

# МОДУЛЬ №1. ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА.

## Тема 2. Джерела міжнародного приватного права.

**Мета заняття:** дослідити такі види джерел міжнародного права як внутрідержавне (національне) законодавство, міжнародні договори, міжнародно-правовий звичай, судова та арбітражна практика і міжнародно-правова доктрина. Проаналізувати напрями нормотворчості держави у сфері міжнародного приватного права. Проаналізувати динаміку підходів до регулювання приватноправових відносин з іноземним елементом в Україні. Встановити порядок та спосіб уніфікації й кодифікації норм, що регулюють приватноправових відносини а також роль і місце міжнародних установ у розвитку, уніфікації й кодифікації норм міжнародного приватного права.

**Знати:** основні національні та міжнародні джерела правового регулювання в міжнародному приватному праві, особливості джерельної бази у різних правових системах.

**Вміти:** оперувати джерельною базою національного та міжнародного законодавства з метою врегулювання міжнародних приватно правових відносин за участю іноземного елемента.

### ПЛАН

1. Внутрідержавне (національне) законодавство, як джерело міжнародного приватного права.
2. Міжнародні договори як джерело міжнародного приватного права.
3. Міжнародно-правовий звичай як джерело міжнародного приватного права.
4. Судова та арбітражна практика а також міжнародно-правова-доктрина як джерело міжнародного приватного права.

**Ключові поняття та терміни:** внутрідержавне (національне) законодавство; імплементація міжнародно-правових норм; міжнародний договір; міжнародно-правовий звичай; добра морська практика; звичай ділового обороту; узвичаєння; судова й арбітражна практика; уніфікація й кодифікації.

**1. Внутрідержавне (національне) законодавство, як джерело міжнародного приватного права.** Як національні так і закордонні науковці виділяють п'ять видів джерел міжнародного приватного права: **1.** всі системи світу визнають за джерело міжнародного приватного права внутрішнє законодавство країн; **2.** також всі системи світу визнають за джерело міжнародного приватного права звичай як внутрішньодержавний, так і міжнародний; **3.** багато країн визнають джерелом м/н договір; **4.** багато

країн визнають джерелом судову та арбітражну практику; **5.** окремі науковці до джерел відносять міжнародно-правову доктрину.

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 з внутрішнім правом, стати його складовою частиною.

Норми міжнародного приватного права знаходяться в: **а)** Цивільному кодексі України (Розділ 8), де вирішено: проблему правосуб'єктності фізичних і юридичних осіб (право - і дієздатність); питання угод, їх форми; питання деліктних зобов'язань, строку дії і форми довіреності. Також цим розділом встановлені норми про позовну давність; норми, які частково вирішують колізії права власності; норми, що регулюють спадкові правовідносини. **б)** Кодексі про шлюб та сім'ю. Розглянуті питання про: укладення і розірвання шлюбів з 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. що чоловік визнав своє батьківство); питання усиновлення дітей іноземцями, встановлення опіки чи піклування; **в)** Кодексі торгового мореплавства України; **г)** Повітряному кодексі України; **д)** Проекті Цивільного кодексу України (книга 8); **е)** Законі про правовий статус іноземців.

До джерел внутрішнього законодавства відносять і спеціальні закони такі як закон про міжнародне приватне право (такі закони були прийняті в 1988 році в Австрії, в 1979 році в Угорщині (два розділи присвячені цивільному процесу), в 1965 році в Польщі, в 1963 році в Чехії, в 1982 році в Туреччині, в 1982 році в Югославії (отримав назву Закон про вирішення колізій між нормами іноземного права, який вирішує колізії на двох рівнях: на рівні держави і на рівні адміністративно територіальних одиниць) та інші).

В Квебеці питання міжнародного приватного права регулюються Книгою 10 нового Цивільного кодексу Квебеку.

В 1994 році Естонія і Литва прийняли нові редакції цивільних кодексів, де передбачили і можливість вирішення колізій.

