців в Україні

Правоздатність іноземців визначається за правом держа ви їх перебування. В Україні іноземцям надається націо нальний правовий режим. Згідно зі ст. 26 Конституції Ук раїни, іноземці та особи без громадянства, що перебувають

* Україні на законних підставах, користуються такими са мими правами і свободами, а також несуть такі самі обов’яз ки, 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 іно земцям 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 приту лок від 30 грудня 1977 р.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 81 |

раїни. Іноземцям і особам без громадянства може бути на дано 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 Ук раїни, 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.

* 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 Ук раїни; іноземець не може вимагати надання йому привілей чи встановлення виключень із законів України.

Законодавством України можуть встановлюватися за гальні виключення щодо правоздатності іноземців:

а) відповідно до п. 4 ст. 22 Земельного кодексу України, землі сільськогосподарського призначення не можуть пере даватись у власність іноземним громадянам, особам без гро мадянства, іноземним юридичним особам та іноземним державам. Прийняті ж іноземними громадянами чи особа ми без громадянства у спадщину землі сільськогосподарсь кого призначення, відповідно до п. 4 ст. 81 Земельного ко дексу України, протягом року підлягають відчуженню;

б) іноземці не можуть обирати й бути обраними до органів державної влади та місцевого самоврядування, а також бра ти участь у референдумі (ст. 23 Закону України «Про пра вовий 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 зай няття такою діяльністю пов’язане з належністю до грома дянства України (ч. 4 ст. 8 вказаного Закону). Так, наприк лад, іноземець не може бути засновником фермерського

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 82 | Тема 5 |  |
|  |  |

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 Украї ни «Про статус суддів»2) тощо.

ґ) на іноземців не поширюється загальний військовий обов’язок, вони не проходять військову службу у Збройних Силах України та інших військових формуваннях, створе них відповідно до законодавства України (ст. 24 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без грома дянства»).

Існують відмінності у правовому статусі іноземців, які постійно проживають в Україні (іммігрантів), та іноземців, що перебувають в Україні тимчасово. Так, згідно із Зако ном України «Про правовий статус іноземців та осіб без гро мадянства», 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 законо давством.

Питання освіти вказаних осіб вирішуються за постано вою 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 інвес тиційної діяльності іммігрантами та особами, які тимчасо во перебувають в Україні. Окрім того, як уже зазначалося,

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

2 Там само. — 1993. — № 8. — Ст. 57.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 83 |

правоздатність іноземців, які тимчасово перебувають на території України, зумовлюється цілями їх в’їзду, тобто обмежується категорією візи.

* 1. окремих сферах діяльності (інвестиційній, зовнішньотор говельній, 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 міжна родне приватне право» від 9 жовтня 2002 р. № 2274 передба чено нову для нашого законодавства колізійну норму, згідно

* 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, громадян ство якої він має;

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

щодо особи, яка має два й більше громадянств (біпат рида) — 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 різно му вирішують питання її настання та обмеження, тобто вста новлюють різний вік, з якого настає повна дієздатність, різні умови, підстави та обсяг її обмеження тощо. Так, повна ци вільна дієздатність фізичної особи за законодавством Німеч чини 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

* 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 84 | Тема 5 |  |
|  |  |

яких вік повної дієздатності може бути знижений (наприк лад, реєстрація шлюбу). Стосовно обмеження дієздатності повнолітніх можуть також мати місце відмінності (не всі держави визнають обмеження дієздатності через марнотрат ство чи через фізичні вади — сліпоту, глухоту — та ін.).

* основному колізійні питання дієздатності вирішують ся 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 зако ном місця їх проживання. У державах «сім’ї загального права» застосовується закон доміциля (постійного місця проживання). Ці держави не визнають принципів визначен ня дієздатності за законодавством іншої правової системи.

Застосування особистого закону для визначення дієздат ності особи означає, що особа, яка є дієздатною за особис тим законом, повинна вважатися такою і в інших держа вах. Це положення є загальновизнаним у міжнародних приватноправових відносинах. Але особа, яка є недієздат ною за особистим законом, не завжди вважається такою в інших державах.

Так, згідно зі ст. 7 Ввідного закону до німецького Ци вільного зводу, іноземець, який уклав у Німеччині право чин, 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 ува ги (внаслідок цього, наприклад, не може бути визнаний недійсним правочин, укладений обмеженою у дієздатності через марнотратство особою, оскільки таке обмеження дієздатності невідоме «загальному праву»); здатність укла дати угоди з нерухомістю визначається за законом місце знаходження речі (lex rei sitae) тощо.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 85 |

фізичної особи визначається за її особистим законом. Про те, якщо інше не передбачено законом, дієздатність фізич ної особи щодо правочинів і зобов’язань, що виникають внас лідок завдання шкоди, може визначатися також за правом країни місця вчинення правочинів або виникнення зобов’я зань у зв’язку із завданням шкоди (п.1 ст. 16).

* міжнародних угодах України вказані питання можуть вирішуватися дещо інакше. Наприклад, Конвенція СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімей них 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 дієздат8 ним.** Загальноприйнятим у більшості країн є положення, заяким питання визнання іноземця недієздатним чи обмеже но дієздатним вирішуються за законодавством тієї держа ви, де ця особа має постійне місце проживання. Підстави визнання особи обмежено дієздатною в законодавстві дер жав є різними.

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

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

* 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 86 | Тема 5 |  |
|  |  |

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 дієздат ності або визнання недієздатною особи, яка є громадянином іншої держави, він повідомляє про це компетентний суд дер жави громадянства. Якщо суд держави громадянства про тягом 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 недієздат ною відповідно до законодавства своєї держави, якщо підстави обмеження в дієздатності або визнанні недієздат ною передбачені також законодавством держави громадян ства 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 немістить колізійних норм щодо визнання іноземця безвісно відсутнім чи оголошення його померлим. Виходячи зі змісту статей 43 і 46 Цивільного кодексу України та принципу на дання іноземцям національного режиму, тільки іноземці, які постійно проживають на території України (іммігран ти), можуть бути визнані в Україні безвісно відсутніми чи оголошені померлими.

Угодами України про правову допомогу, насамперед дво сторонніми, більш детально регламентується порядок і на слідки визнання іноземців безвісно відсутніми чи оголошен ня 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 прожи вають на території цієї держави та права яких основані на її законодавстві. При цьому кожен суд у даному випадку за стосовуватиме своє національне законодавство.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 87 |

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 оголошен ня її померлою, прийняті у Німеччині, Австрії, Італії та де яких 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 вве дення у володіння «спадковим майном»), але не розірвання шлюбу безвісно відсутнього. Праву Великобританії та США взагалі невідомий інститут безвісної відсутності: можливим

* лише встановлення для даної конкретної справи пре зумпції факту смерті особи, щодо якої не було відомостей протягом семи років1. Вказані суттєві відмінності в матері альному праві окремих держав можуть стати підґрунтям для виникнення такого небажаного у правовому регулю ванні 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,

* 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 де тально — 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:

* Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 х т. — М.: Спарк, 2002. — Т. 1. — С. 360.

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 88 | Тема 5 |  |
|  |  |

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 самостійно го виїзду неповнолітнього за кордон);

в) дипломатичний паспорт;

г) службовий паспорт;

ґ) посвідчення особи моряка.

* 1. передбачених міжнародними договорами України випадках для виїзду за кордон можуть використовуватися
* інші документи (наприклад, національний паспорт гро мадянина України). У разі втрати громадянином України зазначених документів йому дипломатичними представ ництвами чи консульськими установами України за кордо ном видається посвідчення особи на повернення в Україну.
  1. 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 держав ну таємницю, — до закінчення терміну, встановленого зако нодавством; 2) діють неврегульовані аліментні, договірні чи інші невиконані зобов’язання — до виконання зобов’язань, або до розв’язання спору за погодженням сторін у передбаче них законом випадках, або до забезпечення зобов’язань зас тавою, якщо інше не передбачено міжнародним договором України; 3) проти нього порушено кримінальну справу — до закінчення провадження у справі; 4) він засуджений за вчи нення 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 відо мості — до з’ясування причин і наслідків подання неправди вих відомостей; 7) він підлягає призову на строкову військо ву службу — до вирішення питання про відстрочку від при зову; 8) щодо нього подано цивільний позов до суду — до закінчення провадження у справі; 9) він за вироком суду

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 89 |

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 вияви ти наявність вказаних обставин.

За наявності зазначених вище обставин громадянин Ук раїни, 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 визна чається насамперед законодавством держави їх перебуван ня, а також нормами міжнародних угод, міжнародними зви чаями та загальними принципами міжнародного права. Разом з тим, громадяни України за кордоном користують ся захистом з боку України у різних сферах діяльності. Згідно з ч. 3 ст. 25 Конституції України, наша держава га рантує піклування та захист своїм громадянам, які перебу вають за її межами. Даний принцип відображений і в Кон сульському статуті України, затвердженому Указом Прези дента 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 кон сульські округи, в кожному з яких діє відповідна консульсь ка установа. Консульський статут України закріплює обо в’язок консула вживати заходів для того, щоб громадяни України користувалися в повному обсязі всіма правами, наданими їм законодавством держави перебування і міжна родними договорами, учасниками яких є Україна і держа ва перебування, а також міжнародними звичаями.

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 90 | Тема 5 |  |
|  |  |

перебування громадян України, якщо вони є відсутніми і не доручили ведення справ якійсь особі або не можуть захи щати свої інтереси з інших причин, доки особи, яких пред ставляють, не призначать 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 встанов лення батьківства, усиновлення дитини громадянина Ук раїни, реєструє акти громадянського стану, вживає заходів для охорони майна, що залишилося після смерті громадя нина України, вчиняє нотаріальні дії, передбачені законо давством 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 докумен ти і акти, складені за участю владних органів консульсько го округу тощо.

Громадяни України можуть звертатися за захистом по рушених прав до компетентних органів держави перебуван ня. Будь яке обмеження цивільних прав громадян України за кордоном вважається дискримінаційним і є недопусти мим. Проте залишається можливим застосування до грома дян 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 орга нізацій різних країн. Зазначені соціальні організації ство рюються та реєструються у передбаченому законом поряд ку, наділяються цивільною правоздатністю та дієздатністю, можуть виступати позивачами та відповідачами в суді. Ук раїнське законодавство, як і законодавство деяких інших держав, визначає, що такі соціальні утворення наділяють ся статусом юридичної особи (ст. 80 Цивільного кодексу

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 91 |

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

Українське законодавство успадкувало визначення по няття юридичної особи, сформульоване в радянський пері од. За згаданою вже ст. 80 Цивільного кодексу юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановле ному 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 осо би, уявляється, слід визначати як правовий статус, право суб’єктність — можливість мати і набувати права і обов’яз ки умовним суб’єктом права, тобто організацією, права якої охороняються, як і права людини.

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

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

* У Цивільному кодексі Франції до 1978 року не було навіть самого терміну «юридична особа», а в Цивільному кодексі Італії 1942 року на водиться лише класифікація юридичних осіб, у новій кодифікації Ци вільного 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 92 | Тема 5 |  |
|  |  |

ральна особа», «містична особа» тощо. Вельми стійким ви явилося поняття «фіктивна особа», що стало потім підста вою для створення однойменної теорії. Фікційна теорія як перша наукова спроба осмислити юридичну природу сус пільних 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. Подаль шим розвитком фікційної теорії стала теорія цільового май на 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 ак туальними і в наш час, наукою та практикою пропонуються нові підходи, зумовлені розвитком суспільних відносин1.

* + країнах з розвинутою ринковою економікою протягом багатьох десятиріч напрацьовувалися методи організацій но правового оформлення та регулювання діяльності юри дичних осіб, що привело до створення нормативної бази, яка забезпечує ефективне функціонування останніх. Різно манітність класифікацій юридичних осіб зумовлена особли востями правових систем і критеріями класифікації.

Як і в українському законодавстві (ч. 2 ст. 81 Цивільно го кодексу України), за підставами виникнення виокремлю ються 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 при ватного права такою підставою є акт приватноправового характеру. Особливістю деяких юридичних осіб публічно го 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 вдосконален ня законодавства», 1—2 липня 1998 р., м. Москва // Журнал Российс кого права. — 1998. — № 10/11. — С. 3—70.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 93 |

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, торгові 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 прізвищем його власника. У Німеччині одноосібне підприємство має назву Einzelunternehmung, Einzelfirma, у Франції — Entrеprise 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’єднан ня 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,

* об’єднання капіталів базуються лише на майнових зв’яз ках, 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) відпо відають за зобов’язаннями підприємства всім належним май ном, йдеться про товариства або партнерства (Partnership); коли відповідальність учасників обмежена лише їх майно вими вкладами, — це корпорація (Сorporation). Тому для іноземних юристів не завжди зрозумілим є термінологія законодавства України, оскільки згідно із Цивільним і Гос подарським кодексами України товариствами вважаються
  + Косякова Н. И. Юридические лица в российском и зарубежном праве: сравнительный анализ // Право и политика. — № 4. — 2000. —
* 14—19.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 94 | Тема 5 |  |
|  |  |

суб’єкти господарювання як з необмеженою (повні та коман дитні товариства), так і з обмеженою (акціонерні товариства та товариства з обмеженою відповідальністю) відповідаль ністю. У російському цивільному законодавстві таку розбіжність подолали виокремленням «полных и комман дитных товариществ» та «акционерных обществ, обществ с ограниченной ответственностью».

Щодо товариств, то в зарубіжному праві слід розрізняти товариства, створені за Common law (британська правова модель) і за цивільним правом (правова модель континен тальної Європи). Британське Common law ігнорує само стійну природу товариства, не кажучи про надання йому статусу юридичної особи. За судовою практикою Великої Британії, учасник товариства не може заборгувати товари ству, оскільки «людина не може бути нічого винна сама собі», — таке формулювання містилося в одному з хрестоматійних рішень суду. Отже, товариство та його учасники не розріз няються. 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 господа рюють з метою отримання прибутку». Досить часто товари ство вважається видом договору, оскільки в його основі ле жить письмова угода учасників. Кожен з учасників товари ства 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 — відпові дає 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 това риство 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, євро пейські правові системи засновані на розрізненні цивільно

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 95 |

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

Правовий статус командитних товариств за кордоном подібний до передбаченого ст. 133 Цивільного кодексу Ук раїни. Командитні товариства складаються з двох груп учас ників: із тих, які здійснюють від імені товариства підприєм ницьку діяльність і солідарно несуть відповідальність за зобов’язаннями товариства всім своїм майном (повні учас ники), та тих, які несуть відповідальність лише у межах сум зроблених ними вкладів і не беруть участі в діяльності то вариства.

