## Лекція 1 Поняття, предмет та джерела міжнародного приватного права

#### Поняття, предмет та система міжнародного приватного права

1. **Методи міжнародного приватного права**

#### Джерела міжнародного приватного права

**РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:**

1. Конституція України від 28.08.1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1996. - № 30. – ст. 141
2. Закон України «Про міжнародне приватне право» вiд 23.06.2005 № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, N 32, ст.422
3. Закон України «Про правонаступництво України» від 12.09.1991 р. № 1543-ХІІ // Відомості Верховної Ради. – 1991. - № 46. – ст. 612
4. Закон України «Про дію міжнародних договорів на території України» від 10.12.91 р. № 1963-ХІІ // Відомості Верховної Ради. - 1992 - №10 – ст. 137
5. Закон України «Про міжнародні договори України» від 22.12.93 р. № 3767-ХІІ // Відомості Верховної Ради. - 1994 - №10 – ст. 45
6. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1986. - №17 – ст. 343.
7. Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо договорів від 23.08.1978 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. - №41. – ст. 601
8. Закон України ―Про міжнародний комерційний арбітраж‖ від 24.02.1999 р. № 4002-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1995. - № 11. – ст. 66
9. Дахно І.І. Міжнародне приватне право: Навч. посіб. – К.: МАУП, 2001.
10. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. доктора юридичних наук, проф. А.Довгерта. – Х.: ТОВ «одісей», 2008. – 352 с.
11. Міжнародне приватне право: Навч. посібник / За ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана. – К., Юрінком Інтер, 2005. – 368 с.
12. Міжнародне приватне право: Навч. посібник / За ред. С.Г. Кузьменко – К., «Центр учбової літератури», 2010. – 316 с.
13. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / за ред. Проф. В.П.Жушмана та доц. І.А.Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320с.
14. Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Міжнародне приватне право: Підручник. – 4- те вид., переробл. і допов. – К.: Атіка, 2009. – 500с.
15. Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Практикум з курсу «Міжнародне приватне право»: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2007. – 312с.
16. Фединяк Т.С., Фединяк Л.С. Міжнародне приватне право. – К., Юрінком Інтер, 2000 р.
17. Чубарєв В.Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2006. – 608 с.

**МЕТА ЛЕКЦІЇ:**

Мета цієї лекції полягає у з’ясуванні змісту міжнародне приватне право, що є його предметом, джерелами; з чого складається система цієї галузі; надати співвідношення міжнародного приватного та міжнародного публічного права; визначитися з методами правового регулювання міжнародного приватного права.

#### ВСТУП

Розвиток міжнародного приватного права тісно пов'язано з внутрішнім реформуванням, євроінтеграції України, з розширенням міжнародного торгово- економічного, науково-технічного та культурного співробітництва.

За радянських часів, незважаючи на розвиненість вітчизняної доктрини міжнародного приватного права, реальний правовий механізм у цій сфері був досить слабким, що, загалом відповідало економічній та політичній ізольованості СРСР від зовнішнього світу, рівню міжнародного спілкування громадян та юридичних осіб, пануючому принципу державної монополії зовнішньої торгівлі. Але навіть цей слабкий механізм міжнародного приватного права у радянський Україні не мав великого практичного застосування на її території, оскільки саме в Москві були зосереджені практично всі зовнішньоторговельні об’єднання СРСР, через які здійснювалася міжнародна торгівля, та інші організації, підтримували зв’язки з зовнішнім світом.

Великий розрив між реальним життям та міжнародним приватним правом, що утворився в Україні після розпаду СРСР, є явищем достатньо унікальним. Воістину високий рівень міжнародного спілкування громадян та підприємств України після багатьох десятиріч ізоляції можна порівняти з проривом греблі на річці. Так, усі підприємці України одержали право виходу на зовнішній ринок, мільйони громадян стали виїжджати за кордон із метою бізнесу, туризму, працевлаштування тощо, у країну пішли іноземні інвестиції, а сама держава стала активним суб’єктом різноманітних міжнародних відносин. Усі ці процеси обумовили появу «соціального замовлення» на реформування та розвиток міжнародного приватного права.

У підручниках часто цитують вислів відомого вченого М. Богуславського, що міжнародне приватне право є вищою математикою юриспруденції. Справді, важко, а то й неможливо опанувати всі галузі вітчизняного законодавства. Важко також, перебуваючи на батьківщині, опанувати цивільне законодавство всіх країн світу. Важко і своє сумістити з чужим. Але на те й існує міжнародне приватне право, щоб навчити долати ці перешкоди.