В Японії діє Закон "Про міжнародне приватне право" від 1990 року. в Іспанії - від 1974-го.

Такі африканські країни, як Сирія, Єгипет, Ірак, Алжир, Йемен, а також Перу і Аргентина з країн Латинської Америки доклали зусиль в галузі кодифікації, і на сьогоднішній день мають нові кодекси та закони, що регулюють питання міжнародного приватного права.

З скандинавських країн найдосконалішу систему врегулювання колізійних питань має Швеція, хоча єдиного кодифікованого акту для неї не існує. Скандинавські країни здійснили ряд спільних заходів по врегулюванню колізійних питань. Зокрема, підписавши спеціальну конвенцію, вони уніфікували норми, що регулюють шлюбно-сімейні та

спадкові відносини (була встановлена єдина форма, вироблене єдине поняття шлюбу).

В Великобританії та США єдиних кодифікацій не існує.

Національне законодавство кожної окремої держави залишається головним джерелом міжнародного приватного права. Причому відповідні норми можуть містити як власне закони, так і підзаконні акти.

Нормативно-правові акти у складі національного (внутрішнього) законодавства, що регулюють відносини за участю іноземного елемента, за змістом можна поділити на дві групи:

- **нормативно-правові акти, всі норми яких регулюють відносини, що охоплюються міжнародним приватним правом** (до цієї групи в українському законодавстві слід відносити ЗУ "Про міжнародне приватне право" від 23.06.2005 р., Закон України "Про міжнародний комерційний арбітраж" від 24.02.1994 р., Закон України "Про зовнішньоекономічну діяльність" від 16.04.1991 р., нормативно-правові акти в галузі іноземного інвестування тощо);

- **нормативно-правові акти, певна частина чи лише окремі норми яких регулюють відносини, що охоплюються міжнародним приватним правом** (до цієї групи належать Конституція України (ст. ст. 9, 26 та ін.), Закон України "Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства" від 04.02.1994 р., Сімейний кодекс України (розділ VI "Особливості усиновлення за участю іноземців та осіб без громадянства") та інші).

Таким чином в країнах світу існують наступні підходи щодо розташування норм, які входять до сфери міжнародного приватного права: **а)** у цивільних кодексах держав; **б)** у спеціальних законах про міжнародне приватне право; **в)** в окремих законах або інших нормативно-правових актах.

**2. Міжнародні договори, як джерело міжнародного приватного права.** Коли мова йде про подвійну природу джерел міжнародного приватного права, то береться до уваги, що багато норм, що входять в його систему, створюється у формі міжнародного договору, рідше – міжнародних звичаїв. Міжнародні договори відіграють значну роль в створенні норм міжнародного приватного права, зокрема уніфікованих колізійних і матеріальних норм. Проте спірним є питання про те, чи можуть міжнародні договори безпосередньо виступати джерелом міжнародного приватного права. Достатньо багато науковців вважають, що міжнародний договір стає джерелом міжнародного приватного права лише внаслідок "трансформації" його положень у внутрішнє законодавство країни.

Підставою для подібних тверджень є те, що міжнародне право і національне право – це дві відносно самостійні правові системи, які знаходяться у взаємодії, проте не підлеглі одна іншій. Міжнародний договір є результатом міжнародної правотворчості як процесу узгодження волі зацікавлених держав, і його норми регулюють міждержавні відносини шляхом встановлення прав та обов'язків учасників-держав (в нашому

випадку – одноманітно регулювати в національному законодавстві певні приватноправові відносини за участю іноземного елемента).

При цьому їх норми не можуть самі по собі регулювати відносини приватноправових суб'єктів, що підпадають під дію певного національного правопорядку. Для того щоб норми міжнародного договору набули здатність регулювати відносини з участю фізичних і юридичних осіб, вони повинні увійти до правової системи країни, набути юридичну силу національного права. Юридичний механізм даного процесу передбачається внутрішнім правом держави і переважно іменується "трансформацією міжнародно-правових норм в національно-правові".