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

Проте у багатьох країнах найпоширенішими видами суб’єктів господарювання є корпорації — акціонерні ком панії та компанії з обмеженою відповідальністю. Акціонерні компанії виступають формою організації крупного капіта лу, що дозволяє залучати фінансові кошти для ведення гос подарської діяльності й ефективно управляти підприєм ством. Компанії з обмеженою відповідальністю здебільшо го 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 ком паніям. Учасники товариства з обмеженою відповідальні стю несуть відповідальність за зобов’язаннями підприємства лише в межах зробленого вкладу. Капітал у вигляді часток паїв поділяється між засновниками без публічного оголо

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 96 | Тема 5 |  |
|  |  |

шення і зазвичай є іменними. Як правило, кількість учас ників обмежена: до 30—50 осіб. Такі обставини зацікавлю ють підприємців, оскільки за умов обмеженої відповідаль ності вони можуть здійснювати будь які господарські опе рації, 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, відповідаль ності 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 кримі нальних дій, які вважаються порушенням правил діяль ності торгових компаній3. У США акціонерне законодавство утворюють закони окремих штатів про підприємницькі кор порації.

Зазвичай акціонерна компанія — це об’єднання капі талів, що утворюється шляхом випуску акцій, які є доку ментами на пред’явника, котуються на фондовій біржі і можуть вільно переходити від однієї особи до іншої. Зако нодавство детально регламентує порядок створення акціо нерних товариств, кількість засновників, форми та методи управління тощо.

Отже, методи правового впливу на формування та діяльність юридичних осіб схожі у багатьох країнах, типо вими є і види їх організаційно правових форм, однак, кож на країна має специфічні особливості, зумовлені історични ми, політичними та іншими обставинами.

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

2 Див.: Германское право. Ч. 2 Германское торговое уложение и дру гие законы / Пер. с нем. — М.: Междунар. центр финансово экономи ческого развития, 1996.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 97 |

2.2. Поняття особистого статуту організації та визначення національності юридичної особи

* 1. міжнародному приватному праві загальновизнаним є положення про те, що кожна юридична особа належить до певної держави, національним законодавством якої визна чається 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 поря док створення та ліквідації юридичної особи, передбачає її організаційну форму та правоздатність, вирішує долю ліквідаційного залишку тощо. Отже, особистий статут відоб ражує національну належність юридичної особи, але до цьо го часу не існує єдиного критерію визначення такої націо нальної належності. На сьогодні пропонується кілька докт ринальних підходів до вирішення цієї проблеми.

Теорія інкорпорації. Основний зміст теорії і самого кри терію інкорпорації (засновництва) зводиться до того, що компанія належить правопорядку країни, в якій вона за снована відповідно до її законодавства. Іншими словами, компанія, утворена за британським законом визнаватиметь ся 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

* своєму законодавстві й судовій практиці активно її вико ристовують. Російська Федерація, Білорусь, Казахстан, Китай, Чехія, Словаччина, Нідерланди законодавчо закрі пили відсилання до закону місця інкорпорації як необхід ний колізійний принцип відшукання особистого статуту.
* Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. — М.: Спарк, 2002. — Т. 1. — С. 198.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 98 | Тема 5 |  |
|  |  |

Теорія осілості. Відповідно до цієї теорії, яку іноді нази вають теорією «ефективного місцеперебування», особистим статутом юридичної особи є закон тієї країни, в якій розмі щується її керівний орган (рада директорів, правління, інші виконавчі або розпорядницькі органи). Існує думка, що в цьому випадку не має значення, де здійснюється ділова ак тивність такої юридичної особи. До числа держав, що керу ються 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, керу ючись нею, легко встановити приналежність даної юридич ної особи до відповідного правопорядку.

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

Так, Закон Індії про компанії (1956 р.) в особливій час тині, присвяченій іноземним компаніям, спеціально зазна чає, що компанія, заснована відповідно до законів інозем ної 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 застосо вується ізольовано від інших.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 99 |

родного приватного права з періодами двох світових війн. Під час збройних конфліктів правовий статус іноземних юридичних осіб набуває особливого значення, оскільки ви никає 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 адміністра тивного центра, ні інші ознаки, що визначають у цивільно му праві національність юридичної особи, недостатні, тому що мова йде про те, щоб... виявити дійсний характер діяль ності товариства». Ворожою, говорилося в документі, треба визнати юридичну особу, якщо її управління чи весь її ка пітал (або більша його частина) знаходяться в руках воро жих громадян, тому що в цьому випадку за фікцією цивіль ного права ховаються діючі фізичні особи»1.

За вітчизняним законодавством, в Україні теж викорис товуються різні критерії для поділу юридичних осіб на «своїх» та іноземних. Так, Закон України «Про зовнішньо економічну діяльність»2 від 16 квітня 1991 р. у ст. 1 визна чає 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 зна ходиться офіційно зареєстрований головний орган управлін ня 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 юридич ної особи (філії, представництва тощо) з місцезнаходжен ням за межами України і які створені та здійснюють свою діяльність відповідно до законодавства іншої держави. Та

* См.: Clunet. Р.701. Цит. по: Лунц Л. А. Курс международного част ного 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 100 | Тема 5 |  |
|  |  |

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

* 1. міжнародних договорах за участю України використо вуються ще й інші критерії. Наприклад, Угода між Урядом України та Великою Соціалістичною Народною Лівійською Арабською Джамахірією від 21 січня 2001 року про спри яння та взаємний захист інвестицій передбачає, що «термін «юридична особа» означає будь які організації, зареєстро вані 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 кри терії 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, бан ківського чи судового реєстру тієї держави, яка надала їм цей статус, а також засновницькими документами, засвід ченими в установленому порядку.

Торговельні реєстри, скажімо, в Німеччині та Австрії ведуть суди, у Швейцарії — суди та адміністративні орга ни. Витяги з них повинні містити необхідні відомості щодо назви фірми, виду товариства чи компанії, змісту діяль ності, 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 відпо відно до законодавства країни його видачі, викладений ук раїнською мовою та легалізований у консульській установі

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

2 Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 46. — Ст. 346. 3 Там само. — 2002. — № 41. — Ст. 296.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 101 |

України. Він може бути засвідченим у посольстві відповід ної держави в Україні та легалізований в Міністерстві за кордонних справ України.

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

* 1. 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 госпо дарювання суб’єктам зовнішньоекономічної діяльності Ук раїни виробничих, транспортно експедиційних, страхових, маркетингових, експортних, посередницьких та інших по слуг, 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
* межами; наукову, науково технічну, науково виробничу та іншу кооперацію; підприємницьку діяльність на тери торії 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 посеред ницькою діяльністю.

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

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 102 | Тема 5 |  |
|  |  |

ного органу місцевого самоврядування. Згідно із Законом України «Про угоди про розподіл продукції»1 від 14 верес ня 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

* на власний ризик з подальшою компенсацією витрат і отри манням 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 іно земних суб’єктів господарської діяльності (фірм, компаній), через які повністю або частково здійснюється їхня госпо дарська діяльність. Ці представництва підлягають державній реєстрації згідно з Інструкцією про порядок реєстрації пред ставництв 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 госпо дарювання має подати до Міністерства економіки та з пи тань європейської інтеграції України такі документи:

а) заяву з проханням про реєстрацію представництва із за значенням назви та адреси фірми, її місцезнаходження, міста,

* 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 господа рювання;

* Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 44. — Ст. 391.
* Нині — Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції України.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 103 |

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 зареє стрована контора іноземного суб’єкта господарської діяль ності.

Ці документи мають бути нотаріально засвідчені за місцем їх видачі, легалізовані належним чином у консульсь ких установах, які представляють інтереси України, в пе рекладі на українську мову, завіреним печаткою офіційно го перекладача.

За результатами розгляду заяви виноситься рішення про реєстрацію представництва іноземного суб’єкта господарю вання або про відмову в його реєстрації. Відмова в реєстрації або неприйняття рішення в установлений строк може бути оскаржено в суді України.

Зареєстрованому представництву іноземного суб’єкта господарювання видається свідоцтво про реєстрацію вста новленого зразка Міністерством економіки та з питань євро пейської інтеграції України, яке є підставою для відкриття поточних рахунків у банках України, безмитного провезен ня устаткування та іншого майна, яке тимчасово ввозиться на територію України.

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

Діяльність представництв іноземних суб’єктів господарю вання оподатковується відповідно до Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств». Постійні представ ництва нерезидентів1, як випливає із ст. 2 цього Закону, які отримують доходи з джерел їх походження з України або виконують агентські (представницькі) функції стосовно та ких нерезидентів чи їх засновників, є платниками податку.

* Нерезиденти, за цим Законом, — юридичні особи та суб’єкти гос подарської 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 104 | Тема 5 |  |
|  |  |

Представництва некомерційних організацій юридичних осіб в Україні реєструються згідно з Положенням про поря док реєстрації філій, відділень, представництв та інших струк турних підрозділів громадських (неурядових) організацій в Україні, затвердженим постановою Кабінету Міністрів Украї ни 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 здійсню ватися на договірній основі з іноземними партнерами як на території України, так і за її межами. Суб’єктами господа рювання в Україні визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізу ючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав і обов’язків), мають відокремлене майно, несуть відпо відальність за своїми зобов’язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством.

Суб’єктами господарювання є:

господарські організації — державні, комунальні, колек тивні, приватні та інші підприємства, створені відповідно до законодавства, а також інші організації юридичні осо би, 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 гос подарських організацій (структурні одиниці), утворені ними для здійснення господарської діяльності.

Загальні умови створення суб’єктів господарювання:

* 1. суб’єкт господарювання створюється за рішенням влас ника чи власників майна або уповноваженого ним органу, а
* випадках, спеціально передбачених законодавством, та кож за рішенням інших органів, організацій і громадян за снуванням нового чи реорганізацією (злиття, приєднання, виділення, перетворення) діючого (діючих) суб’єкта госпо дарювання з додержанням вимог законодавства;

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 105 |

* створення суб’єктів може бути також наслідком при мусового поділу (виділення) діючого суб’єкта господарюван ня 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 здійсню вати 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 реєст рації, крім випадків, передбачених законодавством Украї ни. Державна реєстрація відбувається в органах державної влади за місцезнаходженням або місцем проживання дано го суб’єкта, якщо інше не передбачено законом.

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

Реєстрацію провадить державний реєстратор, який при значається на посаду міським головою міста обласного підпорядкування або головою районної, районної в містах Києві та Севастополі державної адміністрації за погоджен ням зі спеціально уповноваженим органом з питань держав ної 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 юри дичними особами.)

2 Спеціально уповноваженим органом з питань державної реєстрації є центральний орган державної влади, який забезпечує реалізацію держав ної політики у сфері підприємництва. Він здійснює державний нагляд за дотриманням законодавства у сфері державної реєстрації юридичних осіб

* фізичних осіб підприємців, узагальнює практику його застосування, за безпечує формування та ведення Єдиного державного реєстру.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 106 | Тема 5 |  |
|  |  |

ну реєстрацію, а також їх заміну; формує, веде та забезпе чує зберігання реєстраційних справ; здійснює державну реєстрацію змін до установчих документів юридичних осіб

* зміни імені або місця проживання фізичних осіб підпри ємців; передає органам статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду та фондів соціального страхуван ня повідомлення та відомості з реєстраційних карток про ведення реєстраційних дій, у тому числі щодо створення відокремлених підрозділів юридичних осіб (ст. 6 зазначе ного Закону).

Свідоцтво про державну реєстрацію — це документ вста новленого зразка, який засвідчує факт внесення до Єдино го 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. Дохо ди, 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 доку ментів, або здійснення незаконної діяльності. Державна реєстрація припинення господарської діяльності є підста вою для ліквідації суб’єкта господарювання.

Суб’єкти господарювання (господарські організації) ма ють право відкривати свої філії (відділення), представниц тва. 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 ста туту організацій юридичних осіб, виду їх діяльності у

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 107 |

міжнародному господарському обігу, які є майже аналогіч ним видом діяльності іноземних суб’єктів господарювання в Україні.

При порушенні законодавства України до зазначених суб’єктів можуть застосовуватися спеціальні санкції, скажі мо, передбачені ст. 37 Закону України «Про зовнішньоеко номічну 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 спеці альних санкцій. Такими санкціями, зокрема, є індивідуаль ний режим ліцензування або тимчасове зупинення зовніш ньоекономічної діяльності. Застосовує їх Міністерство еко номіки та з питань європейської інтеграції України за рішенням судів або за поданням органів державної податко вої 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 пра вового режиму (національного, недискримінаційного, най більшого сприяння чи спеціального). У більшості випадків іноземне законодавство передбачає для організацій юридич них осіб національний режим, тобто вони можуть здійсню вати 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 гос подарювання України за кордоном, сфери їхньої діяльності, оподаткування, транзиту тощо.

2.5. Об’єднання підприємств

як суб’єктів господарювання

Підприємства, за законодавством України, вправі об’єд нувати свою господарську діяльність, створюючи для цьо го об’єднання у складі двох або більше підприємств з метою

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 108 | Тема 5 |  |
|  |  |

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 законо давства 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 ство рюються 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’єднан ня. Перші діють на основі установчого договору та/або стату ту, 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 ство рюється за рішенням Кабінету Міністрів України або, у ви значених законодавством випадках, рішенням міністерств чи інших органів, до сфери управління яких входять підприємства, що створюють об’єднання, або рішенням ком петентних органів місцевого самоврядування.

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

Підприємства можуть об’єднуватись у галузеві, міжгалу зеві, 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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 109 |

постійної координації господарської діяльності, поглиблен ня спеціалізації і розвитку кооперації виробництва, органі зації спільних виробництв на засадах об’єднання своїх фінансових і матеріальних ресурсів для задоволення влас них потреб або виробництва продукції, робіт, послуг для реалізації третім особам. При створенні господарської асо ціації централізується одна або кілька виробничо госпо дарських 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 централі зованого регулювання діяльності кожного з учасників орга нам 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 техніч ного та виробничого розвитку, а також інвестиційної, фінан сової, зовнішньоекономічної та іншої діяльності. Підприє мства 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, співтова риство) відрізняється від цих трьох видів об’єднань тимча совим характером об’єднання коштів підприємств для до сягнення спільної мети (вирішення конкретних завдань, реалізації цільових програм і проектів (науково технічних, будівельних і т.п.)). Після виконання поставленого завдан ня 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 питан ня відповідно до установчих документів. Виконавчий орган,

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 110 | Тема 5 |  |
|  |  |

колегіальний чи одноособовий, що створюється загальни ми 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 призна чається 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 (го ловного підприємства) на умовах, передбачених установчи ми документами відповідного об’єднання.

Учасники об’єднання підприємств можуть вносити май нові 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, представ ництва.

