

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ХАРКІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
МІСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА імені О. М. БЕКЕТОВА

А. М. Бровдій
І. І. Килимник

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ
ВІДНОСИН

ЧАСТИНА 1
Міжнародне приватне право

КОНСПЕКТ ЛЕКЦІЙ

*(для студентів усіх форм навчання всіх спеціальностей та напрямів
підготовки)*

Харків – ХНУМГ ім. О.М. Бекетова – 2018

Бровдій А. М. Законодавче забезпечення приватноправових відносин. Частина 1. Міжнародне приватне право : конспект лекцій для студентів усіх форм навчання всіх спеціальностей та напрямів підготовки / А. М. Бровдій, І. І. Килимник; Харків. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекетова. – Харків : ХНУМГ ім. О. М. Бекетова, 2018. – 102 с.

Автори: канд. юрид. наук А. М. Бровдій
канд. юрид. наук, доц. І. І. Килимник

Рецензент канд. юрид. наук. А. В. Домбровська

Рекомендовано кафедрою правового забезпечення господарської діяльності, протокол № 10 від 08 травня 2018 р.

ЗМІСТ

1 ПОНЯТТЯ, ПРЕДМЕТ І СИСТЕМА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА. ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА	5
1.1 Поняття міжнародного приватного права	5
1.2 Спільні риси та відмінності міжнародного приватного права від міжнародного публічного права	6
1.3 Система Міжнародного приватного права	8
1.4 Джерела міжнародного приватного права	9
2 ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ	10
2.1 Методи правового регулювання у міжнародному приватному праві	11
2.2 Колізійні норми у міжнародному приватному праві: поняття та структура	12
2.3 Види колізійних норм та основні формули прикріплення	14
2.4 Кваліфікація колізійної норми. Конфлікт кваліфікації	21
2.5 Зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни	22
2.6 Обхід закону	23
2.7 Встановлення змісту та застосування іноземного права	25
2.8 Застереження про публічний порядок та імперативні норми в міжнародному приватному праві	26
2.9 Взаємність та реторсія	28
3 СУБ'ЄКТИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА	30
3.1 Фізичні особи в міжнародному приватному праві	30
3.1.1 Загальні засади правового статусу фізичних осіб як суб'єктів МПрП	30
3.1.2 Поняття та колізійні питання громадянства	32
3.1.3 Іноземці за законодавством України	35
3.1.4 Правоздатність іноземців в Україні	40
3.1.5 Дієздатність іноземців в Україні	42
3.1.6 Правове становище громадян України за кордоном	43
3.2 Юридичні особи в міжнародному приватному праві	45
3.2.1 Загальна характеристика правового статусу юридичних осіб в міжнародному приватному праві	45
3.2.2 Поняття особистого закону юридичної особи	46
3.2.3 Правове положення іноземних юридичних осіб в Україні	48
3.3 Правове регулювання відносин суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та країн ЄС	50
3.4 Держава як суб'єкт міжнародного приватного права	58
3.5 Законодавство України та міжнародні угоди з питань державного імунітету	59
4 ПРАВО ВЛАСНОСТІ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ	61

4.1 Особливості правового регулювання відносин власності в міжнародному приватному праві.....	61
4.2 Колізійні питання права власності. Виникнення та припинення права власності та інших речових прав.....	62
4.3 Право власності та інші речові права на рухоме майно, що перебуває в дорозі.....	65
4.4 Правове положення власності України за кордоном	66
5 ПРАВОЧИНИ ТА ЗОБОВ'ЯЗАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ	69
5.1 Поняття та різновиди правочинів з іноземним елементом	69
5.2 Форма та зміст правочину. Сфера дії права, що застосовується до правочину	71
5.3 Особливості колізійного регулювання договірних зобов'язань у міжнародному приватному праві	75
5.4 Договір міжнародної купівлі-продажу товарів	75
6. ТРУДОВІ ВІДНОСИНИ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ	80
6.1 Колізійне регулювання міжнародних трудових відносин.....	80
6.2 Міжнародно-правове регулювання праці	81
6.3 Працевлаштування іноземців в Україні.....	82
6.4 Трудові права українських громадян за кордоном.....	84
7 СПАДКОВІ ВІДНОСИНИ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ	85
7.1 Міжнародно-правове регулювання спадкових відносин та основні колізії у спадкуванні за міжнародним приватним правом.....	85
7.2 Спадкові права іноземців в Україні	88
7.3 Спадкові права українських громадян за кордоном.....	89
8 МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ	91
8.1 Поняття і різновиди міжнародного комерційного арбітражу	91
8.2 Міжнародні регламенти, типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж ЮНІСТРАЛ.....	94
8.3 Арбітражна угода та компетенція міжнародного комерційного арбітражу	95
8.4 Арбітражні рішення. Виконання рішень	97
СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ	99

1 ПОНЯТТЯ, ПРЕДМЕТ І СИСТЕМА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА. ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

План

1. Поняття міжнародного приватного права
2. Спільні риси та відмінності міжнародного приватного права від міжнародного публічного права
3. Система міжнародного приватного права
4. Джерела міжнародного приватного права

1.1 Поняття міжнародного приватного права

У зв'язку зі здобуттям незалежності України і стрімким розвитком міжнародних зв'язків, важливу функцію сьогодні виконує їхнє правове впорядкування. Економічне, культурне, політичне співробітництво між державами виражається у різноманітних відносинах, які виникають як між державами, так і окремими фізичними й юридичними особами.

Поняття *«приватне»* є визначальним у назві міжнародного приватного права (далі – МПрП). Мова йде не про відносини за вертикаллю, а про відносини за горизонталлю. МПрП так само як і цивільне, сімейне, трудове право регулює майнові й пов'язані з ними особисті немайнові відносини, засновані на рівності сторін.

Важливою категорією міжнародного приватного права є поняття іноземного елемента. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», іноземний елемент – це ознака, яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох з таких форм:

- хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою;
- об'єкт правовідносин (майно, авторські права) знаходиться на території іноземної держави;
- юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави (реєстрація шлюбу, відкриття спадщини, виконання роботи, завдання шкоди, смерть фізичної особи, реєстрація юридичної особи тощо).

Варто зазначити, що ті відносини, які виникають між фізичними та юридичними особами різних країн регулюються нормами міжнародного права. Тому потрібно розрізняти поняття *«міжнародне право»* і *«міжнародне приватне право»*, що регулюють різні сфери суспільних відносин.

Термін «міжнародне приватне право» використовується у теорії права, законодавстві та судочинстві більше 150 років, але до цього часу він викликає дискусії серед науковців, насамперед щодо двох складових елементів – «міжнародне» і «приватне». Згідно з дослідженнями А. А. Мережко, вперше термін «міжнародне приватне право» був запропонований членом Верховного суду США Джозефом Сторі у 1834 р. в роботі «Коментар до конфлікту законів», а потім набув поширення у країнах Європи.

На думку В. П. Жушмана, в контексті поняття «міжнародне приватне право» термін «міжнародне» має специфічне значення. Адже традиційно під міжнародним правом розуміють сукупність загальнообов'язкових принципів та норм, що зазвичай закріплені в міжнародних угодах і є спільними для усіх країн, тобто знаходяться поза межами окремої держави. Коли мова йде про міжнародне приватне право, то термін «міжнародне» означає, що воно регулює відносини, які не замикаються у межах однієї країни, а містять іноземний елемент. МПрП є галуззю національного права, і кожна держава має свою власну, відмінну від інших, систему норм МПрП.

Дискусійним є питання вживання у назві цієї галузі терміну «приватне». Термін «приватне» у цьому випадку тлумачиться ширше і означає, що до сфери дії МПрП належать відносини *приватного характеру*, учасники яких автономні та юридично рівноправні, на відміну від публічних відносин, де присутній елемент підпорядкування одного суб'єкта іншому.

1.2 Спільні риси та відмінності міжнародного приватного права від міжнародного публічного права

1. Стосується змісту регульованих відносин. У МП головне місце займають політичні відносини держав – питання забезпечення миру й міжнародної безпеки, суверенітету держав, невтручання, проблеми роззброєння. Тобто регламентовані ним відносини мають не цивільно-правовий, а міждержавний характер. МПрП регулює особливу сферу приватноправових відносин міжнародного характеру. Це насамперед майнові відносини, крім цього виникають і немайнові відносини, які також належать до сфери регулювання МПрП.

2. Стосується суб'єктів відносин. Основним суб'єктом МП є держава. Визнається також правосуб'єктність міждержавних організацій, що є вторинними суб'єктами. Основним суб'єктом МПрП є не держава, хоча воно може виступати в цій якості, а окремі особи – фізичні і юридичні (державні організації, акціонерні товариства, приватні фірми, підприємства, науково-дослідні й інші організації).

3. Основне джерело права в МП – міжнародний договір. У МПрП міжнародні договори також мають велике значення, але їхні правила в

одних державах входять до складу правової системи цієї країни, вони повинні застосовуватись безпосередньо, хоча й не розчиняються в цій системі, а займають у ній особливе місце, а в інших – вони можуть застосовуватись лише після того, як це буде у певній формі санкціоновано державою.

Під міжнародним правом розуміють сукупність загальнообов'язкових принципів та норм, що якнайчастіше, закріплені в міжнародних угодах і є спільними для всіх країн, тобто знаходяться поза межами окремої держави. Коли мова йде про міжнародне приватне право, то термін «міжнародне» означає, що воно регулює відносини, які не замикаються у межах однієї країни, а містять іноземний елемент. МПрП є галуззю національного права, і кожна держава має свою власну, відмінну від інших, систему норм МПрП.

Предметом регулювання є приватноправові відносини, ускладнені іноземним елементом.

Приватноправовими правовідносинами, ускладненими іноземним елементом, є такі:

- де іноземним є суб'єкт правовідносин;
- де іноземним є об'єкт правовідносин;
- де ускладнення здійснюється на рівні юридичного факту (громадянин України помер закордоном).

Спільні риси виявляються у тому, що МПрП і МПрП регулюють єдиний комплекс відносин — міжнародні відносини, але на різних рівнях.

МПрП складається з таких видів норм:

- колізійних;
- уніфікованих матеріальних правових;
- внутрішніх правових;
- процесуальних.

1. Колізійні норми становлять історичну основу МПрП. Вони поділяються на дві групи: внутрішні колізійні норми, викладені у внутрішньому законодавстві країни (ст. 8 ЦКУ); договірні колізійні норми, записані в м/н договорах, але направлені на регламентацію майнових відносин, які виникли на рівні фізичних або юридичних осіб (п'ять Гаазьких конвенцій щодо шлюбу та сім'ї).

Ст. 561 (1) ЦКУ наводить наступний приклад колізійної норми: «цивільна дієздатність іноземного громадянина визначається законом тієї країни, громадянином якої він є».

2. Уніфіковані матеріально-правові норми. Існує два шляхи уніфікації, а саме:

- уніфікація шляхом укладення міжнародних угод із питань матеріального права;
- рецепція основних інститутів з іншої правової системи.

Особливості уніфікації в МПрП такі:

– уніфіковані правові норми можуть бути створені на основі міжнародного договору чи міжнародного звичаю зокрема INKOTERMS були створені на основі звичаю (INKOTERMS англ. *Incoterms, International commerce terms* — міжнародні комерційні умови, комплект міжнародних правил з тлумачення найбільш широко використовуваних торговельних термінів (умов) в галузі міжнародної торгівлі);

– уніфікація – це досить високий рівень правового співробітництва між державами. Це є кроком до єдиного права.

– уніфікація в деяких галузях права не завжди бажана й можлива. Найбільші проблеми є з уніфікацією сімейного і спадкового права, де в силі національні традиції і звичаї.

3. Внутрішні матеріальні норми лише ті, які були спеціально створені для регламентації цивільно-правових відносин, ускладнених іноземним елементом. Ст. 565 ЦКУ наводить приклад такої норми: «іноземні громадяни користуються в Україні цивільною правоздатністю на рівні з громадянами України».

4. Процесуальні норми 1) процесуальні норми публічного права; 2) норми процесуального характеру, ускладнені іноземним елементом.

Радянська доктрина дотримувалась думки, що подібні норми входять до науки МПрП, але не до самого МПрП як галузі. Проте, вчені інших країн вважають інакше, під їхнім впливом в деяких країнах континентального права були розроблені кодекси або закони «МПрП і процесу».

1.3 Система Міжнародного приватного права

Система МПрП як науки співпадає з курсом МПрП в підручниках, а система МПрП як галузі права виглядає так:

Загальна частина МПрП:

- предмет;
- система;
- принципи дії;
- джерела;
- вчення про колізійну норму;
- суб'єкти МПрП.

Особлива частина МПрП:

- колізії в сфері права власності;
- колізії в зобов'язальних відносинах;
- колізії в сфері інтелектуальної власності;
- колізії в сфері спадкових правовідносин;
- колізії в сфері шлюбно-сімейних правовідносин;
- колізії в сфері трудових правовідносин;

– питання процесу.

До загальної частини належать універсальні засади МПрП, поняття та механізми застосування колізійних норм, підстави та обмеження у застосуванні іноземного права, порядок встановлення змісту норм іноземного права, визначення правового статусу фізичних та юридичних осіб, держави та міждержавних організацій тощо. Особлива частина МПрП охоплює окремі інститути цієї галузі: право власності; право інтелектуальної власності; правочини; зобов'язання із завдання шкоди; спадкові, шлюбно-сімейні та трудові відносини, ускладнені іноземним елементом. Особливістю МПрП є віднесення до даної галузі питань міжнародного цивільного процесу та міжнародного комерційного арбітражу. Варто зазначити, що наявність іноземного елемента в приватних правовідносинах тягне за собою не лише матеріальні, але й процесуальні наслідки. Колізія матеріального права різних країн неминує супроводжується і колізією юрисдикцій, завжди виникають питання: суду якої країни підсудна та чи інша суперечка між суб'єктами, які належать до різних держав; процедура встановлення судом змісту іноземного права; обсяг процесуальних прав іноземців тощо. У науці МПрП здавна існують концепції, які відносять до міжнародного приватного права колізійні питання про вибір права у їхньому тісному зв'язку із цивільним процесом, зокрема міжнародною підсудністю. І хоча це питання залишається предметом дискусій серед правознавців, в законодавстві переважної більшості країн застосовується комплексний підхід, де проблеми колізії законів та колізії юрисдикцій врегульовані в одному нормативному акті. Такий підхід використано під час створення нових законів про МПрП Швейцарії, Австрії, Італії, Угорщини, Чехії та багатьох інших держав. Так само й Закон України «Про міжнародне приватне право» містить розділи «Провадження у справах за участю іноземних осіб», «Підсудність та виконання іноземних судових доручень», «Визнання та виконання рішень іноземних судів».

1.4 Джерела міжнародного приватного права

Науковці виокремлюють п'ять основних видів джерел МПрП, а саме:

1. Усі системи світу визнають за джерело МПрП внутрішнє законодавство країн.
2. Усі системи світу визнають за джерело МПрП звичай як внутрішньодержавний, так і міжнародний.
3. Більшість країн визнають джерелом міжнародний договір.
4. Більшість країн визнають джерелом судову та арбітражну практику.
5. Деякі країни до джерел відносять доктрину МПрП.

Українська доктрина джерелом першорядного значення вважає внутрішнє законодавство країни (Г. К. Матвеев «Міжнародне приватне право»). Друге місце посідає міжнародний договір, оскільки через процедуру імплементації він може бути тісно пов'язаний із внутрішнім правом, стати його складовою частиною.

Внутрішнє законодавство як джерело МПрП.

Норми МПрП містяться в таких нормативно-правових актах:

1. Цивільному кодексі України (Розділ 8), де вирішено: проблему правосуб'єктності фізичних і юридичних осіб (право - і дієздатність); питання угод, їхньої форми; питання деліктних зобов'язань, строку дії і форми довіреності. Також у цьому розділі встановлено норми щодо позовної давності; норми, які частково вирішують колізії права власності; норми, що регулюють спадкові правовідносини.

2. У сімейному кодексі розглянуті такі питання : укладення і розірвання шлюбів із іноземцями; сімейну право- і дієздатність; встановлення батьківства (батьківство встановлюється, якщо чоловік спільно проживає і веде спільне господарство з родиною, бере участь у вихованні дитини, бере участь у її матеріальному забезпеченні, існують незаперечні докази того, що чоловік визнав своє батьківство); питання усиновлення дітей іноземцями, встановлення опіки чи піклування.

3. У Кодексі торгового мореплавства України.

4. У Повітряному кодексі України.

5. У Цивільному кодексі України (книга 8).

6. У Законі «Про правовий статус іноземців».

У деяких країнах як джерело МПрП розглядаються спеціальні закони про МПрП, (наприклад, у Швейцарії). Швейцарський закон про МПрП складається з наступних розділів: питання юрисдикції; колізії; питання правил застосування іноземного права в різних галузях. Аналогічні закони були прийняті в 1988 р. в Австрії, в 1979 р. в Угорщині (два розділи присвячені цивільному процесу), в 1965 р. в Польщі, в 1963 р. в Чехословачії (зараз діє на території Чехії), в 1982 р. в Туреччині, в 1982 р. в Югославії (отримав назву «Закон про вирішення колізій між нормами іноземного права». Вирішує колізії на двох рівнях: на рівні держави й на рівні адміністративно-територіальних одиниць.).

2 ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

План

1. Методи правового регулювання у міжнародному приватному праві

2. Колізійні норми у міжнародному приватному праві: поняття та структура
3. Види колізійних норм та основні формули прикріплення
4. Кваліфікація колізійної норми. Конфлікт кваліфікації
5. Зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни
6. Обхід закону
7. Встановлення змісту та застосування іноземного права
8. Застереження про публічний порядок та імперативні норми в міжнародному приватному праві.
9. Взаємність та реторсія.

2.1 Методи правового регулювання у міжнародному приватному прав

Під методом правового регулювання розуміють комплекс взаємопов'язаних засобів юридичного впливу на певну сферу суспільних відносин.

Метод МПрП є комбінованим і складається з таких частин:

1. *Колізійний* до належного права. М. М. Богуславський виділяє наступні недоліки цього методу:

- сторони мають невизначеність щодо того, яке право буде застосоване під час регулювання правовідносин
- відсилаючи до права іноземної держави колізійна норма ускладнює діяльність суду та інших державних органів які зобов'язані застосовувати ці норми.
- застосування колізійної норми не сприяє однаковості у вирішенні конфліктних ситуацій щодо відношення до того самого предмету.
- застосування внутрішнього законодавства не завжди дає можливість врахувати специфіку відносин з іноземним елементом
- вимагає інколи застосування законодавства іншої країни, але воно для них є невідомим

2. *Матеріально-правовий метод* (прямо регулює відносини за допомогою норм закону).

Колізійний метод регулювання здійснюється у двох формах – національно-правовій (колізійні норми внутрішнього законодавства) та міжнародно-правовій (уніфіковані колізійні норми міжнародних договорів). Із розвитком міжнародного цивільного та комерційного обігу колізійно-правовий метод перестав задовольняти потреби міжнародного спілкування, гальмував розвиток відносин, насамперед, економічних між державами. Тому країни прагнули знайти інші засоби та можливості врегулювання приватноправових відносин міжнародного характеру. Однак, не дивлячись на усі недоліки колізійного методу, він продовжує залишатися основним

щодо регулювання сімейних, спадкових, майнових та багатьох інших приватних відносин, ускладнених іноземним елементом. Наприклад, Конвенція про позовну давність в міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р. встановлює загальний строк позовної давності за таким договором у чотири роки, отже для всіх країн, що ратифікували зазначену Конвенцію.

2.2 Колізійні норми у міжнародному приватному праві: поняття та структура

Не дивлячись на всі успіхи в уніфікації права, в сучасному світі зберігається істотні розбіжності в регулюванні приватноправових правовідносин у різних державах. Виникає проблема вибору права, яке підлягає застосуванню до того чи іншого правовідношення.

В. П. Жушман стверджує, що колізія міжнародного приватного права полягає у різниці змісту приватноправових законів країни суду та тієї держави, до якої належить іноземний елемент у певних правовідносинах. Інакше кажучи, основна правова колізія пов'язана з вибором права та зумовлена двома причинами: наявністю іноземного елемента в приватноправових відносинах та різним змістом права різних держав, з якими це відношення пов'язане. Тому приватноправові відносини можуть одночасно бути регульованими різними системами права (позитивні колізії) або жоден із національних правопорядків може не визнавати себе компетентним (негативні колізії).

Колізії в міжнародному приватному праві також можуть виникати безпосередньо під час застосування іноземного права, наприклад унаслідок зіткнення персональних систем права в межах однієї держави (*інтерперсональні колізії*). Наприклад, у деяких країнах Азії, Африки та Латинської Америки діє кодифіковане цивільне законодавство, але разом із цим в Ірані, Саудівській Аравії, Індії, Ізраїлі та деяких інших державах є чинними й системи релігійного права (мусульманського, іудейського, індуського тощо), норми яких дуже часто суперечать загальним засадам та принципам цивільного законодавства. Досліджуючи це питання, вчені дійшли висновку, що найрозповсюдженими в міжнародному приватному праві є *інтерлокальні колізії* або колізії права у просторі. У випадку інтерлокальних колізійних норм прийнято говорити про колізійні норми складових частин держави. Відомо, що у цілій низці держав, насамперед з федеральним устроєм, в суб'єктах федерації або адміністративних одиницях є свої правові системи. У випадку відсилання колізійної норми до права такої держави виникає питання про те, яке законодавство або яке право повинне застосовуватися.

Застосування права держави з множинністю правових систем знайшло своє відображення в ст. 15 Закону України «Про міжнародне приватне право», де зазначено, що у разі якщо підлягає застосуванню

право держави, в якій діє кілька територіальних або інших правових систем, належна правова система визначається відповідно до права цієї держави. За відсутності відповідних правових норм застосовуються норми тієї правової системи, яка має тісніший зв'язок із правовідносинами.

Дискусійним залишається питання щодо дії колізійних норм (*інтертемпоральні колізії*) у часі, але головною проблемою є вирішення того, чи повинні колізійні норми застосовуватися до відносин, які виникли до їхнього прийняття. Якщо колізійна норма має нейтральний характер, то до визначення її дії у часі неможливо передбачити характер відносин для сторін. Крім того, зміна колізійної норми може суттєво змінити правовий режим правовідносин. Однак деякі інститути міжнародного приватного права можуть мати зворотню дію, такі як інститут автономії волі сторін.

Отже, основний зміст міжнародного приватного права зводиться до колізійної проблеми та її вирішення, яка розв'язується за допомогою особливих норм, спрямованих на подолання колізій в міжнародному приватному праві – колізійних.

Колізійна норма сама собою не дає відповіді на питання стосовно того які права та обов'язки сторін виникають із певних правовідносин, вона лише відсилає до компетентного матеріально-правового закону, що підлягає застосуванню, тобто є нормою непрямой дії. Колізійна норма може відсилати до будь-якої правової системи на підставі узагальнених принципів міжнародного приватного права. Вона також має нейтральний характер і її застосування не залежить від змісту того правопорядку, за яким буде вирішено суперечку.

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

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

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

Прикладом двочленної будови колізійної норми може слугувати ч. 1 ст. 49 Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме: «Права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди (*обсяг*), визначаються за правом держави, в якій мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди (*прив'язка*)».

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

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

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

2.3 Види колізійних норм та основні формули прикріплення

Класифікація колізійних норм у теорії міжнародного приватного права здійснюється за певними критеріями і пов'язана переважно з великою кількістю джерел права та особливістю колізійних прив'язок. Вона дозволяє визначити пріоритетність джерел права та відокремити основні принципи за якими здійснюється вибір права застосування цих норм у міжнародному приватному праві.

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

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

Одностороння – це така норма, прив'язка якої відкрито називає право держави, яке належить застосовувати, і частіше за все вказує на застосування права своєї держави (зокрема, українська колізійна норма вказує на застосування права України, ст. 56 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Такі норми завжди мають імперативний характер.

Двостороння колізійна норма є типовішою, і її прив'язка не називає право конкретної держави, а формулює загальний принцип, використовуючи який, можна обрати право. Тому прив'язку двосторонньої колізійної норми називають «*формулою прикріплення*», вона допомагає прив'язати правовідносини до конкретного правопорядку, як це зроблено у п. 2 ст. 37 Договору між Україною та Республікою Польща щодо правової допомоги та правових відносин у цивільних і кримінальних справах. Отже, закріплюється можливість застосування або вітчизняного, або іноземного права.

Залежно від *кількості прив'язок* колізійні норми розподіляють на прості та складні. Прості колізійні норми містять один обсяг та одну прив'язку. Складні колізійні норми мають декілька прив'язок. Вони можуть містити в собі генеральні й субсидіарні прив'язки. При цьому

виокремлюється *основна* (генеральна) прив'язка, яка формулює загальне головне правило вибору права (призначене для першочергового застосування) і *субсидіарна* прив'язка, яка формулює ще одне або декілька правил і застосовується тоді, коли головне правило з будь-яких причин не було застосоване або виявилось недостатнім для вибору компетентного правопорядку, (наприклад ч. 1 ст. 60 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

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

Імперативні – це норми, які містять категоричні вказівки щодо вибору права й не можуть бути змінені за погодженням сторін.

Прикладом імперативної колізійної норми може бути ч. 3 ст. 42 Закону України «Про міжнародне приватне право». Імперативною колізійною нормою також є ч. 1 ст. 16: «Особистим законом фізичної особи вважається право держави, громадянином якої вона є».

Диспозитивні – це норми, які, встановлюючи загальне правило стосовно вибору права, залишають сторонам можливість відмовитися від нього і таким способом обрати застосовне право. Диспозитивність проявляється у таких формулюваннях, як «сторони можуть», «якщо інше не встановлено угодами сторін» та ін., (наприклад, ч. 1 ст. 33 Договору між Україною і Республікою Польща про правові відносини у цивільних і кримінальних справах).

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

Кумулятивні – це такі норми, в яких одночасно декілька прив'язок застосовується до одного правовідношення. При чому застосування однієї з прив'язок не виключає подальшого використання іншої¹. Кумулятивна прив'язка використовується в ч. 3 ст. 3 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах. Прикладом кумулятивної прив'язки може слугувати і ст. 55 Закону України «Про міжнародне приватне право». Таким чином кумулятивні колізійні прив'язки передбачають застосування одночасно різних правових систем.