**1. Поняття, предмет та система міжнародного приватного права.**

Виникнення міжнародного приватного права було викликано розвитком торгових відносин – перші (які дійшли до нас) норми міжнародного приватного права виникли у середньовіковій Італії, яка в ХІІІ-ХV століттях було одним із центрів міжнародної торгівлі. Італійські міста – Венеція, Болонья, Модена, Генуя, Піза мали свої кодифікації торговельних звичаїв – статути. Суд кожного міста застосовував спочатку своє власне право до всіх спорів, які виникали між покупцями з різних міст по торговельним питанням. Перша норма міжнародного приватного права виникла як глоса (позначка) на полях Кодексу Юстиніана, що належала відомому італійському глосатору Аккурсію: «якщо проти мешканця Болоньї подається позов у Модені, він не повинен судитися за законами Модени, яким від підкорюється…» (ХІІІ ст. ). Глосатори вперше вказали на можливість застосування суддями не свого національного або місцевого права, а права іноземного.

Починаючи з ХІІІ століття й до сьогодення основною задачею міжнародного приватного права є пошук принципів, за якими можна здійснювати вибір між декількома правовими системами, які можуть бути застосовані до правовідношення з наявністю іноземного елемента – тобто вирішення колізійної проблеми.

Засновниками доктрини міжнародного приватного права вважаються постглосатори (коментатори) Бертольд і Бальд, які проживали в Італії в ХІV столітті, які вивели перші колізійні принципи. Вони зазначали, що до різних правовідносин повинні застосовуватися різні колізійні принципи. До майна – закон місцезнаходження майна, до осіб – їх особистий закон (національності).

Вперше термін «міжнародне приватне право» застосував Джозеф Сторі (член Верховного Суду США, професор Гарвардської школи права) у своїй роботі «Коментарі до конфліктного права», яка була опублікована в 1834 році. З 40-х ХІХ років цей термін почали застосовувати й європейські країни.

Термін «міжнародне приватне право» першочергово припускає, що мова йде про регулювання міжнародних відносин – відносин, які виходять за рамки однієї держави та в силу цього підпадають під дію різних національних правових систем, різних правопорядків.

Відносини між державами, діяльність створених ними міжнародних організацій традиційно регулювалися нормами міжнародного публічного права. Які ж правовідносини підпадають під сферу дії норм міжнародного приватного права. Це, перш за все, правовідносини приватного характеру – відносини невладного характеру, суб’єкти яких автономні та юридично рівні.

Таким чином, **міжнародне приватне право** - це система юридичних норм, які регулюють цивільно-правові, сімейні, трудові та цивільно- процесуальні відносини з іноземним або міжнародним елементом.

Різні світові школи міжнародного приватного права по різному визначають предмет міжнародного приватного права.

Французька школа стверджує, що предметом міжнародного приватного права є вчення про громадянство, про правове положення іноземців, питання колізійних законів, питання міжнародного цивільного процесу.

Германська школа обмежує предмет регулювання тільки колізійними питаннями. Положення іноземців вона відносить до цивільного права, а питання громадянства – до державного права.

Англо-американська школа при вивченні предмета надає увагу процесуальним питанням, тобто ставлять задачу встановити при яких умовах місцевий суд компетентний розглядати справу з іноземним елементом.

#### Сучасне міжнародне приватне право регулює дві головні групи відносин:

* 1. Економічні, господарські, науково-технічні, культурні та ділові відносини між організаціями та фірмами різних країн світу;
	2. Відносини з участю іноземних громадян та осіб без громадянства, а саме майнові та особисті немайнові відносини, трудові та сімейні.

Але специфічною ознакою міжнародного приватного права, яке надає підставі відрізняти міжнародне приватне право від інших галузей права, є наявність в таких відносинах іноземного елементу.

**Під іноземним елементом** відповідно до п.1. ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» розуміють ознаку, яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох з таких форм:

* + 1. хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою. Наприклад: українське підприємство укладає договір з англійською фірмою з приводу купівлі-продажу партії товару. Іноземним елементом у даному випадку буде те, що стороною у договорі виступає англійська фірма.
		2. Об'єкт правовідносин (наприклад спадкове майно), з приводу яких виникають відповідні відносини, знаходиться на території іншої держави.
		3. Юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави (заподіяння шкоди, вчинення договору, смерть тощо). Наприклад, група українських туристів з 5 чоловік поїхала до Парижу. Під час екскурсії по місту, їх автобус попав в аварію, в наслідок чого туристи отримали тяжкі тілесні ушкодження.

**Основною задачею міжнародного приватного права,** є регламентація вищевказаних правовідносин між юридичними та фізичними особами різної державної приналежності з метою всебічного та повного захисту їх прав та законних інтересів, а також створення єдиного правового простору для здійснення ними своїх прав та виконання обов’язків, забезпечення благодатних умов для ефективної співпраці держав з суттєвими різницями в правових, економічних та політичних відносин.

Необхідно зазначити, що міжнародне приватне право тісно пов’язано з міжнародним публічним правом, але міжнародне публічне право – це самостійна правова система.