Законом України "Про міжнародні договори України" (ст. 8) передбачено, що згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися шляхом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору. Згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися й іншим шляхом, про який домовилися сторони. Ст. 9 цього Закону визначає, які міжнародні договори України підлягають ратифікації, та встановлює саму процедуру ратифікації. Ратифікація міжнародних договорів України здійснюється шляхом прийняття закону про ратифікацію, невід'ємною частиною якого є текст міжнародного договору. На підставі підписаного та офіційно оприлюдненого Президентом України закону Голова Верховної Ради України підписує ратифікаційну грамоту, яка засвідчується підписом Міністра закордонних справ України, якщо договором передбачено обмін такими грамотами.

Згідно до ст. 9 Конституції України та відповідно до ст. 10 Цивільного кодексу України, частиною національного законодавства стають тільки "чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України".

Після трансформації норми міжнародних договорів займають особливе місце у внутрішній правовій системі учасника міжнародного договору, оскільки: **а)** поширеною є практика, коли норми міжнародних договорів, належним чином ратифікованих або схвалених, мають силу, що перевищує силу норм внутрішнього законодавства. У багатьох законодавчих актах України існує застереження на зразок: "Якщо міжнародним договором України встановлено інші правила, ніж у цьому законі, застосовуються правила міжнародного договору"; **б)** ці норми зберігають автономне положення у внутрішній правовій системі кожної держави - учасника міжнародного договору.

Автономний характер цих норм обумовлений тим, що вони виражають волю не однієї держави, а всіх держав-учасників. З цього випливає, що: **1)** такі норми не можна довільно, без згоди інших держав-учасників, змінювати; **2)** їх тлумачення та застосування повинно здійснюватися відповідно до загальноприйнятої міжнародної практики.

Згідно до положень ст. 2 Закону України "Про міжнародні договори України", *міжнародний договір України* – це укладений в письмовій формі з

іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права договір, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо).

**Класифікація** (систематизація) міжнародних договорів можна проводити за різними критеріями: а) за кількістю сторін: *двосторонні та багатосторонні договори*; б) за способом набуття чинності для нашої держави: *договори, укладені Україною, та договори СРСП, чинні для України в порядку правонаступництва*; в) за напрямом спеціалізації: *універсальні та спеціалізовані*; г) за предметом регулювання: *спеціалізовані міжнародні договори можуть стосуватись зовнішньоекономічної діяльності, шлюбно-сімейних відносин, авторських та суміжних прав, спадкування, трудових відносин та ін.*; д) за територіальною сферою дії багатосторонні договори бувають: *всесвітні та регіональні*.

**3. Міжнародно-правовий звичай як джерело міжнародного приватного права.** В цілому під правовим звичаєм прийнято розуміти правило поведінки, що фактично склалось на протязі певного часу, яке офіційно визнане (санкціоноване) державою в якості загальнообов'язкової норми права. Правовий звичай може виступати джерелом як національного, так і міжнародного права, тому їх необхідно розрізняти.

На сьогодні можливість застосування звичаїв у при здійсненні "внутрішнього" правового регулювання у національному законодавстві передбачають ст. 7 Цивільного кодексу України, ст. 11 Сімейного кодексу України та ін.

В міжнародному публічному праві під міжнародним звичаєм розуміється правило поведінки, яке склалося на практиці у міждержавних відносинах та за яким визнається юридична сила. Згідно ст. 38 "Статуту Міжнародного суду ООН", *міжнародний звичай* – доказ загальної практики, що склалась у якості правової норми. Також в якості міжнародного звичаю можуть визнаватись правила, зафіксовані в таких не правових актах, як резолюції міжнародних нарад і організацій.