Формули прикріплення є результатом узагальнення найрозповсюдженіших двосторонніх колізійних прив'язок, визначення їхніх основних різновидів, які прийнято позначати латинською мовою.

¹ Кибенко Е. Р. Международное частное право: учебно-практическое пособие / Е. Р. Кибенко. Харьков: Эспада, 2003. – С. 35.

На думку М. М. Богуславського найвідомішими формулами прикріплення є такі:

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

– *закон громадянства (lex patriae, lex nationalis)* – означає застосування права тієї держави, громадянином якої є певна особа;

– *закон місця проживання (lex domicilii)* – означає застосування права тієї держави, де певна особа постійно чи переважно проживає. На сьогодні *lex domicilii* визнається усіма державами тільки з різницею, що в одних державах він має першочергове значення (в країнах англо-американської системи права), а в інших – другочергове. Щодо цього інституту, то *lex domicilii* буває двох різновидів, а саме: за походженням і за вибором.

Domicilii за походженням отримує кожна особа в момент народження, а *domicilii* за вибором може вільно отримати будь-яка особа замість *domicilii* за походженням. Для отримання *domicilii* за вибором необхідно, щоб особа фактично проживала у державі, яку вона обрала з наміром залишитися в ній назавжди.

Щодо першочергового застосування закону громадянства (*lex patriae*), то на його захист вказує той факт, що у разі його застосування набагато легше встановити особистий статус фізичної особи, тобто зв'язок із державою громадянства найбільш стабільний. Проте велика кількість людей немає взагалі громадянства або має декілька, в наслідок чого й виникає багато проблем як для цих людей так і в межах міжнародних відносин. У цих випадках є необхідність застосування закону постійного місця проживання, тобто *lex domicilii*.

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

Визначення правового статусу фізичної особи за особистим законом у змішаному варіанті знайшло своє відбиття в законі України «Про міжнародне приватне право», де в ст. 16 зазначається, що «особистим законом фізичної особи вважається право держави, громадянином якої вона є. Якщо фізична особа є громадянином двох чи більше держав, її особистим законом вважається право тієї з держав, з якою особа має найтісніший зв'язок, зокрема має місце проживання або займається основною діяльністю. Особистим законом особи без громадянства вважається право держави, у якій ця особа має місце проживання, а за його відсутності – місце перебування. Особистим законом біженця вважається право держави, у якій він має місце перебування».

2. Закон «національності» юридичної особи (*lex societatis*) – використовується під час вирішення колізій законів, які пов'язані з правовим положенням іноземної юридичної особи. Ця формула прикріплення передбачає застосування права тієї держави, якій належить юридична особа.

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

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

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

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

5. Закон місця здійснення акту (*lex loci actus*) – прив'язка, що широко використовується в зобов'язальній сфері й означає застосування права тієї держави, на території якої був здійснений акт. Приватноправовий акт – це широке поняття, що охоплює різні приватноправові дії. Основними різновидами загальної формули прикріплення закону місця здійснення акту є закон місця укладення договору й закон місця виконання зобов'язань. Ці формули прикріплення мають субсидіарний характер стосовно автономії волі сторін під час регулювання питань зобов'язального статуту й застосовуються виключно за відсутністю згоди сторін щодо вибору права:

– Закон місця укладення договору (*lex loci contractus*) – означає застосування права держави, де укладено договір, та застосовується у сфері зобов'язального права. Стосовно цієї прив'язки існує проблема визначення місця здійснення договору, якщо він укладений між сторонами шляхом листування. Місце укладення договору по-різному тлумачиться в праві різних країн. Наприклад, в англо-американському праві договір

вважається укладеним у тому місці, звідки відправлений акцепт, в країнах Європи – де отриманий акцепт. Тенденція сучасної практики спрямована на відмову від застосування цієї формули прикріплення насамперед тому, що категорія місця укладення договору трансформувалася з фізичної, реальної категорії в формально-юридичну;

– *Закон місця виконання договору (lex loci solutionis)* – означає застосування права тієї держави, де зобов'язання, які містяться у договорі, підлягають виконанню і вважається оптимальним варіантом регулювання питань зобов'язального статусу. У праві більшості держав прийнята наступна інтерпретація місця виконання зобов'язань, а саме мова йде про місце фактичної здачі товару, товаророзпорядчих документів або місце здійснення платежу.

6. *Закон місця укладення шлюбу (lex loci celebrationis)* – застосовується в законодавстві деяких країн, що регулює сімейні відносини й означає застосування права тієї держави, на території якої укладений шлюб;

7. *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 р.: «зобов'язання про відшкодування шкоди, крім дій, що впливають із договору, та інших правомірних дій, визначаються за законодавством Договірної Сторони, на території якої мала місце дія або інша обставина, що є підставою для вимоги про відшкодування збитків». Саме цей принцип зазначений у розд. 7 Закону України «Про міжнародне приватне право». Але необхідно зазначити, що основним принципом сучасного вирішення деліктних зобов'язань є можливість вибору законодавства найбільш сприятливого для потерпілого.

8. *Закон місця роботи (lex loci laboris)* – означає застосування права країни, де здійснюється трудова діяльність, і застосовується в сфері міжнародних трудових відносин (найважливішим винятком із цього правила є форма трудового договору).

9. *Закон прапора (lex flagi)* означає застосування права тієї країни, під прапором якої, наприклад, ходить судно. Цей колізійний принцип становить трансформацію прив'язки «особистий закон» застосовне до повітряних, водних та космічних об'єктів. Ці об'єкти є «умовною територією» держави прапора, тому для регулювання більшості відносин, які виникають на їхньому борту, в першу чергу, застосовується закон прапора. Основна сфера застосування – це сфера торгівельного мореплавства, міжнародні морські та повітряні перевезення.

10. *Закон суду, який вирішує суперечку (lex fori)* – це прив'язка односторонньої колізійної норми й означає застосування права тієї держави, суд якої розглядає справу з іноземним елементом. Колізійне питання вирішується судом на користь застосування власного

національного права. Загальноприйнятою сферою застосування закону суду є міжнародний цивільний процес. Право країни суду цілком може бути застосовне до певного виду приватноправових відносин і може виступати альтернативою усім останнім формулам прикріплення. У законодавстві більшості держав передбачено, якщо зміст норм права іноземної держави в доцільні строки не встановлений, суд вирішує справу на підставі свого національного права. У сучасній практиці й доктрині визнано, що «закон суду» – це «жорстка» колізійна прив'язка й варто максимально намагатися відмовлятися від її застосування.

11. *Закон, обраний особою, яка здійснила правочин (lex voluntatis)* – становить застосування права тієї держави, яку оберуть самі сторони. Ця формула прикріплення, яка також має назву «автономія волі сторін», спрямована на врегулювання договірних відносин з іноземним елементом і санкціонована законодавством сучасних держав і міжнародними конвенціями універсального та регіонального характеру. Як національне колізійне право, так і міжнародні договори виходять із того, що під час вирішення всіх колізійних питань у сфері договірних зобов'язань вирішальною є воля сторін. У 1991 р. Інститутом міжнародного права було зазначено, що автономія волі сторін є фундаментальним принципом міжнародного приватного права. Цьому, насамперед, сприяло закріплення цього принципу в міжнародних конвенціях, а саме: Кодексі Бустаманте, Римській конвенції щодо права застосованого до договірних зобов'язань 1980 р., Міжамериканській конвенції про право, що застосовується до міжнародних контрактів 1994 р., інші.

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

Отже, як національне колізійне право, так і міжнародні договори виходять з того, що під час вирішення всіх колізійних питань у сфері договірних зобов'язань вирішальною є воля сторін. Право більшості держав передбачає абсолютну, необмежену і беззаперечну автономію волі сторін щодо вибору застосовного права. До таких держав належать:

Вірменія, Австрія, Угорщина, Венесуела, Німеччина, Греція, Канада, Китай, Швейцарія та інші. За законодавством цих держав сторони можуть обрати як право держави, з яким пов'язані їхні правовідносини, так і право держави, з яким ці правовідносини не мають зв'язку. При цьому сторони припускають, що таким способом буде забезпечена найбільша об'єктивність. Однак обмеження можуть виникати й з інших причин. Зазвичай автономія волі виключається в договірних відносинах, об'єктом яких є нерухомі речі, тобто вибір сторонами права не може впливати на дію імперативних норм держави, з якою договір реально пов'язаний. Вибір права сторонами не може також обмежити чи порушити права, які набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права. Отже, принцип свободи волі не повинен слугувати інструментом обмеження захисту інтересів споживачів та працівників, які гарантують імперативні норми вітчизняного правопорядку. Вибір права також не здійснюється у разі відсутності іноземного елемента у правовідносинах.

12. *Закон найтіснішого зв'язку (proper law)* – означає застосування права тієї держави, з якою правовідносини найтісніше пов'язані, й застосовується як в зобов'язальному праві, так і в сфері деліктів, під час регулювання шлюбно-сімейних, спадкових, трудових відносин. Це приклад «гнучкої» колізійної норми, що належить новому поколінню колізійних правил, і має своє закріплення в Конвенції про право, що застосовано до договірних зобов'язань, 1980 р. У законі України «Про міжнародне приватне право» зазначений вище принцип також відобразився, а саме в ч. 3 ст. 4 підкреслюється, що визначене згідно з колізійними нормами право не застосовується, якщо за всіма обставинами правовідносини мають незначний зв'язок із визначеним правом і мають найтісніший зв'язок з іншим правом. Сучасна особливість колізійного права полягає у відмові від «жорстких» колізійних норм, які засновані на одному критерії вибору права і застосуванні «гнучких» правил, які враховують усі обставини справи. Під час поділу правовідносин на статuti до кожного окремого з них застосовується певне самостійне колізійне регулювання, тобто право тієї держави, з яким певна частина правовідносин найтісніше пов'язана. У такий спосіб передбачається врегулювання відносин, що містяться в альтернативних колізійних нормах.

До нового покоління колізійних правил належить також найбільш сприятливий закон для сторони. Застосування закону найбільш сприятливого для сторін є однією з сучасних тенденцій в колізійному регулюванні. Такі колізійні норми здебільшого встановлюються для регулювання деліктних зобов'язань, шлюбно-сімейних відносин і спрямовані на захист слабкої сторони в такому зобов'язанні. Встановлення подібних норм залежить від рівня розвитку суспільства, від того наскільки законодавець усвідомлює необхідність захисту своїх громадян у подібних ситуаціях.

2.4 Кваліфікація колізійної норми. Конфлікт кваліфікації

Правова кваліфікація спрямована на визначення права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом, а для цього, на думку І. А. Шуміло насамперед, необхідно з'ясувати правову природу відносин, які підлягають врегулюванню за участю іноземного елемента. У ст. 7 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачена процедура правової кваліфікації, де зазначається, що під час визначення права, яке підлягає застосуванню, суд повинен тлумачити норми й поняття відповідно до права України. Якщо юридичні поняття невідомі праву країни суду чи відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення за правом країни суду, то при їхній правовій кваліфікації може також враховуватись право іноземної країни. Отже, правова кваліфікація може проводитися, по-перше, за законом суду і, по-друге, за іноземним законом.

Особливості тлумачення колізійних норм пояснюються вирішенням колізійної проблеми, тобто визначенням застосовного права (вибір компетентного правопорядку). У цьому полягає мета «первинної» кваліфікації колізійної норми. Безпосередньо з процесом вибору права пов'язані проблеми кваліфікації, зворотного відсилання (зокрема відсилання до права третьої країни), обхід закону тощо «Вторинна» кваліфікація передбачає застосування норм обраного правопорядку й безпосередньо пов'язана з тлумаченням норм іноземного права, з встановленням їхнього змісту, з обмеженням застосування іноземного права тощо.

Взагалі правова кваліфікація здійснюється автоматично без будь-яких перешкод, однак іноді можуть виникати складні випадки, коли досить складно визнати, під яку правову категорію необхідно підвести відповідні правовідносини. Тому під час визначення права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом, виникає проблема **«конфлікту кваліфікації»**.

Проблема кваліфікації підлягає розгляду у двох основних напрямках: *кваліфікація понять* обсягу колізійної норми (до них належать «форма заповіту», «форма правочинів», «позовна давність» та ін.) та *кваліфікація понять, які складають її прив'язку* (такі юридичні поняття, як «місце укладання угоди», «закон місця вчинення правопорушення» та ін.). Отже, кваліфікація понять колізійної норми ускладнюється *«конфліктом кваліфікацій»*, що виникає внаслідок відмінностей у визначенні тих самих понять різними правовими системами. Тобто юридичні поняття, з яких складаються обсяг і прив'язка колізійних норм різних держав, можуть за формою збігатися, але мати різний зміст.

Ця проблема була виявлена наприкінці XIX ст. німецьким юристом Ф. Каном та французьким юристом Е. Бартемом. Ф. Кан назвав цю проблему «прихованою колізією», а Е. Бартен – «конфліктом кваліфікації».

Наявність однакових колізійних норм у праві різних держав не гарантує однаковий вибір права. Він буде залежати від того, за правовими поняттями якої держави буде тлумачитися колізійна норма на предмет співвідношення її з фактичними обставинами.

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

Світовій практиці також відома і правова кваліфікація за принципом «автономної кваліфікації». У літературі міжнародного приватного права була запропонована теорія «автономної кваліфікації», яка полягає у спробі тлумачити юридичні поняття автономно, тобто незалежно від матеріального права певної країни. Однак формулювання загальних для права різних країн поняття є завданням порівняльного правознавства й є складнішим процесом тому, що стосується глибинних засад права різних держав.

Отже, на думку В. П. Жушмана, існує три можливих варіанти вирішення конфлікту кваліфікацій, а саме:

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

Схожої позиції дотримується М. М. Богуславський.

2.5 Зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни

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

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

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

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

Тобто виникнення зворотного відсилання або відсилання до права третьої країни можливо, якщо колізійна норма в праві держави суду та колізійна норма держави, право якої застосовується для врегулювання правовідносин містять різні прив'язки, а також наявність певних обставин.

Проблема зворотного відсилання та відсилання до права третьої держави загалом зводиться до наступних положень:

1) чи відсилає колізійна норма законодавства країни суду до іноземного правопорядку загалом, включаючи як його матеріальні норми, так і колізійні, чи тільки до матеріальних норм цього права;

2) у випадках, коли іноземний закон не визнає себе компетентним чи підлягає прийняттю зворотне відсилання до права країни суду, а якщо підлягає, то в яких питаннях варто його приймати. Саме в першому положенні й полягає суть стосовно того, чи визнається зворотне відсилання в праві держав чи ні.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» законодавець неоднозначно відображає своє ставлення щодо визнання інституту зворотного відсилання. З одного боку, передбачає прийняття протилежного посилання під час визначення особистого та сімейного стану фізичної особи, а з іншого пропонує розглядати будь-яке відсилання до іноземного права як до матеріального, а не до колізійного права відповідної країни. Що стосується Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», то в ч. 1 ст. 28 також зазначається, що будь-яке положення права або системи права будь-якої держави повинно тлумачитись як таке, що безпосередньо відсилає до матеріального права цієї держави, а не до її колізійних норм.

2.6 Обхід закону

6. Обхід закону – це такі дії учасників відносин, за яких сторонами свідомо створюється прив'язка до іноземного права з метою уникнення використання до цього правовідношення примусового закону, якому воно підпорядковано (здебільшого закону своєї країни). Отже, необхідно з'ясувати: чи дійсно має місце факт зловживання правом та свідомого, недобросовісного вилучення правовідносин зі сфери дії правопорядку, з яким воно найтісніше пов'язано й застосування права іноземної країни, яке є найбільш сприятливим.

Наслідком обходу закону є те, що така штучна колізійна прив'язка до іноземного закону спричиняє недійсність відповідної угоди. Ця загальна доктрина вперше була опрацьована у 1878 р. на підставі рішення французького касаційного суду у справі Бофремон: громадянка Франції для того, щоб обійти існуючу тоді у Франції заборону розлучення, натуралізувалася в Німеччині, де домоглася судового розлучення та вступила у новий шлюб. Цей шлюб був оголошений французьким судом недійсним; суд вирішив, що розірвання першого шлюбу було здійснено шляхом обходу французької норми, що забороняє. Цим рішенням суд постановив, що у міжнародному приватному праві необхідно

застосовувати принцип *fraus omnia corrumpit* (обхід закону породжує недійсність акту в цілому)².

Проте на рівні міжнародної уніфікації концепція обходу закону не була закріплена. Так положення щодо заборони обходу закону не містяться і в таких конвенціях, як Римська конвенція «Про право, що застосовується до договірних зобов'язань» 1980 р., як Гаазька конвенція «Про право, що застосовується до міжнародних контрактів» 1986 р. Положення щодо концепції обходу закону відсутні й у найновіших законах, які регулюють відносини в сфері міжнародного приватного права, а саме в законодавчих актах Австрії, Німеччини, Швейцарії, а що стосовно Англії, то цей інститут ніколи і не визнавався.

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

Під час визначення предмета «обходу закону» класик німецького міжнародного права Л. Раапе підкреслював, що стосовно обходу закону в міжнародному приватному праві відносини насамперед переходять у сферу дії іншого правопорядку, в якому містяться бажані матеріальні норми, а створення колізійно-правового фактичного складу є тільки заходом щодо обходу закону. У класичній теорії загальноновизнано, що «обходиться» не колізійна норма, а внутрішня матеріальна норма закону, тобто колізійна норма є лише засобом щодо «обходу», а первинним все - таки є нікчемність угоди, тобто предметом регулювання норми щодо обходу закону є відносини нікчемності угоди, а об'єктом правовідношення, яке виникло, буде сама вказана угода. Необхідно зазначити, що існують різні підходи до визначення цього інституту у законодавстві держав. Але саме від цього й залежить визначення його предмету регулювання.

Однак є і зовсім інша думка авторів щодо закріплення цього інституту в законодавстві, а саме вони відзначають, що наслідки обходу закону суперечать загальним принципам правового регулювання, що склалися в міжнародному приватному праві, оскільки «штучна криміналізація» обходу закону, переведення його у статус протиправного суперечить самому змісту цього поняття – обхід закону становить легальне ухилення від його дії (а не порушення закону)³.

² Лунц А.А. Курс міжнародного приватного права: навчальний посібник / А.А. Лунц. М : Спарк, 2002. – С. 293.

³ Кибенко Е.Р. Международное частное право: учебно-практическое пособие / Е.Р. Кибенко. – Харьков: Эспада, 2003. – С. 45.

2.7 Встановлення змісту та застосування іноземного права

7. У процесі правозастосування колізійної норми виникає проблема кваліфікації юридичних понять, які використовуються у формулюванні колізійної норми. Суддя не зобов'язаний заздалегідь знати зміст іноземного права, до якого відсилає вітчизняна колізійна норма. Однак якщо колізійне питання вирішене на користь застосування іноземного права, то діє правило згідно якого суд повинен тлумачити та застосувати іноземне право так, як воно застосовується «у себе на батьківщині».

Обсяг застосування права іноземної держави визначений ст. 6 Закону України «Про міжнародне приватне право», в якій встановлено, що застосування права іноземної держави охоплює всі його норми, які регулюють відповідні правовідносини. Виходячи зі змісту цієї статті такими нормами є: норми міжнародних договорів, закони, підзаконні правові акти іноземної держави, норми звичаєвого права, прецеденти та інші джерела права, що визнаються іноземною державою. Застосування норми права іноземної держави не може бути обмежене лише на тій підставі, що ця норма належить публічному праву.

Застосування іноземного права – це правозастосовний процес, який здійснюється судом та іншими правозастосовними органами (нотаріусами, органами державної виконавчої влади тощо) на підставі та в межах національного права у відповідності із загальноновизнаними принципами міжнародного права.

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

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

Одним із способів встановлення іноземного права є правова допомога. Нормативною базою для її здійснення (тобто встановлення інформації про іноземне право) є Європейська конвенція про інформацію щодо іноземного законодавства від 07.06.1968 р. (набула чинності в Україні 14.09.1994 р.), яка визначає процедуру та механізм, які призначені полегшити судам доступ до інформації щодо іноземного права. Відповідно до положень цієї конвенції, мета відповіді на запит щодо надання інформації стосовно змісту іноземного права полягає в тому, щоб надати об'єктивну інформацію судовому органу від якого йде запит щодо законодавства країни, про яке запитується. Відповідь, коли це необхідно, повинна містити відповідні юридичні тексти та судові рішення. До відповіді, якщо це здається доцільним, додається додаткова документація,

наприклад, витяги з доктрин та резюме слухань. Крім того, вона може супроводжуватися пояснювальним коментарем.

Значну роль у вирішенні проблеми встановлення змісту норм іноземного права також відіграють договори стосовно надання правової допомоги, які містять зобов'язання сторін здійснювати обмін інформацією з правових питань.

Законодавець також дозволяє особам, які беруть участь у справі, надавати документи, що підтверджують зміст відповідних норм іноземного права, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм. Наприклад, надати суду відповідні тексти з правових актів чи витяги з них, правові висновки фахівців з міжнародного приватного права (науковців, практиків та ін.), відповідні судові рішення чи витяги з них, довідкову та наукову літературу, коментарі тощо. Сприяння сторін – це є їхнім правом, а не обов'язком, а тягар доведення змісту іноземного права може бути покладено на сторони тільки у суперечках, які пов'язані з підприємницькою діяльністю. Документи, що видані уповноваженими органами іноземних держав у встановленій формі, визнаються дійсними в Україні в разі їхньої легалізації.

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

2.8 Застереження про публічний порядок та імперативні норми в міжнародному приватному праві

8. Застереження про публічний порядок належить до числа загальних понять міжнародного приватного права, за допомогою яких може бути обмежено застосування норм іноземного права, до яких відсилає колізійна норма. Таким чином обмежується дія вітчизняної колізійної норми.

Оскільки колізійна норма може обирати право будь-якої держави, а передбачити всі наслідки цього вибору неможливо, то з метою запобігання настання можливих негативних наслідків і вживається застереження про публічний порядок. Отже, призначення застереження – обмежити дію колізійної норми, вилучивши застосування іноземного закону, несумісне з публічним порядком країни суду. Воно закріплено в законодавстві багатьох держав, в міжнародних договорах та застосовується під час визнання і виконання іноземних судових та арбітражних рішень.

Вчені виділяють *позитивне* й *негативне* застереження, які пов'язані із становленням концепції публічного порядку. *Загальна позитивна концепція* («франко-італійська») базується на сукупності матеріально-правових норм, які в силу принципової важливості для захисту суспільних і моральних підвалин даної держави застосовуються завжди, навіть якщо вітчизняна колізійна норма відсилає до іноземного права (такі норми часто

іменуються надімперативними). У цьому випадку певні принципи й норми національного права мають позитивне значення для держави.

Отже, виходячи з аналізу світового досвіду, майже повсюдно застереження про публічний порядок закріплюється в негативному варіанті, що визначено самим механізмом звернення до іноземного права на основі колізійних норм. *Негативна концепція* (її джерела звернені до германської доктрини) вбачає підстави для незастосування іноземної правової норми у властивостях самої норми, які роблять її) непридатною до застосування.

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

Інститут застереження про публічний порядок – це форма захисту основних цінностей і принципів вітчизняної правової системи. До правових інститутів належать такі, які не сприймаються вітчизняним публічним порядком, а саме полігамний шлюб, репудіація, влада чоловіка, а також норми, які обмежують правоздатність не мусульман та інші.

У теорії міжнародного приватного права інститут застереження про публічний порядок вважають доцільним розглядати у співвідношенні з інститутом обходу закону. Виходячи з германської доктрини питання про обхід закону в міжнародному приватному праві є одним з випадків застосування застереження про публічний порядок, тобто його можна розглядати як конкретний захід до попередження обходу закону в окремих сферах правовідносин. Однак, очевидно, що ці два інститути мають одну й ту ж саму мету – замінити компетентний закон у спосіб *lex fori*, однак мають різні предмети регулювання. Предметом «обходу закону» є нікчемність угоди, спрямованої на виключення об'єктивно застосованого права і, як наслідок, застосування іншого права, до того ж усунення компетентного закону залежить від констатації наміру сторін порушити свій особистий закон. Предметом застереження про публічний порядок є виключення застосування іноземного права, так як воно суперечить публічному порядку держави суду.

В останні роки питання щодо взаємодії колізійних й імперативних норм матеріального права перейшло з теоретичної до практичної сфери. Варто виходити з того, що, якщо з одного питання існують одночасно імперативні колізійна й матеріальна норми, при чому перша відсилає до

іноземного правопорядку, а друга передбачає застосування національного матеріального права, то пріоритет має матеріальна норма, тобто законодавець спеціально встановив матеріально-правову норму прямої дії, яка регулює відносини, в яких реалізується виключно державний інтерес. Про це свідчить і положення Закону «Про міжнародне приватне право», де в ст. 14 закріплюється, що правила цього Закону не обмежують дії імперативних норм права України, що регулюють відповідні відносини, незалежно від права, яке підлягає застосуванню. Крім того, суд, незалежно від права, що підлягає застосуванню відповідно до цього Закону, може застосовувати імперативні норми права іншої держави, які мають тісний зв'язок з відповідними правовідносинами, при цьому суд повинен враховувати призначення та характер таких норм, а також наслідки їх застосування чи незастосування.

2.9 Взаємність та реторсія

9. Взаємність є одним із фундаментальних принципів рівності в сфері міжнародної співпраці та співдружності між державами. Взаємність уявляє собою одну з підвалин міжнародного приватного права, що знайшло своє закріплення і в доктрині міжнародного приватного права, і внутрішньому законодавстві, і міжнародних договорах. Принцип взаємності в міжнародному приватному праві не обмежується сферою дії колізійних норм, він включає питання застосування матеріально-правових приписів, насамперед правил, які визнають цивільно-правове становище іноземних фізичних і юридичних осіб виходячи з національного режиму та режиму найбільшого сприяння. Крім того до проблем, які пов'язані із взаємністю в різних сферах міжнародного приватного права також є такі: визнання і виконання іноземних судових рішень за умови визнання і виконання судових рішень у відповідній іноземній державі; виконання судових доручень іноземних судів при аналогічному виконанні доручень судів. Найбільш актуальне питання, яке пов'язано із взаємністю виникає під час визнання і застосуванні іноземного права. Одне з таких правил сформульовано в ст. 11 Закону «Про міжнародне право» і полягає в наступному: суд чи інший орган застосовує право іноземної держави незалежно від того, чи застосовується у відповідній іноземній державі до подібних правовідносин право України, крім випадків, якщо застосування права іноземної держави на засадах взаємності передбачене законом України або міжнародним договором України. Іншим правилом уточнюється розуміння такого виключення: якщо застосування права іноземної держави залежить від взаємності, вважається, що вона існує, оскільки не доведено інше.

