



ВИЩИЙ СПЕЦІАЛІЗОВАНИЙ СУД УКРАЇНИ З РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ І КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

вул. П. Орлика, 4-а, м. Київ, 01043

№ 24-754/0/4-13
від 16.05.2013

**Головам апеляційних
судів областей, міст Києва
та Севастополя,
Апеляційного суду
Автономної Республіки Крим**

Про практику розгляду судами
цивільних справ з іноземним елементом

01 березня 2013 року на засіданні пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ було обговорено і взято до відома інформацію про узагальнення судової практики розгляду цивільних справ з іноземним елементом.

У зв'язку із цим надсилаємо витяг із зазначеного узагальнення.

1. Визначення поняття «іноземний елемент» наведено у пункті 2 частини першої статті 1 Закону України «Про міжнародне приватне право». Іноземний елемент – 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 знаходиться на території іноземної держави;

– юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави.

2. Джерела правового регулювання участі іноземного елемента у цивільному процесі України поділяються на дві групи: національне законодавство та міжнародні договори, в яких бере участь Україна.

Загальні засади регулювання правовідносин з іноземним елементом встановлені Конституцією України, статті якої гарантують забезпечення, охорону і захист прав і свобод людини. У статті 26 Конституції України закріплено, що 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, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України.

Іноземці та особи без громадянства, які перебувають під юрисдикцією України, незалежно від законності їх перебування, мають право на визнання їх правосуб'єктності та основних прав і свобод людини (частина друга статті 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»).

Згідно зі статтею 410 ЦПК іноземці, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, іноземні держави (їх органи та посадові особи) та міжнародні організації мають право звертатися до судів України для захисту своїх прав, свобод чи інтересів.

Частиною національного законодавства України є чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (стаття 9 Конституції України).

Чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства (частина перша статті 19 Закону України «Про міжнародні договори України»).

До міжнародних угод, якими врегульовано правила міжнародного цивільного процесу, належать двосторонні та багатосторонні договори, підписані Україною, та угоди колишнього СРСР, які зберігають юридичну силу для України.

Відповідно до статті 24 Віденської конвенції про правонаступництво держав щодо договорів від 23 серпня 1978 року (ООН) двосторонній договір, що у момент правонаступництва був чинним щодо території, що є об'єктом правонаступництва держав, вважається чинним між новою незалежною державою й іншою державою-учасницею, коли: вони чітко про це домовилися; або якщо через свою поведінку вони мають вважатися такими, що про це домовилися.

Згідно зі статтею 7 Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 року Україна є правонаступником прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки.

Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору (частина друга статті 19 Закону України «Про міжнародні договори України»).

При цьому суди повинні враховувати, що суд не може застосовувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються, інакше як міжнародний договір. У той же час міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України (пункт 4 постанови Пленуму Верховного Суду України від 01 листопада 1996 року № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя»).

У разі виникнення питання про застосування міжнародних договорів, що стосуються одного і того ж питання, застосовуються положення частини третьої статті 30 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1986 року, відповідно до якої, якщо всі учасники попереднього договору є також учасниками наступного договору, але дію попереднього договору не припинено або не зупинено відповідно до статті 59, попередній договір застосовується тільки тією мірою, якою положення є сумісними з положеннями наступного договору.

Розглядаючи справи за участю іноземного елемента, судам слід з'ясувати наявність чинного між державами договору та за його наявності – порядку регулювання спірних правовідносин, що виникли.

3. Підсудність судам України цивільних справ з іноземним елементом визначається ЦПК, законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (частина перша статті 414 ЦПК).

Слід звернути увагу на те, що питання про підсудність судам України справ з іноземним елементом може визначатися і на момент відкриття провадження у справі, і у попередньому судовому засіданні.

Підсудність судам України справ з іноземним елементом визначається на момент відкриття провадження у справі, незважаючи на те що в ході провадження у справі підстави для такої підсудності відпали або змінилися, крім випадків, передбачених у статті 76 Закону України «Про міжнародне приватне право» (частина перша статті 75 Закону України «Про міжнародне приватне право»). При цьому суд відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо у суді чи іншому юрисдикційному органі іноземної держави є справа зі спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, що передбачено пунктом 3 частини другої статті 122 ЦПК.