Певні особливості, що відрізняють їх від інших об’єд нань, мають промислово фінансові або транснаціональні промислово фінансові групи. До них можуть входити про мислові, сільськогосподарські та інші підприємства, банки, наукові і проектні установи, інші організації, у тому числі

* іноземні, що мають на меті отримання прибутку. Вони створюються за рішенням уряду України на певний термін з метою реалізації державних програм розвитку пріоритет них галузей виробництва і структурної перебудови еконо міки України, включаючи програми згідно з міждержавни ми договорами, а також виробництва кінцевої продукції.

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

* Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 23. — Ст. 88.
* Кінцева продукція — це продукція разом з науково технічною до кументацією та іншими об’єктами права інтелектуальної власності, з метою виробництва якої створюється ця група.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 111 |

Інші учасники промислово фінансової групи — це підприємства, банки, наукові та проектні установи, органі зації 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, голов не підприємство, інші її учасники зберігають статус юри дичної особи, а промислово фінансова група в цілому цим статусом не наділяється. Право діяти від її імені має вик лючно головне підприємство.

Головне підприємство та інші учасники промислово фінан сової групи укладають генеральну угоду про сумісну діяльність по виробництву кінцевої продукції, за якою всі учасники зберігають незалежність у здійсненні виробничої, госпо дарської 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 поста чання, банк, фінансово кредитна установа.

Порядок створення, реорганізації та ліквідації промис лово фінансової групи визначається законодавством.

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

Асоційовані підприємства — це група суб’єктів господа рювання, пов’язаних між собою відносинами економічної та/або організаційної залежності у формі участі в статутно му фонді та/або управлінні. Залежність між асоційовани ми підприємствами може бути простою чи вирішальною.

* Проміжна продукція промислово фінансової групи — це продук ція 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).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 112 | Тема 5 |  |
|  |  |

Проста залежність виникає у разі, якщо одне з підпри ємств має можливість блокувати прийняття рішень іншим (залежним) підприємством, які повинні прийматися відпо відно до закону та/або установчих документів цього підприєм ства кваліфікованою більшістю голосів. А вирішальна за лежність виникає тоді, коли між підприємствами встанов люються відносини контролю — підпорядкування за рахунок переважної участі контролюючого підприємства в статутно му фонді та/або загальних зборах чи інших органах управл іння іншого (дочірнього) підприємства1, зокрема володіння контрольним пакетом акцій. Відносини вирішальної залеж ності можуть встановлюватися за умови отримання згоди відповідних органів Антимонопольного комітету України.

Суб’єкт господарювання, що володіє контрольним паке том акцій дочірнього підприємства, визначається холдин говою компанією. Якщо з вини останнього дочірнім підприєм ством було укладено і здійснено невигідні для нього угоди або операції, то контролююче підприємство повинно ком пенсувати 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 інтерна ціоналізація 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 виробника ми. У 50—60 роки минулого століття інтенсивна ринкова конкуренція змушувала до розширення підприємств, пошу

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 113 |

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 міжнародно го підприємництва, коли на перше місце виходять трансна ціональні корпорації (ТНК) та банки. Функціонування транснаціональних компаній — основа економічного зрос тання та технологічного прогресу в будь якій країні. Разом

* тим, ТНК самі суттєво впливають не лише на світову еко номіку, а й на політику держав.

За даними Доповіді Х сесії Конференції ООН з торгівлі та розвитку (ЮНКТАД), що присвячувалася темі «Страте гія розвитку в усе більш взаємозалежному світі: врахуван ня уроків минулого для перетворення глобалізації на ефек тивний інструмент розвитку всіх країн і народів», у 2000 році у світі нараховувалося приблизно 37 тисяч транснаці ональних 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 Ав стралії, Канаді, Фінляндії та інших індустріальних країнах. На сьогодні ТНК контролюють до половини світового про мислового виробництва, 63% зовнішньої торгівлі, 80% па тентів та ліцензій на нову техніку та технології. Під конт ролем ТНК 90% світового ринку пшениці, кави, кукуруд зи, тютюну, залізної руди, 80 — чаю та олова, 75% — сирої нафти та натурального каучуку1. Така економічна мо гутність дозволяє компаніям істотно впливати на внутріш ню та зовнішню політику держав, а також уникати контро лю з їхнього боку. Країни, що розвиваються, стурбовані тим, що з допомогою ТНК країни експортери капіталу встанов люють контроль за добуванням природних ресурсів і управ лінням ключовими галузями виробництва, іноді така стур бованість переростає у відкриті конфлікти. Тому проблема правового регулювання діяльності транснаціональних кор порацій — одна з найактуальніших в міжнародному при ватному праві.

* http://www.un.org/russian/.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 114 | Тема 5 |  |
|  |  |

* вітчизняній літературі виокремлюється чимало ознак ТНК: це економічно єдина система; група самостійних, взає мно відокремлених підприємств; вони діють на території кількох держав; їх структурні підрозділи діють у строкато му правовому полі, оскільки є суб’єктами національного права, тощо1.
* зарубіжній літературі та практичній діяльності пропо нуються більш конкретизовані критерії віднесення компаній до транснаціональних. Так, за визначенням Комісії з транс національних корпорацій ООН, ТНК — це компанія, яка:

— включає одиниці (підрозділи) у двох чи більше краї нах, 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 інте лектуальні 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 ста новить від 2 до 6 країн); розмір, якого досягла компанія (за основними техніко економічними показниками); мінімаль на частка закордонних операцій у прибутках або продажах фірми (як правило, 25%); володіння не менш як 25% «го лосуючих» акцій у трьох чи більше країнах (той мінімум пайової участі у закордонному акціонерному капіталі, що забезпечує фірмі контроль над економічною діяльністю за кордонного підприємства і надає прямі закордонні інвес тиції); багатонаціональний склад персоналу компанії та її вищого керівництва2.

* 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. Ма лярчук, Т. І. Гринкевич. Транснаціональні корпорації у нафтогазовій сфері та їх вплив на газотранспортну систему України.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 115 |

Класифікувати транснаціональні корпорації можна за багатьма критеріями. За структурними ознаками розрізня ють інтернаціональні, багатонаціональні та глобальні кор порації.

Інтернаціональна корпорація **—** це національна доміну юча компанія із закордонними активами. Правовий режим цього типу ТНК передбачає господарську діяльність, що здійснюється в різних країнах створеними там філіями, структурними підрозділами (представництвами) і дочірні ми компаніями. Вони становлять великий виробничо збу товий 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 пере ваги співвітчизникам у закордонних філіях (до цього типу належить переважна більшість російських ТНК).

Багатонаціональна (мультинаціональна) корпорація — це міжнародна корпорація, що об’єднує національні ком панії 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 капі талу, створення багатонаціонального керівного центру, ком плектування адміністрації закордонних філій кадрами, що знайомі з місцевими умовами.

Глобальна корпорація — це корпорація, що інтегрує гос подарську 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 на бирати сили. Найбільше до глобалізації тяжіють хімічна, електротехнічна, електронна, нафтова, автомобільна,

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 116 | Тема 5 |  |
|  |  |

інформаційна, банківська та деякі інші галузі промисло вості та види діяльності. Глобальні корпорації є найновіт нішим типом ТНК.

* + 1. метою визначення організаційно правових форм важли вим є поділ ТНК на холдингові (що засновані на акціонерній формі контролю) та нехолдингові (де взаємовідносини в об’єд нанні будуються на засадах спеціальних угод). Щодо визна чення поняття «холдинг» у вітчизняній і зарубіжній літера турі є чимало варіантів, взагалі можна стверджувати, що холдингова компанія — це юридична особа, яка здійснює контроль над рядом інших юридичних осіб. Контроль у хол динговій компанії заснований на володінні акціями дочірніх
* залежних компаній, але можливі інші варіанти, наприк лад перехресне та кругове володіння акціями. Серед хол дингів розрізняють чимало типів: управлінські, державні, галузеві та міжгалузеві, регіональні, банківські тощо1. До нехолдингових ТНК належать консорціуми, стратегічні аль янси, що засновані на угодах. Договірний характер мали най перші транснаціональні об’єднання — синдикати та картелі.

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

Внутрішнє законодавство передбачає підпорядкування діяльності філій і дочірніх підприємств ТНК національно му законодавству. В Україні відповідні норми містяться в Законах України «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про захист іноземних інвестицій»2, «Про усунення диск римінації в оподаткуванні суб’єктів підприємницької діяль ності, створених з використанням майна і коштів вітчизня ного походження»3, «Про концесії»4 та інших, а також у низці підзаконних актів, таких як Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб’єктів господарсь кої 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.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 117 |

Україна в процесі ринкової трансформації економіки за знає дедалі більшого впливу світових процесів транснаціо налізації виробництва і капіталу. У першу чергу це стосуєть ся галузей, що найбільше інтегровані у світове господарство. Чи не найголовнішою такою галуззю є транспортування енергоносіїв до європейських споживачів, зокрема російсь кого газу. Величезний інтерес транснаціональні корпорації виявляють і до інших галузей виробництва. Як свідчить світова практика, національний капітал здатний витрима ти конкуренцію з ТНК тільки в тому випадку, якщо він сам структурований у потужні фінансово промислові об’єднан ня, 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 здійснен ня організаційних заходів, спрямованих на утвердження та ких 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 фінансової гру пи. Прикладом діяльності таких транснаціональних ком паній 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

* http://www.cfin.ru/press/management/1998 2/04.shtml. Владими рова И. Роль и место транснациональных корпораций в современной экономике.

2 Послання Президента України до Верховної Ради України «Євро пейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та со ціального 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 118 | Тема 5 |  |
|  |  |

структуру дані компанії здатні уникати контролю з боку однієї держави. Крім того, підрозділи ТНК реалізують по літику головного підприємства, тому необхідно враховува ти той вплив, що здійснює законодавство країни їх базуван ня. Нерідко країни експортери капіталу намагаються поши рити внутрішнє законодавство на підрозділи національної компанії, що розміщені за кордоном. Найбільш типовим прикладом може слугувати США, де дана позиція закріп люється в теорії «транснаціонального права». 1982 року Акт про управління експортом (1979 р.) був поширений на за кордонні відділення американських транснаціональних компаній, що спонукало країни імпортери прийняти зако нодавчі акти, спрямовані на зміцнення національного су веренітету. Рекомендації Організації Об’єднаних Націй сто совно ТНК виходять з того, що як тільки філія багатонаціо нальної компанії створюється в іншій країні, закони країни базування припиняють свою дію і застосовуються закони країни, що приймає1.

Другий рівень регулювання складають двосторонні інве стиційні та інші угоди, що укладаються між зацікавлени ми державами. Такі угоди мають тенденцію до уніфікації,

* 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 гаранту ють сприятливі, стабільні та прозорі умови для інвесторів іншої країни.

Угода про партнерство та співробітництво між Європейсь кими 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

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 119 |

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

Третім рівнем регулювання діяльності ТНК є міжнародні багатосторонні угоди, універсальне регулювання здійснюєть ся під егідою ООН на підставі рекомендацій спеціально ство рених органів — Міжурядової комісії по ТНК і Центру по ТНК. 1975 року ними був розроблений Кодекс поведінки ТНК, положення якого забороняють застосовувати дискри мінаційні заходи відносно партнера. ТНК повинні сприяти розвитку науково технічного потенціалу країни, що прий має, надавати звіти про свою діяльність, виконувати вимо ги 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 регулюван ня діяльності, що здійснюється в рамках СНД. Конвенція країн СНД про транснаціональні корпорації була підписа на 6 березня 1998 року у Москві, вона ратифікована Украї ною 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 опера тивному управлінні відокремлене майно на територіях двох і більше Сторін;

б) утворена юридичними особами двох і більше Сторін; в) зареєстрована як корпорація відповідно до цієї Кон

венції.

* 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 120 | Тема 5 |  |
|  |  |

Поняття «транснаціональна корпорація» включає різні транснаціональні структури, у тому числі фінансово промис лові групи, компанії, концерни, холдинги, спільні підпри ємства, акціонерні товариства з іноземною участю тощо.

Корпорація створюється добровільно як на основі між урядових угод, так і іншим, не забороненим законодавством Сторін способом. Порядок реєстрації корпорації визначаєть ся законодавством держави — місця її реєстрації. За зобов’я заннями корпорації та/чи головного підприємства (цент ральної компанії), що виникли в результаті участі в діяль ності 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 відпо відно до законодавства держави—місця її перебування.

На підставі зазначеної Конвенції в рамках СНД створено чимало транснаціональних компаній, наприклад Міждер жавну фінансово промислову групу «Граніт», транснаціо нальну фінансово промислову групу із забезпечення експ луатації та ремонту авіаційної техніки цивільної авіації дер жав учасниць Співдружності Незалежних Держав тощо.

Останнім часом в юридичній літературі обговорюється питання про визнання за ТНК міжнародної правосуб’єкт ності. Обґрунтовується концепція міжнародного корпора тивного права, на яку підштовхують угоди корпорацій з різними державами. Британський науковець Б. Черг про понує сформувати спеціальні правові системи, що склада ються з договорів, які не регулюються національними нор мами, а підпорядковуються міжнародному праву чи загаль ним принципам права. Проте більшість фахівців вважають, що договори, які укладаються між корпораціями та держа вами, 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 світо ву політику зумовлює появу концепцій про визнання за ТНК

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 121 |

міжнародної правосуб’єктності, формування міжнародно го права корпорацій. Досить гострою є проблема боротьби між транснаціональною олігархією та різними державами. Тому регулювання діяльності ТНК має здійснюватися на самперед на міжнародному рівні, компанії діють відповід но до норм приватного законодавства і міжнародна юрис дикція за їхньою діяльністю має здійснюватися незалежно від їх бажання. Але на сьогодні проблема міжнародного ре гулювання діяльності ТНК не вирішена, оскільки не прий няті універсальні правила, а існуючі нормативні акти но сять декларативний характер, бо не створені механізми їх реалізації. Ця проблема вимагає кропіткої роботи як теоре тичної, так і практичної1.

2.7. Особливості створення і діяльності офшорних компаній

Суб’єкти господарювання в усі часи прагнули до підви щення прибутків, гарантованого збереження банківської та комерційної таємниць. Так, коли античні Афіни запрова дили двохвідсотковий імпортний 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 вов ну, обирали для торгівлі Фландрію, а не рідну Англію, де вони мали сплачувати великі податки та мито. Найвідомі шою країною, що з великим успіхом скористалася право вими засобами залучення іноземного капіталу, стала Швей царія, 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.)