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

«Матеріальна» взаємність означає надання фізичним і юридичним особам – іноземцям у країні перебування повноважень аналогічних тим, що надаються їм у своїй державі. Безумовно, відмінність у праві різних держав обмежує можливість широкого застосування матеріальної взаємності.

«Формальна» взаємність передбачає зрівняння іноземців у країні перебування в правах і обов'язках з місцевими громадянами і юридичними особами. У міжнародному приватному праві переважає визначення правового режиму іноземців на підставі «формальної» взаємності.⁴

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

Цілою низкою нормативних актів України закріплена можливість вжиття одного чи кількох різновидів заходів примусового характеру, а саме: обмеження імпорту, підвищення митних зборів, введення режиму ліцензування та квотування зовнішньоекономічних операцій тощо. Відповідно до доктринальних положень міжнародного права, застосування заходів обмежувального характеру щодо конкретної іноземної країни не може вважатися порушенням принципу недискримінації.

Отже, інститут взаємності і інститут реторсії мають багато спільного і їх використання призводить до незастосування іноземного матеріального права. Проте на відміну від застереження про публічний порядок, відмова застосовувати іноземне право обумовлена причинами, які не пов'язані зі змістом матеріальних норм права. Крім того, підставою застосування інституту реторсії є дискримінаційні дії іноземної держави, а підставою застосування концепції взаємності є розбіжність колізійних прив'язок в законодавстві двох держав. Інститут взаємності та інститут реторсії починають діяти, якщо іноземні та виконавчі органи не проявляють належної поваги до вітчизняної політичної та правової систем.

⁴ Міжнародне приватне право: навчальний посібник / за ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана – Київ : Юрінком Інтер, 2007. – 352 с

3 СУБ'ЄКТИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

План

1. Фізичні особи в міжнародному приватному праві.
 - Загальні засади правового статусу фізичних осіб як суб'єктів МПрП;
 - Поняття та колізійні питання громадянства;
 - Іноземці за законодавством України;
 - Правоздатність іноземців в Україні;
 - Дієздатність іноземців в Україні;
 - Правове становище громадян України за кордоном.
2. Юридичні особи в міжнародному приватному праві
 - Загальна характеристика правового статусу юридичних осіб в міжнародному приватному праві;
 - Поняття особистого закону юридичної особи;
 - Правове положення іноземних юридичних осіб в Україні.
3. Правове регулювання відносин суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та країн ЄС.
4. Держава як суб'єкт міжнародного приватного права.
5. Законодавство України та міжнародні угоди з питань державного імунітету.

3.1 Фізичні особи в міжнародному приватному праві

3.1.1 Загальні засади правового статусу фізичних осіб як суб'єктів МПрП

Під поняттям «фізична особа» розуміється: громадяни України, іноземні громадяни (піддані), біпатриди, особи без громадянства (апатриди).

Відповідно до Закону України «Про громадянство України», *громадянин України* – це особа, яка набула громадянство України в порядку, передбаченому законами України та міжнародними договорами України. *Іноземець* – це особа, яка не перебуває в громадянстві України і є громадянином (підданим) іншої держави або держав. *Особа без громадянства* – це особа, яку жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином. Поняття біпатрида в чинному Законі України «Про громадянство України» не визначено з огляду на принцип єдиного громадянства українців. Відповідно до міжнародних норм, *біпатриди* – це особи, які мають громадянство двох або більше держав.

У доктрині, законодавстві та практиці до поняття «іноземців» з урахуванням особливостей їхнього правового становища належать також біженці, особи які потребують додаткового захисту та тимчасового захисту (Закон України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» 3671VI від 08.07.2011).

Громадянство – це правовий зв'язок фізичної особи з державою, що проявляється у взаємних правах і обов'язках. Громадянин повністю підлягає юрисдикції своєї країни.

Нормами міжнародного приватного права регулюються цивільні, сімейні, трудові, процесуальні права фізичних осіб, а звідси дані особи наділяються певним правовим статусом у міжнародних приватноправових відносинах.

У загальному розумінні *правовий статус суб'єкта* – це система визнаних і закріплених державою у законодавчому порядку прав та обов'язків відповідного суб'єкта. Правовий статус фізичних осіб як суб'єктів міжнародного приватного права – це сукупність усіх належних їм прав, свобод та обов'язків.

Особливість правового статусу фізичної особи в МПрП полягає у тому, що, перебуваючи в іншій державі, вона підпорядковується одночасно двом правопорядкам, а саме:

– своєму вітчизняному (закону громадянства (*lex patriae*) чи закону постійного місця проживання (*lex domicilii*)), оскільки зберігає правовий зв'язок із державою свого громадянства чи постійного місця проживання, правовий статус громадянина своєї держави, користується її захистом, підкоряється її законам;

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

Основоположне значення для визначення правового становища фізичних осіб мають загальновизнані принципи та норми міжнародного права щодо прав та обов'язків людини, що містяться у таких документах: Загальній декларації прав людини 1948 р., Міжнародному пакті про громадянські й політичні права 1966 р., Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права 1966 р. та ін. (наприклад заборона дискримінації за ознаками раси, національності, статі тощо). Статус фізичних осіб у міжнародному приватному праві визначається також міжнародними угодами, наприклад, Конвенцією про правовий статус біженців від 28.07.1951 р., Конвенцією про правовий статус осіб без громадянства від 28.09.1954 р., іншими міжнародними угодами, що визначають права та обов'язки фізичних осіб у певних правовідносинах.

3.1.2 Поняття та колізійні питання громадянства

Питання громадянства на міждержавному рівні врегульовано за допомогою чисельних нормативно-правових актів, серед яких можна виділити такі:

- Конвенція про громадянство заміжньої жінки від 20.02.1957 (набула чинності 11.08.1958, ратифікована Президією Верховної Ради СРСР 28.08.1957);
- Конвенція про скорочення випадків багатогромадянства та про військову повинність у випадках багатогромадянства від 06.05.1963;
- Конвенція щодо спрощеного порядку набуття громадянства громадянами держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав від 19.01.1996;
- Європейська конвенція про громадянство від 06.11.1997 (укладена у м. Страсбург, діє щодо держав-членів Ради Європи);
- Двохсторонні міжнародні договори за участю України про усунення випадків подвійного громадянства (наприклад Договір між Україною та Республікою Узбекистан про запобігання виникненню випадків подвійного громадянства від 05.12.1996, Договір між Україною та Грузією про запобігання виникненню випадків подвійного громадянства та усунення вже існуючого подвійного громадянства від 28.10.1997 р.);
- Конвенція, що регулює деякі питання, пов'язані з колізією законів про громадянство від 12.04.1930 (Україна не бере участі);
- Конвенція про скорочення без громадянства від 30.08.1961 (Україна не бере участі).

У зазначених вище нормативних актах визначено поняття громадянства, відповідно до якого це правовий зв'язок між особою та державою, незалежно від етнічного походження особи. У деяких випадках фізична особа може мати подвійне (множинне) громадянство, що означає одночасну належність особи до громадянства двох або більше держав (таких осіб прийнято називати біпатридами); або взагалі не мати громадянства жодної країни, – і тоді мова йде про особу без громадянства (апатриду). Кожна держава самостійно визначає належність особи до свого громадянства.

Відповідно до положень Закону України «Про громадянство України» від 18.01.2001, громадянством України визнається правовий зв'язок між фізичною особою й Україною, що виявляється у їхніх взаємних правах та обов'язках, а громадянином України називається особа, яка набула громадянство України в порядку, передбаченому законами України та міжнародними договорами України⁵.

⁵ Про громадянство України : Закон України від 18 січня 2001 р. № 2235-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 13. – Ст. 65.

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

В Україні визнано й закріплено у тексті вказаного Закону такі **принципи**, на яких будується законодавство України про громадянство:

- єдине громадянство – громадянства держави Україна, що виключає можливість існування громадянства адміністративно-територіальних одиниць України;
- запобігання виникненню випадків без громадянства;
- неможливість позбавлення громадянина України громадянства України;
- визнання права громадянина України на зміну громадянства;
- неможливості автоматичного набуття громадянства України іноземцем чи особою без громадянства внаслідок укладення шлюбу з громадянином України або набуття громадянства України його дружиною (чоловіком) та автоматичного припинення громадянства України одним із подружжя внаслідок припинення шлюбу або припинення громадянства України другим з подружжя;
- рівність перед законом громадян України незалежно від підстав, порядку й моменту набуття ними громадянства України;
- збереження громадянства України незалежно від місця проживання громадянина України.

Одним із визначальних з перелічених принципів, що має суттєве значення для врегулювання колізійних питань громадянства в Україні, є принцип єдиного громадянства, закріплений Конституцією України (як вам відомо, у Польщі нещодавно дозволено подвійне громадянство, і тепер в Україні розпочалися дискусії щодо необхідності скасування норм конституції, які декларують принцип єдиного громадянства).

Якщо громадянин України набув громадянство (підданство) іншої держави або держав, то у правових відносинах із Україною він визнається лише громадянином України; якщо іноземець набув громадянство України, то у правових відносинах з Україною він також визнається лише громадянином України. Однак, незважаючи на це, Закон України «Про громадянство України» містить винятки, що допускають виникнення подвійного громадянства, до яких, зокрема, належать такі випадки:

- діти під час народження одночасно з громадянством України набувають також громадянство іншої держави;
- діти, які є громадянами України й усиновлені іноземцем, набувають громадянство усиновителя;
- громадянин України автоматично набув громадянство іншої держави внаслідок одруження з іноземцем;

– згідно із законодавством іншої держави її громадянство надано громадянину України автоматично без його добровільного волевиявлення і він не отримав добровільно документ, що підтверджує наявність у нього громадянства іншої держави.

Відповідно до положень названих вище міжнародних конвенцій з питань громадянства Закону України «Про громадянство України», кожна держава в односторонньому порядку визначає своїх громадян. Підставами для набуття громадянства можуть бути походження, територіальний принцип, прийняття до громадянства, поновлення у громадянстві, усиновлення, встановлення опіки чи піклування над дитиною тощо. При цьому, як зауважує О. Р. Кибенко, різноманітні колізійні питання (громадянство дітей, громадянство осіб при зміні їхнього сімейного статусу, встановлення над ними опіки та піклування тощо) вирішуються національними законами зазвичай на користь власного громадянина. Унаслідок такого підходу у фізичних осіб часто виникає подвійне громадянство, що складає основну колізійну проблему у міжнародному приватному праві⁶.

Варто зазначити, що біпатриди користуються правами й виконують обов'язки стосовно держав, громадянами яких вони є. У п. 1 ст. 2 Закону України «Про громадянство України» закріплений підхід щодо біпатридів, який застосовується у переважній більшості країн, відповідно до якого така особа у правових відносинах з Україною визнається лише громадянином України. Однак складними проблемами, що виникають у міжнародному приватному праві та потребують свого вирішення щодо біпатридів, є, такі, як проблеми їхньої участі у приватизаційних процесах, реалізації ними права власності на землю, нерухоме майно, реалізація права на житло, освіту, виконання військового обов'язку (військова повинність виконується лише щодо однієї з держав, громадянство яких має фізична особа)⁷. Особливо помітно це виявляється, коли біпатрид перебуває на території третьої країни, громадянином якої він не є. У такому випадку виникає колізія з питання визначення особистого закону такої особи, що має бути застосований до вирішення тих чи інших приватноправових питань.

У ст. 16 Закону України «Про Міжнародне приватне право» визначено, що особистим законом фізичної особи вважається право держави, громадянином якої вона є.

Якщо фізична особа є громадянином двох або більше держав, її особистим законом вважається право тієї з держав, з якою особа має найтісніший зв'язок, зокрема має місце проживання або займається основною діяльністю.

⁶ Кибенко Е.Р. Международное частное право: учебно-практическое пособие / Е.Р. Кибенко. Харьков : Эспада, 2003. С. 50-51.

⁷ Про скорочення випадків багатогромадянства та про військову повинність у випадках багатогромадянства [Електронний ресурс] : конвенція Ради Європи від 6 травня 1963 р. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_302

Особистим законом особи без громадянства вважається право держави, у якій ця особа проживає, а за його відсутності місце перебування.

Особистим законом біженця вважається право держави, у якій він має місце перебування.

При визначенні особистого закону відповідно до частин другої і третьої цієї статті вважається, що якщо недієздатна особа змінила місце свого проживання без згоди свого законного представника, то така зміна не спричиняє зміну особистого закону цієї особи.

Закон України «Про правовий статус іноземців» від 04.02.1994, Закон України «Про імміграцію» від 07.06.2002, Закон України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту.

Іноземець – це іноземні громадяни, особи, які належать до громадянства іноземних держав та особи без громадянства, які не належать до громадянства будь-якої держави.

Іммігранти – це ті особи, які одержали дозвіл на імміграцію та прибули в Україну на постійне місце проживання або які перебуваючи в Україні на законних підставах отримали такий дозвіл і залишилися в Україні на постійне місце проживання.

Іноземці, які тимчасово перебувають на території України: особи, яким надано притулок на території України, біженці, іноземці, які прибули для виконання трудових функцій і т. д.

Закордонні українці. Згідно з Законом України «Про закордонних українців» від 04.03.2003 закордонним українцем є особа, яка є громадянином іншої держави або особою без громадянства, але має українське етнічне походження або походження з України.

3.1.3 Іноземці за законодавством України

1.3 Відповідно до ст. 1 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 04.02.1994⁸, іноземцем визнається особа, яка не перебуває у громадянстві України й є громадянином (підданим) іншої держави або держав. Особою без громадянства є особа, яку жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином.

Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку продовження строку перебування та продовження або скорочення строку тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства на території України» від 15 лютого 2012 р. № 150 затверджено відповідні Правила, якими визначаються порядок: цей Порядок визначає процедуру продовження строку перебування та продовження або скорочення строку

⁸ Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України від 22 вересня 2011 р. № 3773-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 19-20. – Ст. 179.

тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства на території України.

Іноземці та особи без громадянства, які на законній підставі прибули в Україну, можуть тимчасово перебувати на її території.

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

Іммігранти До іммігрантів належать іноземці чи особи без громадянства, які отримали дозвіл на імміграцію і прибули в Україну на постійне проживання, або, перебуваючи в Україні на законних підставах, отримали дозвіл на імміграцію і залишилися в Україні на постійне проживання. Право на імміграцію іноземців в Україну встановлено Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», а більш детально умови та порядок імміграції в Україну визначено Законом України «Про імміграцію» від 07.06.2001⁹.

Зазначеними нормативним актами встановлено, що імміграція в Україну проводиться на підставі відповідного дозволу, що видається на підставі заяви особи, яка бажає іммігрувати в Україні в межах квоти імміграції. Законом встановлені обмеження щодо надання дозволу на імміграцію, а саме:

– засудженим до позбавлення волі на строк більше одного року за вчинення діяння, що відповідно до законів України визнається злочином, якщо судимість не погашена й не знята у встановленому законом порядку;

– які вчинили злочин проти миру, воєнний злочин або злочин проти людяності та людства, як їх визначено в міжнародному праві, або розшуковуються у зв'язку із вчиненням діяння, що відповідно до законів України визнається тяжким злочином, або проти яких порушено кримінальну справу, якщо попереднє слідство за нею не закінчено;

– хворим на хронічний алкоголізм, токсикоманію, наркоманію або інфекційні захворювання, перелік яких визначено центральним органом виконавчої влади з питань охорони здоров'я¹⁰;

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

– яким на підставі закону заборонено в'їзд на територію України;

– в інших випадках, передбачених законами України.

Варто відмітити, що після постійного проживання на території України протягом не менше ніж п'ятьох років іноземного громадянина чи особу без громадянства може бути прийнято до громадянства України ст. 9 Закону України «Про громадянство України» (натуралізовано) а також за

⁹ Про імміграцію : закон України від 7 червня 2001 р. № 2491-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 41. – Ст. 197.

¹⁰ Про затвердження Переліку інфекційних хвороб, захворювання на які є підставою для відмови у наданні дозволу на імміграцію в Україну : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 19.10.2001 р. № 415 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 45. – Ст. 2030.

умови того, що вона буде дотримуватись Конституції України та Закону України, відмовиться від громадянства інших держав або наданого іншими державами статусу (наприклад біженця), володіння державною мовою або її розуміння в обсязі, достатньому для спілкування. Ця умова не поширюється на осіб, які мають певні фізичні вади (сліпі, глухі, німі) наявність законних джерел існування.

Іноземці, які тимчасово перебувають на території України.
Статус іноземних громадян та осіб без громадянства, що тимчасово перебувають на території України, залежить від мети та терміну їхнього перебування. Як вже зазначалося вище, в'їзд таких осіб на територію України здійснюється на підставі оформлених належним способом в'їзних візових документів, хоча із багатьма країнами наша держава уклала Угоди щодо безвізового режиму. Умови та порядок видачі візових документів іноземцям встановлено Правилами оформлення візових документів для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію, що затверджені Постановою Кабінету Міністрів від 1 березня 2017 року та Інструкцією про порядок оформлення іноземцям та особам без громадянства віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію (затверджено Наказом Міністерства закордонних справ України від 26.07.2011 № 196). Відповідно до названих нормативних актів, віза – це наданий уповноваженим органом України в установленій законодавством формі дозвіл, необхідний для в'їзду або для транзитного проїзду через територію України протягом відповідного строку; на підставі візових анкет та доданих до них документів.

Візи залежно від мети поїздки поділяються на такі типи (позначаються літерним та цифровим кодами): дипломатична, службова, ділова віза, віза для працівників рятувальних служб, студентська віза, віза для науковців, віза для працівників засобів масової інформації, віза для представників релігійних місій, віза для представників гуманітарних місій, віза для в'їзду з метою культурного та спортивного обміну, віза для в'їзду з метою туризму, приватна, імміграційна віза, віза для обслуговуючого персоналу транспортних засобів міжнародного сполучення, транзитна віза тощо. Окремі з названих категорій віз (наприклад віза для науковців, туристична, студентська, транзитна тощо) не дає іноземцеві або особі без громадянства права змінювати статус перебування на будь-який інший та звертатися за дозволом на постійне проживання в Україні.

Залежно від періоду дії візи, виділяються короткотермінові (до шести місяців) та довготермінові візи (від шести місяців та п'яти років); візи можуть оформлюватися як разові, дво- та багаторазові так і колективні. У візовій етикетці (засвідчує факт видачі візи) зазначається термін, протягом якого іноземець або особа без громадянства може в'їхати й перебувати в Україні чи здійснити транзитний проїзд через її територію. У строк, зазначений у візі, іноземці зобов'язані залишити територію України.

У Законі України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» визначені випадки відмови у видачі візи іноземцям та особам без громадянства, а саме у разі:

- загрози національній безпеці держави або охороні громадського порядку, забезпеченню охорони здоров'я, захисту прав і законних інтересів громадян України та інших осіб, які проживають на території України;
- перебування у базі даних осіб, яким згідно із законодавством України не дозволяється в'їзд в Україну або тимчасово обмежено право виїзду з України;
- подання недійсного паспортного документа або паспортного документа, що належить іншій особі;
- подання завідомо неправдивих відомостей або підроблених інших документів;
- відсутності дійсного полісу медичного страхування за умови можливості його оформлення на території держави, в якій подається відповідне візове клопотання;
- відсутності достатнього фінансового забезпечення на період запланованого перебування і для повернення до країни походження або транзиту до третьої країни чи можливості отримати достатнє фінансове забезпечення у законний спосіб на території України;
- відсутності доказів, що підтверджують мету запланованого перебування;
- відсутності документів, що дають можливість встановити намір заявника залишити територію України до закінчення дії візи;
- звернення заявника про припинення розгляду клопотання щодо оформлення візи.

Біженці. Правовий статус біженців на території України врегульовано Законом України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» від 08.07.2011,¹¹ Законом України «Про приєднання України до Конвенції про статус біженців та Протоколу щодо статусу біженців» від 10.01.2002 р. та Конвенцією про статус біженців від 28.07.1951.

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

¹¹ Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту : закон України від 8 липня 2011 р. № 3671-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 16. – Ст. 146.

попереднього постійного проживання, не може чи не бажає повернутися до неї внаслідок зазначених побоювань.

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

Якщо особи, які мають намір набути статусу біженця, перетнули державний кордон України у порядку, встановленому законодавством України, то вони повинні протягом п'яти робочих днів звернутися до відповідного органу міграційної служби із заявами про надання їй статусу біженця; ті ж особи, які намагалися незаконно перетнути або незаконно перетнули державний кордон України, повинні подати таку заяву без зволікань. Після розгляду звернення зазначених осіб та прийняття рішення щодо надання їм статусу біженця, органами міграційної служби видаються посвідчення біженця встановленого зразка. Зазначені посвідчення видається строком на один рік, а продовжується їхня дія під час перереєстрації біженця органом міграційної служби за місцем його проживання¹².

Ст. 15 Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» передбачає випадки втрати й позбавлення статусу біженця.

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

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

Особи, яким надано притулок. Відповідно до ст. 26 Конституції України, ст. 4 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без

¹² Про затвердження Положення про посвідчення біженця : постанова Кабінету Міністрів України від 14 березня 2012 р., № 202 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 20. – Ст. 761.

громадянства», іноземцям та особам без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому законом.

Необхідно зазначити, що право фізичної особи на отримання притулку закріплено також у ст. 14 Загальної декларації прав людини від 10.12.1948 р. відповідно до якої кожна людина має право шукати притулок від переслідувань в інших країнах та користуватися цим притулком. Це право не може бути використано у разі переслідування, заснованого на вчиненні неполітичного злочину або діяння, що суперечить цілям та принципам Організації Об'єднаних Націй. Зазвичай рішення щодо надання політичного притулку приймається індивідуально головою відповідної держави або уповноваженим їм органом.

Особа розглядається такою, яка отримала політичний притулок, якщо:

- 1) вона переслідується за свою громадянсько-політичну діяльність;
- 2) переслідування мають індивідуальний характер;
- 3) надання притулку безпосередньо пов'язано з недопустимістю висилки іноземця з території держави (здійснення екстрадиції), навіть якщо міжнародними договорами встановлено обов'язок держави видавати злочинців-іноземців, що знаходяться на його території на законних або незаконних підставах¹³.

3.1.4 Правоздатність іноземців в Україні

Правоздатність іноземців визначається за правом держави їхнього перебування. В Україні іноземцям надано національний правовий режим. Згідно зі ст. 26 Конституції України іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються однаковими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Іноземцям та особам без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому законом.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» (ч. 2 ст. 17) конкретизовано це конституційне положення щодо приватноправових відносин і закріплено, що іноземці та особи без громадянства мають цивільну правоздатність в Україні нарівні з громадянами України, крім випадків, передбачених законом або міжнародними договорами України. Аналогічні приписи закріплено у ст. 2 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», ст. 2426 Цивільного кодексу України, ч. 1 ст. 423 та ст. 424 Цивільного процесуального кодексу України.

¹³ Кибенко Е.Р. Международное частное право: учебно-практическое пособие / Е.Р. Кибенко. – Харьков: Эспада, 2003. – С. 61.

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

Особливістю правового регулювання правоздатності іноземців в усіх державах є поєднання національного режиму зі спеціальним режимом в окремих сферах, а також наявність виключень з національного режиму (землі сільськогосподарського призначення не можуть передаватись у власність іноземним громадянам, особам без громадянства, іноземним юридичним особам та іноземним державам, не можуть обиратися до органів державної влади та місцевого самоврядування, не поширюється загальний військовий обов'язок).

Існують відмінності у правовому статусі іноземців, які постійно проживають в Україні (іммігрантів), та іноземців, що перебувають в Україні тимчасово. Згідно Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» тільки іммігранти прирівнюються до громадян України у праві на трудову діяльність (ст. 8), на охорону здоров'я (ст. 10), на житло (ст. 12), на освіту (ст. 14). На відміну від цього іноземцям, які тимчасово перебувають на території України, медична допомога надається у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

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

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

- 1) щодо іноземного громадянина – право держави, громадянином якої він є;
- 2) щодо особи без громадянства – право держави, у якій ця особа має місце проживання, а за його відсутності – місце перебування;
- 3) щодо особи, яка має два чи більше громадянств (біпатрида) – право держави, з якою особа має найтісніший зв'язок, зокрема має місце проживання або займається основною діяльністю;
- 4) щодо біженця – право держави, у якій він має місце перебування.

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

3.1.5 Дієздатність іноземців в Україні

У зв'язку з тим, що законодавства окремих держав по-різному вирішують питання віку встановлення та обмеження дієздатності, а саме встановлюють різний вік, з якого настає повна дієздатність, різні умови, підстави та обсяг її обмеження тощо, саме тому щодо дієздатності фізичної особи виникають колізії. Так, повна цивільна дієздатність фізичної особи за законодавством ФРН та Великобританії настає з 18 років, Швейцарії та Японії – з 20 років, Аргентини – з 22 років. Водночас законодавством багатьох держав передбачено обставини, за яких вік повної дієздатності може бути знижений (наприклад реєстрація шлюбу). Стосовно обмеження дієздатності повнолітніх також можуть мати місце відмінності (не всі держави визнають обмеження дієздатності через марнотратство чи через фізичні вади (сліпоту, глухоту) та ін.).

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

Застосування особистого закону для визначення дієздатності особи означає, що особа, яка є дієздатною за особистим законом, повинна вважатися такою і в інших державах. Це положення є загальноновизнаним у міжнародних приватноправових відносинах. Але особа, яка є недієздатною за особистим законом, не завжди вважається такою в інших державах.