Підсудність судам України справ з іноземним елементом визначається у попередньому засіданні відповідно до статті 76 Закону України «Про міжнародне приватне право», відповідно до якої суди можуть приймати до свого провадження і розглядати будь-які справи з іноземним елементом у таких випадках:

1) якщо сторони передбачили своєю угодою підсудність справи з іноземним елементом судам України, крім випадків, передбачених у статті 77 цього Закону;

2) якщо на території України відповідач у справі має місце проживання або місцезнаходження, або рухоме чи нерухоме майно, на яке можна накласти

стягнення, або знаходиться філія або представництво іноземної юридичної особи-відповідача;

3) у справах про відшкодування шкоди, якщо її було завдано на території України;

4) якщо у справі про сплату аліментів або про встановлення батьківства позивач має місце проживання в Україні;

5) якщо у справі про відшкодування шкоди позивач-фізична особа має місце проживання в Україні або юридична особа-відповідач – місцезнаходження в Україні;

6) якщо у справі про спадщину спадкодавець у момент смерті був громадянином України або мав в Україні останнє місце проживання;

7) дія або подія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України;

8) якщо у справі про визнання безвісно відсутнім або оголошення померлим особа мала останнє відоме місце проживання на території України;

9) якщо справа окремого провадження стосується особистого статусу або дієздатності громадянина України;

10) якщо справа проти громадянина України, який за кордоном діє як дипломатичний агент або з інших підстав має імунітет від місцевої юрисдикції, відповідно до міжнародного договору не може бути порушена за кордоном;

11) в інших випадках, визначених законом України та міжнародним договором України.

4. Визначення підсудності справ з іноземним елементом залежить від категорії спору. При вирішенні питання про підсудність справ судам України також мають враховуватися вимоги загальної, альтернативної, договірної, виключної підсудності.

Підсудність справ про обмеження цивільної дієздатності чи визнання недієздатним громадянина України, який проживає за її межами, визначається за клопотанням заявника ухвалою судді Верховного Суду України (частина друга статті 236 ЦПК).

Підсудність справ про надання повної цивільної дієздатності неповнолітній особі – громадянину України, яка досягла шістнадцятирічного віку і проживає за її межами, у випадках, встановлених ЦК, за відсутності згоди батьків (усиновлювачів) або піклувальника, визначається за клопотанням заявника ухвалою судді Верховного Суду України (частина друга статті 242 ЦПК).

Підсудність справ за заявою громадянина України, який проживає за її межами, про встановлення факту, що має юридичне значення, визначається за його клопотанням ухвалою судді Верховного Суду України (частина 2 статті 257 ЦПК).

Підсудність справ за участю громадян України, якщо обидві сторони проживають за її межами, визначається за клопотанням позивача ухвалою судді Верховного Суду України. У такому самому порядку визначається підсудність справи про розірвання шлюбу між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, які проживають за межами України (стаття 111 ЦПК).

Справи про визнання шлюбу недійсним, про розірвання шлюбу між одним з подружжя – громадянином України та другим із подружжя незалежно від його громадянства, які проживають за межами України, підсудні судам України (статті 63, 64 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Суди розглядають спори за позовами громадян України до осіб, які проживають за кордоном, за правилами альтернативної підсудності, передбаченої статтею 110 ЦПК, а також виключної підсудності, передбаченої статтею 114 ЦПК та статтею 77 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Підсудність справ про усиновлення дитини або повнолітньої особи визначається за місцем їх проживання (стаття 251 ЦПК) з урахуванням положень статті 29 ЦК щодо визначення місця проживання фізичної особи.

Підсудність справ, які виникають із трудових правовідносин, визначається відповідно до статті 110 ЦПК, статті 8 КЗпП, статті 53 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Вирішуючи питання про підсудність цивільних справ з іноземним елементом, судам слід враховувати не тільки норми внутрішньодержавного права, але й колізійні норми, які містяться в конвенціях і двосторонніх договорах України та інших держав про правову допомогу.

Відповідно до частини другої статті 2 ЦПК правила про підсудність, передбачені в міжнародних договорах, мають пріоритет перед нормами внутрішнього права. Норми права про розмежування підсудності містяться переважно у двосторонніх договорах про правові відносини і правову допомогу у цивільних справах.