Таким чином, *міжнародно-правовий звичай* - це стійке правило поведінки держав, що склалося в практиці, й за яким держави визнають юридичну силу, тобто виражають свою злагоджену волю.

Міжнародно-правовий звичай, як і міжнародний договір – це угода між державами, що покладає на них юридичні зобов'язання. Тому все, що було викладено вище про міжнародний договір, стосується і міжнародно-правового звичаю: він виступає джерелом міжнародного публічного права, а у внутрішній сфері держави його дія опосередковується національно-правовими формами. В такому порядку міжнародні звичаї визнаються в якості джерела і в міжнародному приватному праві.

*Звичаями міжнародного торгового або ділового обороту* іменують правила, які склалися у відносинах не між державами, а між фізичними і юридичними особами різних держав в підприємницькій сфері. Особливо

велике їх значення в сферах міжнародної торгівлі, міжнародного торгового мореплавства і міжнародних грошових розрахунків.

Враховуючи значну роль звичаїв міжнародного ділового обороту в регламентації міжнародних економічних зв'язків і труднощі щодо встановлення їх змісту через їхній неписаний характер, багато міжнародних організацій вивчають, узагальнюють і публікують свого роду зводи (приватні кодифікації) звичаїв з певних питань. Так, достатньо популярними є підготовлені Міжнародною торговою палатою "Міжнародні правила тлумачення (інтерпретації) торговельних термінів" (ІНКОТЕРМС), "Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів", "Уніфіковані правила по інкасо", "Уніфіковані правила стосовно договірних гарантій", підготовлені в рамках Міжнародного морського комітету "Йорк-Антверпенські правила про загальну аварію", підготовлений Міжнародним інститутом з кодифікації приватного права (УНІДРУА) "Принципи міжнародних комерційних договорів" та ін.

В цілому, в літературі висловлюються достатньо різні точки зору стосовно правової природи та юридичної сили звичаїв міжнародного торгового або ділового обороту. Одні автори розглядають їх як підвид міжнародних звичаїв, а інші – розглядають як неформальні правила (позначаючи їх при цьому терміном "узвичаєння"), що не мають юридичної сили і не можуть бути юридичними джерелами ні міжнародного публічного, ні національного права, у тому числі міжнародного приватного права.

Зокрема існує точка зору, що відокремлення міжнародного звичаю від узвичаєння слід проводити за формальною ознакою: коли узвичаєння стає настільки широко застосовним, що воно кодифікується під егідою відповідної міжнародної організації і нею офіційно публікується, то можна вважати, що воно перетворилось у міжнародний звичай.

Враховуючи розбіжності у поглядах науковців, а також відсутність чітких положень в національному законодавстві з даного питання, вважаємо обґрунтованим стверджувати, що звичаї міжнародного торгового або ділового обороту застосовуються при врегулюванні міжнародних приватноправових відносин, але мають факультативний характер – тобто застосовуються тоді, коли самі учасники відносин в договорі чи іншим чином передбачають їхнє застосування.

Що стосується українського законодавства, то в цілому воно дозволяє застосовувати звичаї міжнародного ділового обороту: право "використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі цим та іншими законами при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту)" надає ст. 6 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність"; врахування "торгових звичаїв, що стосуються даної угоди" при розгляді комерційних спорів передбачає ст. 28 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж" та ін.

Таким чином, юридично обов'язковим джерелом міжнародного приватного права є лише санкціонований державою звичай міжнародного

ділового обороту, якому держава своєю суверенною волею надає силу національного права, внаслідок чого він діє в національно-правовій формі. Якщо ж такий звичай санкціонований спільно державами у формі міжнародного договору або у формі міжнародно-правового звичаю, він буде діяти в національно-правовій сфері в такому ж порядку, як і будь-яка інша міжнародно-правова норма. В інших же випадках застосування таких звичаїв буде мати факультативний характер.