Перша різниця міжнародного приватного права від міжнародного публічного права стосується самого змісту відносин, які регулюються. У міжнародному публічному праві головне місце займають політичні взаємовідносини держав – питання забезпечення миру та міжнародної безпеки, суверенітету держав, невтручання, проблеми роззброєння. Що стосується міжнародного приватного права, то воно регулює саме особливу групу цивільно-правових відносин, які мають міжнародних характер. Це насамперед майнові відносини.

Друга різниця міжнародного публічного та приватного права це різниця по суб’єктам відносин. Основним суб’єктом міжнародного публічного права є держави. В міжнародному приватному праві основним суб’єктом не є держава, хоча держава й може виступати в якості останнього, а окремі особи – фізичні та юридичні.

Третя різниця міжнародного публічного та приватного права – по джерелам. У міжнародному публічному праві основним джерелом правового регулювання відіграє міжнародний договір. У міжнародному приватному праві правила міжнародних договорів застосовуються не безпосередньо, а тільки після їх санкціонування державою. Крім цього джерела міжнародне приватне право має також джерелами внутрішнє законодавство, судову та арбітражну практику.

**Система міжнародного приватного права** складається з загальної та особливої частини.

1. **Загальна частина** охоплює питання загального характеру, які мають методологічне значення для міжнародного приватного права в цілому, а саме: поняття, предмет, методи регулювання, принципі, система, джерела, вчення про колізійні та матеріально-правові норми, правові режими (національний, найбільшого сприяння, суб'єктів міжнародного приватного права тощо.
2. **Особлива частина** охоплює право власності, зобов'язальне право, зобов’язання з правопорушень, авторське, винахідницьке, патентне, сімейне, спадкове право, трудове відносини, міжнародний цивільний процес, міжнародні перевезення.

Підводячи **підсумок по першому питанню**, слід зазначити, що предметом регулювання міжнародного приватного права є суспільні відносини цивільного, сімейного, трудового та цивільного-процесуального характеру, в яких присутній іноземний елемент. Іноземним елементом може виступати суб’єкт, об’єкт або юридичний факт. Завдання міжнародного приватного права полягає у врегулюванні названих відносин з метою створення єдиного правового простору для дотримання прав і свобод учасників таких правовідносин.

**2. Методи міжнародного приватного права**

Для міжнародного приватного права характерний **цивільно-правовий** метод, що виражає правову природу галузі. Крім нього, для врегулювання відносин з «іноземним елементом» застосовуються два юридико-технічні методи **колізійний та матеріально-правовий.**

Спочатку МПП розвивалося як переважно колізійне право. Саме колізійний метод правового регулювання сприяв виникненню цієї правової галузі. Зміст колізійного методу полягає в тому, що він не регламентує правовідносини по суті, а визначає право якої держави повинно бути застосовано для врегулювання правовідносин з іноземним елементом. Виникнувши наприкінці середніх віків, колізійний метод став похідним від колізії статутів, які діяли на певних територіях. Згодом виникло колізійне право.

Необхідно зазначити, що для міжнародного приватного права значення мають не будь-які колізії, а тільки такі, що виникають між іноземними правовими системами (міжнародні колізії). Внутрішні (міжобласні) колізії, наприклад, такі, що виникають в одній правовій системі між різними її правовими джерелами чи галузями, не входять до сфери міжнародного приватного права. Вони регулюються правовими джерелами цієї держави, де й виникли. Правда, інколи важко кваліфікувати колізію як міжнародну чи внутрішню.

Колізійний метод діє через систему колізійних норм, які можуть бути закріплені у внутрішньодержавних джерелах або на міжнародному рівні. Колізійні норми прив’язують відносини до певного правопорядку – вітчизняному або іноземному. Колізійний метод часто називають відсильним, так як колізійна норма, вказуючи на компетентний порядок, як би відсилає до права певної держави для визначення прав, обов’язків та відповідальності сторін правовідносин.

Колізійний метод, однак, має ряд суттєвих недоліків:

1. Він відсилає до норм загального законодавства, які не враховують специфіку відносин з іноземним елементом – застосування звичайних норм внутрішнього законодавства до міжнародних приватноправових відносин часто викликає масу проблем, таке правове регулювання може бути недостатнім або неефективним.
2. Колізійний метод відсилає завжди до норм внутрішнього права, які створюються державами в односторонньому порядку. Але, для кожної держави характерні свої історичні, культурні, моральні цінності та традиції, які у кінцевому рахунку суттєво впливають на зміст національно-правових приписів (особливо в галузі сімейного, спадкового, деліктного права).
3. Застосування колізійного методу часто призводить до необхідності застосування вітчизняним судом або іншим органом (наприклад, нотаріатом) іноземного права. Це викликає масу ускладнень, оскільки правозастосовуючий орган не володіє знаннями відносно іноземного права та йому необхідно, по- перше, встановити зміст іноземного права (у більшості випадків це юридично складний та тривалий процес) та, по-друге, правильно застосовувати це право до регулюючих правовідносин. Практика показує, що тільки висококваліфікованому фахівцю під силу справитися з даною задачею. В багатьох випадках судді намагаються ухилитися від розгляду справи з іноземним елементом або всіма можливими способами обґрунтувати необхідність застосування вітчизняного законодавства.