Також у міжнародних договорах про правову допомогу містяться спеціальні норми про підсудність окремих категорій справ, де передбачається застосування комбінованих критеріїв: громадянства, місця проживання сторін, місцезнаходження майна.

Правила про визначення міжнародної підсудності за законодавством України застосовуються, якщо міжнародним договором не встановлено інші правила.

5. Справи з іноземним елементом підсудні судам України у разі застосування сторонами договірної підсудності. Домовленість сторін щодо підсудності має бути досягнута у письмовій формі.

Якщо сторони передбачили своєю угодою підсудність справи судам України, спір підлягає вирішенню в судах загальної юрисдикції України (пункт 1 частини першої статті 76 Закону України «Про міжнародне приватне право») з урахуванням вимог глави 1 розділу III та статті 414 ЦПК. Водночас підсудність справ з іноземним елементом, установлена статтею 77 Закону України «Про міжнародне приватне право», не може бути змінена угодою сторін.

Відкриваючи провадження у справі, суд має з'ясувати, чи була досягнута договірна підсудність між сторонами.

6. У справах з іноземним елементом щодо приватноправових відносин, одним із учасників яких є іноземні держави, акредитовані в Україні дипломатичні представники іноземних держав та в інших випадках, передбачених законами України і міжнародними договорами України, застосовується судовий імунітет.

Пред'явлення позову до іноземної держави, залучення іноземної держави до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладення арешту на майно, яке належить іноземній державі та знаходиться на території України, застосування щодо такого майна інших засобів забезпечення позову і звернення стягнення на таке майно можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом України (частина перша статті 79 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Акредитовані в Україні дипломатичні представники іноземних держав та інші особи, зазначені у відповідних законах України і міжнародних договорах України, підлягають юрисдикції судів України лише в межах, що визначаються принципами та нормами міжнародного права або міжнародними договорами України (частина друга статті 79 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Міжнародні організації підлягають юрисдикції судів України у межах, визначених міжнародними договорами України або законами України (частина третя статті 79 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Основними договірними актами в цій сфері є Віденська конвенція про дипломатичні зносини 1961 року, Віденська конвенція про консульські зносини 1963 року, Конвенція про спеціальні місії 1969 року, Віденська конвенція про представництво держав у їх відносинах з міжнародними організаціями універсального характеру 1975 року.

7. Іноземці, особи без громадянства, іноземні юридичні особи мають такий же процесуальний статус в цивільному процесі, як і громадяни України.

Кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом (стаття 8 Загальної декларації прав людини).

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 (частина перша статті 26 Конституції України).

На підставі статті 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

У Рішенні Конституційного Суду України від 25 грудня 1997 року № 9-зп роз'яснено, що частину першу статті 55 Конституції України треба розуміти так, що кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку. Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші обмеження прав та свобод.

Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі статтею 64 Конституції України не може бути обмежене.

Згідно зі статтею 1 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» іноземець – особа, яка не перебуває у громадянстві України і є громадянином (підданим) іншої держави або держав. Особа без громадянства – особа, яку жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином.

Біженці також визнаються суб'єктами цивільного процесуального права України. Відповідно до статті 1 Закону України «Про біженців» біженець – особа, яка не є громадянином України і внаслідок цілком 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 внаслідок таких побоювань, або, не маючи громадянства (підданства) і перебуваючи за межами країни свого попереднього постійного проживання, не може чи не бажає повернутися до неї внаслідок зазначених побоювань.

У статті 19 Закону України «Про біженців» визначено, що особи, яким надано статус біженця в Україні, є іноземцями чи особами без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах. Такі особи користуються тими ж правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Також відповідно до частини другої статті 16 Конвенції про статус біженців на території Договірної Держави, в якій знаходиться його звичайне місце проживання, кожний біженець користуватиметься щодо права звернення до суду таким самим правом, що й громадяни, зокрема з питань юридичної допомоги та звільнення від забезпечення сплати судових витрат (*cautio judicatum solvi*).

Передумовою участі іноземців, осіб без громадянства і юридичних осіб у цивільних процесуальних правовідносинах є процесуальна правосуб'єктність. Оскільки цивільне процесуальне законодавство України не містить визначення цивільної процесуальної правоздатності та дієздатності громадян і юридичних осіб, треба виходити з положення, що цивільна процесуальна правосуб'єктність зазначених осіб визначається відповідно до статей 28 і 29 ЦПК.