* низькі банківські проценти забезпечили цій країні цент ральне місце у світовому фінансовому бізнесі.
* Лукашук И. И. Демократия, капитал, государство // Журнал рос сийского права. — 2000. — № 1. — C. 114.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 122 | Тема 5 |  |
|  |  |

Сьогодні багато країн світу прагнуть залучити іноземні інвестиції та підняти власний економічний рівень створен ням так званих офшорних зон. Офшорна зона — це різно вид вільних економічних зон, що створюються на території всієї держави, або суб’єкту федерації (конфедерації), особ ливістю якої є створення для суб’єктів господарювання сприятливого валютно фінансового, податкового режиму, високого рівня захищеності банківської та комерційної тає мниці, лояльність державного регулювання, спрощені ви моги до ліцензування. Відмінністю офшорних юрисдикцій від інших вільних економічних зон є поширення зазначе ного режиму виключно на суб’єктів господарювання нере зидентів, 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 ек спропріації в політично нестабільних країнах. Проте досить часто вони стають інструментом для різноманітних зловжи вань і створюють умови для скоєння фінансових злочинів, так званого «відмивання» незаконних доходів.

Офшорні зони залежно від виду й обсягу пільг, що нада ються при реєстрації суб’єктам нерезидентам, поділяють на три групи.

* Країни «податкової гавані» — це такі, що повністю звільняють компанії від сплати будь яких податків, за умо ви, що управління компанією здійснюється за межами тери торії реєстрації і вона не має там джерел доходу. Як прави ло, до реєстрації таких компаній висуваються мінімальні вимоги, вони не зобов’язуються надавати фінансову звітність та відомості про власників. Найбільш відомі країни цієї гру пи — Беліз, Гібралтар, Кайманові острови, Панама.

Повністю звільняються іноземні підприємці від сплати податків також у князівстві Ліхтенштейн, Сінгапурі та Гон конгу, хоча вони зобов’язані подавати фінансову звітність і повідомляти про зміни у складі акціонерів і директорів ком панії.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 123 |

фінансової звітності, до них належать Кіпр, Уругвай, Есто нія та ін.

* 1. 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 кан тони Швейцарії, Люксембург, Греція та ін.

Як правило, з країнами першої групи інші держави не прагнуть укладати угоди про уникнення подвійного оподат кування, а, навпаки, вживають заходів для боротьби з ухи ленням 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 нере зидентами, зареєстрованими в офшорних зонах1. Перелік із 37 зон, що мають офшорний статус згідно із законом, зат верджений 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 захи щена законодавством майже в усіх країнах, проте вона, як правило, не захищається від правоохоронних органів у ви падку 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

* рівня режиму таємності розрізняють офшорні зони, де та кий режим не порушується навіть у випадку його викорис тання у кримінальних цілях, та країни, де таємність не по рушується лише стосовно податкових злочинів, при розслі дуванні 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

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

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 124 | Тема 5 |  |
|  |  |

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 мінімаль ними ставками). Як правило, офшорні компанії не мають керівного офісу в місці реєстрації, юридична адреса надаєть ся місцевими фірмами. Але існують випадки, коли законо давство не забороняє відкривати адміністративні офіси в офшорних зонах і надає право резидентам бути співвласни ками офшорних компаній.

Офшорна компанія за своїм статусом не відрізняється від інших організацій, що мають статус юридичних осіб: реєст рується в установленому порядку, має передбачену законом організаційно правову форму, визначену структуру управлін ня, 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, се ред яких важливе місце посідають і держави. Причому ос танні виступають не тільки як суб’єкт міждержавних відно син публічно правового характеру, що регулюються міжна родним правом, а й як суб’єкт цивілістичних відносин майнового та немайнового характеру, які підпадають під дію міжнародного приватного права.

* зовнішній сфері держава може виступати в різномані тних категоріях відносин. По перше, її партнерами можуть бути інші держави та міжнародні організації (держава може укладати міжнародні угоди про надання та отримання по зик, уступати території, здійснювати співробітництво в кон кретних сферах, укладати військові та політичні союзи тощо). По друге, держава може вступати в різноманітні май нові відносини з іноземними юридичними та фізичними осо бами (наприклад, придбання земельних ділянок для розмі щення посольських і консульських місій, надання в конце

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 125 |

сію ділянок надр для розробки корисних копалин, переда ча 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 Ци вільного кодексу України) або спадкоємець за заповітом (ст. 1235 ЦК України). Різним є становище держави і в міжна родних організаціях (міжнародні міжурядові (міждер жавні) організації та міжнародні неурядові організації).

Існує кілька поглядів на державу як на суб’єкт міжна родного приватного права. Одні вважають державу особли вим суб’єктом права, оскільки немає такого наддержавно го органу, який би наділив її правами юридичної особи, і завдяки суверенітету вона виступає у відносинах, що регу люються 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 цивіль них правовідносин), а як суверен.

Концепція участі держави в цивільно правових відноси нах знайшла своє відображення і в законодавстві СРСР (ст. 25 Основ цивільного законодавства Союзу РСР і рес публік 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 окре мим особам, станам, а іноді общинам. З початку середніх віків імунітет застосовувався до володінь короля та інших привілейованих осіб, духовенства.

* Докладніше див. § 6 (с. 204–205).
* Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
* Відомості З’їзду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. — 1991. — № 26. — Ст. 733.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 126 | Тема 5 |  |
|  |  |

* період феодалізму, коли держава не відділялася від особи монарха і коли власність держави збігалася з власні стю суверена, імунітет держави був невіддільним від імуні тету монарха (государя). В сучасних умовах поняття «іму нітет держави» (навіть у монархіях) ширше за поняття «іму нітет глави держави», тобто монарха.

Слово «імунітет» походить від латинського слова «immu nitas» («immunitatis») — звільнення, позбавлення чогось. Імунітет іноземної держави полягає у непідпорядкованості держави владі іншої держави, її юрисдикції. Саме тому іму нітет називають юрисдикційним імунітетом1.

Імунітет держави слід відрізняти від консульського та дипломатичного імунітетів, які надаються як привілеї відповідним категоріям осіб для здійснення ними представ ницьких функцій на підставі норм дипломатичного й кон сульського права. Так, консульські конвенції, які уклада ють держави з метою врегулювання взаємних відносин по обміну консульськими установами та здійсненню ними своїх функцій, як правило, містять умови стосовно надання, ко ристування та відмови, в належних випадках, консульсь ких 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 фунда ментальне 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 jurisdictionen» («рівний над рівним не має юрисдикції»).

2 Наприклад, Консульська конвенція між Україною і Російською Фе дерацією від 15 січня 1993 р., яка ратифікована Постановою Верховної Ради «Про ратифікацію Консульської конвенції між Україною і Ро сійською Федерацією 1993 року» від 4 лютого 1994 р. №3934 XII // Відо мості Верховної Ради України. — 1994. — № 23. — Ст. 167; Консульсь ка 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 XIV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 34. — Ст. 280.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 127 |

ренною рівністю» розуміється: а) держави юридично рівні; б) кожна держава користується невід’ємним правом повно го суверенітету; в) особистість держави користується пова гою, правом на територіальну цілісність і політичну неза лежність; 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 су веренної рівності й поваги суверенітету закріплені в бага тьох 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 пра во іноземної держави на імунітет міжнародною ввічливістю (comіtas gentіum). Але вже на початку 19 століття амери канські суди розглядали імунітет іноземної держави як сформований міжнародно правовий звичай. Незалежно від того чи іншого підходу із самого початку існуючої практи ки незалежність і суверенітет держави слугували головним обґрунтуванням імунітету.

* літературі з міжнародного права принцип імунітету виводиться з рівності держав, унаслідок чого жодна держа ва не може претендувати на здійснення своєї юрисдикції над іншою. Тому, хоча держави мають право зберігатися в іно земні суди, але до них, як правило, не можуть бути пред’яв лені позови, якщо тільки держави з власної волі не підко ряються юрисдикції зазначених судів. Принцип судового
* 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 128 | Тема 5 |  |
|  |  |

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

Комісія міжнародного права, вивчивши судову практику

* доктрину багатьох держав, дійшла висновку: «Найбільш переконливі аргументи на користь імунітету держави мож на знайти в міжнародному праві, що втілене у звичаях і прак тиці держав, принципах суверенітету, незалежності, рівності
* достоїнства держав. Усі ці поняття, можливо, взаємоза лежні та в цілому складають міцну міжнародно правову осно ву імунітету суверена. Імунітет походить із суверенітету. Коли двоє перебувають у рівному положенні, один не може здійснювати суверенітет або владу над іншим — «par іn parem non habet іmperіum».

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

Висновок Комісії має принципове значення особливе при створенні національних законів про імунітет інозем них держав.

Для визначення сфери дії державного імунітету необхід но визначити, що розуміється під «державою» для цілей імунітету. Це питання має досить спірний характер, особ ливо щодо суб’єктів федеративної держави. У проекті Кон венції «Юрисдикційні імунітети держав та їхньої влас ності», який підготовлено Комісією міжнародного права та представлено Генеральній Асамблеї ООН, складові частини федеративної держави були включені в поняття «держава»

* як такі користувалися імунітетом. Згодом ряд статей про екту було повернуто Комісії для перегляду, у тому числі і стаття про поняття «держава». У редакції 1999 р. поняття «держава» для цілей імунітету 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 Лунц Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть. Тема III. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 75.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 129 |

частини федеративної держави і політичні підрозділи уні тарної держави, що правомочні діяти в реалізації держав ної влади.

* цього видно, що імунітет поширюється на державу в цілому і на її урядові органи. Це саме стосується інших ус танов, але тільки тою мірою, якою вони правомочні здійсню вати державну владу. На офіційних представників держа ви 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, при єднуючись 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 сувереніте ту, як незалежність і рівність держав. Дійсно, якщо держа ва незалежна, то неможливо без її згоди підкорити її дії іно земному 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 власно му законодавству, якщо вона не погодилася на інше. Внас лідок цього при укладенні державою приватноправової уго ди 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 відповід ного приватноправового договору з її участю іншого право порядку, ніж її власний, однак така згода повинна бути явно

* + Международное частное право: Сб. документов. — М.: БЕК, 1997. —
* 41—55.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 130 | Тема 5 |  |
|  |  |

вираженою. При цьому мається на увазі, що автономія волі сторін у таких ситуаціях повинна трактуватися необмеже но. Приватноправове зобов’язання суверена не може підпа дати під чинність іноземного закону, якщо держава не по годилася на вибір такого іноземного правопорядку. За зго дою держави в угоді (договорі) можуть бути сформульовані вилучення з принципу імунітету від підпорядкування іно земному законодавству. У той самий час подібні виключен ня із загального правила не можуть трактуватися розшире но, а повинні реалізовуватися в суворій відповідності із зас тереженнями, зробленими безпосередньо в самій угоді.

Деякі автори виділяють крім цього ще й податковий іму нітет. Однак вважається, що податковий імунітет і є част ковим 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 належ ності шхуни «Іксчейндж». Суд, відмовляючи у позові аме риканським громадянам, що вимагали відновити їх у пра вах 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 терито ріальної юрисдикції, вони не поширюють дію цих прав на інших суверенів. Довгий час це рішення вважалося керів ним для американських судів.

Постійна палата міжнародного правосуддя в Гаазі 12 чер вня 1929 р., розглядаючи справи про позики югославського

* 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 Бра зилії, а не французькому законодавству, тому що «до особ ливостей суверенної держави відноситься те, що вона не вва жається підкорившою сутність і дійсність своїх зобов’язань іншому закону, ніж своєму власному».

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 131 |

держави особливо обговорюють подібного роду аспекти своїх відносин.

Наприклад, Угода між Урядом України і Урядом Сполу чених Штатів Америки про сприяння капіталовкладенням від 6 травня 1992 р. визначає, що від імені США діятиме спеціальний уповноважений орган, іменований «емітен том», — 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 імуні тет деяких держав, хоча і встановлюють обмеження імуні тету, але все таки розрізняють власне юрисдикційний іму нітет (тобто судовий імунітет у вузькому розумінні) та іму нітет від виконавчих дій. Наприклад, в актах Австралії, Великої Британії, Канади презюмується, що згода інозем ної 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 іно земному 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 пра вило, 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.

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 132 | Тема 5 |  |
|  |  |

Правило про непред’явлення позову в суді до іноземної держави поширюється на всі категорії позовів, будь це по зови, що заявляються безпосередньо державі (іn personam — прямі позови), або непрямі позови (іn rem), коли вимога по в’язана, наприклад, з майном, що належить державі. Ти повим прикладом у цьому плані є вимоги з приводу держав них 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 попе реднього забезпечення позову, тому що такі міри носять примусовий характер. Часто заходи для забезпечення по зову розглядаються і приймаються судом ще до порушення

* слухання справи за участю держави. У будь якому випад ку, якщо такі міри стосуються держави та її власності (арешт державних рахунків в іноземних банках, опис май на, обмеження права держави користуватися своїм майном
* т. ін.), то з огляду імунітету вони недопустимі.

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

* ході багаторічної практики вироблені окремі виклю чення з цього правила, що дозволяють у випадку відмови іноземної держави від виконання судового рішення засто совувати примусові засоби відносно власності останньої. Однак, за загальним правилом, навіть якщо держава доб ровільно взяла участь в іноземному судовому процесі, рішення може бути виконане нею тільки добровільно. Інши ми словами, для застосування заходів на виконання або за безпечення судового рішення суд повинен отримати окре му згоду іноземної держави.

**Імунітет власності держави** означає правовий режимнедоторканності власності, що знаходиться на території іно земної держави. Юридичним змістом даного виду імуніте ту є заборона звернення стягнення і примусового вилучен ня майна, що належить державі. Власність користується імунітетом незалежно від наявності судового розгляду. Вона

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 133 |

користується імунітетом, навіть якщо знаходиться у во лодінні особи, що не має імунітету. Це зумовлює виділення питань власності як самостійного елементу змісту імуніте ту, що підтверджується судовою практикою. Наприклад, у рішенні англійського суду, що дістало визнання у світі, у справі судна «Crіstіna» (1938 р.) підкреслюється, що неза лежно 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 комер ційних цілях, то на неї не поширюються положення про іму нітет власності держави, що передбачається і в розроблено му Комісією міжнародного права проекті статей про юрис дикційні імунітети держави і їхню власність, і в законах про імунітети іноземних держав, що діють у ряді держав.

* Великій Британії, Канаді, США, Австралії, Сінгапурі іноземній державі не надається імунітет від виконавчих дій відносно об’єктів права власності, які використовують в тор говельних 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 приміщен ня та інша власність держави, яка використовується для ве дення дипломатичної і консульської діяльності її представ ництв, консульств, спеціальних місій і т. ін., імунітет яких закріплений у «Віденській конвенції про дипломатичні зно сини» від 18 квітня 1961 р.2, «Віденській конвенції про кон сульські зносини» від 24 квітня 1963 р.3, «Конвенції про спе ціальні місії» від 16 грудня 1969 р.4 Застосування імунітету

* Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитрие вой. — М.: ПБОЮЛ Гриженко Е. М. (Проспект), 2001. — С. 257.