Названі недоліки колізійного методу призвели до того, що в деяких галузях правового регулювання відносин з іноземним елементом почав широко використовуватися матеріально-правовий (прямий) метод регулювання.

Застосування матеріально-правового методу означає, що норми міжнародного приватного права безпосереднього регулюють відносини з іноземним елементом – визначають права та обов’язки сторін таких правовідносин, встановлюють міри відповідальності за неналежну поведінку сторін.

Матеріально-правові норми діють найбільш ефективно, коли вони уніфіковані в міжнародному договорі, а не створені державою в односторонньому порядку.

Колізійні та матеріально-правові норми нагадують сіамських близнюків, які не можуть існувати окремо. Часто не лише в самому нормативно-правовому акті, а й в самій статті зустрічаються обидва виду норм. Для прикладу наведемо текст ст. 6 Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року.

«1. Умови подання заявки і реєстрації товарних знаків визначаються у кожній країні Союзу її внутрішнім законодавством...

3. Знак, який належним чином зареєстровано у країні Союзу, розглядається як незалежний від знаків, зареєстрованих в інших країнах Союзу, включаючи країну походження».

Як бачимо, п. 1 містить колізійну норму, а п. 3 – матеріально-правову.

В даний час помічається тенденція до розширення використання матеріально-правового методу – процеси зближення, гармонізації національних правових систем, які відбуваються в глобальних масштабах, роблять можливим закріплення матеріально-правових норм на міжнародному рівні.

Підводячи **підсумок по другому питанню**, можна зазначити, що колізійний метод ще довгий час буде залишатися основним методом регулювання в таких галузях, як шлюбно-сімейне, спадкове, трудове право, право власності та ін. різниці між правом окремих держав в названих галузях настільки великі, що уніфікація матеріально-правового регулювання на міжнародному рівні не уявляється можливим.

**3. Джерела міжнародного приватного права**

Під джерелами міжнародного приватного права в юридичній науці розуміють форми, у яких знаходять вираження правова форма.

Джерелами міжнародного приватного права виступають:

1. Міжнародні договори;
2. Внутрішнє законодавство;
3. Судова та арбітражна практика;
4. Звичаї.

З зазначених джерел виникає питання про співвідношення юридичної сили джерел міжнародного приватного права. У законодавстві різних держав завжди закріплюється положення про юридичну силу норм законодавчих актів та міжнародних угод, їх ієрархії.

Так, в ст. 8 Конституції України встановлюється вища юридична сила Конституції України, а також обов’язковість відповідності Конституції законів та інших нормативно-правових актів. У ст. 9 зазначається, що чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Ч. 2 ст. 17 Закону України «Про міжнародні договори України» від 22 грудня 1993 р., зазначає, що у випадках, коли міжнародним договором України, укладання якого відбулося у формі закону, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України, то застосовуються правила міжнародних договорів України. Вищевказане означає, що норми, які містяться у міжнародному договорі, зберігають автономне положення в національному праві.

Автономність також означає, що, по-перше, норми заборонено самовільно, без згоди інших держав-учасниць договору змінювати та, вдруге, тлумачення повинно здійснюватися однозначно. Положення міжнародних договорів тлумачаться по іншим критеріям, ніж внутрішні закони. Це випливає із ст.ст. 31-33 Венської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року. Завжди необхідно мати на увазі, що поняття, які застосовуються в договорах можуть не співпадати з поняттями, термінами внутрішнього законодавства. Достатньо часто у міжнародних договорах закріплюється автономне тлумачення використовуваних термінів (як правило, у вступних положеннях або у першій статті договору).

Таким чином, встановлюється чітка ієрархія законодавчих актів, що не допускає подвійного тлумачення.

1. **Міжнародний договір** – це важливе джерело міжнародного приватного права, який створює для держав, які домовляються, єдине регулювання визначених видів відносин з іноземним елементом.

Таке регулювання досягається шляхом включення у договори єдиних колізійних або уніфікованих матеріально-правових норм.

Держави учасники міжнародного договору зобов’язані привести своє внутрішнє законодавство у відповідність з міжнародними договорами. Це робиться у формі прийняття спеціального закону або у формі відсилки вищою законодавчою владою до договору, або у формі ратифікації.