Обсяг цивільних процесуальних прав та обов'язків визначається статтями 27, 31 ЦПК. До цивільних процесуальних прав належить, зокрема, право на доступ до суду і засобів судового захисту, а також право на справедливий публічний розгляд у суді.

Згідно зі статтею 74 Закону України «Про міжнародне приватне право» процесуальна правоздатність і дієздатність іноземних осіб в Україні визначаються відповідно до права України.

Відповідно до частини другої статті 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» іноземці та особи без громадянства, які перебувають під юрисдикцією України, незалежно від законності їх перебування, мають право на визнання їх правосуб'єктності та основних прав і свобод людини.

На підставі положень статті 38 ЦПК іноземні особи можуть брати участь у цивільній справі особисто або через свого представника. Особиста участь у справі не позбавляє її права мати в цій справі представника. Коло осіб, які можуть бути представниками, визначено у статті 40 ЦПК, тоді як стаття 41 цього ж Кодексу виділяє осіб, які не можуть бути представниками.

Документи, що посвідчують повноваження представників, мають відповідати положенням статті 42 ЦПК. У справах за участю іноземного елемента документи, що посвідчують повноваження представників на представництво таких осіб та видані уповноваженими органами іноземної держави у встановленій формі, визнаються дійсними в Україні в разі їх легалізації, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України, однак суди не завжди належним чином з'ясовують ці питання під час розгляду справи.

Документи, складені за участю органів державної влади та місцевого самоврядування або такі, що від них виходять, може бути використано на території іншої держави лише після відповідного їх посвідчення, якщо інше не передбачено міжнародними договорами.

На сьогодні найбільш поширеним способом оформлення документів для їх можливого використання за кордоном є проставлення апостиля, запровадженого Гаазькою Конвенцією, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів 1961 року, до якої приєдналися більше ніж 90 країн (Австрія, Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії, Данія, Італія, Іспанія, Греція, Німеччина, Португалія, Південна Корея, США, Франція, Швейцарія, Швеція та інші).

Апостиль – це спеціальний штамп, який проставляється на офіційних документах, що надходять від держав – учасниць зазначеної Конвенції. Він засвідчує справжність підпису особи під документом і автентичність відбитку печатки або штампа, якими скріплено відповідний документ.

Відповідно до статей 2, 3 зазначеної Конвенції кожна з Договірних держав звільняє від легалізації документи, на які поширюється ця Конвенція і які мають бути представлені на її території. Єдиною формальною процедурою, яка може вимагатися для посвідчення автентичності підпису, якості, в якій виступала особа, що підписала документ, та, у відповідному випадку, автентичності відбитку печатки або штампа, якими скріплений документ, є проставлення апостиля компетентним органом держави, в якій документ був складений.

Згідно з положеннями вказаної Конвенції документ, на якому проставлено апостиль, не потребує жодного додаткового оформлення чи засвідчення і може бути використаний в будь-якій іншій державі-учасниці цієї Конвенції.

Гаазька Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів 1961 року, згода на обов'язковість якої надана Законом України від 10 січня 2002 року «Про приєднання України до Конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів», набула чинності між Україною і державами-учасницями Конвенції, що не висловили заперечень проти її приєднання, з 22 грудня 2003 року. Наприклад, Федеративна Республіка Німеччина висловила заперечення проти приєднання України до зазначеної

Конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів. У зв'язку із цим згідно зі статтею 12 цієї Конвенції на території України суди не приймають документи, завірені апостилом, що виконані в цій країні, тому продовжує застосовуватись вимога дотримання процедури консульської легалізації.

Україна є учасницею окремих міжнародних договорів, якими скасовано будь-яке додаткове засвідчення офіційних документів, що подаються до установ держав-учасниць такого договору.

На сьогодні діють договори про правову допомогу між Україною та Республікою Білорусь, Азербайджанською Республікою, Республікою Узбекистан, Російською Федерацією, Республікою Казахстан, Республікою Таджикистан, Республікою Вірменія, Киргизькою Республікою, Республікою Молдова, Грузією, Туркменістаном, Литвою, Естонією, Латвією, Чехією, Угорщиною, Польщею, Монголією, В'єтнамом, Македонією, Іраном, Болгарією, Кубою, КНР тощо.