**4. Судова та арбітражна практика а також міжнародно-правова-доктрина як джерело міжнародного приватного права.** Судова та арбітражна практика традиційно виділяється науковцями в якості джерела міжнародного приватного права. При цьому переважно більшістю вітчизняних авторів одразу ж зазначається, що стосується це переважно країн "сім"ї загального права", для яких судовий прецедент виступає основним джерелом права (в першу чергу – у Великобританії, а також США, Австралії, Канаді та ін.), а не для країн, що належать до "сім"ї континентального права" (романо-германської системи права), включаючи і нашу державу.

Також вказується, що коли судова практика розглядається в якості джерела міжнародного приватного права в країнах англо-саксонської системи права, то в цьому випадку термінологічно правильно говорити не про "судову практику", а про "судовий прецедент" як джерело права – тобто конкретне рішення суду, за яким визнається державою сила закону.

В широкому розумінні термін "*судова практика*" можна тлумачити як сукупність усіх судових рішень, винесених відповідними органами за певний проміжок часу на території тієї чи іншої держави. У вузькому розумінні під судовою практикою слід розуміти лише *прецеденти* – рішення суду, яке приймалось за відсутності закону чи звичаю, на підставі такого правила, яке він встановив би, якби був законодавцем, дотримуючись при цьому традиції та судової практики.

Під "*арбітражною практикою*" в сфері міжнародного приватного права розуміють практику третейських судів – міжнародного комерційного арбітражу.

Вважається, що в нашій національній правовій системі судова практика не виступає джерелом формально-юридичного права, оскільки суди не наділені ані законодавчою владою, ані правом законодавчої ініціативи, а тому їхні рішення не створюють норм права, в тому числі норм міжнародного приватного права.

Аргументом, що свідчить про формальне визнання судового прецеденту в якості джерела правового регулювання в Україні, слід вважати положення ст. 17 Закону України "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" від 23.02.2006 року: "суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права".

При цьому для практики правового регулювання в нашій державі більше значення мають, можливо, не стільки конкретні рішення вищих

судових органів, скільки здійснені ними узагальнення щодо власне "судової практики" та роз'яснення чинного законодавства. Як приклад у сфері міжнародного приватного права: Постанова Пленуму Верховного Суду України "Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України" від 24.12.1999 р. № 12, роз'яснення президії Вищого господарського суду України "Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій" від 31.05.2002 р. № 04-5/608, правові позиції Вищого господарського суду України "Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів" від 01.01.2009 р. та ін.

При цьому практична роль судової і арбітражної практики ще більш значна в міжнародному приватному праві, що пов'язано з додатковими труднощами при застосуванні колізійних норм та іноземного права. Зокрема, при застосуванні іноземного права, до якого відсилає національна колізійна норма, виникає достатньо складне завдання щодо встановлення його змісту. Хоча суд іноземне право не знає і не зобов'язаний знати, але законодавством на нього покладено обов'язок щодо встановлення змісту іноземного права; при цьому суд зобов'язаний керуватися не тільки текстами актів іноземного законодавства, але і "практикою застосування", тобто судовою практикою.

**Міжнародно-правова доктрина.** У вітчизняному законодавстві міжнародно-правова доктрина проявляється в ч. 1 ст. 8 Закону України "Про міжнародне приватне право" згідно якої: - "при застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі".

#### **Питання для самоконтролю:**

- 1. У чому своєрідність джерел міжнародного приватного права та їх подвійний характер?*
- 2. Назвіть основні внутрішні джерела міжнародного приватного права в Україні?*
- 3. Яка роль звичаїв, як джерел у міжнародному приватному праві?*
- 4. Яка роль міжнародних договорів, як джерел у міжнародному приватному праві?*
- 5. Яка роль внутрідержавного (національного) законодавства, як джерел у міжнародному приватному праві?*
- 6. Що розуміється під термінами "колізія законів", "колізійне право", колізійна прив'язка"?*
- 7. Що розуміється під обсягом та прив'язкою колізійної норми.*