При використанні міжнародного договору як джерела права необхідно визначити, чи застосовується цей міжнародний договір до відносин, які підлягають врегулюванні (тобто чи є Україна учасницею даного договору; чи набрав чинності договір, чи діє він стосовно конкретних учасників правовідносин).

Навіть міжнародний договір, в якому Україна не бере участь, може у деяких випадках застосовуватися українським судом для врегулювання правовідносин (як частина національного права іноземної держави – учасника договору, якщо до цього права відсилає вітчизняна колізійна норма або воно було обрано безпосередньо учасниками правовідносин).

При роботі з міжнародним договором обов’язково слід враховувати застереження, які зроблені різними державами-учасницями, оскільки вони можуть суттєво змінювати зміст договору. Так, ст. 11 Венської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 року передбачена можливість укладання договору в усній формі, проте Україна зробила застереження відповідно до ст.ст. 12 та 96 Конвенції про незастосування усної форми договору у тих випадках, коли хоча б одна із сторін договору має своє комерційне підприємство в Україні.

Оскільки міжнародний договір охоплює своєю дією декілька держав (дві та більше), то завжди виникає питання про автентичність перекладу. При застосуванні міжнародного договору необхідно з’ясувати, екземпляр на якій мові є оригінальним текстом договору. Практика свідчить, що досягти повної автентичності тексту договору при практичної роботі з нормами міжнародних договорів бажано ознайомитися з їх оригінальним текстом (або порівняти версії текстів на різних мовах). Інколи це дає юристу істотні переваги при підготовці справи.

Класифікація міжнародних договорів:

1. По предмету регулювання (в області деліктних відносин, сімейного права, трудового права, цивільного процесу).
2. За кількістю учасників (двосторонні, багатосторонні).

3. За суб’єктами-учасниками (держава, а також юридичні або фізичні особи).

*Договори про надання правової допомоги у цивільних справах* підписані з: КНР 1993, Польща 1993, Литва 1993, Молдова 1993, Грузія 1993, Латвія 1995, Естонія 1995, Узбекистан 1998 та ін.

Розробкою проектів конвенцій займається **Гаагська конференція з міжнародного приватного права,** яка засідає з 1893 р. останнє засідання було у 1996 р. у 1951р. був прийнятий статут Гаагської конференції з міжнародного приватного права, який діє на території 45 країн світу. Відповідно до Статуту, задачею Конференції є прогресивні уніфікація правил міжнародного приватного права (ст. 1). Сесії Конференції збираються, як правило, один раз на чотири роки.

**В галузі процесу діють:** Конвенція з питань цивільного процесу від 1954р. (СРСР приєдналася у 1966р.), Конвенція про збір за кордоном доказів по цивільним та торгівельним справам 1970р., Конвенція про полегшення доступу до правосуддя за кордоном 1980 р. тощо.

**Сімейне право:** Конвенція про укладання шлюбу та визнання його недійсним 1978р.; Конвенція про право, що застосовується до майна подружжя 1978р., Конвенція про визнання та виконання рішень про аліментні зобов'язання відносно дітей 1958р. тощо.

СНД: Положення про Економічний суд СНД 1992р., Конвенція про захист прав інвесторів 1997р., Угода про порядок транзиту 1992р. тощо.

1. ***Внутрішнє законодавство***

Більшість фахівців визнають джерелом права в Україні лише нормативно- правовий акт. Нормативно-правові акти, які містять норми міжнародного приватного права, можна класифікувати за різними критеріями.

Залежно від їхньої юридичної сили:

1. Конституція України;
2. закони;
3. підзаконні акти.

Залежно від обсягу регулювання міжнародних приватних відносин:

1. спеціальні закони;
2. закони, які містять окремі норми або групу норм, що присвячені правовідносинам з іноземним елементом;
3. спеціальні підзаконні акти;
4. підзаконні акти, які містять окремі норми або групу норм, що присвячені правовідносинам з іноземним елементом.

Конституція в Україні, як і в більшості країн світу, є основним джерелом права взагалі, у тому числі і в міжнародному приватному праві. Окремі її положення мають першорядне значення для міжнародного приватного права, адже Конституція України в системі джерел права має найвищу юридичну силу та визнає принцип верховенства права, а її норми є нормами прямої дії (ст. 8 Конституції).

Іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України. Водночас Конституцією, законами чи міжнародними договорами України можуть встановлюватися окремі винятки (ст. 26 Конституції України). Причому статус іноземців та осіб без громадянства може визначатися винятково законами України (ст. 92 Конституції). Тобто, за загальним правилом іноземці, а також особи без громадянства мають ті самі права, свободи та обов'язки, що передбачені для громадян України в розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина»). Іноземцям та особам без громадянства може бути надано в Україні притулок у порядку, встановленому законом.