Під дійсністю документів у згаданих договорах передбачається наступне: документи, складені або засвідчені відповідною установою однієї з Договірних Сторін, скріплені печаткою та засвідчені підписом компетентної особи, мають силу документа на території другої договірної сторони без будь-якого іншого засвідчення. Це стосується також копій та перекладів, засвідчених відповідним органом. Документи, що на території однієї з договірних сторін визнаються офіційними, вважаються такими ж і на території другої договірної сторони.

Відповідно до частини першої статті 410 ЦПК учасниками цивільного процесу також можуть бути іноземні юридичні особи.

Суди мають розрізняти такі поняття, як «іноземна юридична особа» та «іноземне підприємство».

Згідно зі статтею 117 Господарського кодексу України (ГК) іноземним підприємством є 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. Таке підприємство є суб'єктом господарювання України.

Закон обмежує створення іноземних підприємств у галузях, визначених законом, що мають стратегічне значення для безпеки держави.

Умови і порядок створення, вимоги до організації та діяльності іноземних підприємств визначено цим Кодексом, законом про режим іноземного інвестування, іншими законами.

У згаданому Кодексі зазначається, що діяльність філій, представництв та інших відокремлених підрозділів підприємств, утворених за законодавством інших держав, здійснюється на території України відповідно до законодавства України, тобто на них теж поширюється національний режим правового регулювання.

Іноземні юридичні особи – це такі юридичні особи, які засновані і зареєстровані за межами України у порядку, встановленому законодавством іншої країни. Процесуальна правосуб'єктність іноземних юридичних осіб визначається правом держави, в якій її засновано.

Відповідно до статті 26 Закону України «Про міжнародне приватне право» цивільна правоздатність та дієздатність юридичної особи визначається особистим законом юридичної особи.

За статтею 25 цього ж Закону особистим законом юридичної особи вважається право держави місцезнаходження юридичної особи, де місцезнаходженням юридичної особи є держава, у якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави. За відсутності таких умов або якщо їх неможливо встановити, застосовується право держави, у якій знаходиться виконавчий орган управління юридичної особи.

Особистим законом іноземної організації згідно зі статтею 27 Закону України «Про міжнародне приватне право», яка не є юридичною особою відповідно до права держави, у якій така організація створена, вважається право цієї держави. Якщо така організація діє на території України, до її діяльності

застосовується законодавство України, яке регулює діяльність юридичних осіб, якщо інше не впливає з вимог законодавства чи суті правовідносин.

Правовий статус іноземного суб'єкта господарювання підтверджується, як правило, випискою з торговельного (банківського, судового) реєстру країни, де такий суб'єкт господарювання є офіційно зареєстрованим. Правовий статус іноземних суб'єктів господарювання може також підтверджуватись еквівалентними доказами правового статусу, що визнаються як такі законодавством країни створення, громадянства або місця знаходження такого суб'єкта і видані компетентними органами цієї країни. Такий документ повинен бути легалізований з особливостями, визначеними Гаазькою Конвенцією, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів 1961 року.

Згідно із роз'ясненням президії Вищого господарського суду України від 31 травня 2001 року № 04-5/608 «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» правовідносини, пов'язані з усіма видами зовнішньоекономічної діяльності в Україні, регулюються положеннями Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», а питання, що виникають у сфері приватноправових відносин з іноземним елементом (хоча б один учасник правовідносин є іноземцем, особою без громадянства або іноземною особою; об'єкт правовідносин знаходиться на території іноземної держави; юридичний факт, який впливає на виникнення, зміну або припинення правовідносин, мав чи має місце на території іноземної держави), у тому числі й питання підсудності судам України справ за участю іноземного елемента, вирішуються згідно із Законом України «Про міжнародне приватне право».

Відповідно до частини першої статті 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. У випадку обрання сторонами права, що підлягає застосуванню до змісту правовідносин, суд застосовує це право у вирішенні спору. При цьому за приписами частин третьою та четвертою статті 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» вибір права може

бути здійснений щодо угоди (правочину) в цілому або її окремої частини. Вибір права щодо окремих частин угоди повинен бути явно вираженим.