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

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

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 134 | Тема 5 |  |
|  |  |

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 застосо вується також до об’єктів права власності, які використову ються чи призначені для використання у зв’язку з військовою діяльністю або є військовими за своєю природою, або контро люються військовою владою (Канада, США, Австралія).

На відміну від інших документів з імунітету держави, у проекті Комісії міжнародного права виділено ще дві кате горії власності, до яких не можуть бути застосовані приму сові заходи: власність, «яка являє собою частину культур ного надбання іноземної держави або частину його архівів»

* не виставлена на продаж, і власність, «яка складає части ну виставки об’єктів наукового, культурного або історично го значення» та не виставлена на продаж1.

Режим недоторканності державної власності тісно пов’яза ний з міжнародно правовою доктриною «акта держави», відповідно до якої суди однієї держави не повинні виносити рішення щодо актів уряду іншої країни, винесені на її тери торії. Якщо держава придбала власність на підставі акта, прий нятого на своїй території, жоден іноземний суд не вправі обго ворювати правомірність приналежності цієї власності. Імуні тет 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 то вари в Англію й оголосив від імені свого уряду, що вони нале жать російському урядові, то ... жоден англійський суд не може перевіряти, чи відповідає така заява дійсності. Подібне розслідування суперечило б міжнародній ввічливості у відно синах між незалежними суверенними державами»2.

1 Галстян Рубен. Иммунитет иностранного государства от принуди тельных мер // Белорусский журнал международного права и между народных отношений. — 1999. — № 3. — С. 4.

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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 135 |

Принцип імунітету власності іноземного суверена в літе ратурі формулюється, наприклад, так: «суд ... не має юрис дикції стосовно розгляду позовів або прийняття інших про цесуальних 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 ареш ту або стягненню, навіть якщо йдеться про судно, що зай мається 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 (іму нітетом). Навіть у другому випадку ця власність користуєть ся 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 інозем них законів, адміністративних розпоряджень та ін., з цьо го випливає, що приватноправові відносини міжнародного характеру за участю держави, зокрема угоди, що уклада ються державою з іноземними фізичними чи юридичними особами, повинні регулюватися правом цієї держави, якщо тільки самі сторони не домовляться про застосування іно земного права. Це правило давно вже склалося в іноземній судовій практиці і знаходить закріплення в міжнародних договорах.

Найбільш важливим підтвердженням цього є Вашинг тонська конвенція про порядок розгляду інвестиційних су перечок між державами й іноземними особами від 18 берез ня 1965 р.2, яка ратифікована Законом України «Про рати фікацію Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» від 16 берез ня 2000 р. № 1547 III3. Згідно зі ст. 42, інвестиційна супе

* Лунц 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 136 | Тема 5 |  |
|  |  |

речка за участю держави розглядається на основі права, об раного сторонами; у разі відсутності такого вибору засто совується право держави, що виступає як сторона в супе речці.

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

* тій або іншій країні. У теорії і на цей час при висвітленні цього питання спостерігається деяка розбіжність. Ряд ав торів 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 пуб лічно правові якості і повинна підкорятися загальним пра вилам без будь яких виключень.

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

Абсолютний імунітет означає право держави користува тися 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 дер жави.

Теорія абсолютного імунітету має ряд недоліків. Так, положення про те, що суверенітет держави може бути обме жений, є практично загальновизнаним у міжнародному пуб лічному 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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 137 |

ливлюють відмову від державного імунітету у сфері міжна родного приватного права. Визнання як звичайної норми міжнародного права, відповідно до якої держави не корис туються імунітетами від іноземної юрисдикції у випадку участі у відносинах приватноправового характеру, не супе речитиме загальним принципам міжнародного права.

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

* міру розширення функцій держави як у себе «вдома», так і в міжнародних відносинах, вона почала все ширше вис тупати як суб’єкт приватноправової діяльності й абсолютний імунітет ставав відчутною перешкодою в розвитку госпо дарських зв’язків, оскільки контрагенти держави, по суті, позбавлялися права на судовий захист своїх майнових прав. До того ж держави почали звертатися до іноземних приват них банків за одержанням позик. У зв’язку з цим у доктрині та й в судовій практиці з’являється ідея необхідності обме ження імунітету держави. Ж. Шапіра так пояснює причини виникнення цієї концепції: «З одного боку, розвиток держав ного права спростив юридичні процедури ведення справи проти державних органів; з іншого — держава та її органи стали основними учасниками економічних відносин... Пи тання про державний імунітет найчастіше розглядається в судах західноєвропейських держав при виникненні супере чок 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 інте ресів у комерційних відносинах, що відрізняються від інших тільки державним характером одного з партнерів»2.

* Толстых В. Л. Международное частное право: коллизионное регу лирование. — СПб., 2004. — С. 413.

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 138 | Тема 5 |  |
|  |  |

Уперше теорія обмеженого (функціонального) імунітету була зафіксована в проекті регламенту Інституту міжнарод ного 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 Брюс сельська 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 знач ної кількості учасників. Ні СРСР, ні Україна не є її учасни ком. Прагнення правлячих кіл ряду держав підкорити дер жавні судна режиму, аналогічному тому, що установлений для приватних морських суден, з підписанням даної Кон венції увінчалися успіхом. Основні положення Конвенції: «Судна разом з їхнім вантажем, що складаються з власності урядів або орендовані урядом, і службовці для торговель них цілей підкоряються в мирний час загальному морсько му праву і не повинні користуватися імунітетом». Конвен ція допускає арешт і звернення стягнення на іноземні дер жавні судна і вантажі, що перевозяться ними. Але ці положення не поширюються на військові, патрульні, сані тарні судна, а також на судна для державних потреб. Підпи саний 24 травня 1934 р. Додатковий протокол до Брюс сельської конвенції гарантував імунітет суднам, зафрахто ваним державою на визначений час або рейс за умови, що судно використовується тільки для цілей урядової або не торгової служби.

Після другої світової війни суди держав континенталь ної Європи винесли ряд рішень, відповідно до яких не ви знавались імунітети іноземних держав у випадку здійснен ня їхніми урядами дій, що мають комерційний характер. Теорія обмеженого (функціонального) імунітету в країнах романо германської правової сім’ї закріплена на рівні су дової 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

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 139 |

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 Авст ралії — Акт про імунітет іноземної держави, 1995 р. в Ар гентині — Закон про юрисдикційний імунітет іноземної дер жави в судах Аргентини1.

* деяких країнах, де немає спеціального законодавства про імунітет іноземної держави, судова практика дотри мується теорії функціонального імунітету. Так, у спеціаль них нотах держав, спрямованих Генеральному секретареві ООН у 1979—1980 рр., вказується, що в Барбадосі, Данії, Фінляндії, Греції, Норвегії, Суринамі, Німеччині застосо вується 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 корис тується імунітетом тільки тоді, коли вона виконує суверенні дії (acta іmperіі; de jure іmperіі): направляє дипломатичні делегації, відкриває консульства тощо. Якщо ж іноземна дер жава виконує дії комерційного характеру (acta gestіonіs), тоб то веде торговельну діяльність (de jure gestіonіs) — 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 при ватної 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.

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

2 Толстых В. Л. Международное частное право: коллизионное регу лирование. — СПб., 2004. — С. 415.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 140 | Тема 5 |  |
|  |  |

* + наш час, коли набрала силу й діє в України з 3 червня

1999 р. (Закон України № 728 XІ) Конвенція ООН з морсь кого права від 20 грудня 1982 р., «Загальне морське пра во», діють норми, що містяться у статтях 95 і 96, згідно з якими повним імунітетом від юрисдикції будь якої держа ви, крім держави прапора, користуються у відкритому морі військові кораблі, а також судна, що належать державі чи експлуатуються нею та перебувають тільки на неко мерційній державній службі.

Інший приклад теорії функціонального імунітету сто сується міжнародних договорів з питань капіталовкладень. Спочатку Радянський Союз, а потім і Україна уклали низ ку угод про захист капіталовкладень. Наприклад, це угоди

* Бельгією та Люксембургом (1989 р.)1, Сполученим Корол івством Великобританії та Північної Ірландії (1989 р.)2, Іта лією (1989 р.)3, Китаєм (1990 р.)4, Кореєю (1990 р.)5, Нідер ландами (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 арбіт ражний порядок розгляду спорів, пов’язаних з капітало вкладеннями, між державою учасником та іноземним інве стором. При виникненні суперечки немає необхідності ук ладати додаткову арбітражну угоду. Сторони вправі відразу
* Сборник международных договоров СССР и РФ. Вып. XLІI. — 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 C. 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.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 141 |

передати її в органи міжнародного комерційного арбітражу. Наявність такої норми означає, що держава учасник пого дилася підкоритися юрисдикції органів міжнародного ко мерційного 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 законодавства ми зарубіжних країн принципам обмеженого імунітету, свідчать міжнародні договори й угоди, до числа яких нале жить, зокрема, Європейська Конвенція про імунітет держав від 16 травня 1972 р.2, що вступила в силу з 11 червня 1976 р.

* даний час Україна не є учасницею цієї конвенції, але відповідно до вимог розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження заходів щодо усунення мож ливостей подачі до України позовів у закордонні юрис дикційні 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 необхід ність розробки проекту Закону про приєднання України до Європейської Конвенції про імунітет держав.
  + Конвенції проголошено принцип імунітету іноземної держави (ст. 15) і закріплено винятки, за яких іноземна дер жава не може посилатися на імунітет перед національним судом іншої держави: у зв’язку з судовими розглядами, по в’язаними з контрактами про наймання на роботу; зобов’я
* Хлестова И. О. Вопросы иммунитета государства в законодатель стве и договорной практике Российской Федерации. Проблемы между народного 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 142 | Тема 5 |  |
|  |  |

заннями, що виникають з контрактів і підлягають виконан ню на території держави суду; пов’язаних з участю держа ви в компаніях та інших юридичних особах, що розташо вані на території держави суду; пов’язаних з виробничою, торговельною та фінансовою діяльністю, яку держава здійснює через своє агентство чи установу; відносно па тентів, промислових зразків, товарних знаків, знаків по слуг, нерухомості, що перебувають на території держави суду; пов’язаних з майном, право на яке виникло у держа ви в результаті спадкування; що випливають з відшкоду вання шкоди або збитків.

Конвенція не поширюється на розгляди стосовно соціаль ного забезпечення, відшкодування ядерного збитку або шкоди, митних зобов’язань, податкових або карних стяг нень, розглядів, пов’язаних з управлінням державними морськими суднами.

Відповідно до Конвенції, держава, проти якої було вине сене рішення, зобов’язана його виконати. Виняток станов лять суворо обмежені випадки:

* 1. якщо рішення суперечить публічному порядку краї ни виконання;
  2. якщо спір між тими ж сторонами знаходиться у про вадженні суду цієї держави і воно порушено першим або у провадженні суду іншого учасника Європейської Конвенції
* було там порушене першим;
  + 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 дер жави, проти якої було винесене рішення. Цей суд повинний визначити, чи підлягає виконанню винесене проти цієї дер жави рішення. При ратифікації або приєднанні до Євро пейської Конвенції держава учасниця вказує такі компе тентні суди.

Ніякі примусові заходи не застосовуються відносно влас ності іноземної держави, що перебуває на території держа ви суду. Такі заходи можуть вживатися тільки за умови, якщо іноземна держава в письмовій формі погодилася на їх

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 143 |

застосування. 16 травня 1972 р. був підписаний Протокол до Європейської Конвенції. Відповідно до цього Протоколу (ст. 1), якщо проти держави учасниці Європейської Кон венції було винесене судове рішення, яке вона не виконує, сторона, на користь якої винесене рішення, вправі зверну тися до Європейського Трибуналу з питань імунітету дер жави.

Зміст імунітету держави, його органів та їхніх посадових осіб розкривається у Віденських конвенціях: Про диплома тичні зносини від 18 квітня 1961 р.1 (набрала сили для Ук раїни з 12 липня 1964 р.), Про консульські зносини від 24 квітня 1963 р.2, Про представництво держав у їхніх відно синах з міжнародними організаціями універсального харак теру від 14 березня 1975 р.3 (ратифікована Україною 24 лип ня 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 лис топаді 1947 р., — Конвенцію про привілеї та імунітети спе ціалізованих 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 до говорів про них, а також міжнародних договорів, укладе них Урядом України з цими організаціями, користуються

* 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. — Мос ква: 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 144 | Тема 5 |  |
|  |  |

Розвитку щодо привілеїв, імунітетів і пільг, наданих Орга нізації від 19 грудня 1997 р.1 (ратифікована Законом Ук раїни від 7 липня 1999 р. № 850 XІ2); Додатковий протокол про привілеї та імунітети Організації Чорноморського Еко номічного Співробітництва від 30 квітня 1999 р.3 (ратифі кований 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

* зв’язку з діяльністю поза межами державної території, —
* відкритому морі, Антарктиді, космічному просторі — ре гулюються: Конвенцією Організації Об’єднаних Націй з морського права від 12 грудня 1982 р.9 (ратифікована За коном України від 3 червня 1999 р. № 728 XІ10), Договором про Антарктику від 1 грудня 1959 р.11 (Україна приєднала ся згідно з Постановою Верховної Ради України «Про при єднання України до Договору про Антарктику 1959 року» від 17 вересня 1992 р.12), Договором про принципи діяль ності 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.

* 1. Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 31. — Ст. 254.
  2. Система інформаційно правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН® — Київ: Ліга, 2004.= файл MU59002.LHT.
  3. Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 41. — Ст. 602.

|  |  |
| --- | --- |
| Суб’єкти міжнародного приватного права | 145 |

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 Украї ни й Урядом Китайської Народної Республіки про співробі тництво в дослідженні та використанні космічного просто ру в мирних цілях від 4 грудня 1995 р.2; Рамкова угода між Урядом України та Урядом Федеративної Республіки Бра зилія про співробітництво у використанні космічного про стору в мирних цілях від 18 листопада 1999 р.3; Договір між Україною та Федеративною Республікою Бразилія про дов гострокове співробітництво щодо використання ракети но сія «Циклон 4» на пусковому центрі Алкантара від 21 жовт ня 2003 р.4).

Імунітет українських державних морських суден спи рається не тільки на міжнародне, а й на внутрішнє право. Стаття 18 Кодексу Торговельного Мореплавання5 передба чає, що на судна, які перебувають у власності держави, не може бути накладений арешт або звернено стягнення без згоди органу, який здійснює управління державним май ном. Ця норма закону повинна поважатися і за кордоном, оскільки правове положення морського судна визначаєть ся законом держави, під прапором якого воно ходить.

* Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, зак люченных 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

ТЕМА 6 Право власності

* 1. Поняття права власності

Економічні відносини власності є одним з найважливі ших об’єктів державно правового регулювання. Поняття права власності як юридичної категорії виникає внаслідок врегулювання економічних відносин за допомогою юридич ного інструментарію. Воно має велике значення для всіх без винятку галузей права.

* 1. наш час у вітчизняному праві існує кілька норматив них визначень права власності. Так, за ст. 316 чинного Ци вільного 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 відно сини щодо володіння, користування й розпорядження май ном. Здійснювати відносини щодо володіння, користуван ня та розпорядження власністю в Україні можуть не тільки народ України, громадяни, юридичні особи України та дер жава, а також інші держави, їхні юридичні особи, міжна родні 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
* набуття та правовий режим тощо визначаються окремо кожною державою.

Постійна міграція населення, розширення меж зовнішнь оекономічного ринку та багато інших чинників зумовлюють наявність у відносинах власності іноземного елементу. Відпо відно, колізійні питання права власності — це питання, по

* Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 48. — Ст. 660.

|  |  |
| --- | --- |
| Право власності | 147 |

в’язані з необхідністю обрання одного з колізуючих націо нальних законів для вирішення конкретного питання, пов’я заного з правом власності, зокрема з визнанням права влас ності на річ, що придбана за кордоном; встановленням змісту права власності; визначенням правомочностей власника; підставами набуття та припинення права власності тощо.

1. 2. Різновиди власності

Колізії у сфері права власності вирішуються на націо нальному рівні, у міжнародних договорах їм також приділе но увагу. Серед чинних міжнародних актів слід згадати Кон венцію про правову допомогу в межах СНД та двосторонні договори про правову допомогу в цивільних справах, Гаазь ку конвенцію про право, що застосовується до переходу пра ва власності при міжнародній купівлі продажу товарів (1986 р.) тощо.

Визначальним питанням у сфері права власності є питан ня про те, чи є дана особа власником конкретної речі. У сфері міжнародного приватного права загальновизнано, що коли річ

* певній державі правомірно перейшла у власність іншої осо би за законами цієї держави, то в разі зміни місцезнаходжен ня речі право власності на неї зберігається за її власником.

Майно, яке може перебувати у власності, за своєю право вою природою не є однорідним. Тут насамперед слід згада ти про поділ майна на рухоме та нерухоме. У цивільному законодавстві більшості іноземних країн проведене чітке розмежування між рухомим і нерухомим майном. Так, пра во України (ст. 181 Цивільного кодексу України) до неру хомих речей відносить земельні ділянки, а також об’єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є не можливим без їх знецінення та зміни призначення. Режим нерухомості речі може бути поширений законом на по вітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об’єкти, а також інші речі, права на які підляга ють державній реєстрації. Рухомими речами є речі, які мож на вільно переміщувати у просторі.

Згідно з нормами Цивільного кодексу Франції, до неру хомого майна належать: земельні ділянки; незібраний уро

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 148 | Тема 6 |  |
|  |  |

жай; предмети, що їх власник землі помістив на свою ділян ку для обслуговування та експлуатації; речі, з’єднані з зем лею назавжди; узуфрукт на нерухомі речі; сервітути, чи зе мельні повинності; позови, які мають своїм предметом по вернення нерухомості. Рухомими, за нормами того ж Кодексу, вважаються речі, які можуть змінювати своє місцезнаходження (скажімо, рухаються самі); зобов’язан ня та позови, що мають своїм предметом сплату грошових сум чи права на рухомі речі; акції або паї у фінансових, тор говельних чи промислових компаніях; вічні чи довічні рен ти, сплачувані державою чи приватними особами.

Цивільний кодекс Португалії до нерухомих речей відно сить: 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 та ким самим за змістом є поділ речей на рухомі й нерухомі у багатьох інших державах.

* 1. законодавстві Швеції чітке розмежування майна на рухоме й нерухоме досягається переліком нерухомого май на (земля, будівлі, устаткування, речі, якими обладнаний будинок, тобто ліфти, радіатори, труби тощо)1.
  2. Німеччині під нерухомість підпадає земля та все те, що міцно пов’язано з нею. Рухомістю визнається тут усе, що не
* земельною ділянкою або її складовою частиною.

Істотні особливості має поділ речей на рухомі й нерухомі

* загальному праві Англії. Самі терміни «рухоме» та «не рухоме майно» використовуються судами, як правило, лише тоді, коли йдеться про правовідносини з участю іноземного елементу2.

Право США, як і право інших країн, визнає землю і фізичні споруди, що розташовані на ній, нерухомим май ном. 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.

|  |  |
| --- | --- |
| Право власності | 149 |

хомість, поєднана з нерухомістю». Такі предмети власності вважаються предметами особистої власності лише до момен ту 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 завж ди однаково вирішує питання про віднесення тієї чи іншої речі до рухомого чи нерухомого майна. Проблема, яка ви пливає внаслідок цього, має назву «приховані колізії», або «конфлікт кваліфікацій (characterization)». Тому вирішаль ним є обрання закону, відповідно до якого вирішуватиметь ся питання про статус речі. Однак, як національні законо давства деяких країн, так і більшість договорів про правову допомогу, що передбачають врегулювання відносин влас ності з участю іноземного елементу, залишили це питання відкритим. У зазначених актах вирішуються колізійні пи тання 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 знаходить ся. На відміну від цього право власності на рухомі речі (цінні папери, особисті речі, транспортні засоби) визначалося протягом довгого часу в Єпропі за особистим законом влас ника. Ця колізійна прив’язка застосовувалася до середини ХІХ ст. Згодом сфера його застосування звузилася, була об межена 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

* Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К.: Украї на, 1999. — С. 408.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 150 | Тема 6 |  |
|  |  |

rei sitae). Названа колізійна прив’язка є основною при виз наченні більшості колізійних питань права власності. Ра зом з тим, у деяких випадках неможливо взагалі викорис тати вищевказану прив’язку, наприклад, коли річ знахо диться 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 йдеть ся про закон місця реєстрації майна (насамперед, транспорт них 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 май но, що знайшло відображення у праві більшості країн у ви гляді визнання двох видів об’єктів права власності: матері альних і нематеріальних (безтілесне майно). У свою чергу, останнє поділяється на фінансову та комерційну власність. До фінансової власності у праві багатьох країн почали відно сити грошові папери, зокрема акції, облігації, векселя, чеки, а до комерційної — документи, що відображують пра во на отримання товарів, насамперед, коносаменти, на кладні. Така власність, як правило, у внутрішньому націо нальному праві підкоряється спеціальному правовому ре жиму, внаслідок правових особливостей, які їй притаманні.

* зв’язку з цим у сфері міжнародного приватного права для вирішення колізійних питань, пов’язаних з безтілесною власністю, неможливо використовувати закон її місцезна ходження. Сьогодні відповіді на колізійні питання, які мо жуть виникнути у зв’язку з володінням даним різновидом власності, можна знайти у відповідних міжнародних дого ворах (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.

|  |  |
| --- | --- |
| Право власності | 151 |

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 ви нахідницького 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 авто матичне визнання на території іншої. Право на промислову власність виникає в особи з моменту видачі йому відповід ним 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 конвен цію про охорону промислової власності1 (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 влас ності.

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 най менування місця походження, а також добросовісна конку ренція. Промислова власність розуміється в широкому зна ченні і поширюється не тільки на промисловість і торгів лю, а й на галузі сільськогосподарського виробництва і

1 Для України набула чиннності 25 грудня 1991 р. (для СРСР — 1 липня 1965 р.)

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 152 | Тема 6 |  |
|  |  |

добувної промисловості та на всі продукти природного по ходження.

Стаття 2 Паризької конвенції встановила національний режим охорони промислової власності для громадян країн Союзу. Останній полягає у тому, що відносно охорони про мислової власності громадяни кожної країни Союзу корис туються в усіх інших країнах Союзу такими самими при вілеями, що надаються тепер чи надаватимуться згодом відповідними законами власним громадянам, не обмежую чи при цьому прав, спеціально передбачених цією Конвен цією. Виходячи з цього, їхні права охоронятимуться так само, як і права громадян даної країни, і вони користувати муться 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 по дачі першої заяви користується правом пріоритету для по дачі 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 охоро ну літературних і художніх творів1, яка теж неодноразо во переглядалася. Країни учасниці Конвенції створили Союз для охорони прав авторів на їх літературні та художні твори. За її положеннями творами, що підлягають охороні, є:

* літературні та художні твори; 2) можлива вимога фіксації; 3) похідні твори; 4) офіційні тексти; 5) збірники;
* зобов’язання про охорону особи, яка користується нею;
* твори прикладного мистецтва та промислові зразки; 8) новини.

Ця Конвенція (ст. 3) закріплює два критерії, встановлен ня яких є необхідним для надання охорони. Це громадян ство автора або місце його проживання та місце випуску тво ру у світ.

* Україна бере участь з 25 жовтня 1995 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 21. — Ст. 155.

|  |  |
| --- | --- |
| Право власності | 153 |

Права авторів Конвенція розподіляє на дві групи:

а) особисті майнові та немайнові права (такі права ви значаються за законом країни—місця пред’явлення вимо ги про охорону прав);

б) спеціальні права (встановлені у положеннях даної Кон венції).

* 1. цілому Конвенція містить досить велику кількість імперативних положень і формальностей.

1952 року в Женеві було підписано Всесвітню конвенцію про авторське право1. Конвенцією встановлено національ ний режим захисту прав авторів як випущених, так і не ви пущених у світ творів. Так, випущені у світ твори громадян будь якої країни учасниці Конвенції, рівно як і твори, впер ше випущені у світ на території такої країни, користуються

* кожній іншій країні учасниці Конвенції охороною, яку така країна надає творам своїх громадян, які вперше випу щені у світ на її власній території.

Не випущені у світ твори громадян кожної країни учас ниці Конвенції користуються в кожній іншій країні учас ниці 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 за конодавства прирівняти до своїх громадян будь яких осіб, що доміцильовані на території цієї країни. Конвенція не роз криває зміст авторських прав і навіть не дає їх перелік. Єди ним правом автора, безпосередньо передбаченим Конвен цією, 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 по ложеннями Конвенції, визначається законом країни учас ниці Конвенції, в якій ставиться вимога про охорону, відпо відно 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. поставновою Верховної Ради затверджено участь
* цій Конвенції // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 70.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 154 | Тема 6 |  |
|  |  |

* 1. 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 за хисті інтелектуальної власності в усьому світі шляхом співробітництва країн учасниць Конвенції. Конвенцію при свячено, головним чином, організаційним питанням функ ціонування Всесвітньої організації інтелектуальної влас ності, її структурі та висвітленню її повноважень.

До моменту прийняття даної Конвенції об’єкти авторсь кого та патентного права в міжнародному приватному праві завжди розглядалися окремо одне від одного, з її прийнят тям відбулося об’єднання їх під спільною назвою «інтелек туальна власність». За ст. 2 (viii) Конвенції «інтелектуаль на 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, науко вих 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

* виробничій, науковій, літературній і художній сферах. Виокремлення з авторського права суміжних прав при

вело до необхідності окремої охорони останніх, у тому числі на міжнародному рівні. Першою конвенцією, яку було при свячено зазначеній проблематиці, стала Римська конвенція про охорону інтересів артистів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення2 1961 року. Конвенцію та кож засновано на принципі надання національного режи му охорони суміжних прав. Мінімальний строк охорони ста новить 20 років. Положення Конвенції передбачають необ

* СРСР став членом Паризького та Бернського Союзів з 26 квітня

1970 р.

2 Для України набрала чинності з 12 червня 2002 р. // Відомості Вер ховної Ради України. — 2002. — № 2. — Ст. 13.

|  |  |
| --- | --- |
| Право власності | 155 |

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 фонограм1. Країни учасниці Конвенції взя ли на себе обов’язок охороняти інтереси виробників фоно грам від незаконного виробництва, ввозу та розповсюджен ня копій фонограм. Відповідно до положень Конвенції така охорона надається за законом країни громадянства вироб ника фонограми (відбувається відхід від принципу націо нального режиму). Строки охорони також встановлюються національним законодавством, однак не можуть бути мен шими за 20 років, починаючи з року, коли було зроблено першу фонограму.

21 травня 1974 р. було прийнято Брюссельську конвен цію про розповсюдження сигналів, що несуть програми і пе редаються через супутники. Країни—учасниці Конвенції взяли на себе зобов’язання встановлювати у своїх національ них законах заборони на трансляцію відповідними органі заціями 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 фонограми2. Він є відкритим для підписання країн членів цієї організації. Договір встанов лює національний режим охорони і надає комплекс виключ них прав виконавцям і виробникам фонограм. Так, вико навці 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 відтворен ня своїх виконань; комерційний прокат оригіналу або при мірників своїх виконань тощо.

Оскільки не всі країни є учасницями тих чи інших кон венцій у сфері фінансової, комерційної, інтелектуальної

* 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 156 | Тема 6 |  |
|  |  |

власності, проблема значно ускладнюється, якщо сторони як колізійний обрали принцип автономії волі сторін, відпо відно до якого діє право країни, що не є учасницею відповід ної конвенції та не містить варіантів її вирішення на націо нальному рівні. Крім того, у даній сфері гострою є проблема первинної кваліфікації. У літературі слушно зазначається, що істотною перешкодою при виборі необхідного колізійно го принципу є проблема кваліфікації не лише понять «ру хомість — нерухомість», а цілої низки таких юридичних понять, як «цінні папери», «інтелектуальна власність», «ризик випадкової загибелі товарів», «перехід права влас ності» тощо. Так, наприклад, законодавство різних країн неоднаково встановлює момент переходу права власності. Одні країни пов’язують такий момент з фактичною переда чею речі; інші – визначають момент переходу права влас ності відповідно до контракту, незалежно від фактичної пе редачі1.

* американському праві, наприклад, вищезазначену про блему вирішено прийняттям усіма штатами «законів про реєстрацію». За цими законами, покупець, отримавши юри дичний документ, повинен зареєструвати його в урядовій ус танові, яка займається реєстрацією юридичних документів. Така реєстрація «інформує» світ про те, що цей покупець нині є власником майна2.
  1. контексті даного питання слід згадати про Конвенцію щодо права, яке застосовується до переходу права влас ності при міжнародній купівлі продажу товарів (Гаага, 15 квітня 1958 р.), спрямовану на вирішення колізійних пи тань, 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 застосовуєть ся 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

* Федосеева Г. Ю. Международное частное право: Учебник. — М.: Острожье, 1999. — С. 142.

2 Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К.: Украї на, 1999. — С. 417.

|  |  |
| --- | --- |
| Право власності | 157 |

відносно проданого товару; чи момент, до якого продавець має право на відшкодування збитків у відношенні продано го 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 прода ний товар. Крім того, у випадку продажу товарів, заснова ного на документах, якщо ці документи представляють про даний товар, право власності визнається таким, що пере йшло до покупця відповідно до внутрішнього права країни, в якій на нього виписані документи.