Такий обсяг та зміст прав, свобод та обов'язків свідчить про закріплення *національного режиму* для іноземців та осіб без громадянства.

Своїм громадянам, які перебувають за її межами, Україна гарантує піклування та захист (ч. 3 ст. 25 Конституції).

Конституційні норми права є підґрунтям подальшого більш детального регулювання міжнародно-приватного відносин в законах і підзаконних нормативно-правових актах.

До спеціальних законів належать, наприклад, закони держав про міжнародне приватне право. У державах, особливо тих, що належать до «сім’ї континентального права», приблизною 60-х років широко практикується прийняття зазначених законів, які діють і до сьогодні (Чехія, Словаччина (1963р), Польща (1965 р.), Австрія (1978 р.), Угорщина (1979 р.), Туреччина (з міжнародного приватного права та процесу 1982 р.), у ФРН (1986 р.) Одним із найдетальніших щодо регламентації правовідносин з іноземним елементом є Закон з міжнародного приватного права Швейцарії 1987 p., який налічує близько 200 статей. З 1992 р. однойменний закон діє у Румунії. Відповідно до Закону від 26 червня 1991 р. з деякими змінами у Хорватії, а також у Словенії, Сербії та Чорногорії діє Закон колишньої СФРЮ «Про вирішення колізій між законом і нормами іноземного права у певних правовідносинах» 1982 р. До порівняно нових кодифікацій у сфері міжнародного приватного права належить Закон про міжнародне приватне право Венесуели 1998 р. (набув чинності з 6 лютого 1999 р.). Вказаний акт врахував найновіші тенденції у міжнародному приватному праві та процесі, він (як і Кодекс Тунісу 1998 р.) є чи не найуспішнішим актом кінця XX ст.

У державах «сім'ї загального права» чинними є Закон з міжнародного приватного права штату Луїзіана 1991 p., Закон про міжнародне приватне право (різні положення), прийнятий у Великобританії 1995 р. Проте, незважаючи на його назву, він присвячений тільки окремим питанням.

Закони з міжнародного приватного права є комплексними актами, оскільки вони містять систему матеріально-правових та колізійних норм, які регулюють загальні питання: кваліфікації, зворотного відсилання, встановлення змісту іноземного права, взаємності, реторсії та ін. Але переважно норми цих законів регламентують правовий статус фізичних та юридичних осіб; право власності, зокрема інтелектуальної; зобов'язальні, шлюбно-сімейні та трудові відносини; питання спадкування тощо. До вказаних законів можуть включатися також питання юрисдикції, цивільного процесу, визнання й виконання рішень судів та інших органів іноземної держави.

Серед спеціальних законів головним джерелом міжнародного приватного права на Україні слід визнати Закон України «Про міжнародне приватне право»1 від 23 червня 2005 року, який створювався з урахуванням останніх кодифікацій міжнародного приватного права в східних країнах. Він набув чинності з 1 вересня 2005 року2. В ньому містяться загальні поняття (поняття колізійної норми, зворотне відсилання, правова кваліфікація, автономія волі, взаємність тощо), а також колізійні норми, які визначають право, що підлягає застосуванню щодо статусу осіб, форми та змісту правочинів, речових прав, зобов'язального права, сімейних, спадкових, трудових, процесуальних та інших відносин.

Крім спеціального закону повністю присвячені регулюванню міжнародних приватних відносин також закони України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22.09.2011р., «Про імміграцію» від 07.06.2001 р., «Про біженців» від 21.06.2001 р., «Про правовий статус закордонних українців» від 04.03.2004 р. та ін. В економічній сфері спеціальними є закони України «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.1996 р., «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. тощо.

Крім того, матеріально-правові норми міжнародного приватного права містяться також в ЦК України і в низці інших нормативно-правових актів. ЦК України визнає учасниками цивільних правовідносин не тільки іноземців і осіб без громадянства, але й іноземні держави (ст. 2 Кодексу), закріплює за іноземцями, особами без громадянства, іноземними юридичними особами право приватної власності на землю у встановленому законом порядку (ч. 2,3 ст. 384 Кодексу). На рівні закону норми міжнародного приватного права є також в законах «Про соціальні послуги» від 19.06.2003 р., «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» від 11.12.2003 р., «Про зайнятість населення» від 01.03.1993 р., «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р., «Про захист прав споживачів» від 15.12.1993 р., «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» від 15.05.2003 р. тощо.

Спеціальними підзаконними нормативно-правовими актами, які повинні детальніше урегулювати певні відносини, є: Консульський статут України від 02.04.1994 р.; Правил оформлення віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію від 01.06.2011 р.; Порядок видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства вiд 08.04.2009; Про затвердження Порядку надання медичної допомоги іноземцям та особам без громадянства, які тимчасово перебувають на території України від 22.06.2011р.; Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів) від 06.09.2001р. та ін.