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

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

3.1.6 Правове становище громадян України за кордоном

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

Порядок виїзду громадян України за кордон і повернення в Україну врегульовано Конституцією України, а більш детально – Законом України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» від 21.01.1994¹⁴

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:

- паспорт громадянина України для виїзду за кордон (громадяни України мають право отримати даний документ по досягненні 18 років; а громадяни України, які постійно проживають за кордоном, – 16 років);
- проїзний документ дитини (у разі потреби самостійного виїзду неповнолітнього за кордон);
- дипломатичний паспорт;
- службовий паспорт;
- посвідчення особи моряка.

У передбачених міжнародними договорами України випадках для виїзду за кордон можуть використовуватися й інші документи (наприклад національний паспорт громадянина України). У разі втрати громадянином України зазначених документів йому дипломатичними представництвами чи консульськими установами України за кордоном видається посвідчення особи на повернення в Україну.

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

Згідно до ст. 6 Закону громадянинові України може бути тимчасово відмовлено у видачі паспорта у таких випадках:

- він обізнаний з відомостями, які становлять державну таємницю, - до закінчення терміну, встановленого ст. 12 цього Закону;
- діють неврегульовані аліментні, договірні чи інші невиконані зобов'язання до виконання зобов'язань, або розв'язання суперечки за погодженням сторін у передбачених законом випадках, або забезпечення зобов'язань заставою, якщо інше не передбачено міжнародним договором України;
- стосовно нього у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством, застосовано запобіжний захід, за умовами

¹⁴ Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України : Закон України від 21 січня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 18. – Ст. 101

якого йому заборонено виїжджати за кордон, до закінчення кримінального провадження або скасування відповідних обмежень;

- він засуджений за вчинення кримінального правопорушення до відбуття покарання або звільнення від покарання;

- він ухиляється від виконання зобов'язань, покладених на нього судовим рішенням, рішенням іншого органу (посадової особи) – до виконання зобов'язань;

- він свідомо сповістив про себе неправдиві відомості – до з'ясування причин і наслідків подання неправдивих відомостей;

- він підлягає призову на строкову військову службу – до вирішення питання про відстрочку від призову;

- щодо нього подано цивільний позов до суду до закінчення провадження у справі;

- він за вироком суду визнаний особливо небезпечним рецидивістом чи перебуває під адміністративним наглядом поліції – до погашення (зняття) судимості чи припинення нагляду.

Громадянинові України, який має паспорт, може бути тимчасово відмовлено у виїзді за кордон у випадках, передбачених пунктами 1-9 частини першої статті 6 вказаного Закону.

Громадянин України, який має паспорт, у разі, коли існують обставини, що обмежують відповідно до п. 1 ч. 1 статті 6 право його виїзду за кордон, зобов'язаний здати свій паспорт на збереження до центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері громадянства, за місцем проживання у місячний термін після виникнення таких обставин. За наявності достатніх підстав паспорт, що зберігається в центральному органі виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері громадянства, повертається у 10-денний термін із моменту звернення громадянина або його законного представника.

Паспорт може бути тимчасово затримано чи вилучено у випадках, передбачених п. 1 9 ч. 1 цієї статті, або в разі використання паспорта для вчинення злочину, або виявлення у ньому підробки, а також у випадках припинення громадянства України. Тимчасове затримання або вилучення паспорта у таких випадках здійснюється судом, органами прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, Державної прикордонної служби України, військовими комісаріатами, уповноваженими на те посадовими особами центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері громадянства, та консульською службою України.

Закон також містить положення про обмеження на виїзд з України громадян із міркувань безпеки у разі виникнення у будь-якій державі надзвичайної ситуації, що унеможливило створення безпечних умов для громадян України (ст. 9), виїзд з України недієздатних осіб (ст. 10), військовослужбовців (ст. 11) тощо.

Загальним принципом, що визначає правовий статус громадян України за кордоном, є право держави їхнього перебування. Традиційно

правила, які визначають регулювання прав й обов'язків громадян України (а також, відповідно, й іноземців в Україні), закріплюються у різних міжнародних угодах (договорах щодо надання правової допомоги, щодо усунення подвійного оподаткування та ін.). Правовий статус громадян України за кордоном визначається також міжнародними звичаями та загальними принципами міжнародного права.

Водночас громадяни України за кордоном користуються захистом з боку України у різних сферах діяльності. Згідно ч. 3 ст. 25 Конституції України наша держава гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами. Цей принцип зазначено і в Консульському статуті України, затвердженому Указом Президента України «Про Консульський статут України» від 02.04.1994 р., згідно з яким захист громадян України, що перебувають за кордоном, здійснюється через консульські установи.

Громадяни України можуть звертатися за захистом порушених прав до компетентних органів держави перебування. Будь-яке обмеження цивільних прав громадян України за кордоном вважається дискримінаційним і є недопустимим. Однак можна застосовувати до громадян України реторсії з боку держави, у якій вони перебувають.

3.2 Юридичні особи в міжнародному приватному праві

3.2.1 Загальна характеристика правового статусу юридичних осіб в міжнародному приватному праві

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

- незалежність існування юридичної особи від учасників, що входять до її складу;
- юридична особа володіє самостійною волею, що не залежить від волі окремих осіб, що входять до неї;
- юридична особа має майно, відокремлене від майна учасників;
- юридична особа несе самостійну відповідальність за своїми зобов'язаннями майном, що їй належить.
- юридична особа може укладати від свого імені правочини, що дозволені законом;

– юридична особа вправі позиватися та відповідати у суді від свого імені.

У силу своєї правової природи юридична особа може приймати участь у правовідносинах лише через фізичних осіб, які розглядаються законом або як органи юридичної особи, що діють від її імені в межах встановленої компетенції, або як законні чи добровільні представники.

Варто зазначити, що підходи до правового регулювання статусу юридичних осіб поступово уніфікуються внаслідок взаємних запозичень правових понять, конструкцій та інститутів у процесі законотворчої діяльності.

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

Отже, на компанії, що здійснюють зовнішньоекономічну діяльність, а також на представництва різноманітних державних органів, міжурядових та громадських організацій за кордоном впливають щонайменше дві правові системи – правова система держави, згідно якої така юридична особа вважається національною («своєю»), та правова система держави, на території якої вона здійснює певну діяльність.

Нормами міжнародного приватного права визначаються критерії поділу юридичних осіб на національні та іноземні; обсяг їхньої право- та дієздатності а також умови діяльності на території певної держави; регулюється правовий статус таких особливих суб'єктів, як транснаціональні корпорації, офшорні компанії, міжнародні юридичні особи тощо.

3.2.2 Поняття особистого закону юридичної особи

Правовий статус юридичної особи визначається насамперед її державною належністю (національністю¹⁵), адже лише внутрішнім законодавством певної держави визначається:

- статус організації як юридичної особи;
- порядок її створення;
- організаційно – правова форма;
- обсяг правоздатності;
- внутрішньо-корпоративні відносини;
- порядок припинення, реорганізації та ліквідації.

¹⁵ Поняття «національність юридичної особи» є умовним, але досить часто використовується в міжнародних договорах.

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

На відміну від фізичних осіб дати чітке визначення категорії «особистий закон юридичної особи» складно, адже стосовно фізичних осіб існує інститут громадянства (підданства), або доміцілію. На жаль, щодо юридичних осіб не розроблено аналогічного загальноновизнаного правового інституту визначення державної належності, натомість в законодавчих актах кожної окремої країни передбачена власна система правових норм, що дозволяє віднайти особистий закон юридичної особи.

Взагалі у світовій практиці існує декілька основних критеріїв, які дозволяють визначити особистий закон юридичної особи: за місцем створення (*теорія інкорпорації*), за місцем знаходження адміністративного центру (*теорія осілості*), за місцем її основної діяльності (*теорія центру експлуатації*) та за місцем, з якого здійснюється контроль за діяльністю юридичної особи (*теорія контролю*).

З усіх розглянутих вище підходів щодо визначення особистого закону юридичної особи найпоширенішими у світі є теорії «інкорпорації» та «осілості», проте вони дуже рідко використовуються ізольовано одна від іншої.

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

1. Особистим законом юридичної особи вважається право держави місцезнаходження юридичної особи.

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

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

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

Наявність таких різноманітних підходів до розуміння особистого закону юридичної особи негативно впливає на розвиток міжнародних економічних відносин, адже може призвести до виникнення проблеми «подвійної національності» юридичної особи, подвійного оподаткування, або відсутності податкового доміцілію.

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

3.2.3 Правове положення іноземних юридичних осіб в Україні

Діяльність іноземних юридичних осіб в Україні регулюється внутрішнім законодавством (цивільним, господарським, фінансовим, податковим) та міжнародними угодами України. Згідно ст. 25 Закону України «Про міжнародне приватне право» іноземними визнаються юридичні особи, які створені та зареєстровані відповідно до іноземного законодавства, а також мають місцезнаходження за кордоном. Необхідно зазначити, що поряд із поняттям «іноземна юридична особа», в митному, податковому та валютному законодавствах також використовується термін «нерезидент», який, щодо юридичних осіб, визначається за тими самими критеріями – місцезнаходження за межами України та утворення відповідно до законодавства іноземної держави¹⁶.

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

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

Унітарне або корпоративне підприємство, створене за законодавством України, що діє виключно на основі власності іноземців або іноземних юридичних осіб, або діюче підприємство, придбане повністю у власність цих осіб, відповідно до ст. 117 ГК є іноземним підприємством. Відповідно до ч. 2 зазначеної вище статті, іноземні підприємства не можуть створюватися в галузях, визначених законом, що мають стратегічне значення для безпеки держави. Іноземці також не можуть стати засновниками фермерських господарств в Україні¹⁷.

Відповідно до інструкції про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні¹⁸, іноземний суб'єкт господарської діяльності, що прагне відкрити представництво без наміру здійснення господарської діяльності на території України, подає до Міністерства економіки України заяву про реєстрацію представництва, що складається в довільній формі.

Представництво суб'єкта господарської діяльності не є юридичною особою і не здійснює самостійно господарської діяльності, у всіх випадках воно діє від імені і за дорученням іноземного суб'єкта господарської

¹⁶ Митний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 44-45, №46-47, №48. – Ст. 552

¹⁷ Про фермерське господарство : Закон України від 19 червня 2003 р. № 973-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 45. – Ст. 363

¹⁸ Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні [Електронний ресурс]: затв. наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 18 січня 1996 р. №30 (з наступними змінами). – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0034-96>

діяльності, зазначеного у свідоцтві про реєстрацію, і виконує свої функції згідно із законодавством України. Представництво іноземного суб'єкта господарської діяльності в Україні може здійснювати функції, пов'язані з виконанням представницьких послуг, тільки в інтересах іноземного суб'єкта господарської діяльності, зазначеного у свідоцтві.

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

Іноземним юридичним особам в Україні надається *національний режим*, який прямо закріплений у ч. 2 ст. 129 ГК України, ст. 29 Закону «Про міжнародне приватне право», в чисельних двосторонніх угодах про надання правової допомоги, та в системі договорів СОТ, членом якої є наша держава, зокрема у ст. III Генеральної угоди з тарифів та торгівлі (ГАТТ) від 30.10.1947 року¹⁹. Надання національного режиму означає, що іноземні суб'єкти господарської діяльності мають обсяг прав та обов'язків не менший, ніж суб'єкти господарської діяльності України. Національний режим застосовується щодо всіх видів господарської діяльності іноземних суб'єктів цієї діяльності, пов'язаної з їхніми інвестиціями на території України, а також щодо експортно-імпорتنих операцій іноземних суб'єктів господарської діяльності тих країн, які входять разом з Україною до економічних союзів.

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

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

– спеціального режиму, який застосовується до територій спеціальних економічних зон згідно зі ст. 24 цього Закону, а також до

¹⁹ Генеральна угода з тарифів і торгівлі від 30 жовтня 1947 р. // Офіційний вісник України . – 2010. - №84. – Ст. 2989

територій митних союзів, до яких входить Україна, і в разі встановлення будь-якого спеціального режиму згідно з міжнародними договорами за участю України відповідно до ст. 25 цього Закону.

Окреме регулювання в Україні, як і в інших державах, має інвестиційна діяльність іноземних юридичних осіб. Низка нормативних актів внутрішнього законодавства спрямована на заохочення та надання державних гарантій захисту іноземних інвестицій, так, у гл. 38 ГК України, ст. 7 Закону України «Про режим іноземного інвестування»²⁰ для іноземних інвесторів на території України встановлено національний режим інвестиційної та іншої господарської діяльності, за винятками, передбаченими законодавством України та міжнародними договорами України.

Для окремих суб'єктів підприємницької діяльності, які здійснюють інвестиційні проекти із залученням іноземних інвестицій, що реалізуються відповідно до державних програм розвитку пріоритетних галузей економіки, соціальної сфери й територій, може встановлюватися пільговий режим інвестиційної та іншої господарської діяльності.

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

3.3 Правове регулювання відносин суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та країн ЄС

Відповідно до Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності є такі:

- фізичні особи – громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства, які мають цивільну правоздатність і дієздатність згідно з законами України й постійно проживають на території України;
- юридичні особи, зареєстровані як такі в Україні і які постійно перебувають на території України (підприємства, організації та об'єднання всіх різновидів, зокрема акціонерні та інші різновиди господарських товариств, асоціації, спілки, концерни, консорціуми, торговельні дома, посередницькі та консультаційні фірми, кооперативи, кредитно-фінансові установи, міжнародні об'єднання, організації та інші), зокрема юридичні особи, майно та/або капітал яких є повністю у власності іноземних суб'єктів господарської діяльності;
- об'єднання фізичних, юридичних, фізичних і юридичних осіб, які не є юридичними особами згідно з законами України, але які мають постійне місцезнаходження на території України й яким цивільно-

²⁰Про режим іноземного інвестування : закон України від 19 березня 1996 №93/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996.– № 19.– Ст. 80

правовими законами України не заборонено здійснювати господарську діяльність;

– структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяльності, які не є юридичними особами згідно з законами України (філії, відділення, тощо), але мають постійне місцезнаходження на території України

– спільні підприємства за участю суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, зареєстровані як такі в Україні і які постійно перебувають на території України;

– інші суб'єкти господарської діяльності, передбачені законами України.

Україна в особі своїх органів, місцеві органи влади й управління в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій, які беруть участь у зовнішньоекономічній діяльності, а також інші держави, які беруть участь у господарській діяльності на території України, діють як юридичні особи згідно з ч. 4 ст. 2 цього Закону і законами України.

Одним з основних принципів зовнішньої політики України є відповідно до Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» забезпечення інтеграції України в європейський політичний простір з метою набуття членства в Європейському Союзі (далі – ЄС).

Відповідно до Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу, затвердженої Указом Президента України від 11 червня 1998 р. № 615/98, одними з основних напрямів інтеграційного процесу є адаптація законодавства України до законодавства ЄС, забезпечення прав людини, а також економічна інтеграція та розвиток торговельних відносин між Україною і ЄС. Правовою основою відносин між Україною та ЄС до ратифікації 16 вересня 2014 р. законом № 1678-VII Угоди про асоціацію між Україною з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. була Угода про партнерство і співробітництво (далі – Угода) від 14 червня 1994 р., яка набула чинності 1 березня 1998 р. Постановою Кабінету Міністрів України від 16 серпня 1999 р. № 1496 схвалено Концепцію адаптації законодавства України до законодавства ЄС, якою визначено пріоритетні сфери законодавства, від яких залежить зміцнення економічних зв'язків України та держав-членів ЄС, серед яких підприємницька діяльність, стандартизація та сертифікація тощо. У Законі України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р. № 1629-IV також визначено пріоритетні сфери, в яких здійснюється адаптація законодавства з посиланням на ст. 51 Угоди про партнерство і співробітництво, до яких належать: митне право, законодавства щодо компаній, банківське право, бухгалтерський облік, податки, зокрема непрямі, інтелектуальна власність, охорона праці, фінансові послуги, правила конкуренції, державні закупівлі, охорона

здоров'я та життя людей, тварин і рослин, довкілля, захист прав споживачів, технічні правила і стандарти, енергетика, зокрема ядерна, транспорт.

Однією з основних цілей ратифікації Угоди про асоціацію ЄС та України є запровадження умов для посилення економічних та торговельних відносин, які вестимуть до поступової інтеграції України до внутрішнього ринку ЄС, зокрема завдяки створенню поглибленої і всеохоплюючої зони вільної торгівлі, як це визначено у розділі IV («Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею») цієї Угоди, та підтримувати зусилля України стосовно завершення переходу до діючої ринкової економіки, зокрема шляхом поступової адаптації її законодавства до *acquis* ЄС. *Acquis communautaire* (*acquis*) – правова система Європейського Союзу, яка охоплює акти законодавства Європейського Союзу (але не обмежується ними), прийняті в рамках Європейського співтовариства, спільної зовнішньої політики та політики безпеки і співпраці у сфері юстиції та внутрішніх справ. Ратифікація Угоди про асоціацію між Україною та ЄС закладає нову філософію відносин між Україною та ЄС – перехід від принципів партнерства та співробітництва на якісно новий рівень – до політичної асоціації та економічної інтеграції.

Важливим аспектом розвитку міжнародних економічних відносин є державно-правове забезпечення відносин торгівлі, які регулюються за допомогою таких інструментів, як засоби тарифного й нетарифного регулювання. До тарифних заходів належать усі види мит, митні збори та інші види митних платежів. Що стосується нетарифних засобів державного регулювання, то варто зазначити, що різні міжнародні організації вкладають неоднаковий зміст у це поняття. Класифікаційна схема, розроблена Секретаріатом ГААТ на початку 70-х рр. ХХ ст. під час підготовки до переговорів Токійського раунду, нині налічує понад 600 певних різновидів нетарифних заходів та розподіляє всі нетарифні обмеження на чотири основні категорії, а саме:

1. Обмеження, пов'язані з участю держав у зовнішньоторговельних операціях: субсидії та дотації експортерам або імпортозаміщуючим галузям, система переваг щодо розміщення державних замовлень, використання місцевих напівфабрикатів і вузлів за певних умов; заходи, що дискримінують перевезення іноземних товарів та іноземних перевізників та ін.

2. Митні та інші адміністративні імпорتنі й експортні формальності: ускладнення процедур митного оформлення, методи оцінки митної вартості і країни походження товару; завищення вимог до необхідної для оформлення документації та ін.

3. Технічні бар'єри в торгівлі: стандарти та вимоги, пов'язані з екологічними, санітарними, ветеринарними нормами, пакуванням та маркуванням, правила й порядок сертифікації продукції. Кількісні та подібні до них адміністративні заходи: імпорتنі квоти, експортні

обмеження, ліцензування, добровільні обмеження експорту, заборони, валютні обмеження.

4. Обмеження, засновані на принципах забезпечення платежів: податки, збори, імпорتنі депозити, антидемпінгові та компенсаційні мита, прикордонне оподаткування.

Система захисту національних товаровиробників ЄС ґрунтується на нормах і принципах СОТ, яка передбачає три основні різновиди захисту – антидемпінгові, спеціальні та антисубсидійні розслідування. Варто зазначити, що вказані захисні заходи нетарифного регулювання також вживаються і в Україні у відповідь на вияви недобросовісної торговельної практики з боку іноземних товаровиробників-експортерів продукції, а також у випадку збільшення імпорту, які регулюються Законом України «Про захист від демпінгового імпорту» та Законом України «Про захист від субсидованого імпорту», прийнятих 22 грудня 1998 р. З метою приведення вказаних законів у відповідність до положень нормативно-правових актів, чинних у країнах-членах ЄС, а також у межах СОТ, протягом часу їхньої дії було внесено низку змін.

Дивлячись на досвід і динаміку останніх років, можна стверджувати, що на сьогодні в ЄС і СОТ найчастіше використовується механізм антидемпінгового розслідування. На відміну від спеціального розслідування, яке стосується усього імпорту незалежно від країни походження та від конкретних виробників, антидемпінгові розслідування потребують найменшої доказової бази, дозволяючи вживати захисних заходів проти певних компаній. Оскільки торгове право ЄС базується на нормах і принципах СОТ, Європейська комісія, проводячи розслідування, вивчатиме такі основні фактори: наявність демпінгового імпорту; матеріальну шкоду виробникам ЄС; причинно-наслідковий зв'язок між ними; відсутність суперечностей між застосуванням заходів та інтересами ЄС. Відсутність одного з чотирьох компонентів є підставою для незастосування захисних заходів.

Поняття «демпінг» визначено в Законі України «Про захист національного виробника від демпінгового імпорту» як ввезення на митну територію країни імпорту товару за цінами, нижчими від порівнянної ціни на аналогічний товар у країні експорту, що заподіює шкоду національному товаровиробнику аналогічного товару. Під останнім розуміється сукупність виробників аналогічного товару або тих із них, сукупне виробництво яких становить основну частину всього обсягу виробництва в країні імпорту цього товару.

В умовах поживлення євроінтеграційних процесів важливо створити законодавчу можливість вільного ведення торговельної діяльності українськими товаровиробниками на зовнішньому ринку. Одним із важливих аспектів у реалізації цього завдання є забезпечення їхнього вільного доступу та конкурування на ринках шляхом врегулювання особливостей застосування антидемпінгових заходів до іноземних

виробників та створення правових умов, за яких буде неможливим застосування антидемпінгових заходів до вітчизняних суб'єктів господарювання. Щодо цього в оглядовому звіті комітету з питань права Бізнес-ради США – Україна «Правова реформа в Україні: стратегічні пріоритети» від 22 вересня 2014 р. зазначено, що варто розробити новий нормативно-правовий акт, який регулював би порядок розрахунку межі демпінгу, методику і практику відповідно до існуючих стандартів ЄС і США. Це створило б більше можливостей вітчизняним товаровиробникам для захисту своїх інтересів і внаслідок цього дозволило б їм ефективно конкурувати на внутрішньому ринку і ринку експорту.

Отже, важливим завданням у межах торговельної діяльності на ринку ЄС є створення передумов для визначення ціни товару українського походження з метою забезпечення його нормального обігу та неможливості застосування антидемпінгових заходів з боку ЄС, а також, що є визначальним для розвитку національного товаровиробника, застосування заходів із метою підтримки експорту вітчизняної продукції на європейський ринок.

Відповідно до ЗУ «Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту» субсидією є фінансова або інша підтримка державними органами виробництва, переробки, продажу, транспортування, експорту, споживання подібного товару, внаслідок якої суб'єкт господарсько-правових відносин країни експорту одержує пільги (прибутки). Субсидування виробництва є досить поширеною світовою практикою, яка використовується з метою підтримки національного товаровиробника та створення для нього більш сприятливих умов. Водночас надання державами субсидій вважається небажаним, оскільки подібні дії априорі є неконкурентними, а також часто призводять до спотворення ринку й негативного впливу на виробників аналогічних товарів у інших державах. Субсидування детально регулюється правом СОТ, зокрема Угодою про субсидії і компенсаційні заходи. Відповідно до цієї Угоди, субсидією є фінансове сприяння, що надається на території Члена СОТ урядом або будь-яким державним органом, або підтримка доходів чи цін у будь-якій формі, а також вигода, що надається таким способом. Різновидами субсидії відповідно до міжнародної угоди є: заборонені субсидії; субсидії, що дають підставу для вжиття заходів; субсидії, що не дають підстави для вжиття заходів. Відповідно до вказаного Закону, різновидами субсидій є такі: легітимна – субсидія, що не дає підстав для застосування компенсаційних заходів; та нелегітимна – така, що дає підстави для застосування компенсаційних заходів. З огляду на те, що тлумачення поняття «субсидія» є досить широким, важливо правильно встановлювати факт наявності субсидії і розрізнявати серед них заборонені субсидії або, як визначено внутрішнім законодавством, нелегітимні. У випадку доведення існування демпінгового або субсидованого імпорту чинним законодавством, передбачено можливість

застосування до нього компенсаційних заходів. За статистикою з 1995 по 2013 рр. у світі ініційовано 4519 антидемпінгових розслідувань та всього 335 антисубсидійних, у межах яких майже в 50 % випадків компенсаційні заходи застосовані не були.