Інший акт міжнародного характеру — Конвенція про пра во, що застосовується до договорів міжнародної купівлі про дажу товарів (Гаага, 22 грудня 1986 р.) встановлює, що пра во, яке повинно застосовуватися до договору купівлі прода жу 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 зако нодавства, слід зазначити, що відповідно до Цивільного ко дексу України на зміст права власності не впливають місце проживання власника та місцезнаходження майна. Зрозу міло, що законодавець мав на увазі суто внутрішній цивіль ний оборот, оскільки закон місцезнаходження майна, як уже зазначалося, є загальновизнаним колізійним принципом.

Висвітлення колізійних питань права власності, перед бачене у проекті Закону України «Про міжнародне приват не право»2, майже ідентичне тому, що містилося у ЦК Ук раїни 1963 р. Відповідно до положень проекту Закону право власності та інші речові права як на рухоме, так і на нерухо ме майно визначається за допомогою однієї колізійної при в’язки — права країни, в якій це майно знаходиться, якщо інше не передбачено законом. Цю колізійну прив’язку також

* Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. — М.: Статут, 2002. — С. 429, 430, 448.

2 www. zakon. gov. ua.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 158 | Тема 6 |  |
|  |  |

обрано для визначення належності майна до рухомих або нерухомих речей і т. ін.

Проект Закону України «Про міжнародне приватне пра во» стосовно виникнення та припинення права власності або іншого речового права на майно передбачає застосування закону країни (Договірної Сторони), на території якої май но знаходилось в момент, коли мали місце дія або інші об ставини, 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 принци пу автономії волі. Їх наявність є проявом договірної свобо ди, тому вищевказане положення закріплене як у міжна родно правових джерелах, так і в національному законо давстві багатьох країн.

Право власності на транспортні засоби, які підлягають внесенню в державні реєстри, визначається законом місце знаходження органу, що реєстрував транспортний засіб. Таке положення міститься також у багатьох договорах про правову допомогу.

* проекті передбачено вирішення колізійного питання, пов’язаного з виникненням права власності на майно внас лідок 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 набуваль ної давності є новим. Його закріплено у ст. 344 чинного Цивільного кодексу України. Відповідно до неї, особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкри то, 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.

ТЕМА 7 Правочини з іноземним елементом

* 1. Поняття та види правочинів
  1. іноземним елементом

**Поняття правочину з іноземним елементом.** Чинне законодавство України не дає визначення поняттю «правочин з іноземним елементом» і не містить ко лізійних норм щодо обрання права, яке має застосовува тися до таких правочинів. Це парадоксальне на перший погляд явище пояснюється досить просто — до 90 х років держава була монополістом у сфері зовнішньоекономіч ної діяльності, яка носила у той час переважно торговий характер, а кількість та обсяг правочинів, що укладали ся приватними особами, був настільки незначний, що з точки зору законодавця не вимагав спеціального регулю вання. Тому ст. 569 Цивільного кодексу (ЦК) УРСР місти ла 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 укладалися поза рамками зовнішньоеко номічної діяльності.

* 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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 160 | Тема 7 |  |
|  |  |

говорів (контрактів)1. Між тим, в судах України поступово зростає кількість справ щодо договорів з іноземним елемен том, які не є зовнішньоекономічними, але потребують відпо відного 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 уклада ються з іноземними страховиками, договори на лікування

* іноземних клініках, договори про навчання в іноземних освітніх закладах, договори про реєстрацію доменних імен тощо.

Враховуючи потреби практики, колізійні норми стосов но правочинів і договорів були включені до проекту ЦК Ук раїни, а згодом — до проекту Закону «Про міжнародне при ватне право» від 9 жовтня 2002 р. № 2274, прийнятому у першому читанні 23 листопада 2003 р. (далі — проект За кону про МПП), у вигляді двох глав: глави IV «Колізійні норми щодо правочинів, довіреності, позовної давності» та глави VII «Колізійні норми зобов’язального права» (§ 1 «До говірні зобов’язання»)**.**

Проект Закону про МПП також не містить визначення правочину (договору) з іноземним елементом. Але таке ви значення було б зайвим, за правилами юридичної техніки воно має бути сконструйоване поєднанням поняття «право чин» (ч. 1 ст. 202 ЦК) чи договір (ч. 1 ст. 626 ЦК) з понят тям «іноземний елемент», що міститься у ст. 2 проекту За кону про МПП.

Слід зазначити, що проект, який конструювався на підставі сучасних іноземних законів про МПП, відмовляєть ся від пострадянської традиції відокремленого регулюван

1 Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитрие вой. — М.: Проспект, 2000. — С. 335—402 (Тема 12 «Внешнеэкономи ческие сделки»). Федосеева Г. Ю. Международное частное право: Учеб ник. — М.: Острожье, 1999. — С. 108—136 (Тема 6 «Основы правового ре гулирования внешнеэкономической деятельности»); Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. — 2 е изд., перераб. и доп. — М.: Междунар. отношения, 1997. — С. 199—230 (Тема 8 «Внешнеэконо мические сделки»).

|  |  |
| --- | --- |
| Правочини з іноземним елементом | 161 |

ня зовнішньоекономічних договорів (контрактів) та інших правочинів з іноземним елементом, встановлюючи для них спільні колізійні норми.

Втім, категорія «зовнішньоекономічного договору (кон тракту)» продовжуватиме своє існування внаслідок її закріп лення у нормах Господарського кодексу України (далі — ГК) та Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

**Зовнішньоекономічний договір (контракт).** У ст. 1Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зов нішньоекономічний договір (контракт) визначається як «матеріально оформлена угода двох або більше суб’єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контра гентів, спрямована на встановлення, зміну чи припинення їх взаємних прав і обов’язків у зовнішньоекономічній діяль ності».

Відповідно до ч. 1 ст. 337 ГК України, зовнішньоеконо мічною діяльністю суб’єктів господарювання є господарсь ка діяльність, яка у процесі її здійснення потребує перети нання митного кордону України майном, зазначеним у час тині першій статті 139 ГК1, та/або робочою силою.

Таким чином, на сьогодні критеріями для виокремлен ня зовнішньоекономічного договору з кола інших право чинів є:

а) його суб’єктний склад — участь у договорі принаймні одного українського суб’єкта зовнішньоекономічної діяль ності і принаймні одного іноземного контрагента. Законо давством 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 місцезнаход ження або постійне місце проживання за межами України).

* Майном у ч. 1 ст. 139 ГК визнається сукупність речей та інших цінностей (включаючи нематеріальні активи), які мають вартісне ви значення, 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.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 162 | Тема 7 |  |
|  |  |

Слід зазначити, що договори, укладені виключно між іно земними суб’єктами господарської діяльності не є зовніш ньоекономічними, за виключенням випадків, коли інозем ний 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 зовнішньоеко номічних договорів, виконання яких не передбачає перети нання митного кордону майном та/або робочою силою2.

Така посилена увага законодавця до відокремлення зов нішньоекономічних договорів пояснюється мотивами суто «поліцейського» характеру, оскільки договори, що визнають ся 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 мит ного законодавства). Практика свідчить, що такий підхід є характерним для країн з досить низьким рівнем економіч ного розвитку, які намагаються вирішити певні фінансові проблеми запровадженням жорсткого контролю та ряду об межень щодо укладення й виконання зовнішньоекономічних договорів (контракти підпадають під дію норм про квотуван ня та ліцензування, обов’язкову реєстрацію, може передба чатися отримання дозволу від компетентного органу на їх укладення та подання спеціальної звітності, певні обмежен ня можуть стосуватися предмета договору, ціни товару (робіт, послуг), валюти й порядку розрахунків тощо). Враховуючи досвід інших країн, можна припустити, що з перебігом часу

* 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 додат ковий для визначення міжнародного договору купівлі продажу у двох Гаазьких конвенціях 1964 р. про міжнародну купівлю продаж, однак це, поряд з іншими обставинами, призвело до невиправданого виклю чення зі сфері дії Конвенцій цілої низки договорів. І тому Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі продажу 1980 р. відмови лася від застосування цього критерію.

|  |  |
| --- | --- |
| Правочини з іноземним елементом | 163 |

та поліпшенням економічної ситуації в Україні такий підхід буде змінений в бік значної лібералізації.

* точки ж зору МПП, будь який правочин, що містить іноземний елемент, може потребувати застосування колізій ної норми.

**Міжнародний комерційний правочин.** У доктринальнійлітературі робилися численні спроби визначити поняття «міжнародний комерційний правочин», яке на відміну від поняття зовнішньоекономічний договір (контракт) не відоб ражало б точку зору певного національного законодавця, а мало б універсальний міжнародний характер. Низка міжна родних договорів для визначення сфери свого застосування наводять характеристики договорів, до яких вони застосо вуються (Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі продажу товарів 1980 р., Нью Йоркська конвенція про по зовну давність у міжнародній купівлі продажу товарів 1974 р., Гаазька конвенція про право, що застосовується до міжна родної 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 розріз няються за своїм змістом між собою. І неможливо сформу лювати загальне визначення для всіх міжнародних право чинів, що включало б їх змістовну сторону. Визначення по няття «міжнародний комерційний правочин «зводиться до відповіді на запитання, за наявності яких обставин цивіль но правовий правочин набуває міжнародного характеру1».

Якщо узагальнити визначення, що надаються у згаданих конвенціях, можна дійти висновку, що **міжнародного ха8** **рактеру набуває договір, укладений між сторонами, ко8 мерційні підприємства яких розміщені в різних державах.** При цьому національна (державна) належність сторін зна чення 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

* Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитрие вой. — М.: Проспект, 2000. — С. 338.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 164 | Тема 7 |  |
|  |  |

укладення договору, має найбільш тісний зв’язок з догово ром або його виконанням. Якщо сторона не має комерцій ного підприємства, то до уваги береться її постійне місце проживання. Зміст терміну **«комерційне підприємство»** (place of business) у конвенціях не розкривається. На прак тиці його розглядають як постійне місце здійснення комер ційної діяльності.

Слід зазначити, що всі згадані конвенції окремо зумовлю ють їх незастосування до побутових, споживчих договорів.

**Договори споживання.** Стаття 2 Віденської конвенції продоговори міжнародної купівлі продажу товарів 1980 р. ви значає **споживчі або побутові договори купівлі8продажу** як продаж товарів, що придбаваються для особистого, сімей ного чи домашнього використання.

* ст. 43 проекту Закону про МПП теж міститься визна чення **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 договора ми 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 інозем ного елементу, не відносяться до категорії зовнішньоеконо мічних договорів (контрактів), оскільки, відповідно до ч. 2 ст. 5 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність», сторо ною зовнішньоекономічного договору (контракту) можуть бути лише фізичні особи, зареєстровані в Україні як підприємці, або фізичні особи, що є суб’єктами господарсь кої діяльності за законом держави, в якій вони мають пос тійне місце проживання чи громадянами якої вони є.

* 2. Методи регулювання правочинів
  1. іноземним елементом
* МПП застосовуються різні методи регулювання стосовно правочинів з іноземним елементом залежно від їх виду.

|  |  |
| --- | --- |
| Правочини з іноземним елементом | 165 |

* сфері **споживчих (побутових) правочинів** головним чином діє колізійне внутрішньодержавне право.

Регулювання **зовнішньоекономічних договорів (міжна8** **родних комерційних правочинів)** здійснюється з використанням двох методів — матеріального і колізійного. При цьому переважним методом регулювання виступає матері ально правовий і все більше матеріальних норм набувають **уніфікованого характеру,** одержуючи закріплення в міжнародних договорах та інших міжнародних правових актах.

До міжнародних договорів, що регулюють зовнішньо економічні 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 догово рах 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. (Ук раїна не бере участі);

— Конвенція про фінансовий лізинг 1988 р. (Україна не бере участі).

До міжнародних комерційних договорів також застосо вуються джерела недержавного регулювання, які в сукуп ності часто іменуються наднаціональне комерційне (торго ве) право (lex mercatoria)1, такі як:

— Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 1994 р.;

— Принципи європейського контрактного права (Прин ципи є результатом роботи Комісії з європейського контрак тного права. Проект в основному був закінчений 1996 року (частини 1 і 2). Надалі в текст вносилися зміни і доповнен ня редакційного плану. 25 травня 2002 року була підготов лена частина 3 Принципів (глави 10—15);

* Іноді до його складу включають ще міжнародні договори (кон венції), що регулюють міжнародну комерційну діяльність.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 166 | Тема 7 |  |
|  |  |

— Уніфіковані правила і звичаї, що публікуються Міжна родною торговельною палатою (найбільш відомими є Пра вила ІНКОТЕРМС, Уніфіковані правила і звичаї для доку ментарних акредитивів, Уніфіковані правила по договірних гарантіях тощо);

— Типові контракти і рекомендації з їх складання, що розробляються різними міжнародними організаціями (на приклад, 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 тор гові звичаї, кодифіковані (зведені воєдино) впливовими не державними організаціями.

Застосування звичаїв, включаючи міжнародні, санкціо новано нормами вітчизняного законодавства. Господарсь кий 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 ар бітраж» 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 право відносин отримали звичаї та типові договори в ЦК2. Так, ст. 7 ЦК встановлює, що цивільні відносини можуть регулюва тися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Але зви чай, що суперечить договору чи актам цивільного законо давства, у цивільних відносинах не застосовується. Стаття 630 ЦК передбачає таке: договором може бути встановле но, що його окремі умови визначаються відповідно до ти пових умов договорів певного виду, оприлюднених у вста новленому порядку, а якщо у договорі не міститься поси

* Такі контракти можуть використовуватися судом або міжнарод ним комерційним арбітражем для виявлення усталеної практики, зви чаїв, що існують у тій чи іншій галузі міжнародної комерційної діяль ності і знайшли відображення у типових контрактах, а також якщо сто рони зробили безпосереднє посилання на них у контракті.