Схожим чином регламентуються цивілістичні правовідносини з «іноземним елементом» у багатьох державах «сім’ї континентального права». Наприклад, колізійні норми щодо регулювання цих відносин є в розділі 11 Сімейного кодексу Болгарії 1985 р., в окремому розділі Цивільного процесуального кодексу (в редакції 1983 р.) цієї ж держави. Окремі норми, спрямовані на регулювання певного кола правовідносин з «іноземним елементом», містять, наприклад, Закон Болгарії про зобов'язання і договори 1950 p.; Закон про морське право Польщі 1961 р.

У державах «сім’ї загального права» нормативних актів щодо регулювання відносин у міжнародному приватному праві є досить мало. До них належать, зокрема, закони про імунітет держави (наприклад, прийнятий у Великобританії 1978 p.), деякі інші.

Сьогодні у зазначених державах нормативні акти, окремі правила яких спрямовані на регулювання відносин з «іноземним елементом», ухвалюються дедалі частіше. Так, у Великобританії значення для міжнародного приватного права мають норми законів про арбітраж 1975 р., про заповіти 1963 р., про усиновлення 1968 p., про визнання судових рішень про розлучення та окреме проживання подружжя 1971 р., про докази в судочинстві в інших державах 1975 р., низка законів, що регулюють питання морських, залізничних, автомобільних перевезень і т. ін.

У США і Великобританії певне значення мають приватні кодифікації, складені на основі узагальнення судових прецедентів. Найвідоміша кодифікація у Англії міститься в курсі Дайсі, а в США - у складеному в 1934 р. Американським інститутом права «Зводі законів про конфлікт законів» на основі тритомного курсу Біля та у другому «Зводі законів про конфлікт законів», що вийшов у світ 1971 р.

1. ***Судова та арбітражна практика.*** Судова та арбітражна практика визнається джерелом права лише в окремих країнах. Під судовою практикою розуміється рішення судів по конкретним справам, в яких втілюються погляди суддів і які стають правовою основою при розв'язанні в майбутньому аналогічних справ. Тобто, судова практика складається з судових прецедентів, і тому логічно, що джерелом міжнародного приватного права називають правовий прецедент.

Судові прецеденти *-* це погляди судів на певне питання, зафіксовані у рішеннях суду (судові прецеденти). Сутність судового прецеденту полягає в тому, що судовому рішенню надається характер нормативного акту.

Арбітражна практика - це рішення по конкретних справах, які приймаються недержавними незалежними арбітрами (комерційним арбітражем, третейським судом) при вирішенні спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин.

Таке джерело права використовується в Англії, частково у США та в інших державах англосаксонської системи права (Австралія, Канада, ПАР, Ізраїль, Японія, Таїланд тощо).

В Україні чинне законодавство не визнає джерелом права ані рішення суду, ані судову практику. Так, Роз’яснення Пленуму вищого спеціалізованого суду, Пленуму Верховного Суду України не мають ознак джерел права, тому що вони зводяться лише до роз’яснення питань застосування законодавства при вирішенні справ. Тому прецеденти зарубіжних країн, які визнають прецедентне право в якості джерела правового регулювання, можуть розглядатися відповідно як джерела міжнародного приватного права.

Серед фахівців питання щодо місця та значення судової практики залишається дискусійним понад століття. Слід визнати, що в останні роки ця дискусія пожвавилася. Багато хто вбачає зміну ситуації і останніми роками. Ці зміни, на наш погляд, пов’язані з появою, принаймні, судових актів, які раніше не існували в України. Це, по-перше, постанови Конституційного суду України, по-друге, рішення Європейського суду з прав людини. Але й досі більшість юристів не визнає судову та арбітражну практику джерелом права. Така позиція обґрунтовується тим, що суди зобов'язані застосовувати, а не створювати норми права. Водночас все більше фахівців схиляються до визнання джерелами права судових актів того чи іншого суду.

Прецеденти як джерела права мають безліч особливостей, що ускладнюють процес їх застосування. Проте, суд, який застосовує іноземне право на підставі колізійної норми, зобов’язаний застосовувати не тільки традиційне для нього джерела, але й норми права, які закріплені в прецедентах. Деякі галузі зарубіжного права являють собою переважно прецедентними, а не статутними (засновані на законі).

Кажучи про прецеденти, слід перш за все наголосити про поділ прецедентів на обов’язкові та переконливі. До обов’язкових прецедентів відносяться рішення всіх вищестоящих судів, які не переглянуті та не змінені. Обов’язковість прецеденту є відносним поняттям – так, рішення Апеляційного Суду Великобританії буде обов’язковим для всіх нижчестоящих судів, включаючи Високий Суд, але не буде обов’язковим для Палати Лордів. Переконливі прецеденти – це судові рішення (або їх частини), які судді повинні приймати до уваги, але дотримуватися їх не зобов’язані. Таким чином, далеко не всі існуючі в рамках тієї чи іншої національної правової системи прецеденти можна розглядати в якості джерела права.