Ст. 34 Угоди про Асоціацію передбачає, що кожна сторона надає національний режим товарам іншої Сторони відповідно до ст. III ГАТТ 1994, зокрема її приміток щодо тлумачення. Із цією метою ст. III ГАТТ 1994 та її примітки щодо тлумачення включені до цієї Угоди, і вони є її невід'ємною частиною. Генеральна угода з тарифів і торгівлі (далі – ГАТТ) була вперше укладена в 1947 р., а в 1994 р. була прийнята її розширена редакція разом із ухваленням рішення про заснування СОТ. Відповідно до параграфа 1 вказаної ст. III (Національний режим щодо внутрішнього оподаткування та регулювання) сторони визнають, що внутрішні податки й інші внутрішні збори та закони, правила та вимоги, які стосуються внутрішнього продажу, пропозиції до продажу, купівлі, транспортування, розподілу чи використання товарів, а також правила внутрішнього кількісного регулювання, які встановлюють вимоги щодо змішування, переробки чи використання товарів у певних кількостях чи пропорціях, не повинні застосовуватися до імпортованих чи вітчизняних товарів так, щоб створювати захист для вітчизняного виробництва. Будь-який внутрішній податок чи інший внутрішній збір або будь-який закон, правило чи вимога будь-якого роду, зазначені у параграфі 1, які застосовуються до імпортованого товару та до аналогічного вітчизняного товару і які стягуються чи вводяться стосовно імпортованого товару під час чи в місці імпорту, однак повинні розглядатися як внутрішній податок чи інший внутрішній збір або як закон, правило чи вимога такого роду, як зазначено у параграфі 1, і, відповідно, підпадають під дію положень ст. III. У додатку 1, у якому мова йде про застосування параграфа 1 розглядуваної статті, зазначено, що застосування параграфа 1 стосовно внутрішніх податків, встановлених місцевими урядами та органами влади на території сторони, визначається положенням останнього параграфа ст. XXIV. Термін «розумні заходи» в останньому згаданому параграфі не передбачає, наприклад, скасування національного законодавства, яке дає змогу місцевим урядам встановлювати внутрішні податки, які, навіть будучи технічно несумісними з вимогами ст. III, фактично не суперечать її змісту, якщо таке скасування призведе до серйозних фінансових труднощів для відповідних місцевих урядів чи органів влади. Стосовно оподаткування місцевими урядами чи органами влади, яке суперечить змісту ст. III, термін «розумні заходи» дає змогу стороні скасувати несумісні податки поступово впродовж перехідного періоду, якщо негайні заходи створюють серйозні адміністративні й фінансові труднощі. Отже, хоча параграф 1 і встановлює неможливість застосування будь-яких заходів, які спрямовані на підтримку національного товаровиробника й поширення його товарів на своєму внутрішньому ринку, чим встановлюють певні обмеження для

імпортних товарів, у кожному конкретному випадку держави мають вживати розумні заходи оподаткування та регулювання в межах країни, які повинні насамперед не суперечити змісту закону та застосовуватися з метою забезпечення стабільності та уникнення серйозних фінансових труднощів. Відповідно до параграфу 4 вказаної статті, товарам, що походять з території будь-якої сторони, імпортованих на територію будь-якої іншої сторони, повинен надаватися режим не менш сприятливий, ніж режим, який надається аналогічним товарам національного походження, щодо всіх законів, правил та вимог, які стосуються внутрішнього продажу, пропозиції до продажу, купівлі, транспортування, розподілу чи використання товарів. Положення цього параграфу не мають перешкоджати застосуванню диференційованих внутрішніх зборів за транспортування, які залежать виключно від економічних умов експлуатації транспортних засобів, а не від національного походження товару. Крім цього, відповідно до параграфу 5, жодна сторона не повинна встановлювати чи застосовувати будь-які правила внутрішнього кількісного регулювання щодо змішування, переробки чи використання товарів у певних кількостях чи пропорціях, які вимагають, прямо чи опосередковано того, що певна кількість або частка будь-якого товару, який є предметом регулювання, повинна постачатися із вітчизняних джерел. Крім того, жодна сторона не повинна будь-яким іншим способом застосовувати правила внутрішнього кількісного регулювання так, щоб це суперечило принципам, викладеним у параграфі 1. Відповідно до положення додатка 1 щодо цього параграфу визначено, що правила, сумісні з положеннями першого речення параграфу 5, не повинні вважатися такими, що суперечать положенням другого речення, у будь-якому випадку, коли всі товари, які є предметом регулювання, виробляються вітчизняною промисловістю у значних кількостях. Сумісність правила з положеннями другого речення не може бути обґрунтована тим, що частка чи кількість, встановлені для кожного з товарів, які є предметом регулювання, утворюють справедливе співвідношення між імпортованими та вітчизняними товарами. Положення цієї статті не повинні застосовуватися до законів, правил чи вимог, що регулюють закупку урядовими установами товарів, які купуються для урядових цілей, а не для комерційного перепродажу чи для використання у виробництві товарів для комерційного продажу; також вони не повинні перешкоджати виплаті субсидій винятково вітчизняним виробникам, включаючи виплати вітчизняним виробникам за рахунок надходжень від внутрішніх податків чи зборів, які застосовуються відповідно до положень цієї статті, а також субсидії у формі урядових закупок вітчизняних товарів. Крім цього, відповідно до параграфу 9 ст. III Сторони визнають, що внутрішні заходи щодо контролю максимальних цін, навіть якщо вони відповідають іншим положенням цієї статті, можуть завдавати шкоди інтересам сторін, які постачають імпортовані товари. Відповідно сторони,

які застосовують такі заходи, повинні брати до уваги інтереси експортуючих сторін із метою максимально повного запобігання завдання такої шкоди.

Важливе значення для розвитку і стимулювання вітчизняного товаровиробника виконує положення ст. 36 Угоди про асоціацію, в якій передбачено, що ніщо в цій Угоді не повинно тлумачитися як таке, що перешкоджає вжиттю або застосуванню будь-якою стороною заходів згідно зі ст. XX та XXI ГАТТ 1994 та їх примітками щодо тлумачення, які включено до цієї Угоди і є її невід'ємною частиною. У ст. XX ГАТТ визначено, що за умови, що такі заходи не повинні застосовуватися у спосіб, який би був засобом свавільної чи невикорданної дискримінації між країнами, в яких переважають однакові умови або приховане обмеження міжнародної торгівлі, ніщо в цій Угоді не повинно тлумачитися так, щоб перешкоджати введенню або застосуванню будь-якою стороною заходів (що стосуються цього дослідження): необхідних для захисту життя чи здоров'я людей, тварин та рослин; що стосуються збереження природних ресурсів, які вичерпуються, якщо такі заходи застосовуються разом із обмеженням внутрішнього виробництва чи споживання; пов'язаних із обмеженням експорту вітчизняних матеріалів, необхідного для забезпечення достатньою кількістю таких матеріалів вітчизняної переробної промисловості протягом періодів, коли внутрішня ціна на такі матеріали утримується на рівні, нижчому за світову ціну, внаслідок впровадження урядом плану стабілізації, за умови, що такі обмеження не мають призводити до зростання експорту такою галуззю вітчизняної промисловості чи до захисту такої галузі вітчизняної промисловості й не повинні порушувати положення цієї Угоди стосовно недискримінації.

Із вказаного можна дійти висновку, що основними принципами, визначеними у статтях ГАТТ та Угоді про асоціацію, є такі:

- доступ до ринку;
- взаємність та еквівалентність;
- недискримінація.

Такі принципи діють у рамках співробітництва між державами, але продуктивними і недискримінаційними для України вони зможуть стати тільки тоді, коли сектор промислового виробництва, зокрема галузь деревообробної промисловості, стануть на шлях розвитку та держава створить умови для стимулювання їхньої діяльності. Угода зазначає, що заборони щодо стимулювання національних товаровиробників немає, а її положення спрямовані на врегулювання торговельних відносин між сторонами та застосування дискримінаційних заходів щодо товарів іноземного походження (переважно щодо заходів тарифного характеру).

3.4 Держава як суб'єкт міжнародного приватного права

Відповідно до ст. 30 Закону України «Про міжнародне приватне право», держава може бути учасником приватноправових відносин. У разі держава не користується жодними перевагами, а має ті ж самі права та обов'язки. До таких відносин застосовуються норми цього закону (ті самі норми, що визначають правове регулювання за участю інших суб'єктів). Держава має повну владу на своїй території, тобто має юрисдикцію.

Міжнародне співробітництво, різноманітне за формами, сферами здійснення, реалізується різними суб'єктами, серед яких важливе місце посідають і держави. До того ж останні виконують функцію не тільки суб'єкта міждержавних відносин публічно-правового характеру, що регулюються міжнародним правом, а й суб'єкта цивілістичних відносин майнового та немайнового характеру, які підпадають під дію міжнародного приватного права.

У міжнародній приватній сфері держава може виступати в різноманітних різновидах відносин. Її партнерами можуть бути інші держави та міжнародні організації. Держава може вступати в майнові відносини з іноземними юридичними та фізичними особами.²¹

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

Здавна іноземна держава вважається особливим суб'єктом права, до якого є неприпустимими будь-які примусові заходи (накладення арешту на майно, примусове стягнення, вчинення позову тощо), вважається що іноземна держава володіє *іммунітетом*.

Іммунітет (від лат. звільнення від чого-небудь) – право держави на звільнення від юрисдикції інших держав, право на незастосування до цієї держави різних примусових заходів зі сторони судових, адміністративних та інших органів інших держав.

Різновиди іммунітетів, в залежності від обсягу тих положень, які можуть визначатися державою відповідно до її внутрішнього законодавства:

– *абсолютний іммунітет* – це такий різновид іммунітету, коли держава користується іммунітетом у повному обсязі, всіма його елементами, й положення цього іммунітету розповсюджуються на будь-яку діяльність держави і на всю її власність (СРСР);

– *функціональний іммунітет* – це такий різновид іммунітету, який заснований на принципальному поділі функцій держави на публічно-правову та приватноправову;

²¹ Ануфриева Л.П. Международное частное право : учебник в 3-х т.: – М. : Издательство БЕК, 2001.– Том 2. Особенная часть С. 69.

– *обмежений імунітет* це імунітет, який не використовує формальних критеріїв, а формулює перелік конкретних випадків, коли держава не користується імунітетом.

Юрисдикційні імунітети різновиди імунітетів, в яких одна країна не підкоряється юрисдикції іншій країні. Він поділяється на:

– *судовий імунітет* – держава не підсудна судам іншої держави. Не можливо притягнути державу як відповідача за справою, яка порушена судом іншої держави;

– *імунітет від попереднього забезпечення позову* – без згоди держави не можна приймати рішення щодо попереднього забезпечення позову й не можна вживати жодні примусові заходи, які стосуються майна держави;

– *імунітет від примусового виконання рішення*.

Імунітет власності країни – власність країни є недоторканою, а тому майно країни не може бути без її згоди примусове відчужене, й арештоване на території іншої держави.

Імунітет від дії іноземного права – неможливо застосувати до правовідносин за участю держави іноземне право, а також неможлива екстериторіальна дія іноземного права без згоди тієї держави, на території якої застосовується це іноземне право.

Імунітет правочинів – правочини за участю держави мають регулюватися правом цієї ж держави, якщо згодою сторін не встановлено інше.

У теорії та судовій практиці виокремлюють інші різновиди імунітету держави, серед яких судовий, імунітет від попередніх дій, та ін.

3.5 Законодавство України та міжнародні угоди з питань державного імунітету

Правове регулювання відносин, пов'язаних з імунітетом держав у міжнародних приватних відносинах, здійснюється здебільшого на базі національного законодавства. У 70-х рр. минулого ст. набула поширення тенденція прийняття окремих законів про імунітет іноземних держав (США, Великобританія, Канада, Австралія, ЮАР), або включення відповідних норм до законів про міжнародне приватне право (Угорщина, Чехія, Швейцарія тощо). Поштовхом до прийняття зазначених актів стала Європейська конвенція про імунітет держав, укладена 16 травня 1972 р. у Базелі²².

Цією конвенцією проголошено принцип імунітету іноземної держави (ст. 15) і закріплено перелік випадків, коли іноземна держава не може посилатися на імунітет перед національним судом іншої держави: у зв'язку

²² Про імунітет держав [Електронний ресурс] : конвенція від 16 травня 1972 р. № ETS N74. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/ru/994_060

з судовими розглядами, пов'язаними з контрактами стосовно наймання на роботу; зобов'язаннями, що виникають із контрактів і підлягають виконанню на території держави суду; пов'язаних з участю держави в компаніях та інших юридичних особах, що розташовані на території держави суду; пов'язаних із виробничою, торговельною та фінансовою діяльностями, які держава здійснює через своє агентство чи установу; відносно патентів, промислових зразків, товарних знаків, знаків послуг, нерухомості, що перебувають на території держави суду; пов'язаних з майном, право на яке виникло у держави внаслідок спадкування; що спричинені відшкодуванням шкоди або збитків.

Норми стосовно імунітету держав були уніфіковані шляхом прийняття універсальної угоди, яку було схвалено 16 грудня 2004 р. на 59 сесії Генеральної Асамблеї ООН резолюцією A/RES/59/38. Конвенцію про юрисдикційні імунітети держав та їх власності підписали 28 держав світу, зокрема Росія та Казахстан.

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

У Конвенції здійснено спробу розв'язати проблему імунітету правочинів держави. Документ закріплює такі форми обмеження юрисдикційного імунітету держав: відмова держави від частини імунітету (ст. 7); подача державою позову чи зустрічного позову до іноземної судової установи (ст. 9); участь у комерційній угоді (ст. 10), трудові договори, за певними винятками (ст. 11); завдання шкоди особі чи власності, за певними винятками (ст. 12), та інші (ст. 13-17).

Конвенція була відкрита на підписання 17 січня 2005 року, але поки не набрала чинності, оскільки її зміст досі викликає суперечки серед науковців та потребує подальшого вдосконалення в цілях розвитку міжнародного співробітництва.

Ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» містить правило щодо неможливості без згоди компетентних органів відповідної держави вчиняти певні дії (пред'являти позови, залучати іноземну державу до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладати арешт на майно іноземної держави, що знаходиться на території України, застосовувати щодо цього майна засоби забезпечення позову, звертати стягнення на це майно).

Імунітет українських державних морських суден спирається не тільки на міжнародне, а й на внутрішнє право. Ст. 18 Кодексу Торговельного Мореплавства передбачає, що на судна, які перебувають у власності держави, не може бути накладений арешт або звернено стягнення без згоди органу, який здійснює управління державним майном.

Ця норма закону повинна діяти і за кордоном, оскільки правове положення морського судна визначається законом держави, під прапором якого воно ходить.

Указом Президента України від 25 червня 2002 р. № 581/2002 затверджено Порядок здійснення захисту прав та інтересів України під час урегулювання спорів, розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України (у редакції Указу Президента України від 11.09.2006 № 745/2006). Цей Порядок визначає механізм взаємодії органів виконавчої влади, підприємств, установ та організацій України для забезпечення захисту прав та інтересів України під час урегулювання суперечок за участю іноземного суб'єкта (іноземної держави, юридичної, фізичної особи), розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ, учасником яких є Україна. Згідно п. 5 Указу, у разі одержання інформації щодо пред'явлення закордонного юрисдикційного органу позову до України, Міністерство закордонних справ України готує і доходить висновку щодо наявності імунітету України у справі, порушеній у закордонному юрисдикційному органі за позовом до України, а також погоджені з Міністерством юстиції України пропозиції щодо забезпечення такого імунітету.

4 ПРАВО ВЛАСНОСТІ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

План

1. Особливості правового регулювання відносин власності в міжнародному приватному праві
2. Колізійні питання права власності. Виникнення та припинення права власності та інших речових прав
3. Право власності та інші речові права на рухоме майно, що перебуває в дорозі
4. Правове положення власності України за кордоном

4.1 Особливості правового регулювання відносин власності в міжнародному приватному праві

1. Матеріально-правове регулювання відносин права власності в різних державах та правових системах настільки відрізняється, що подолати ці відмінності, або уніфікувати чи гармонізувати законодавство в цій галузі на сьогодні не можливо. Так, на відміну від класичної «тріади» правомочностей власника (володіння, користування і розпорядження), яка відома як законодавству України (ст. 317 Цивільного Кодексу України) так і деяким іноземним країнам, в законодавстві окремих держав або

додаються інші правомочності, або віднімаються правомочності, класичні для України.

У країнах романо-германської системи права, зокрема в Україні, проводиться розмежування між правом на нерухоме та рухоме майно (ст. 181 Цивільного Кодексу України)²³. Таке розмежування використовують і в інших державах, але зміст цих понять абсолютно різний.

Різні правові системи передбачають також різні підстави набуття та припинення права власності.

Законодавство України крім права власності передбачає і деякі інші речові права на майно, такі як: право володіння чужим майном (ст. 397-400 Цивільного Кодексу України), (сервітут) право користування чужим майном (ст. 401-406 Цивільного Кодексу України), (емфітевзис) право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (ст. 407-412 Цивільного Кодексу України), (суперфіцій) право користування чужою земельною ділянкою для забудови, право господарського відання та право оперативного управління, як майнові титули суб'єктів господарювання, зокрема щодо майна, яке перебуває у державній власності.

Іноземні правові системи також містять положення щодо правової регламентації інших речових права крім права власності.

Враховуючи оборотоздатність речей їх поділяють на такі, що можуть знаходитись у вільному обігу (вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої шляхом правонаступництва чи спадкування або іншим способом), вилучені з обігу (перебування таких речей у цивільному обороті не допускається, і їхній перелік має бути прямо встановлений законом) або обмежені в обігу (ці речі можуть належати лише певним учасникам або перебувати у цивільному обігу на підставі спеціального дозволу).

Колізійний метод виконує важливу функцію у врегулюванні права власності та інших речових прав, ускладнених іноземних елементом, насамперед з огляду на те, що законодавство різних держав встановлює різні підстави виникнення та припинення права власності й інших речових прав, особливості їхнього здійснення, права в обов'язки власників і користувачів тощо. Але деякі питання у цій сфері потребують аналізу матеріально-правового регулювання.

4.2 Колізійні питання права власності. Виникнення та припинення права власності та інших речових прав

Найважливішим, історично сформованим колізійним принципом є *lex rei sitae* (закон місцезнаходження речі). Саме відповідно до нього

²³ Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № №140-44. – Ст. 356.

визначаються, зокрема, коло й зміст речових прав, умови їхнього виникнення, зміни, момент переходу та припинення, суб'єктний склад власників й інших осіб, охорона права власності тощо.

У більшості країн світу колізійна формула *lex rei sitae* є основною під час вирішення питань щодо прав і обов'язків на нерухоме майно. Відповідно до цього принципу в правопорядках вирішується також проблема кваліфікації, яка виникає у разі зарахування майна до категорії рухомого чи нерухомого.

Ст. 40 Закону України «Про міжнародне приватне право» закріплює правило про те, що до права власності та інших речових прав на нерухомі речі, а також до об'єктів на які може бути застосовано цей режим (повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти), а саме підлягають державній реєстрації, застосовується право країни, де це майно зареєстроване. Це пов'язано з особливим характером цих нерухомих речей та їхньою значимістю для країни, що зумовлює встановлення спеціальних вимог щодо форм та порядку укладання угод із ними. Наприклад відповідно до вимог ст. 182 Цивільного Кодексу України, право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Відносини, пов'язані з державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно сформульовані в Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01.07.2004 №1952IV²⁴. Кодекс торговельного мореплавства України містить спеціальні колізійні норми стосовно права власності на судна, що будуються, і судна, що перебувають за межами України (ст. 19 КТМ України²⁵).

Визначений у ст. 40 Закону України «Про міжнародне приватне право» варіант формули прикріплення для визначення права власності та інших речових прав на майно, відомості про яке підлягають внесенню до державних реєстрів є відомим у світовій колізійній практиці.

В МПРП використовуються спеціальні колізійні норми для регулювання права власності на рухоме майно, зокрема особистий закон власника. Отже, якщо особа правомірно придбала за кордоном будь-яку річ, то у разі переміщення в іншу державу за нею зберігається право власності на це майно у тому випадку, якщо в останній країні не передбачений такий порядок набуття права власності. Але обсяг правомочностей власника в усіх випадках визначатиметься на підставі закону тієї держави, у якій на цей момент ця річ перебуває. У цьому разі не має значення, які права належали власникові речі до її переміщення в іншу країну. З аналогічного правила виходить як законодавство України (ст. 39

²⁴ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : закон України від 1 липня 2004 р. №1952IV // Відомості Верховної Ради України.-2004.- N 51.- Ст. 553.

²⁵ Кодекс торговельного мореплавства // Відомості Верховної Ради України. – 1995.– № 47.– Ст. 349; 48.– Ст. 349; №49.– Ст. 349; №50.– Ст. 349; №51.– Ст. 349; 52.– Ст. 349.

Закону України «Про міжнародне приватне право»), так і нормативні акти більшості іноземних держав, визнаючи речові права на майно, що виникли або припинились в іноземній країні на підставі норм іноземного права.

У зв'язку зі своєю поширеністю у багатьох країнах, потребує уваги спеціальна норма, на підставі якої вирішується питання про застосування відповідного закону до виникнення права власності внаслідок набувальної давності. Згідно з положеннями ч. 3 ст.39 Закону України «Про міжнародне приватне право» виникнення права власності та інших речових прав на майно в силу набувальної давності визначається правом держави, у якій це майно знаходилося на момент спливу набувальної давності. Цим правопорядком також визначаються умови виникнення права власності в силу набувальної давності, перелік майна, що підлягає набуттю та строки такої набувальної давності.

Досить цікавим є питання про перехід ризику випадкової загибелі або псування майна від відчужувача до набувача у тих випадках, коли придбання права власності відбувається за договором (зокрема за договором купівлі-продажу). Проблема полягає в тому, що законодавство різних країн по-різному визначає момент такого переходу.

Нормативно-правові акти багатьох країн світу, зокрема України (ст. 323 Цивільного Кодексу України), пов'язують момент переходу ризику безпосередньо з моментом переходу права власності (*res perit domino* – ризик несе власник). У цьому разі сам момент переходу права власності визначається не однозначно. Ст. 334 Цивільного Кодексу України визначає, що «право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом». Водночас, момент переходу права власності та момент переходу ризику є різними цивільно-правовими категоріями. Перший має пряме відношення до речових прав, другий – до зобов'язальних правовідносин. Тому й колізійні проблеми, що виникають у зв'язку з цими категоріями, будуть вирішуватись на підставі різних колізійних норм.

Колізійні питання відносин, що впливають із права власності, регулюються також і окремими міжнародними угодами, серед яких двосторонні угоди про правову допомогу в цивільних справах укладених з Литовською Республікою (1993 р.), Республікою Молдова (1994 р.), Латвійською Республікою (1995 р.), Республікою Польща (1993 р.), та ін.

Колізійні питання права власності регулюються зазвичай так:

– правові відносини, що стосуються права власності на нерухоме майно, визначаються за законодавством тієї країни, на території якої воно знаходиться;

– право власності на транспортні засоби, що підлягають внесенню в державні реєстри, визначається за законодавством тієї країни де знаходиться орган, який здійснив реєстрацію транспортного засобу (виняток із правила «закон місцезнаходження речі»);

– виникнення і припинення права власності або іншого речового права на майно, що є предметом угоди, визначається за законодавством місця укладання угоди, якщо інше не передбачено угодою сторін.

Ст. 38 Конвенції про правову допомогу й правові відносини по цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р.²⁶ містить подібні положення та вирішує питання щодо порядку зарахування того чи іншого майна до нерухомого.

4.3 Право власності та інші речові права на рухоме майно, що перебуває в дорозі

Труднощі виникають у правовому регулюванні права власності та інших речових прав, коли предметом угоди є рухоме майно, що знаходиться в дорозі (*res in transitu*). Це пов'язано з тим, що для врегулювання таких правовідносин стає неможливим застосування традиційної колізійної прив'язки – закону місця знаходження речі (*lex rei sitae*), оскільки в такій ситуації під час укладання угоди сторонам може бути невідоме місце перебування цього предмета.

Під майном, що перебуває в дорозі, розуміють речі, що знаходяться у процесі транспортування здебільшого на підставі зовнішньоекономічних договорів.

У міжнародному приватному праві існують декілька прив'язок, які дозволяють продавцю та покупцю визначити правову систему для врегулювання правовідносин по переходу права власності в подібних випадках: закон країни місця призначення речі, закон країни місця відправлення речі, закон проміжного пункту, закон прапора транспортного засобу та ін.

Згідно зі ст. 41 Закону України «Про міжнародне приватне право», право власності та інші речові права на рухоме майно, що за правочином перебуває в дорозі, визначаються правом держави, з якої це майно відправлене, якщо інше не встановлено за згодою сторін²⁷. Отже, диспозитивний характер цієї норми дозволяє учасникам правовідносин самостійно вирішити питання щодо встановлення права чи інших речових прав на майно, що перебуває в дорозі. Колізійне правило, яке закріплене в ст. 41 Закону України «Про міжнародне приватне право» стосується рухомого майна, що перебуває в дорозі за будь-яким правочином та є спеціальним за відношенням до привила, що закріплене в ч. 1 ст. 38 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Схожим чином вирішено питання і в Гаазькій конвенції про закон, що може бути застосовний до передачі права власності при міжнародній

²⁶ Про правову допомогу й правові відносини по цивільних, сімейних і кримінальних справах : конвенція від 22 січня 1993 р. // Офіційний вісник України. - 2005.– №44.– Ст. 2824.

²⁷ Про міжнародне приватне право : закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. - 2005.– №32.– Ст. 422

купівлі-продажу товарів 1958 р.²⁸ В ст. 6 зазначено, що для цілей застосування положень цієї конвенції, за деякими винятками, продані предмети, що перебувають транзитом на території будь-якої країни або поза межами території будь-якої держави, вважаються такими що знаходяться у країні відправлення.

У міжнародній торгівлі купівля-продаж товарів зазвичай здійснюється з дотриманням певних базисних умов поставки, якими визначаються права та обов'язки сторін, пов'язані з передачею товарів та встановленням моменту переходу ризику. В Україні під час укладання подібних зовнішньоекономічних угод найчастіше використовують базисні умови, сформульовані в Інкотермс – 2010.

4.4 Правове положення власності України за кордоном

Водночас за кордоном перебувають різні види майна, яке належить посольствам, представництвам України при міжнародних організаціях, консульствам, торгівельним представництвам та іншими органам держави, внески Національного банку України та «Ексімбанку», експортні товари, що тимчасово перебувають за кордоном, морські судна, літаки та ін.

Щодо державного майна, яке перебуває поза межами України, застосовується правило, згідно з яким правовий статус державної власності, що знаходиться за кордоном, визначається як законодавством України, так і законодавством країни місцезнаходження майна, а також на підставі міжнародних угод за участю України.

Власність держави має особливий статус, бо вона наділена імунітетом. Імунітет власності держави припускає наявність особливого режиму такої власності, у зв'язку з особливим положенням суб'єкта права власності – суверенної держави. Власність держави користується недоторканістю – це майно не може бути об'єктом примусових заходів із боку тієї держави, де це майно перебуває.

Відповідно до концепції імунітету держави, яка розповсюджується на власність іноземної держави, не допускається здійснення таких дій:

- пред'явлення позовів безпосередньо до такої власності;
- накладення арешту на власність для забезпечення будь-якого позову, незалежно від того, чи пов'язані ці вимоги з таким позовом, чи ні;
- примусове виконання рішення суду, яке стосується власності.

Відповідно до Європейської конвенції про імунітет держав 1972 р. іноземна держава не користується імунітетом у судах іншої держави – учасника суперечок, що стосуються права іноземної держави на нерухому власність, яка перебуває на території держави суду.

²⁸ Про закон, що може бути застосований до передачі права власності при міжнародній купівлі-продажу товарів [Електронний ресурс] : конвенція Організації Об'єднаних Націй від 15 квітня 1958 р. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_b86

Водночас, користування імунітетом є правом, а не обов'язком держави. Отже, держава в низці випадків не може посилатися на імунітет власності. Крім того, кожна держава самостійно визначає режим своєї власності: вона може передати власність або її частину в господарське відання або оперативне управління господарюючим суб'єктам.

Відповідно до ст. 136 Господарського Кодексу України, право господарського відання є речовим правом суб'єкта підприємництва, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом), із обмеженням правомочності розпорядження щодо окремих видів майна за згодою власника у випадках, передбачених цим Кодексом та іншими законами.

Власник майна, закріпленого на праві господарського відання за суб'єктом підприємництва, здійснює контроль використання та збереження належного йому майна безпосередньо або через уповноважений ним орган, не втручаючись в оперативно-господарську діяльність підприємства.