2 25 статей ЦК містять посилання на звичаї ділового обороту.

|  |  |
| --- | --- |
| Правочини з іноземним елементом | 167 |

лання на типові умови, такі типові умови можуть застосо вуватись як звичай ділового обороту, якщо вони відпові дають 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 обставина ми до уваги беруться звичаї ділового обороту й текст типо вого договору. У ч. 2 ст. 637 ЦК встановлено, що при тлу маченні умов договору можуть враховуватися також типові умови (типові договори), навіть якщо в договорі немає по силання 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.**

* 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 ста туту (тобто обраного права). У чинному законодавстві не встановлено, на які правовідносини, що виникають у зв’яз ку з укладенням, виконанням чи припиненням правочину, поширюється зобов’язальний статут — це можна визначи ти лише шляхом аналізу всієї системи колізійних норм. Так, спеціальні колізійні норми існують щодо форми правочи ну, правоздатності та дієздатності сторін правочину, дові

1 Детальніше див.: Порфір’єва О. К. Уніфікація правового регулю вання умов зовнішньоекономічних контрактів у міжнародному при ватному праві: Автореф. дис. …канд. юрид. наук. — Харків, 2000. — С. 11— 12.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 168 | Тема 7 |  |
|  |  |

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, закріп люючи, 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 виз начає сферу дії права, що застосовується до договору — ним охоплюються: 1) дійсність договору; 2) тлумачення догово ру; 3) права та обов’язки сторін; 4) виконання договору;

* наслідки невиконання або неналежного виконання дого вору; 6) припинення договору; 7) наслідки недійсності до говору; 8) передання вимоги та переведення боргу у зв’язку з договором. Такий підхід відповідає міжнародним тради ціям регулювання, що знайшли своє відбиття у Конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі продажу товарів 1986 р.

**Колізійні норми внутрішнього законодавства Украї ни щодо правочинів.** З втратою чинності ЦК УРСР актамивнутрішнього законодавства, що містять колізійні норми щодо правочинів з іноземним елементом, є Господарський кодекс України та Закон України «Про зовнішньоекономіч ну діяльність». Стаття 6 зазначеного Закону містить низку взаємопов’язаних норм, призначених для визначення пра ва, що підлягає застосуванню до **прав та обов’язків**2 сторін

1 Ці норми існували до того, як втратив чинність ЦК УРСР. Хоча пе редбачалося, що одночасно зі вступом у дію нового ЦК України почне діяти і Закон про МПП, але цього забезпечити не вдалося, і тому на сьо годнішній 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 зали шаються неврегульованими (дійсність договору; наслідки невиконан ня або неналежного виконання договору; припинення договору; на слідки 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.

|  |  |
| --- | --- |
| Правочини з іноземним елементом | 169 |

зовнішньоекономічної угоди і зовнішньоекономічного дого вору (контракту).

* ч. 8 ст. 6 закріплено, що права та обов’язки сторін зов нішньоекономічної угоди визначаються **правом місця її ук8** **ладення**, **якщо сторони не погодили інше**. Проблеми із застосуванням цієї норми породжуються невизначеністю тер міну «зовнішньоекономічна угода», який вживається у тексті закону без будь якого пояснення. Вважаємо, що цим терміном можуть охоплюватися односторонні зовнішньо економічні правочини (наприклад, рішення іноземного суб’єкта господарювання про заснування в Україні одноосо бового господарського товариства). На думку Д. В. Задихай ла, зазначена норма спрямована на регулювання спожив чих правочинів1 (хоча такі правочини не повинні підпадати під сферу регулювання Закону). Скоріш за все, законодавець просто продублював у тексті Закону України «Про зовніш ньоекономічну діяльність» норму ст. 569 ЦК УРСР, особ ливо не замислюючись над її змістом і співвідношенням з іншими колізійними нормами, закріпленими у ст. 6.
* 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 вчинен ня, 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 до говором. Таким чином, сторона (сторони) правочину наді лені правом самостійно визначити в правочині (договорі) місце його укладення на власний розсуд. І навіть якщо фак тично правочин було вчинено в іншому місці, місцем укла дення правочину має вважатися місце, вказане у тексті пра вочину або визначене відповідно до правил статей 211 і 647 ЦК. Такий формальний підхід законодавця зумовлений
* Підприємницьке право України: Підручник / За заг. ред. Р. Б. Шишки.— Харків: Еспада, 2000. — С. 380.
* Аналогічне правило закріплене у ч. 3 ст. 382 Господарського ко дексу.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 170 | Тема 7 |  |
|  |  |

тим, що місце укладення правочину в багатьох випадках виз начити неможливо або дуже складно (особливо це стосується правочинів, що вчиняються у мережі Інтернет), крім того, часто сторони вчиняють правочин у країні, зовсім не пов’я заної ні з ними особисто, ні з сутністю даного правочину.

Щодо зовнішньоекономічних договорів (контрактів) ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» містить такі колізійні норми.

* Права та обов’язки сторін зовнішньоекономічних до говорів (контрактів) визначаються правом країни, обраної сторонами при укладенні договору (контракту) або в резуль таті подальшого погодження. Тобто діє **принцип автономії** **волі сторін**. Така автономія волі є необмеженою, оcкількизакон не вимагає того, щоб обране право було пов’язане з правовідносинами, що регулюються.

Іноді сторони зовнішньоекономічного договору (контрак ту) вважають, що обираючи право, яке застосовуватиметь ся до укладеного між ними контракту, вони можуть уник нути застосування норм податкового, митного, зовнішньо економічного законодавства тощо. Але під обранням права розуміється обрання саме цивільного права, яке регулюва тиме тільки ті питання, що підпадають під дію зобов’язаль ного статуту.

**Вибір права не може буди здійснений** стосовно деякихкатегорій зовнішньоекономічних договорів (контрактів)1:

— до зовнішньоекономічного договору (контракту) про створення спільного підприємства застосовується право країни, на території якої спільне підприємство створюєть ся і офіційно реєструється;

— до зовнішньоекономічного договору (контракту), ук ладеного на аукціоні, в результаті конкурсу або на біржі, застосовується право країни, на території якої відбуваєть ся аукціон, конкурс або розміщена біржа.

* У разі відсутності між сторонами погодження віднос но права, яке має застосовуватися до зовнішньоекономіч них договорів (контрактів), застосовується право країни, де
* Ця норма може розглядатись як надімперативна (або позитивне застереження про публічний порядок).

|  |  |
| --- | --- |
| Правочини з іноземним елементом | 171 |

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); довірителем — у договорі доручення; пере візником — у договорі перевезення; експедитором — у до говорі транспортно експедиторського обслуговування; стра хувачем — у договорі страхування; кредитором — у дого ворі кредитування; дарувальником — у договорі дарування; поручителем — у договорі поруки; заставником — у дого ворі застави. Тобто основною прив’язкою виступає **особис8** **тий закон однієї із сторін контракту** (тієї, яка здійснює виконання, що є істотним для договору цього виду). До зовні шньоекономічних договорів (контрактів) про виробниче співробітництво, спеціалізацію і кооперування, виконання будівельно монтажних робіт застосовується **право країни,** **де здійснюється така діяльність або де створюються перед8 бачені договором (контрактом) результати.**

* До прав і обов’язків за зовнішньоекономічними дого ворами (контрактами), прямо не зазначеними у ст. 6, засто совується **право країни, де заснована чи має місце прожи8** **вання або основне місце діяльності сторона, яка здійснює виконання такого договору (контракту), що має вирішаль8 не 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 виконан8** **ня** за зовнішньоекономічним договором (контрактом) доуваги береться право місця проведення такого приймання, оскільки сторони не погодили інше. Отже, питання вико нання договору (контракту) частково випадають з під сфе ри 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 (контрак ту) визначаються правом місця його укладення, якщо сторо ни не погодили інше. Порядок визначення права, яке має

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 172 | Тема 7 |  |
|  |  |

застосовуватися до договору (контракту) у разі недосягнен ня згоди сторін стосовно вказаного порядку, встановлюється законом про зовнішньоекономічну діяльність». Ця норма викладена вкрай суперечливо, оскільки спочатку законода вець визначає, що за відсутністю домовленості сторін щодо вибору права, має застосовуватися право місця укладення договору, а потім чомусь відсилає нас до спеціального зако ну, який також має визначити право, що підлягає застосу ванню. Безумовно, ця норма має бути виключеною із ГК.

На практиці дуже часто постають запитання щодо пра ва, яке має застосовуватися до договорів про відступлення права вимоги чи передання боргу. Чинне законодавство не містить спеціальних колізійних норм щодо таких договорів.

* Г. Розенберг, аналізуючи практику МКАС, вважає, що у даному випадку виникає дві групи зобов’язальних відносин, до яких застосовуються окремі колізійні прив’язки1. Відно сини між первісним і новим кредитором (боржником) ма ють регулюватися обраним ними правом або правом, визна ченим на підставі колізійної норми. Тоді як питання допус тимості відступлення вимоги чи передання боргу та умови її вчинення (згода кредитора, повідомлення третім особам тощо) мають визначатися відповідно до права, яке застосо вується до основного договору.

Іноді внаслідок заміни осіб у зобов’язанні договір (кон тракт) втрачає ознаки зовнішньоекономічного. Наприклад, кредитор іноземна компанія відступає право вимоги стосов но товариства, зареєстрованого в Україні, іншому українсь кому суб’єкту підприємницької діяльності. У такому разі обидві сторони договору є вітчизняними суб’єктами госпо дарської діяльності і їхні відносини вже не можуть регулю ватись 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 уго ду про виключення з договору пункту щодо застосування іноземного права, або у разі виникнення спору суд, розглядаючи відповідну спра ву, має обґрунтувати неможливість застосування до відповідних пра вовідносин іноземного права.

|  |  |
| --- | --- |
| Правочини з іноземним елементом | 173 |

Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» містить застереження про публічний порядок такого змісту: «Зовнішньоекономічний договір (контракт) може бути ви знано недійсним у судовому порядку, якщо він не відпові дає вимогам законів України або міжнародних договорів Ук раїни» (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 зас тосування до зовнішньоекономічного договору (контракту) права України в будь якому випадку, незважаючи на пра во, яке було обране сторонами або на підставі колізійної нор ми судом (арбітражем). Але таке розуміння даної норми су перечило б основним принципам колізійного права. Вважає мо, що у зазначеній нормі йдеться про невідповідність зовнішньоекономічного договору (контракту) вимогам імпе ративних норм **публічного законодавства України та над8** **імперативних норм міжнародного приватного права.**

Щодо правочинів споживчого характеру з участю інозем ного елементу, то чинне законодавство України не містить колізійних норм, присвячених їх регулюванню. За анало гією, до таких правочинів можуть застосовуватися норми ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Слід мати на увазі, що проаналізовані нами колізійні норми внутрішнього законодавства України застосовувати муться тільки у разі, якщо спір, що виник між сторонами, розглядатиметься компетентним судом України або міжна родним комерційним арбітражем, що розміщений на її те риторії, 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 кордо ном, то іноземний суд чи арбітраж застосовуватиме колізійні норми законодавства місця свого перебування, які можуть значно відрізнятися від вітчизняних.

**Міжнародні колізійні норми.** Міжнародним договоромможуть встановлюватись інші колізійні норми, ніж внутріш нім законодавством. Так, **Угода СНД «Про порядок вирі8** **шення спорів, пов’язаних із здійсненням господарської діяльності» 1992 р.** відмовляється від складної системи при

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 174 | Тема 7 |  |
|  |  |

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 зако нодавством місця його вчинення, якщо інше не передбаче но домовленістю сторін1.

**Новації проекту Закону про МПП.** Насамкінець слідзвернутися до положень проекту Закону про МПП, який передбачає досить істотне реформування колізійного зако нодавства у цій сфері.

Проект залишає принцип автономії волі як провідний, закріплюючи, що зміст правочину може регулюватися пра вом, 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 пра8** **вочином.** Втім, на відміну від англо американського колізійного права, проект не залишає питання щодо обрання та кого права на виключний розсуд суду, а доповнює: «Вва жається, якщо інше не випливає 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 значен ня для змісту правочину, має своє звичайне місцеперебуван ня або місцезнаходження» (ст. 30 проекту). Таким чином, нібито зберігаючи старі прив’язки, проект розширює мож ливості 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

* Див. ст. 33 Договору між Україною і Республікою Польща про пра вову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних спра вах від 24 травня 1993 р., ст. 33 Договору між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кри мінальних 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.

|  |  |
| --- | --- |
| Правочини з іноземним елементом | 175 |

41 і 42 проекту, що містять колізійні норми стосовно дого ворів.

Крім того, якщо чинним законодавством стосовно певних видів договорів сторонам заборонено обирати право, яке підлягає застосуванню, то в проекті така заборона залиши лася лише стосовно засновницького договору, що «є уста новчим документом юридичної особи з участю іноземного елементу». Такий договір має регулюватися правом місця знаходження юридичної особи (ст. 45). На думку В. І. Кисі ля, подібне регулювання, хоча й відповідає загальній тен денції встановлення гнучкого колізійного регулювання, але криє в собі загрозу свавільного обходу сторонами законів, що мають з договором тісніший зв’язок1. Проте не слід за бувати, що проект передбачає можливість встановлення за борони вибору права сторонами правочину у спеціальних законах (ч. 1 ст. 30, ст. 41).

Як уже зазначалося, проект відмовляється від окремо го регулювання зовнішньоекономічних договорів (кон трактів) і містить загальні колізійні норми стосовно пра вочинів і договорів. У той самий час, проект виділяє окре му групу **правочинів споживання**, для яких є властивою принаймні одна з таких умов: 1) укладенню договору пе редувала спеціальна оферта або реклама у країні, в якій споживач має звичайне місце перебування, та споживач здійснив усе необхідне для укладення договору в цій країні;

* замовлення від споживача було прийняте у цій країні;
* споживач з ініціативи іншої сторони здійснив подорож за кордон з метою укладення договору щодо придбання товарів. Стосовно таких договорів проект передбачає ку муляцію 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 сто ронами до договору, в тому числі до його форми, застосо вується право країни, в якій споживач має звичайне місця перебування (ст. 43).
* Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. —

К.: Україна, 2000. — С. 268.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 176 | Тема 7 |  |
|  |  |

* 4. Право, що застосовується до форми правочину

Форма правочину є елементом, який традиційно виво диться зі сфери дії зобов’язального статуту і регулюється з допомогою окремих колізійних норм. Закордонна практи ка свідчить, що колізійні норми, з допомогою яких обираєть ся право, що визначатиме форму правочину, найчастіше містять прив’язки до кількох правопорядків, і достатнім для дійсності правочину вважається дотримання вимог при наймні одного з них щодо форми правочину. Такий підхід спрямований на зниження ризиків визнання правочину не дійсним.

Цивільний кодекс УРСР досить обмежено відтворив та кий підхід, орієнтуючись, як в інших колізійних нормах, насамперед на вітчизняне право. Стаття 568 визначала пра во, що підлягає застосуванню до форми угоди, вчиненої за кордоном, з допомогою колізійної норми: основною прив’яз кою виступав **закон місця здійснення угоди,** додатковою — **український закон.** Форма угоди з участю іноземного елементу повинна була відповідати принаймні одному із за значених правопорядків. Друга і третя частини ст. 568 місти ли спеціальні колізійні норми, які передбачали односторонню прив’язку до права України: форма зовнішньоторговельних угод і порядок їх підписання, а також форма угод з приводу