Однією основних проблем, які пов’язані із застосуванням прецеденту є встановлення його місту. За своєю формою судове рішення є різновидом протоколу, який фіксує висловлювання суддів по справі. Проте не все, що говорять судді (і те, що зафіксовано в рішенні) може розцінюватися як правова норма (прецедент).

1. ***Звичаї*** *-* це правило, яке склалося давно, систематично застосовується, хоч і не вимагає своєї фіксації у певній правовій формі. Звичаї, як правило застосовуються в торгівельній практиці (правила ІНКОТЕРМС 2010)

Звичаї застосовуються:

1. коли їх застосування обумовлено в договорі, з якого виник спір;
2. коли до звичаю відсилає норма права, яку належить застосовувати до спірних правовідносин;
3. коли застосування звичаїв засновується на положеннях міжнародних договорів, які діють у відносинах між державами, до яких належить сторони в спорі.

Від міжнародних звичаїв слід відрізняти узвичаєння (рос. обыкновения). Узвичаєння, як правило, регулюють взаємовідносини лише у тих випадках, коли сторони в якійсь формі визнали за необхідне застосовувати певне правило поведінки. Вони можуть використовуватися, наприклад, при тлумачення юридичних угод. Ці правила хоч і є виразником волі учасників правовідносин та використовується у міжнародній торгівлі, банківській справі, при морських перевезеннях, у морських портах, проте вони не є правовими нормами. Отже, узвичаєння не є джерелом міжнародного приватного права.

Правова доктрина як джерело міжнародного приватного права.

Особливістю правових систем країн загального права є можливість при обґрунтуванні своєї позиції в суді посилатися не тільки на норми закону або загального права, але й на погляди відомих юристів, чиї праці отримали широке визнання в правовій сфері. Проте далеко не всі опубліковані праці можуть бути процитовані в судах в якості джерела права.

**Доктринальні джерела** – це опубліковані праці юристів, які мають, як правило, практичну спрямованість та отримали загальне визнання. Робота може розглядатися як визнана в якості джерела права, якщо на неї роблять посилання в декількох судових рішеннях. Більш всього мова йде пор публікації, які схожі на вітчизняні коментарі до чинного законодавства, або приватних кодифікаціях прецедентного права. Роботи академічного характеру та університетські підручники судами як правило не цитуються. Так, у Великобританії джерелами міжнародного приватного права є праці Дайсі, а також Чешира та Норта, у США – приватна кодифікація прецедентів «Свод законів про конфлікт законів», в основу якого покладено трьохтомний курс Білля.

Довгий час доктрина відігравала важливу роль у тлумаченні та застосуванні норм міжнародного приватного права – внаслідок нерозвиненості правового регулювання в цій галузі судові органи при розгляді конкретних справ часто зверталися до її положень.

Так, у 1970 році зовнішньоторгова арбітражна комісія при ТПП СРСР при вирішені питання про застосування зворотньої відсилки послалася на Курс міжнародного приватного права Л. А. Лунца (том 2), а також на праці Хелла, Фалькопбріджа та Батифоля.

Підводячи **підсумок по третьому питанню** нашої лекції, необхідно зазначити, що наявність міжнародних угод та звичаїв є особливістю джерел міжнародного приватного права. Тому можна небезпідставно говорити про подвійність джерел міжнародного приватного права. Вона полягає в тому, що, з одного боку, джерелами права є міжнародні угоди та міжнародні звичаї, а з іншого — норми законодавства та судова практика окремих держав, а також звичаї, що застосовуються у сфері торгівлі та мореплавства. Така властивість джерел права завжди викликає питання щодо їх юридичної сили.

#### ВИСНОВКИ З ТЕМИ:

В століття технічного прогресу, в умовах подальшої інтеграції господарських та культурних відносин, коли дії, вчинені в межах однієї держави, можуть спричинити наслідки в інших державах, коли все більше наші організації та громадяни вступають в різні за своїм характером відносини з організаціями та громадянами інших країн, сподіваюсь, що ви переконалися, що знання питань міжнародного приватного права повинно допомогти нашим консульським установам, різним організаціям у забезпеченні належного правового захисту державного майна, прав та інтересів наших громадян, українських організацій та самої держави за кордоном.

Крім того, велике практичне значення має вивчення питань міжнародного приватного права, знання яких необхідне не тільки для працівників органів зовнішніх зв’язків, але й юристам, які працюють в різних галузях права, перш за все на підприємствах та фірмах, в організаціях та установ культури, працівникам суду, прокуратури, нотаріату та інших державних органів.