Щодо захисту права господарського відання застосовуються положення закону, встановлені для захисту права власності. Суб'єкт підприємництва, який здійснює господарську діяльність на основі права господарського відання, має право на захист своїх майнових прав також від власника.

Поняття та ознаки права оперативного управління сформульовані в ст. 137 Господарського Кодексу України, відповідно до якої, право оперативного управління визначається як речове право суб'єкта господарювання, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом) для здійснення некомерційної господарської діяльності у межах, встановлених цим Кодексом та іншими законами, а також власником майна (уповноваженим ним органом).

Власник майна, закріпленого на праві оперативного управління за суб'єктом господарювання, здійснює контроль за використанням і збереженням переданого в оперативне управління майна безпосередньо або через уповноважений ним орган і має право вилучати у суб'єкта господарювання надлишкове майно, а також майно, що не використовується, та майно, що використовується ним не за призначенням. Право оперативного управління захищається законом відповідно до положень, встановлених для захисту права власності.

На майно, що знаходиться в господарському віданні або оперативному управлінні національних юридичних осіб не розповсюджується імунітет держави.

Культурні цінності мають спеціальний правовий статус, що обумовлює істотне значення публічно-правових категорії під час регулюванні їхнього обігу. Саме специфікою культурних цінностей можна пояснити можливість у межах однієї території введення обмежень щодо

вільного переміщення таких речей. Ст. 54 Конституції України передбачає захист культурної спадщини та вжиття з боку держави заходів щодо повернення культурних цінностей

Що стосується культурних цінностей, важливим також є визначення способів виникнення на них права власності. Право власності на культурні цінності може виникати не тільки внаслідок створення речі, але й унаслідок придбання власності на безхазяйне майно (скарб), на результати археологічних розкопок, набувальної давності та внаслідок націоналізації. Важливе значення у відношенні культурних цінностей мають не тільки первісні, а й похідні способи виникнення права власності: купівля-продаж, дарування та спадкування. Особливе значення для обігу культурних цінностей має продаж із публічних торгів безхазяйного майна та викуп культурних цінностей державою чи приватними особами.

Основним засобом захисту права власності, в зокрема і на рухомі культурні цінності є віндикаційний позов. Однак існує проблема зіткнення інтересів власника та добросовісного набувача. У цьому випадку в різних правових системах існують різні підходи.

Під егідою ЮНЕСКО була розроблена низка багатосторонніх конвенцій про захист культурних цінностей і попередження їхнього незаконного переміщення, зокрема Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту (14.05.1954 р.) Конвенція про заходи, що спрямовані на заборону й попередження незаконного ввезення, вивозу і передачі права власності на культурні цінності (14.11.1970 р.).

З метою збереження культурної спадщини України, захисту культурних цінностей від незаконного вивозу, ввозу й передачі права власності на них, а також сприяння розвитку міжнародного культурного співробітництва було прийнято Закон України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» від 21 вересня 1999 р. У цьому Законі визначене поняття культурних цінностей, що підпадають під його дію, їхніх категорії, а також такі, що не підлягають вивезенню з України. Вивіз інших культурних цінностей, згідно із законом, повинен здійснюватися відповідно до рішення про можливість їхнього вивозу, рішенням, що приймає компетентний державний орган. Культурні цінності, заявлені до вивозу, підлягають обов'язковій експертизі. У разі ухвалення рішення щодо можливості вивозу культурних цінностей видається свідчення на право їхнього вивозу. Один із розділів цього Закону присвячений заходам щодо запобігання незаконної передачі права власності на культурні цінності.

Питання, пов'язані з передачею права власності на документи Національного архівного фонду, захистом цього права, вивезення документів Національного архівного фонду за кордон, урегульовані Законом України «Про Національний архівний фонд та архівні установи» від 24 грудня 1993 р.

Закон України «Про охорону культурної спадщини» від 8 червня 2000 р. передбачає класифікацію об'єктів культурної спадщини, визначає принципи управління охороною культурної спадщини, порядок державної реєстрації об'єктів культурної спадщини та ведення Державного реєстру нерухомих пам'яток України, особливості здійснення права власності на пам'ятки, порядок забезпечення охорони пам'яток і захисту традиційного характеру середовища та об'єктів культурної спадщини. Встановлено також порядок фінансування охорони культурної спадщини та відповідальності за порушення законодавства про охорону культурної спадщини.

5 ПРАВОЧИНИ ТА ЗОБОВ'ЯЗАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

План

1. Поняття та різновиди правочинів з іноземним елементом
2. Форма та зміст правочину. Сфера дії права, що застосовується до правочину
3. Особливості колізійного регулювання договірних зобов'язань у міжнародному приватному праві
4. Договір міжнародної купівлі-продажу товарів

5.1 Поняття та різновиди правочинів з іноземним елементом

У теорії та практиці законодавчого регулювання питань правочинів (угод, договорів) та їхньої класифікації неоднозначні, за кордоном під ними прийнято розуміти угоди, в яких одна зі сторін є іноземним громадянином (частіше підприємцем) або іноземною юридичною особою, а інша – її іноземним контрагентом.

Змістом цих правочинів (угод, договорів) найчастіше є здійснення операцій із ввезення або вивезення товарів (послуг) через державний кордон однієї або декількох держав. У зв'язку з ускладненням суспільних відносин зростає кількість правочинів (угод, договорів), що мають інший зміст, а саме договори страхування за участю іноземних страховиків, договори щодо надання послуг, які зумовлюють необхідність законодавчих змін на внутрішньодержавному й міжнародному рівнях.

У міжнародному діловому обороті прийнято використовувати термін «договір міжнародної купівлі-продажу». Це поняття закріплено у Віденській конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу 1980 р. і тлумачиться так: «Договори міжнародної купівлі-продажу являють собою

договори купівлі-продажу товарів, укладені між сторонами, комерційні підприємства яких перебувають у різних державах».

Відповідно до чинного законодавства України визначення поняття «правочин» міститься в Цивільному Кодексі України (ст. 202 Цивільного кодексу України). Чинний Цивільний Кодекс визначає його як дію особи, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Водночас законодавець не запропонував нормативного визначення поняття «правочин з іноземним елементом», що є досить логічним з урахуванням труднощів у побудові такої правової конструкції. Незважаючи на це, відсутність у законодавстві України нормативної класифікації різновидів правочинів із іноземним елементом негативно впливає на стан правової регламентації відносин у цій сфері.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» створено лише колізійні норми стосовно правочинів і договорів, а саме: розділ 3 Колізійні норми щодо правочинів, довіреності, позовної давності (ст. 31-35); розділ 6. Колізійні норми зобов'язального права (ст. 43-47).

У доктрині та зарубіжному законодавстві такий самостійний (за класифікацією) різновид договору (угоди), як *зовнішньоекономічний договір (угода)*, що зазвичай тлумачиться як угода, спрямована на встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності.

Досить умовну класифікацію зовнішньоекономічних договорів (контрактів) пропонує В. П. Жушман як різновиду правочинів з іноземним елементом можна провести за такими критеріями:

За об'єктним складом зовнішньоекономічні договори поділяються на такі:

- договір міжнародної купівлі-продажу товару (основний різновид зовнішньоекономічних угод);
- договір підряду;
- договір будівельного підряду
- договір міни;
- договір лізингу;
- договір комісії та інші.

За кількістю учасників усі зовнішньоекономічні договори поділяються на:

- односторонні (видача доручення іноземній юридичній або фізичній особі на здійснення дій);
- двосторонні (договори міжнародної купівлі-продажу товарів та інші);
- багатосторонні (договір щодо спільної діяльності, установчий договір та інші).

Зовнішньоекономічні договори мають також специфіку, яка дозволяє не ототожнювати їх із комерційними договорами у внутрішньодержавному обороті. До низки основних відмінностей зовнішньоекономічних договорів

від цивільно-правових та господарсько-правових у внутрішньодержавному обороті можна зарахувати:

- суб'єктний склад;
- форму та порядок підписання;
- особливий порядок правового регулювання;
- зміст договору.

Однак в українському законодавстві запропоновано інший підхід до цієї категорії правочинів (договорів), а саме: зовнішньоекономічний договір (контракт) визначається як угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їхніх іноземних контрагентів у сфері зовнішньоекономічної діяльності, що становить господарську діяльність, яка у процесі свого здійснення потребує перетинання митного кордону України майном та/або робочою силою (ч.1 ст. 337 Господарського Кодексу України). Така позиція дозволяє стверджувати про наявність серйозних прогалин у врегулюванні цих питань.

Проблемною є також класифікація *міжнародного комерційного правочину* та його нормативне визначення і закріплення на рівні міжнародних договорів із питань зовнішньоекономічної діяльності та зовнішньої торгівлі. У доктрині МПрП зазначено, що визначення поняття «міжнародний комерційний правочин» зводиться до відповіді на запитання, за наявності яких обставин цивільно-правовий правочин набуває міжнародного характеру».

5.2 Форма та зміст правочину. Сфера дії права, що застосовується до правочину

У чинному Цивільному Кодексі України (ст. 205) встановлено, що правочин може вчинятися усно або в письмовій формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Нововведенням, запропонованим українським законодавцем у чинному Цивільному Кодексі України можна вважати визначене правило, згідно з яким правочин вважається вчиненим в усній формі, якщо воля виражається не словесно, а через поведінку сторін, яка засвідчує їхню волю на настання відповідних правових наслідків, або ж мовчанням.

Законодавець закріплює можливість вчинення правочинів в електронній формі (ч. 2 ст. 207 Цивільного Кодексу України). Така позиція є загальновизнаною і загальноживаною як в практиці міжнародного (Директива 2000/31/ЄС щодо електронної комерції²⁹), так і внутрішньодержавного регулювання (§ 312b Цивільного уложення Германії) форми правочину. Окрім того, регулювання питань електронної форми правочину відбувається в Законі України «Про електронні

²⁹ Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку [Електронний ресурс]: Директива 2000/31/ЄС. – Режим доступу http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_224

документи та електронний документообіг» від 22.05.2003, прийняття якого є вдалим прикладом трансформації норм міжнародної угоди у внутрішнє законодавство держави.

У деяких країнах існують норми, що передбачають можливість укласти правочин у будь-якій зручній для сторін формі.

Ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» містить правило, згідно з яким форма правочину має відповідати вимогам того правопорядку, який застосовується до змісту правочину. Водночас визначено, що для дотримання вимог стосовно форми правочину є достатнім дотримання вимог права місця його вчинення, а у випадках знаходження сторін правочину в різних державах достатнім є дотримання вимог права місця проживання сторони, яка зробила пропозицію (запропоновану кумуляцію колізійних прив'язок).

Новою для українського законодавства є і позиція стосовно форми правочину щодо нерухомого майна. Відповідно до положень ч. 2 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» форма такого правочину визначається за правопорядком тієї держави, у якій це майно знаходиться, а щодо нерухомого майна, яке зареєстроване на території України – за правом України, що є імперативним правилом.

Особливі вимоги пропонує українське законодавство щодо форми зовнішньоекономічного договору. Відповідно до правила ч. 3 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» зовнішньоекономічні договори за участю українських громадян та юридичних осіб мають укладатися в письмовій формі незалежно від місця їхнього укладення, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України. До того ж це правило діє також стосовно зміни, продовження або розірвання договору. Вимога щодо простої письмової форми зовнішньоекономічного договору міститься і в ч. 2 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991³⁰.

Відповідно до Віденської конвенції 1980 року про договори міжнародної купівлі-продажу не вимагається дотримання обов'язкової письмової форми під час укладання договору і вважається, що наявність договору може доводитися будь-якими засобами, зокрема показанням свідків. Однак згідно зі ст. 96 Конвенції, держава може зробити заяву про незастосування до неї цього положення Конвенції у випадку, якщо власне законодавство містить обов'язкову вимогу щодо письмової форми зовнішньоекономічного договору (зокрема Україна зробила таку заяву згідно з Указом Президії Верховної Ради УРСР «Про приєднання УРСР до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» від 23 серпня 1989 р.). Отже, в законодавстві України діє імперативне правило – всі зовнішньоекономічні угоди мають бути укладені в письмовій формі.

³⁰ Про зовнішньоекономічну діяльність : закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – №29. – Ст.377.

У міжнародному приватному праві під час визначенні змісту правочину значну функцію виконує принцип автономії волі сторін, закріплений у правових системах більшості країн світу.

У законодавстві України питання автономії волі сторін у договірних відносинах вирішуються згідно за правилами ст. 5 та 10 Закону «Про міжнародне приватне право», крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України (ст. 43 Закону «Про міжнародне приватне право»).

У міжнародній практиці законодавчого регулювання договірних відносин спостерігається тенденція, за якою у разі застосування принципу автономії волі сторін прийнято відсилати не до певного правопорядку, а до «загальноприйнятих принципів і норм права» або до «права міжнародної торгівлі»³¹. Таке відсилання в доктрині міжнародного приватного права є відсиланням до положень концепції «*Lex mercatoria*».

Якщо сторони самостійно не здійснили вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правочину, його зміст визначається згідно з правом тієї держави, яке має найтісніший зв'язок із правочином. Цей принцип закріплений у внутрішньому законодавстві практично всіх Європейських країн, оскільки вони приймають участь у Римській конвенції про право, що застосовне до договірних зобов'язань 1980 р.

Законодавство України також виходить із принципу найтіснішого зв'язку правочину з правом певної країни. Це правило юридично сформульоване в Законі України «Про міжнародне приватне право» (ст. 32).

Критеріями визначення права країни, з якою договір найтісніше пов'язаний, є такі:

– місце проживання фізичної особи, яке законодавством України формулюється як місце постійного, переважного або тимчасового проживання (ст. 28 Цивільного Кодексу України);

– місцезнаходження юридичної особи, яке визначається Законом України «Про міжнародне приватне право» (ст. 25) як місце реєстрації такої особи (теорія інкорпорації) або місцезнаходження її виконавчого органу (теорія осілості).

Визначення змісту правочину в доктрині МПрП тісно пов'язано з поняттям «зобов'язальний статут». У міжнародному приватному праві зобов'язальний статут визначається як право, що підлягає застосуванню до зобов'язальних відносин, що виникають на підставі угод, укладених сторонами. Зобов'язальний статут вважається встановленим, коли сторони в угоді визначили право, що підлягає застосуванню, а у разі відсутності такого волевиявлення сторін, встановлюється компетентним правозастосовним органом на підставі колізійних норм. Треба зазначити, що «під зобов'язальний статут підпадають далеко не всі аспекти

³¹ Міжнародне приватне право: навчальний посібник / за ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С.143.

правочину з іноземним елементом і тому важливим є визначення сфери дії зобов'язального статуту (тобто обраного права)»³².

У законодавстві України сфера дії права, що застосовується стосовно правочину, визначена в ст. 33 Закону України «Про міжнародне приватне право». У цій нормі вирішуються питання дійсності правочину (матеріальна й формальна сторони правочину) його тлумачення (тлумачення його юридичної сутності та умов, які в ньому містяться), та правові наслідки його недійсності (загальні правила щодо правових наслідків недійсності правочину). Під час вирішення цих питань законодавець відсилає до застосування відомих в МПрП принципів – автономії волі та локалізації договору (ст. 32 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Крім того, право, що застосовується до змісту правочину, не може розповсюджуватися на питання правосуб'єктності сторін (ст. 16, 30 Закону України «Про міжнародне приватне право»), речового права (ст. 38-42 Закону України «Про міжнародне приватне право»), на вимоги щодо форми правочину (ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Щодо наслідків недійсності правочину, то за законодавством різних держав вони можуть відрізнятися.

Окремо законодавець визначає сферу дії права, що застосовується до договору (зобов'язальний статут). Ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає її так: «право, що застосовується до договору, охоплює такі критерії:

- дійсність договору;
- тлумачення договору;
- права та обов'язки сторін;
- виконання договору;
- наслідки невиконання або неналежного виконання договору;
- припинення договору;
- наслідки недійсності договору;
- відступлення права вимоги та переведення боргу згідно з договором».

Однак визначений у ч. 1 ст. 47 цього Закону перелік меж застосування зобов'язального статуту не є вичерпним. Необхідно також зазначити, що до сфери дії зобов'язального статуту не належать питання, які стосуються права, застосовного до форми договору (таке право визначається відповідно до положень ч. 3 ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право», на підставі спеціальної колізійної норми – ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

³² Міжнародне приватне право: навчальний посібник / за ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С.167.

5.3 Особливості колізійного регулювання договірних зобов'язань у міжнародному приватному праві

У міжнародній практиці правового регулювання договірних відносин за участю іноземного елемента прийнятим є правило, за яким законодавець надає право сторонам самостійно обирати правопорядок, який регулюватиме ці відносини. Однак такий вибір може бути обмежений імперативними нормами, що містяться у відповідних законодавствах країн світу (наприклад ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Однак коли сторони договору не обрали це право, для розв'язання питання щодо вибору компетентного правопорядку варто застосовувати право тієї держави, яка має найтісніший зв'язок з цим договором. Ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» містить колізійні прив'язки для різновидів договорів (ч. 1 п. 1 ст. 23 Закону України «Про міжнародне приватне право»), щодо яких визначення країни, яка найтісніший зв'язок із договором, здійснюється залежно від різновиду договору. В інший спосіб, порівняно із загальним правилом доктрини відповідного виконання, вирішується питання вибору права, що застосовується до договорів:

- щодо нерухомого майна – застосовується право тієї держави, у якій знаходиться це майно, а якщо це майно підлягає реєстрації, – право держави, де здійснена реєстрація;

- щодо спільної діяльності або виконання робіт – право держави, у якій ця діяльність здійснюється або створюються передбачені договором результати;

- в) укладених на аукціоні, за конкурсом або на біржі застосовуються правові норми держави, в якій здійснюється аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

В Україні принцип найтіснішого зв'язку не застосовується стосовно договорів споживання (ст. 45 Закону України «Про міжнародне приватне право») та засновницького договору юридичної особи з іноземною участю (ст. 46 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

5.4 Договір міжнародної купівлі-продажу товарів

Правове регулювання відносин що виникають унаслідок укладення договорів купівлі - продажу товарів, досить ускладнене через те, що в праві різних держав існують нормативно-правові визначення які суттєво відрізняються за змістом. Науковці та практики, виходячи з внутрішнього законодавства держав, виділяють наступні особливості, що важливі цій категорії договорів:

– договір міжнародної купівлі-продажу товарів – це угода суб'єктів міжнародного приватного права, що спрямована на встановлення, зміну та припинення прав та обов'язків у сфері міжнародної купівлі-продажу товарів;

– комерційний характер дій суб'єктів міжнародного приватного права у сфері міжнародної купівлі-продажу товарів;

– комерційні підприємства суб'єктів договірних відносин із міжнародної купівлі-продажу товарів на момент укладення договору знаходяться в різних державах.

Правова регламентація відносин, що виникають стосовно укладення, зміни та розірвання цієї категорії договорів здебільшого відбувається в міжнародно-правових актах. Найважливішими серед них є «Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів»³³, прийнята в 1980 р. у Відні та «Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів»³⁴, прийнята в 1974 р. у Нью-Йорку. Україна є учасницею цих Конвенцій.

Віденська конвенція ООН від 1980 р. становить сукупність міжнародно-правових норм, головною метою яких є створення єдиного правового режиму угод міжнародної купівлі-продажу товарів. Вона має універсальний характер, тому що вона охоплює принципи й інститути, властиві різним правовим системам, а також принципи рівності й взаємної вигоди.

Договорами міжнародної купівлі-продажу товарів згідно за цією Конвенцією є «договори купівлі-продажу, які укладають контрагенти, комерційні підприємства яких перебувають у різних державах». До того ж Конвенція встановлює, що, якщо держава має кілька комерційних підприємств, то положення Конвенції застосовуються до комерційного підприємства, з яким договір має найтісніший зв'язок.

Положення Конвенції обов'язкові для фізичних і юридичних осіб, що перебувають під юрисдикцією держави-учасника Конвенції, тільки якщо інша зі сторін за укладеним договором міжнародної купівлі-продажу також перебуває під юрисдикцією Конвенції.

Норми Конвенції мають також диспозитивний характер, зокрема такі:

– сторони можуть виключити застосування положень Конвенції повністю або відступати від них (ст. 6 Конвенції).

– держава під час приєднання до Конвенції може зробити застереження стосовно того, що для нього не буде юридично обов'язковою або ч. II «Укладання договору», або ч. III «Купівля-продаж товарів» (так,

³³ Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів : конвенція Організації Об'єднаних Націй від 11 квітня 1980 р. // Офіційний вісник України. - 2006.- № 15.- Ст. 1171

³⁴ Про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів : конвенція Організації Об'єднаних Націй від 14 червня 1974 р. // Відомості Верховної Ради України. - 1993.- № 36.- ст. 368.

приєднуючись до Конвенції у 1989 р. УРСР зробила заяву про обов'язковість письмової форми для цієї категорії договорів³⁵).

Регулюючи процедуру укладення договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, а також права та обов'язки сторін, які зазначені у контракті, Конвенція не застосовується щодо продажу товарів для особистого користування, з аукціону, під час виконавчого провадження, фондів і забезпечувальних паперів, акцій, оборотних документів та грошей, суден водного й повітряного транспорту, суден на повітряній подушці, електроенергії (ст. 2). Крім того, вона не охоплює питань дійсності самого договору, його положень чи будь-якого звичаю та наслідків, які може мати договір щодо права власності на проданий товар (ст. 4).

Іншим міжнародним документом у сфері міжнародної купівлі-продажу є Нью-Йоркська Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажі товарів від 1974 р. У 1980 р. був прийнятий Протокол про зміну її положень із метою приведення їх у відповідність із нормами Віденської конвенції про міжнародну купівлю-продаж товарів.

Згідно з положеннями цієї Конвенції, строк позовної давності тлумачиться як період часу, після закінчення якого вимоги покупця та продавця один до одного, що встановлені з договором міжнародної купівлі-продажу товарів або пов'язані з його порушенням, припиненням або недійсністю, не можуть бути задоволені. Конвенція встановлює єдиний строк позовної давності – 4 роки.

Питання правової регламентації відносин, що виникають із договорів міжнародної купівлі - продажу товарів, вирішуються також в інших міжнародних договорах (наприклад Конвенціях УНІДРУА 1988 р. «Про міжнародний фінансовий лізинг», Конвенція УНІДРУА «Про міжнародний факторинг». Україна також приймає участь у цих конвенціях.

Міжнародні звичаї виконують важливу функцію в міжнародній торгівлі та торговельному мореплаванні. Зміст великої кількості зовнішньоторговельних угод визначається міжнародними торговельними звичаями. Наприклад, під час морського перевезення вантажів широке розповсюдження отримали звичаї торгового порту, які застосовуються у разі навантаження та розвантаження суден. На торговельні звичаї посиляється й зовнішньоторговельний арбітраж у процесі розгляду господарських спорів.

Відповідно до доктринальних позицій більшості країн світу міжнародний звичай (зокрема й міжнародний торговельний звичай) є джерелом сучасного міжнародного приватного права. Головними системоутворюючими ознаками міжнародного торговельного звичаю є такі:

³⁵ Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів [Електронний ресурс] : указ Президії Верховної Ради Української РСР від 23 серпня .1989 р. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/7978-11>

- тривалість існування;
- систематичне однакове застосування;
- визначеність;
- відповідність імперативним приписам публічного порядку.

У більшості країн світу звичай (зокрема міжнародний торговельний звичай) використовується як норма, що доповнює закон.

Відповідно до ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН, міжнародний звичай є доказом загальної практики, визнаної як правова норма³⁶. Міжнародні звичаї (міжнародні торговельні звичаї) можуть мати правовий та не правовий характер (узвичаєння). Правовий характер вони мають у разі, коли вони санкціоновані відповідним компетентним органом держави. Для застосування звичаю необхідне виконання двох основних умов: по-перше, наявність волі сторін, що означає обов'язковість звичаю у разі, коли сторони включили його в текст договору за принципом автономії волі; по-друге, використання звичаю правозастосовними органами незалежно від волі сторін у випадку, коли його визнають як правову норму. Це правило може бути встановленим загальними нормами законодавства держави або судовою практикою.

Складність використання міжнародних торговельних звичаїв та узвичаєнь у певних правовідносинах зумовлена тим, що вони не завжди збігаються за змістом у законодавствах різних держав. Із метою подолання виникаючих у зв'язку із цим проблем, здійснюється узагальнення подібних правил, їхня класифікація і тлумачення. Особливу функцію в розробці стандартів, ділових звичаїв й інших уніфікованих правил в галузі зовнішньої торгівлі виконує діяльність міжнародних організацій, таких як Міжнародна торговельна палата (МТП), Європейська економічна комісія ООН, Комісія ООН по праву міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ), Міжнародний інститут уніфікації приватного права (УНІДРУА), Міжнародна морська організація (ММО).

Серед найважливіших актів, прийнятих цими міжнародними організаціями в галузі регулювання зовнішньоторговельних відносин, варто виділити Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА), розроблені Міжнародним інститутом уніфікації приватного права в 1994 р.

Одним із найважливіших актів Міжнародної торговельної палати, що забезпечують водночас однакове розуміння й застосування основних принципів міжнародних торговельних відносин, є Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати (ІНКОТЕРМС). Зазначені правила для правовідносин із суб'єктами господарювання – резидентами України діють в редакції 1990, 2000 та 2010 рр. Їхньою особливістю є те, що всі зазначені редакції мають

³⁶ Статут Організації Об'єднаних Націй та Статут Міжнародного Суду [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_010

однакову юридичну силу, а сторони можуть регулювати свої правовідносини, посилаючись на будь-яку із зазначених редакцій.

З моменту створення Інкотермс Міжнародною торговою палатою (МТП) у 1936 р., ці беззаперечні всесвітні стандарти договірної діяльності регулярно коригуються, щоб не відставати від розвитку міжнародної торгівлі, Інкотермс- 2000 враховують поширення зон, вільних від митних зборів, зростання використання електронного зв'язку в ділових угодах і зміни в практиці перевезень, що відбуваються останнім часом. Інкотермс-2000 пропонують простіший і чіткіший виклад визначень 13 термінів, кожен із яких зазнав оновлення.

Широкий досвід роботи Комісії МТП із міжнародної комерційної практики, членами якої є представники всіх частин світу і всіх секторів торгівлі, гарантує, що правила Інкотермс відповідають потребам бізнесу повсюдно.

Правила Інкотермс-2010 охоплюють так звані базисні умови поставок. Вони містять правила тлумачення 11 найбільш уживаних торговельних термінів у зовнішній торгівлі, що на 2 менше порівняно з редакцією 2000 р. Усі вони мають короткі найменування (FCA, DDP, EXW тощо), що становлять аббревіатури їхньої назви англійською мовою. Правила, що ілюстровані в термінах, можуть застосовуватися щодо поставок усіх видів товарів при їхньому перевезенні повітряним, водним, автомобільним, залізничним або змішаним різновидами транспорту. Однак, варто мати на увазі, що низка термінів (FAS, FOB, CFR, CIF, DES і DEQ) може бути використана тільки під час укладання контрактів, які передбачають перевезення вантажів у рамках морських або водних сполучень.

Усі терміни, що містяться в Інкотермс-2010, поділені на чотири групи. Перша із цих груп – група «Е» – передбачає, що продавець надає товари покупцеві безпосередньо на власних площах (у своїх приміщеннях) – EXW (із заводу). Відповідно до термінів другої групи – групи «F», а продавець зобов'язується надати товар у розпорядження перевізника, найнятого покупцем, у погодженому географічному пункті: FCA (франко-перевізник), FAS (франко вздовж борту судна) і FOB (франко-борт). Відповідно до термінів третьої групи – групи «С», продавець сам зобов'язується укласти договір перевезення. Однак, він не несе ризику випадкової загибелі або пошкодження майна, а також будь-які інші додаткові витрати після завантаження товару на транспортний засіб: CFR (вартість та фрахт), CIF (вартість, страхування та фрахт), CPT (фрахт/перевезення оплачені до) і CIP (фрахт/перевезення та страхування оплачені до). Терміни четвертої групи – групи «D» – передбачають, що продавець приймає на себе всі витрати й ризики до моменту поставки товару у країну призначення: DAF (поставка до кордону), DES (поставка з судна), DEQ (поставка з причалу), DDU (поставка без сплати мита) і DDP (поставка зі сплатою мита).

Міжнародні правила тлумачення торговельних термінів мають рекомендаційний характер. Тому сторони контракту вправі, залежно від виду транспорту або характеру взаємовідносин, обрати будь-яку схему зовнішньоторговельної операції, згідно з Правилами Інкотермс-2010, та скласти на їхній основі договір. Якщо окремі питання визначаються сторонами в договорі інакше, ніж у Правилах Інкотермс-2010, то такі положення мають бути повністю викладені в контракті.

Серед інших документів, присвячених уніфікації торговельних правил та звичаїв, варто назвати Уніфіковані правила по інкасо в редакції 1995 р. й Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів в редакції 1993 р.. Менш відомими документами є Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародні кредитні перекази³⁷, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронні підписи³⁸ та інші.

6. ТРУДОВІ ВІДНОСИНИ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

План:

1. Колізійне регулювання міжнародних трудових відносин
2. Міжнародно-правове регулювання праці
3. Працевлаштування іноземців в Україні
4. Трудові права українських громадян за кордоном

6.1 Колізійне регулювання міжнародних трудових відносин

Закон України «Про міжнародне приватне право» називає таку основну колізійну прив'язку – право держави, де виконується робота. (ст. 52).

Зазвичай, у законодавстві інших країн закріплені не тільки ці але й інші правила. Через це сфера трудових відносин охоплює такі основні колізійні принципи: закон країни праці, вільний вибір права, закон місцезнаходження роботодавця, особистий закон роботодавця, закон прапору судна та ін.

Російський вчений І. Я. Кисельов назвав два випадки екстериторіального застосування трудового права:

- а) за допомогою укладення спеціальної угоди;

³⁷Про міжнародні кредитові переводи [Електронний ресурс] : типовий закон ЮНСІТРАЛ. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/payments/1992Model_credit_transfers.html

³⁸Про електронні підписи [Електронний ресурс] : типовий закон ЮНСІТРАЛ.– Режим доступу: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html

б) іноземне право застосовується у всіх випадках, коли колізійні норми прямо відсилають до іноземного закону³⁹.

Будь-яка країна може заборонити на своїй території застосування норм іноземного права, якщо воно суперечить публічному порядку. Інші країни прагнуть розширити екстериторіальну дію свого трудового законодавства.

6.2 Міжнародно-правове регулювання праці

Основне значення у правовому регулюванні праці іноземців належить Загальній декларації прав людини 1948 р., яка визнає за кожною людиною право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі та сприятливі умови праці та на захист від безробіття (ст. 23). Крім того, міжнародно-правове регулювання праці здійснюється Міжнародним пактом про економічні, соціальні і культурні права 1966 р.

Під егідою ООН була прийнята та схвалена Конвенція про захист прав працівників-мігрантів і членів їхніх сімей 1990 р. Конвенція передбачає утворення міжнародного Комітету із захисту прав працівників-мігрантів і членів їхніх сімей.

Найбільшу кількість нормативних актів, що регулюють умови праці та життя працюючих, розроблені під егідою спеціалізованої установи ООН – Міжнародної Організації Праці, що створена в 1919 р. відповідно до Версальського мирного договору. Сьогодні членами МОП є 174 держави. Відповідно до Статуту МОП від 28.06.1919 р. її членом може бути кожна держава, що є членом ООН.

МОП вирішує широке коло соціально-трудоових проблем зокрема проблему зайнятості, захисту трудових мігрантів, усунення прогалін, та ін. Норми МОП є вираженням світового прогресивного досвіду в галузі праці. МОП, як міждержавна організація, є тристоронньою: до неї належать уряди, представники підприємців і працівників. Її документи є наслідком детального обговорення належних питань на щорічних сесіях Міжнародних Конференцій Праці (МКП), на яких присутні по чотири делегати від кожної країни – два від уряду, один від підприємців та один від працівників (профспілок). Ці делегати мають однакові права, виступають і голосують окремо.

Конвенції і рекомендації, прийняті Міжнародною конференцією праці мають загальний характер, це означає, що вони застосовуються до всіх працівників, незалежно від громадянства. Серед них такі: «Про припинення трудових відносин» 1982 р.⁴⁰, «Про оплачувані відпустки»

³⁹ Кисилев І.Я. Зарубежне трудове право : учебник для вузов / І.Я. Кисилев. – М. Издательская группа НОРМА ИНФРА – 1998 – С. 182.

⁴⁰ Про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця. : конвенція Міжнародної організації праці від 22 червня 1982 р. №158 // Офіційний вісник України. – 2007. – N 92. – Ст. 3388

1970 р.⁴¹, «Про рівноправність громадян країни та іноземців і осіб без громадянства в сфері соціального забезпечення» 1962 р.⁴².

Значний вплив на міжнародно-правове регулювання праці має Всесвітня федерація профспілок (ВФП). У 50-60-і рр. ВФП прийняла три найважливіших акти – Програму дії профспілок на сучасному етапі й захист інтересів та прав трудящих (1961 р.), Хартію профспілкових прав трудящих (1954 р.) і Хартію соціального страхування (1961 р.). Діяльність цієї організації продовжується і нині, але це не єдина міжнародна профспілкова організація. Серед них – Міжнародна конференція вільних профспілок з її галузевою системою, Європейська конфедерація профспілок та ін.

6.3 Працевлаштування іноземців в Україні

На території України діє законодавство, яке загалом прирівнює трудові права іноземців до прав громадян України. Регулювання праці іноземців здійснюється насамперед конституцією України, а також КЗпП України, де в ст. 8 закріплена норма стосовно того, що трудові відносини громадян України, які працюють за її межами, а також трудові відносини іноземних громадян регулюються законодавством держави, в якій здійснюється працевлаштування (наймання) працівника, і міжнародними договорами України. Ст. 81 Кодексу законів про працю України визначено співвідношення міжнародних договорів про працю і законодавства України, а саме якщо міжнародним договором або міжнародною угодою, в яких бере участь Україна, встановлено інші правила, ніж правила законодавства України щодо праці, то застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди. Такими міжнародними договорами є конвенції МОП. Це зазначено у Законі України «Про міжнародні договори України». Включаючи в наше законодавство норми міжнародного трудового права (конвенції і рекомендації МОП), необхідно забезпечити їхнє виконання.

Іноземні громадяни, вступаючи в трудові відносини на території України, поділяються на низку категорій, в кожній з яких правовий режим у сфері праці має свої особливості. За різними критеріями можуть бути виділені такі основні категорії іноземних громадян:

- 1) за критерієм терміну перебування на території України:
 - іноземні громадяни, що постійно проживають на території;
 - іноземні громадяни, що тимчасово проживають на території;

⁴¹ Про оплачувані відпустки [Електронний ресурс]: конвенція Міжнародної організації праці від 24 червня 1970 р. №132. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_022

⁴² Про рівноправність громадян країни та іноземців і осіб без громадянства в галузі соціального забезпечення [Електронний ресурс] : конвенція Міжнародної організації праці від 28 червня 1962 р. №118. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_017

– іноземні громадяни, які тимчасово перебувають на території, зокрема іноземна робоча сила, що залучається на певний час із інших держав.

2) за підставами в'їзду в Україну:

- працівники-мігранти;
- біженці;
- особи, що прибувають з метою навчання.

3) за видами організацій і підприємств, з якими іноземні громадяни перебувають у трудових відносинах:

- ті, хто працюють в українських організаціях;
- ті, хто задіяні на підприємствах і в організаціях з іноземними інвестиціями, зокрема з пайовою участю іноземних інвестицій, що повністю належать іноземним інвесторам, у філіях іноземних юридичних осіб;

- ті, хто працюють на підприємствах і в організаціях, розташованих у вільних економічних зонах (ВЕЗ);

- ті, які відряджаються на певний час іноземними юридичними особами до України для виконання певних робіт;

- працівники дипломатичних представництв іноземних держав в Україні. Ця класифікація, безумовно, не є вичерпною, проте дає змогу зрозуміти різноманіття категорій іноземців

Ст. 26 Конституції України визначає, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Зазначений принцип щодо здійснення прав, свобод і обов'язків іноземцями закріплено також у Законі України «Про правовий статус іноземців». Іноземці можуть реалізувати ці права й обов'язки так само, як і громадяни України.

Закон України «Про міжнародне приватне право» вказує на особливості регулювання трудових відносин іноземців та осіб без громадянства, які працюють в Україні (ст. 54). Зокрема, визначено два випадки, коли трудові відносини іноземців та осіб без громадянства, не регулюються правом України:

а) іноземці та особи без громадянства працюють у складі дипломатичних представництв іноземних держав або представництв міжнародних організацій в Україні;

б) іноземці та особи без громадянства за межами України уклали з іноземними роботодавцями а (фізичними чи юридичними особами) трудові договори щодо виконання роботи в Україні. Названі вище положення можна змінити за допомогою міжнародних договорів.

Національний режим стосовно цивільної правоздатності іноземців має беззаперечний характер. Це означає, що цей режим надається

іноземцям у кожному із зазначених випадків без вимоги взаємності, незалежно від того, чи надаються такі самі права громадянам країни на батьківщині іноземців.

Законодавство України встановлює винятки щодо правоздатності іноземців. Це винятки обмеження призначення на посаду або залучення до певної діяльності.

Обсяг прав та обов'язків іноземців не є усталеним. Він може бути змінений внаслідок набуття особами іншого правового статусу, наприклад, унаслідок набуття, зміни чи позбавлення громадянства, зміни тимчасового перебування у державі на постійне місце проживання у ній.

Встановлюючи право тимчасового перебування іноземців в Україні, Закон України «Про правовий статус іноземців» не визначив строку такого перебування. Це питання розв'язується іншими нормативно-правовими актами.

Постановою Кабінету Міністрів України від 8 квітня 2009 р. регулюється Порядок видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства⁴³. Отримання такого дозволу слугує підставою для видачі іноземному громадянину візи на в'їзд в Україну. Такий дозвіл видається роботодавцеві обласним центром зайнятості або за його дорученням районними чи міськими центрами зайнятості у випадку обґрунтування роботодавцем необхідності використання праці іноземця.

6.4 Трудові права українських громадян за кордоном

4. Кількість українських громадян, які постійно працюють за межами України, безупинно зростає. Дискримінацію громадян України, що працюють за кордоном, є доведеним фактом, і тому держава здійснює заходи щодо покращення захисту своїх заробітчан.

Громадяни України мають право на укладання трудових контрактів із іноземними наймачами, що перебувають за кордоном, для виконання роботи на території України. Це право спричинено економічною волею індивіда, що лежить в основі демократії, правової держави, справжнього цивільного суспільства. Це важливе положення, як частина економічної незалежності індивіда означає свободу продажу громадянином за своїм розсудом своєї робочої сили як товару.

Але у більшості випадків наші громадяни працюють в іноземних наймачів за кордоном за трудовим договором. Під час влаштування на роботу трудові відносини виникають і регулюються трудовим законодавством відповідної іноземної держави.

⁴³ Питання видачі, продовження дії та анулювання дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства : постанова Кабінету Міністрів України від 27 травн. 2013 р. № 437 // Офіційний вісник України.– 2009.– N 26.– Ст. 871.

Значна кількість громадян України працює за кордоном офіційно, а кількість осіб, що працює нелегально в декілька разів більша. Нелегальній міграції сприяє комерційна діяльність різноманітних посередницьких організацій, що з'явилися нещодавно і які займаються питаннями працевлаштування наших громадян за кордоном.

За Конституцією України, кожен має право на працю, що передбачає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується (ст. 43). Для реалізації цього принципу громадяни України мають право, зокрема, укладати трудові договори з іноземними наймачами як на території України, так і за кордоном. У ст. 8 КЗпП України закріплена норма стосовно того, що трудові відносини громадян України, які працюють за її межами, а також трудові відносини іноземних громадян регулюються законодавством держави, у якій здійснюється працевлаштування (наймання) працівника, і міжнародними договорами України. Крім того, ст. 53 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає два випадки, коли праця громадян України за кордоном буде регулюватись правом України:

а) громадяни України працюють у закордонних дипломатичних установах України;

б) громадяни України уклали з роботодавцями – фізичними або юридичними особами України трудові договори щодо виконання роботи за кордоном, зокрема в їхніх відокремлених підрозділах, якщо це не суперечить законодавству держави, на території якої виконується робота.

Отже, для українських громадян, які працюють за кордоном з іноземним наймачем вітчизняне колізійне право встановлює прив'язку до права країни працевлаштування. Додатково питання трудової міграції можуть бути врегульовані двохсторонніми угодами.

7 СПАДКОВІ ВІДНОСИНИ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

План

1. Міжнародно-правове регулювання спадкових відносин та основні колізії у спадкуванні за міжнародним приватним правом
2. Спадкові права іноземців в Україні
3. Спадкові права українських громадян за кордоном

7.1 Міжнародно-правове регулювання спадкових відносин та основні колізії у спадкуванні за міжнародним приватним правом

Основним міжнародно-правовим актом у регулюванні спадкових відносин є Конвенція країн СНД про правову допомогу та правові

відносини по цивільним, сімейним та кримінальним справам 1993 р. (Мінська конвенція), учасниці – країни СНД, зокрема Україна. Вона закріпила принцип рівності у спадкуванні як за законом, так і за заповітом на територіях інших Договірних Сторін (принцип національного режиму). Цей принцип означає, що громадяни будь-якої договірної держави незалежно від того, на території якої з них вони закликаються до спадкування мають ті самі права, що і громадяни відповідної держави. Колізійною прив'язкою у питаннях спадкування є закон останнього місця проживання спадкодавця. Отже, право успадкування визначається за законодавством Договірної Сторони, на території якої спадкодавець мав постійне місце проживання.

Суперечки, які виникають внаслідок спадкових відносин, розглядаються: відносно нерухомого майна – установами держави місця знаходження майна; стосовно рухомого майна – установам держави на території якої спадкодавець мав місце проживання в момент смерті.

Здатність особи до укладання та скасування заповіту, а також форма заповіту визначається правом тієї країни, де спадкодавець мав місце проживання в момент його складання. Однак заповіт чи його скасування не можуть бути визнані недійсними через недотримання форми, якщо вона відповідає вимогам права місця його складання.

Також до міжнародних договорів, які знаходяться на універсальному рівні належать: Гаазька конвенція про право, яке підлягає застосуванню до спадкового майна 1989 р., Гаазька конвенція про міжнародне управління спадковим майном 1973 р., Вашингтонська конвенція про форму міжнародного заповіту 1973 р.

Україна не приймає участі в жодному багатосторонньому міжнародному договорі з питань спадкування, але є учасницею близько 30 двосторонніх договорів щодо правової допомоги, якими врегульовуються питання іноземного спадкування.

Спадкове право – це сукупність норм, які регулюють відносини, пов'язані з переходом прав та обов'язків померлого до інших осіб.

Спадкові відносини у системі континентального права базуються на універсальному правонаступництві, що за своєю сутністю є близьким інституту спадкування, якій закріплений у законодавстві України. Майно померлого без «посередників» переходить до спадкоємців за законом або за заповітом. Спадкоємці вже самі несуть відповідальність за зобов'язаннями спадкодавця.

Спадкування за заповітом є одним із різновидів спадкування. Заповіт становить волевиявлення спадкодавця, яке спрямоване на визначення юридичної долі його майна після смерті, що складене у формі, яка прописана законом⁴⁴. Метою регулювання спадкових відносин на

⁴⁴ Скаридов А.С. Международное частное право: учеб. пособие. /А.С. Скаридов – СПб.: Из-во Михайлова В.А., «Полиус».– 1998. – С. 535.

законодавчому рівні є встановлення такого порядку та вимог до заповіту, які б виключали будь-які сумніви стосовно останньої волі заповідача.

Чинним законодавством України (ст. 1247 Цивільного Кодексу) зазначено, що заповіт складається у письмовій формі, із зазначенням місця та часу його складання, має бути особисто підписаний заповідачем і посвідчений нотаріусом або іншими посадовими, службовими особами у встановленому Цивільним Кодексом порядку. Законом гарантується таємниця заповіту або його скасування (яке може бути зроблене заповідачем у будь-який час). Заповіт не мають права складати недієздатні та неповнолітні особи. визнаються недійсними заповіти, складені психічнохворими особами, а також ті, які були складені внаслідок погроз та здійснення насильницьких дій.

У ст. 72 Закону України «Про міжнародне приватне право» закріплено, що здатність особи на складання і скасування заповіту, а також форми заповіту й акта його скасування визначаються правом держави, у якій спадкодавець мав постійне місце проживання в момент складання акта або в момент смерті. Заповіт або акт його скасування не можуть бути визнані недійсними внаслідок недотримання форми, якщо остання відповідає вимогам права місця складання заповіту або права громадянства, або права звичайного місця перебування спадкодавця у момент складання акта чи в момент смерті, а також права держави, у якій знаходиться нерухоме майно. Отже, українське законодавство щодо форми заповіту та здатності особи його складати застосовує колізійну прив'язку – право держави постійного місця проживання спадкодавця, але в момент складання акту або в момент смерті.

Заповіти, у яких відображена воля двох чи більше осіб, найчастіше між подружжям – це спільні заповіти. Національне законодавство закріплює (ст. 1243 ЦК), що подружжя має право скласти спільний заповіт щодо майна, яке належить йому на праві спільної сумісної власності (так званий спадковий договір). Запроваджується своєрідне двоступеневе спадкування: після смерті одного з подружжя спадщина переходить до іншого, а після його смерті – до тих, хто визначений у заповіті.

Згідно з українським законодавством (ст. 1241 Цивільного Кодексу) право на обов'язкову частку у спадщині мають неповнолітні, повнолітні але непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки. Обов'язкова частка складається з половини частки, яка належала кожному б із них у разі спадкування за законом.

Іншим різновидом спадкування є спадкування за законом. У праві різних країн існує велике різноманіття у визначенні кола осіб, які мають право на отримання спадку. Цивільний кодекс України виділяє черговість спадкування (ст. 1258). Спадкоємці за законом одержують право на спадкування почергово. Кожна наступна черга спадкоємців за законом одержує право на спадкування у разі відсутності спадкоємців попередньої

черги, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини або відмови від її прийняття.

Через існування значних розбіжностей у матеріальному праві різних країн, на практиці для врегулювання спадкових відносин, використовують такі колізійні прив'язки: особистий закон спадкодавця (як закон громадянства, так і закон доміцилію); закон звичайного місця перебування спадкодавця (на момент складання заповіту або на момент смерті); закон місця знаходження майна (здебільшого застосовується у випадках спадкування нерухомого майна); закон місця складання заповіту.

7.2 Спадкові права іноземців в Україні

Іноземні громадяни можуть на загальних засадах із українськими громадянами бути суб'єктами спадкових відносин. Надання іноземцям національного режиму у сфері зазначених відносин ґрунтується на положеннях Конституції України, Закону України «Про правовий статус іноземців», Цивільного кодексу України, а також консульських конвенцій та міжнародних договорів щодо правової допомоги.

Іноземці-спадкодавці, як і українські громадяни, можуть заповідати майно, призначаючи спадкоємців шляхом складання заповіту; на власний розсуд розподіляти між спадкоємцями спадкове майно, майнові права та обов'язки; не вказуючи причин, позбавляти права на спадкування будь-яку особу з числа спадкоємців за законом; включати до заповіту інші розпорядження, передбачені Цивільним Кодексом України; скасовувати чи змінювати складений заповіт тощо. Іноземці-спадкоємці в Україні можуть спадкувати майно за законом і заповітом або відмовитись від прийняття спадщини; запрошуватися до спадкування у порядку черговості.

Надаючи іноземцям національний режим щодо спадкування Україна не ставить умови стосовно взаємності. Водночас, прирівнюючи іноземців до громадян України у правах й обов'язках, держава може встановити певні обмеження, закріпивши їх у Законі або міжнародному договорі. Отже, спадкування громадян однієї держави на території іншої допускається лише стосовно таких різновидів майна, які за законом цієї держави можуть бути об'єктами спадкування його власних громадян. В Україні до спадкової маси не можуть входити об'єкти, вилучені з цивільного обігу.

Згідно зі ст. 70 Закону України «Про міжнародне приватне право» спадкові відносини регулюються правом держави, у якій спадкодавець мав останнє місце проживання, якщо спадкодавцем не обрано у заповіті право держави, громадянином якої він був (закон місця проживання спадкодавця). Тобто, в разі смерті іноземного спадкодавця, останнім місцем проживання якого була Україна, спадкові відносини мають бути врегульовані українським законодавством. Поняття місця проживання

фізичної особи сформульовано у ст. 29 Цивільного Кодексу України, згідно з якою місцем проживання є місце, у якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово.

Норми, спрямовані на врегулювання питань спадкування з іноземним елементом, містяться у міжнародних конвенціях і угодах, укладених Україною. Ці питання підлягають колізійному врегулюванню на основі спеціальних прив'язок: для спадкування рухомого майна застосовується особистий закон спадкодавця (*lex domicilii*), а для нерухомого – закон місцезнаходження майна (*lex rei sitae*).

Якщо йдеться про спадкування за заповітом, то згідно зі ст. 46 Мінської конвенції здатність особи до складання і скасування заповіту, а також форма заповіту та його скасування визначаються за правом тієї країни, де заповідач мав місце проживання в момент складання акту. Однак заповіт або його скасування не можуть бути визнані недійсними внаслідок недотримання форми, якщо остання задовольняє вимоги права місця його складення.

Українське законодавство для прийняття спадщини встановлює строк у шість місяців, який починається з часу відкриття спадщини (моменту смерті спадкодавця).

Іноземні спадкоємці у зазначений строк мають особисто або через представників подати в нотаріальну контору за місцем останнього проживання спадкодавця заяву про прийняття спадщини. Якщо місцепроживання спадкодавця невідоме – за місцезнаходженням нерухомого майна або основної його частини, а за відсутності нерухомого майна – за місцезнаходженням основної частини рухомого майна (Ст. 1221 Цивільного Кодексу України). Якщо спадкоємці-іноземці відсутні за місцезнаходженням спадщини, вони подають заяву щодо прийняття спадщини до посольства чи консульства України за кордоном. Спадкоємці, які у встановлений строк не подали до нотаріуса заяву щодо прийняття спадщини, вважаються такими, що не прийняли її. До прийняття спадщини спадкоємцями охорона спадкового майна здійснюється нотаріусом за місцем відкриття спадщини.

На майно, що переходить порядком спадкування до спадкоємців і знаходиться в Україні, нотаріус видає свідоцтво про право на спадщину.

7.3 Спадкові права українських громадян за кордоном

Громадяни України як спадкодавці за кордоном мають право заповідати своє майно й майнові права. Це означає, що українські громадяни можуть бути спадкоємцями певної черги при спадкуванні за законом і мають право на отримання спадкової долі у випадку відкриття спадщини за кордоном за законом держави, в якій відкрилася спадщина. У більшості випадків внутрішнє законодавство, міжнародні угоди з правової

допомоги та консульські конвенції виходять із принципу розщеплення режиму спадкування майна залежно від його категорії. Стосовно нерухомого майна застосовується закон місцезнаходження майна, а щодо рухомого – закон громадянства спадкодавця (або закон місця проживання).

Згідно з договорами про правову допомогу, які уклала Україна з КНДР, Румунією, Чеською республікою та ін. здатність особи скласти або скасовувати заповіт, а також визначення правових наслідків недоліків волевиявлення, встановлюється законодавством тієї Договірної Сторони, громадянином якої був заповідач на момент складання або скасування заповіту. Форма складання або скасування заповіту визначається законодавством тієї Договірної Сторони, громадянином якої був заповідач на момент складання або скасування заповіту. Однак достатнім, є дотримання законодавства Договірної Сторони, на території якої було складено або скасовано, змінено заповіт.

Строк для прийняття спадщини є значно більшим.

Захист спадкових прав українських громадян за кордоном покладений на консулів. Компетенція дипломатичного представництва або консульської установи визначається Консульським статутом України затвердженим Указом Президента України від 2 квітня 1994 р., а також положеннями консульських конвенцій.

У справах щодо спадкоємства, зокрема зі спадкових суперечок, дипломатичні представництва або консульські установи є компетентними представляти (за винятком права на відмову від спадщини) без спеціальної довіреності в установах інших держав громадян своєї держави, якщо вони відсутні або не призначили представника.

Громадяни України мають можливість доручити ведення справи щодо спадщини за кордоном Ін'юрколегії.

В Україні Укрінюрколегія надає юридичні послуги посольствам іноземних держав, українським та іноземним бізнесовим структурам, представляє інтереси іноземних громадян.

У питаннях захисту прав громадян України за кордоном Укрінюрколегія діє у співпраці з Міністерством закордонних справ України, Міністерством юстиції України, Міністерством внутрішніх справ України, Головним архівним управлінням, місцевими державними адміністраціями, дипломатичними представництвами та консульськими установами України в іноземних державах.

Із розвитком незалежності України Укрінюрколегія реалізує соціально-правові інтереси нашої держави на національному та міжнародному рівні. На зламі століть Укрінюрколегія надала юридичне забезпечення у справі виплат ФРН та Австрією компенсацій 600 тис. українців – колишнім оstarбайтерам.

Нині Укрінюрколегія активно працює над іншою проблемою національного масштабу – захистом прав українських трудових мігрантів за кордоном, насамперед у країнах Західної Європи.

Традиційними для Укрінюрколегії є справи, пов'язані зі спадкуванням майна за кордоном і в Україні.

У департаменті постійно в провадженні знаходяться сотні спадкових справ: від простих, із заповітом на конкретну особу; до дуже складних, де скрупульозно вивчаються архіви, збираються документи та докази на підтвердження права на спадщину осіб віддалених ступенів родинного зв'язку.

Департамент спадкового права складається з декількох територіальних відділів: відділ Канади, відділ США, відділ Великобританії, Франції та Бельгії, відділ ФРН, Австрії та Швейцарії, відділ Австралії та Нової Зеландії, відділ країн Близького Сходу, у яких працюють фахівці у галузі національного спадкового законодавства відповідних країн та міжнародного приватного права.

8 МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ

План

1. Поняття і різновиди міжнародного комерційного арбітражу
2. Міжнародні регламенти, типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж ЮНІСТРАЛ
3. Арбітражна угода та компетенція міжнародного комерційного арбітражу
4. Арбітражні рішення. Виконання рішень

8.1 Поняття і різновиди міжнародного комерційного арбітражу

Міжнародний комерційний арбітраж (або третейський суд) є різновидом комерційного арбітражу. Сутність арбітражу полягає в тому, що він є альтернативним засобом вирішення спорів, що виникають у сфері економічного обігу, який базується на договорі й який виключає юрисдикцію державних судів з розгляду певної справи. Договірна сутність арбітражу означає, що його формування є прерогативою сторін. Заснування або обрання арбітражу здійснюється сторонами, між якими існує суперечка стосовно права.

Законодавство різних держав закріплює можливість розгляду міжнародними комерційними арбітражами цивільних справ між національними, з одного боку, та іноземними суб'єктами права – з іншого, а в низці випадків – і можливість розгляду арбітражами цивільних справ у суперечках між іноземними суб'єктами права.

Основним законом, що регулює відносини з розгляду суперечок є Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», який засноване на визнанні корисності арбітражу (третейського суду) як методу, що

широко застосовується для вирішення суперечок, які виникають у сфері міжнародної торгівлі, і необхідності комплексного врегулювання міжнародного комерційного арбітражу в законодавчому порядку; враховує положення щодо такого арбітражу, які є в міжнародних договорах України, а також у типовому законі, прийнятому в 1985 р. Комісією ООН із права міжнародної торгівлі й схваленому Генеральною Асамблеєю ООН для можливого використання державами у своєму законодавстві.

Отже, згідно з Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» в міжнародний комерційний арбітраж можуть передаватися суперечки, що виникають з договірних та інших цивільно-правових відносин під час здійснення зовнішньоторгових та інших різновидів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї зі сторін знаходиться за кордоном, а також суперечки підприємств із іноземними інвестиціями та міжнародних об'єднань й організацій, створених на території України, між собою, суперечки їхніх учасників та їхні суперечки з іншими суб'єктами права України (ст. 1).

В умовах стрімкого розвитку і спеціалізації міжнародного економічного обміну значення комерційного арбітражу зростає. Перевага арбітражу полягає, насамперед, у тому, що він забезпечує прийнятну, доступну і простішу, на відміну від судової, процедуру вирішення суперечок. Досить важливим є і те, що сторони можуть формувати склад арбітражу, який розглядає і вирішує справи, що сприяє довірі сторін до арбітрів і їхньої компетентності.

Провадження в арбітражі передбачає також можливість узгодити взаємно-прийнятну мову провадження. Провадження в арбітражі має конфіденційний характер на відміну від гласності судового процесу, що є також його перевагою.

До переваг арбітражу належить також можливість обирати не тільки прийнятну арбітражну процедуру, але і прийнятне право. Рішення комерційного арбітражу, на відміну від рішень суду, є остаточними, що сприяє завершеності будь-якого арбітражного провадження.

Особливо варто підкреслити існування механізму, що забезпечує визнання і виконання рішень комерційного арбітражу в межах конвенційного регулювання цього питання.

Визначення поняття комерційний арбітраж зазначено в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Термін «комерційний» тлумачиться широко й охоплює питання, що впливають з усіх відносин торгового характеру, як договірних, так і недоговірних. Відносини торгового характеру охоплюють такі угоди, не обмежуючись ними: будь-які торгові угоди щодо поставки товарів або надання послуг чи обмін товарами або послугами; угоди щодо розподілу, торгове представництво; факторні операції; лізинг; інжиніринг; будівництво промислових об'єктів; надання консультативних послуг; купівля-продаж ліцензій; інвестування; фінансування; банківські послуги; страхування;

угоди щодо експлуатації або концесії; спільні підприємства та інші форми промислового або підприємницького співробітництва; перевезення товарів та пасажирів повітрям, морем, залізничними та автомобільними шляхами. Поняття арбітраж визначається як будь-який арбітраж (третейський суд) незалежно від того, чи утворюється він спеціально для розгляду окремої справи, чи здійснюється постійно діючою арбітражною установою, зокрема Міжнародним комерційним арбітражним судом або Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України.

У міжнародній практиці розрізняють наступні види комерційного арбітражу: випадковий (*ad hoc*) та інституційний. Випадковий арбітраж створюється для розгляду конкретного спору. Після вирішення тої чи іншої суперечки арбітраж припиняє існування. Процедура випадкового арбітражу може визначатися сторонами самостійно або шляхом домовленості стосовно використання модельних правил арбітражу (наприклад Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ)¹.

Постійно діючі (інституційні) арбітражі створюються при торговельних палатах, біржах, різних асоціаціях, організаціях тощо. Інституційний арбітраж організується як арбітражна установа, що не входить до державного апарату і є недержавним утворенням. Склад інституційного арбітражу може формуватись різними способами. Зазвичай він утворюється з осіб, що внесені до списку арбітрів, органом тієї організації, при якій він перебуває. У деяких арбітражних установах коло осіб, які можуть входити до складу арбітражу, визначається не списком арбітрів, а членством у відповідній організації. Інституційному арбітражу, на відміну від арбітражу *ad hoc*, властива також наявність власних правил процедури, які передбачають порядок утворення складу арбітражу й вирішення комерційних суперечок.

До арбітражів спеціальної юрисдикції належать, наприклад, Міжнародний третейський суд по справах морського і річного пароплавства в Гдині, Морська арбітражна комісія при Торгівельно-промисловій палаті України та ін.

До міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

– суперечки з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають під час здійснення зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном;

– суперечки підприємств із іноземними інвестиціями й міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, суперечки між їхніми учасниками, а так само їхні суперечки з іншими суб'єктами права України.

¹ ЮНСІТРАЛ – комісія ООН з прав міжнародної торгівлі.

8.2 Міжнародні регламенти, типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж ЮНСІТРАЛ

2. У Резолюції 31/98, прийнятій Генеральною Асамблеєю ООН 1976 р., задекларовано, що, визнаючи цінність арбітражу як методу регулювання суперечок, що виникають з міжнародних торговельних угод, та доцільність розробки регламенту для спеціального арбітражу, який був би прийнятним для держав з різними правовими, соціальними й економічними системами, з метою гармонізації міжнародних економічних відносин Генеральна Асамблея рекомендує використовувати Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ під час врегулювання таких суперечок, зокрема шляхом посилання на Регламент у комерційних контрактах.

Міжнародні регламенти ЮНСІТРАЛ, СЕК⁴⁵, ЕКАДВ⁴⁶, а також Типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж ЮНСІТРАЛ, розроблені під егідою ООН спрямовані на уніфікацію арбітражної процедури.

Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, на відміну від інших міжнародних регламентів, є документом, що містить універсальні правила арбітражної процедури, які характеризують її як завершене процесуальне провадження.

Згідно зі ст. 1 Регламенту, якщо сторони в договорі погодились у письмовій формі, що суперечки, які належать до цього договору, будуть передані на розгляд в арбітражі згідно з Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ, такі суперечки підлягають розгляду у відповідності з цим Регламентом з тими змінами, про які сторони можуть домовитись у письмовій формі. Арбітражний регламент регулює арбітражний розгляд, за винятком випадків, коли те чи інше з його правил суперечить нормі застосованого до його арбітражу закону, від якої сторони не мають право відступати. До цього варто додати, що Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, як видно з Резолюції 31/98 і його змісту, розроблений для спеціального арбітражу, тобто арбітражу *ad hoc*, та не охоплює правила процедури в інституційних арбітражах.

Регламент СЕК та Правила ЕКАДВ, як і Регламент ЮНСІТРАЛ, є наслідком уніфікації правил арбітражної процедури. Однак, якщо Регламент ЮНСІТРАЛ має більш універсальний характер, Регламент СЕК та Правила ЕКАДВ розроблялись для регіонального застосування.

Комісія ООН із права міжнародної торгівлі підготувала і прийняла у 1985 р. Типовий закон про міжнародний комерційний арбітраж. Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 40/172 від 11 грудня 1985 р. з урахуванням потреб міжнародної торгівлі цей закон рекомендовано всім

⁴⁵ СЕК – Економічна комісія ООН для Європи

⁴⁶ ЕКАДВ – Економічна комісія ООН для Азії та Далекого Сходу

державам із метою одноманітності арбітражного законодавства й конкретних потреб практики міжнародного комерційного арбітражу.

Типовий закон не має прямої дії в національній системі законодавства тієї чи іншої держави. Йдеться про те, що національні закони про арбітраж повинні ґрунтуватись на Типовому законі ЮНСІТРАЛ. Законодавство, що ґрунтується на Типовому законі, вже прийнято в Україні.

Велика кількість норм типового закону має диспозитивний характер, що дає можливість сторонам за своєю згодою встановлювати інші правила процедури (п. 1 ст. 19).

8.3 Арбітражна угода та компетенція міжнародного комерційного арбітражу

Основою арбітражного вирішення суперечок є арбітражна угода, тобто угода про передачу суперечки на розгляд і вирішення арбітражу. Арбітражна угода є умовою для визнання компетенції арбітражу. Арбітражна угода є специфічним договором, яка є цивільно-правовим правочином і має процесуальні наслідки. Це означає, що для кваліфікації арбітражної угоди як цивільно-правового правочину застосовується цивільне законодавство. Що стосується виключення державного суду, тобто вилучення тієї чи іншої справи з його ведення та допустимості арбітражної угоди, ці питання вирішуються на підставі цивільного процесуального законодавства.

У міжнародній комерційній практиці зустрічаються два види арбітражних угод – арбітражне застереження та третейський запис.

Угода про арбітраж, що включена до контракту та передбачає можливість розгляду суперечок, які можуть виникнути з контракту, називається арбітражним застереженням.

Угода про арбітраж, яка передбачає можливість розгляду суперечки, укладена у формі окремої від зовнішньоторговельного контракту угоди, називається третейським записом.

Згідно зі ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», арбітражна угода – це угода сторін про передачу до арбітражу усіх або окремих спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, мають вони договірний характер чи ні. Арбітражна угода може бути укладена у вигляді арбітражного застереження або у вигляді окремої угоди.

Сторони можуть на власний розсуд узгодити процедуру призначення арбітра чи арбітрів за умови дотримання положень п. 4 і 5 цієї статті.

Наслідки відсутності вказаної угоди такі:

– при арбітражі з трьома арбітрами кожна сторона призначає одного арбітра, і двоє призначених таким способом арбітрів призначають третього арбітра; якщо сторона не призначить арбітра протягом 30 днів після отримання прохання про це від другої сторони або якщо двоє арбітрів протягом 30 днів із моменту їхнього призначення не домовляться про призначення третього арбітра, на прохання будь-якої сторони арбітр призначається органом, зазначеним у п. 1 ст. 6;

– при арбітражі з одноособовим арбітром, якщо сторони не домовляться про вибір арбітра, на прохання будь-якої сторони арбітр призначається органом, зазначеним у п. 1 ст. 6.

Якщо під час процедури призначення, узгодженої сторонами:

– одна зі сторін не дотримується такої процедури;

– сторони або два арбітри не можуть досягти згоди згідно з такою процедурою;

– третя особа, зокрема установа, не виконує певну функцію, покладену на неї згідно з такою процедурою,

– будь-яка сторона може просити орган, зазначений у п. 1 ст. 6, вжити необхідних заходів, якщо тільки угода про процедуру призначення не передбачає інших способів забезпечення призначення.

Рішення з будь-якого питання, що приймається згідно з п. 3 або 4 цієї статті органом, зазначеним у п. 1 ст. 6, не підлягає оскарженню. Під час призначення арбітра орган зважає на будь-які вимоги, що ставляться до кваліфікації арбітра угодою сторін, і такі міркування, які можуть забезпечити призначення незалежного й неупередженого арбітра, а в разі призначення одноособового чи третього арбітра бере також до уваги бажаність призначення арбітром особи іншого громадянства, ніж громадянство, до якого належать сторони.

Зазвичай у внутрішньому законодавстві передбачено перелік суперечок, які підлягають розгляду міжнародним комерційним арбітражем. До того ж більшості країн для визначення дійсності арбітражної угоди властиве застосування категорії публічного порядку, якщо суперечка стосується публічного порядку належної країни, він виключається з компетенції арбітражу.

Відповідно до з п. 2 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» до міжнародного комерційного арбітражу можуть передаватись суперечки з договірних або інших цивільно-правових відносин, що виникають під час здійснення зовнішньоторговельних та інших різновидів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї зі сторін знаходиться за кордоном, а також суперечки підприємств з іноземними інвестиціями та міжнародних об'єднань і організацій, створених на території України, між собою, суперечки між їхніми учасниками, а так само їхні суперечки з іншими суб'єктами права України. Цей закон також передбачає можливість скасування арбітражного рішення та відмови у визнанні та приведенні до

виконання арбітражного рішення, якщо суд вирішить, що арбітражне рішення суперечить публічному порядку України (п. 2 ст. 34) або визнання та приведення до виконання цього рішення суперечить публічному порядку України (п. 1 ст. 36).

8.4 Арбітражні рішення. Виконання рішень

Розглянувши суперечку, арбітраж виносить рішення, яким вирішується справа по суті. Арбітражне рішення є остаточним.

Рішення виноситься в письмовій формі та підписується одноособовим арбітром чи арбітрами. При колегіальному арбітражному розгляді достатньо наявності підписів більшості членів арбітражу за умови пояснення причини відсутності інших підписів. В арбітражному рішенні мають бути вказані мотиви, на яких воно ґрунтується, висновок щодо задоволення або відхилення позовних вимог, сума арбітражного збору та витрат по справі, їхній розподіл між сторонами, дата й місце арбітражу. Після винесення арбітражного рішення кожній стороні має бути надана його копія, підписана арбітрами.

У національному законодавстві можуть бути передбачені різні форми оскарження рішення (заява про скасування, апеляція та ін.). Типовий закон ЮНСІТРАЛ передбачає можливість скасування арбітражного рішення шляхом оскарження.

Оскарження в суді арбітражного рішення може бути здійснено тільки шляхом передачі клопотання про скасування, зокрема у тому випадку, коли сторона, яка заявляє клопотання, надасть докази в обґрунтування свого клопотання. Рішення може бути оскаржене і в тому випадку, коли суд визначить, що об'єкт суперечки не може бути предметом арбітражного розгляду за законами певної держави або арбітражне рішення суперечить публічному порядку цієї держави.

Рішення арбітражу виконуються добровільно. Добровільність виконання рішень арбітражу відповідає правовій природі цієї юрисдикції. Іноді виникає необхідність звернення до використання заходів примусового виконання рішень арбітражу. Арбітражне рішення національного арбітражу в тій чи іншій державі зазвичай виконується в тому ж порядку, що й рішення суду.

Для міжнародного комерційного арбітражу більш актуальною проблемою є порядок виконання іноземного арбітражного рішення. Загальний принцип виконання іноземних арбітражних рішень зводиться до того, що вони можуть бути виконані за законодавством іншої країни, де одержується їхнє виконання. Якщо є міжнародний договір, учасниками якого є та чи інша держава, то у відповідності з договірною міжнародною практикою застосовуються міжнародно-правові норми.

Згідно зі ст. 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» арбітражне рішення незалежно від того, в якій країні воно було винесено, визнається обов'язковим та під час подання в компетентний суд письмового клопотання приводиться до виконання. Сторона, яка спирається на арбітражне рішення або клопотання щодо приведення його до виконання, повинна надати оригінал належним чином завіреного арбітражного рішення або належним чином завірену копію останнього, а також оригінал арбітражної угоди або належним чином завірену її копію.

Правила визнання і можливості виконання арбітражних рішень уніфіковані в міжнародному масштабі, зокрема у Нью-Йоркській Конвенції про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року.

Конвенція встановила норми, попереджуючі дискримінаційний підхід до визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, передбачивши не обтяжливий митний режим. Крім того, у тих самих цілях ст. IV передбачає вичерпний перелік документів, які має надати сторона, що одержує визнання та приведення до виконання під час подання такого прохання. Це належним чином завірене автентичне арбітражне рішення або належним чином завірена його копія, автентична арбітражна угода або належним чином завірена її копія.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Ануфриева Л. П. Международное частное право : учебник в 3-х т. /Л. П. Ануфриева. – М.: Издательство БЕК.– 2001.– Том 2. Особенная часть – С. 69
2. Генеральна угода з тарифів і торгівлі від 30 жовтня 1947 р. // Офіційний вісник України. – 2010. – № 84. – Ст. 2989
3. Діковська І.А. Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві: автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.03 / І.А. Діковська. – Київ, 2002. – 19 с.
4. Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні [Електронний ресурс] : затв. наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 18 січня 1996 р. №30 (з наступними змінами). – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0034-96>
5. Кибенко Е. Р. Международное частное право: учебно-практическое пособие / Е.Р. Кибенко. – Харьков: Эспада, 2003. – 289 с.
6. Кисилев И. Я. Зарубежное трудовое право : учебник для вузов / И.Я. Киселев. – М. : Издательская группа НОРМА ИНФРА, 1998. – 263 с.
7. Кодекс торговельного мореплавства // Відомості Верховної Ради України. – 1995.– № 47.– Ст. 349; 48.– Ст. 349; №49.– Ст. 349; №50.– Ст. 349; №51.– Ст. 349; 52.– Ст. 349.
8. Митна конвенція про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенція МДП) : конвенція Організації Об'єднаних Націй від 14 листоп..1975 р. // Офіційний вісник України. - 2007.– № 3.– Ст. 138.
9. Митний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2012.– № 44-45, №46-47, №48.– Ст. 552
10. Міжнародне приватне право: навчальний посібник / за ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 352 с.
11. Питання видачі, продовження дії та анулювання дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства : постанова Кабінету Міністрів України від 27 травн. 2013 р. № 437 // Офіційний вісник України.– 2009.– N 26.– Ст. 871.
12. Про автомобільний транспорт : Закон України від 05 квітня 2001 р. №2344-III // Відомості Верховної Ради України. – 2006.– № 32.– Ст. 273
13. Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту : закон України від 8 липня 2011 р. № 3671-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 16. – Ст. 146
14. Про громадянство України : закон України від 18 січня 2001 р. № 2235-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 13. – Ст. 65.
15. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : закон України від 1 липня 2004 р. №1952IV // Відомості Верховної Ради України.-2004.- N 51.- Ст. 553.

16. Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку [Електронний ресурс]: Директива 2000/31/ЄС. – Режим доступу http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_224

17. Про договір міжнародного автомобільного перевезення вантажів (КДПВ) : конвенція Організації Об'єднаних Націй від 19 травн..1956 р. // Офіційний вісник України. - 2006.– № 34. – Ст. 2415

18. Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів : конвенція Організації Об'єднаних Націй від 11 квітня 1980 р. // Офіційний вісник України. - 2006.– № 15.– Ст. 1171

19. Про електронні підписи [Електронний ресурс] : типовий закон ЮНІСТРАЛ.– Режим доступу: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html

20. Про закон, що може бути застосовний до передачі права власності при міжнародній купівлі-продажу товарів [Електронний ресурс] : конвенція Організації Об'єднаних Націй від 15 квітня 1958 р. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_b86

21. Про залізничний транспорт : закон України від 04 липн. 1996 р. № 273/96-ВР // Відомості Верховної Ради України.– 1996.– № 40.– Ст. 183

22. Про затвердження Переліку інфекційних хвороб, захворювання на які є підставою для відмови у наданні дозволу на імміграцію в Україну : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 19.10.2001 р. № 415 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 45. – Ст. 2030.

23. Про затвердження Положення про посвідчення біженця : постанова Кабінету Міністрів України від 14 березня 2012 р., № 202 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 20. – Ст. 761.

24. Про зовнішньоекономічну діяльність : закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР.– 1991.– №29.– Ст.377.

25. Про імміграцію : закон України від 7 червня 2001 р. № 2491-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 41. – Ст. 197.

26. Про імунітет держав [Електронний ресурс] : конвенція від 16 травня 1972 р. № ETS N74. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/ru/994_060

27. Про міжнародне приватне право : закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-ІV // Відомості Верховної Ради України. - 2005.– №32.– Ст. 422

28. Про міжнародні кредитові переводы [Електронний ресурс] : типовий закон ЮНІСТРАЛ. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/payments/1992Model_credit_transfers.html

29. Про Міжнародну морську організацію : конвенція Міжнародної морської організації від 01.01.1982 р. // Офіційний вісник України.– 2006.– N 44.– Ст. 2982

30. Про міжнародну цивільну авіацію : конвенція Міжнародної організації цивільної авіації від 07.12.1944 // Офіційний вісник України. – 2004.– N 40.– Ст. 2667

31. Про міжнародну цивільну авіацію : конвенція Міжнародної організації цивільної авіації від 07 грудня 1944 р. // Офіційний вісник України. - 2004.– № 40.– Ст. 2667

32. Про оплачувані відпустки [Електронний ресурс]: конвенція Міжнародної організації праці від 24 червня 1970 р. №132. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_022

33. Про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів : конвенція Організації Об'єднаних Націй від 14 червня 1974 р. // Відомості Верховної Ради України. - 1993.- № 36.- ст. 368.

34. Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України : закон України від 21 січня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 18. – Ст. 101

35. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : закон України від 22 вересня 2011 р. № 3773-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 19-20. – Ст. 179.

36. Про правову допомогу й правові відносини по цивільних, сімейних і кримінальних справах : конвенція від 22 січня 1993 р. // Офіційний вісник України. - 2005.– №44.– Ст. 2824.

37. Про приєднання України до Афіїнської конвенції про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 року і Протоколу 1976 року до неї : закон України від 15 липн. 1994 р. // Відомості Верховної Ради України.– 1994.– № 33 (16.08.94).– Ст. 305.

38. Про приєднання України до Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ) : закон України від 05.черв. 2003 р.// Відомості Верховної Ради України. - 2003.– № 39. – Ст. 342.

39. Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів [Електронний ресурс] : указ Президії Верховної Ради Української РСР від 23 серпня .1989 р. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/7978-11>

40. Про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця. : конвенція Міжнародної організації праці від 22 червня 1982 р. №158 // Офіційний вісник України. – 2007.– N 92.– Ст. 3388

41. Про ратифікацію Конвенції про міжнародні автомобільні перевезення пасажирів і багажу: закон України від 8 квітня 1999 р. № 581-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999.– № 19.– Ст. 179

42. Про рівноправність громадян країни та іноземців і осіб без громадянства в галузі соціального забезпечення [Електронний ресурс] :

конвенція Міжнародної організації праці від 28 червня 1962 р. №118. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_017

43. Про скорочення випадків багатогромадянства та про військову повинність у випадках багатогромадянства [Електронний ресурс] : конвенція Ради Європи від 6 травня 1963 р. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_302

44. Про транспорт : закон України від 10 листопада 1994 р. № 232/94-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 51. – Ст.446.

45. Про фермерське господарство : закон України від 19 червня 2003 р. № 973-IV // Відомості Верховної Ради України.–2003.- № 45.– Ст. 363

46. Сборник Постановлений Правительства СРСР. Отдел второй. – N 1 - 2. – М.: Юридическая литература, 1984. – С.273-288

47. Скаридов А.С. Международное частное право: учеб. пособие. /А.С. Скаридов – СПб.: Из-во Михайлова В.А., «Полиус».– 1998. – С. 535.

48. Статут Організації Об'єднаних Націй та Статут Міжнародного Суду [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_010

49. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № №140-44. – Ст. 356.

Навчальне видання

БРОВДІЙ Алла Михайлівна
КИЛИМНИК Інна Ігорівна

**ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ
ВІДНОСИН**

ЧАСТИНА 1
Міжнародне приватне право

КОНСПЕКТ ЛЕКЦІЙ

*(для студентів усіх форм навчання всіх спеціальностей і напрямів
підготовки)*

Відповідальний за випуск *І. І. Килимник*
За авторською редакцією
Комп'ютерне верстання *А. М. Бровдій*

Підп. до друку 06.07.2018. Формат 60x84/16
Друк на ризографі. Ум. друк. арк. 6,2
Тираж 50 пр. Зам. №

Видавець і виготовлювач:
Харківський національний університет
міського господарства ім. О. М. Бекетова,
вул. Маршала Бажанова, 17, Харків, 61002.
Електронна адреса: rectorat@kname.edu.ua.
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи:
ДК № 5328 від 11.04.2017