Суд приймає документи, складені мовами іноземних держав, за умови супроводження їх нотаріально засвідченим перекладом українською мовою.

Відповідно до статті 7 ЦПК цивільне судочинство здійснюється державною мовою. Згідно зі статтею 18 Закону Української Радянської Соціалістичної Республіки «Про мови в Українській РСР» судочинство в Українській РСР здійснюється українською мовою. При розгляді в судах кримінальних і цивільних справ особам, які беруть участь у справі і не володіють мовою судочинства, забезпечується право ознайомлення з матеріалами справи, участь у судових діях через перекладача, право виступати в суді рідною мовою.

Згідно з частиною третьою статті 55 Конституції України кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

8. Судовий імунітет поширюється також на акредитовані в Україні дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав, їх службових осіб. Дипломатичний і консульський імунітети регулюються національним законодавством і міжнародними конвенціями: Віденською конвенцією про дипломатичні зносини 1961 року, Віденською конвенцією про консульські зносини і факультативними протоколами 1963 року. На відміну від іноземних держав вони підлягають юрисдикції судів України лише в межах, визначених принципами та нормами міжнародного права або міжнародними договорами відповідної держави.

У Віденській конвенції 1961 року дипломатичні імунітети і привілеї поділяються на імунітети і привілеї дипломатичного представництва та особисті імунітети і привілеї членів дипломатичного персоналу та їх сімей.

Належність осіб до дипломатичних представництв та консульських установ іноземних держав в Україні, які користуються імунітетом від цивільної юрисдикції судів нашої держави, посвідчується документом, що видається Міністерством закордонних справ України.

Згідно з частиною другою статті 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» акредитовані в Україні дипломатичні представники іноземних держав та інші особи, зазначені у відповідних законах України і міжнародних договорах України, підлягають юрисдикції судів України лише в межах, що визначаються принципами та нормами міжнародного права або міжнародними договорами України.

Частиною другою статті 73 цього ж Закону визначено, що міжнародними договорами України та законами України можуть бути встановлені особливості участі у процесі дипломатичних агентів, персоналу міжнародних організацій та інших осіб.

Правовий статус таких осіб визначено в Положенні про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні, затвердженому Указом Президента України від 10 червня 1993 року № 198/93.

Разом із тим, необхідно зауважити, що правило судового імунітету не поширюється на можливість пред'явлення позову до держави у національний суд цієї держави. Отже, судовий імунітет полягає у невідсудності іноземних держав суду інших держав.

Зазначений імунітет поширюється на представників іноземних держав, членів парламентських та урядових делегацій, які прибувають в Україну для участі в міждержавних переговорах, міжнародних конференціях і нарадах або з іншими офіційними дорученнями, а також на членів їх сімей, які їх супроводжують і не є громадянами України. Україною надається також імунітет від юрисдикції судів України в цивільних справах міжнародним, міждержавним організаціям, представництвам іноземних держав при цих організаціях, а також їх посадовим особам, який визначається відповідними міжнародними договорами, в яких бере участь Україна.

При розгляді цивільних справ за участю дипломатичних представництв чи консульств слід враховувати, що відповідно до Віденської конвенції 1961 року у визначених випадках вказана Конвенція прямо передбачає можливість поширення юрисдикції приймаючої держави на дипломатичних агентів акредитуючої держави, тобто спроможність органів правосуддя приймати до розгляду справи за позовом дипломатичних агентів акредитуючої держави. Відповідно до статті 31 Віденської конвенції про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 року дипломатичний агент користується імунітетом від кримінальної юрисдикції держави перебування. Він користується також імунітетом від цивільної та адміністративної юрисдикції, крім випадків:

а) речових позовів, які стосуються приватного нерухомого майна, що знаходиться на території держави перебування, якщо тільки він не володіє ним від імені акредитуючої держави для цілей представництва;

б) позовів, що стосуються спадкування, стосовно яких дипломатичний агент виступає в якості виконавця заповіту, піклувальника над спадковим майном, спадкоємця як приватна особа, а не від імені акредитуючої держави;

с) позовів, що відносяться до будь-якої професійної або комерційної діяльності, яка здійснюється дипломатичним агентом в державі перебування за межами своїх офіційних функцій.

При цьому необхідно зважати на те, що використання нерухомого майна в якості житла дипломатичного агента та членів його сім'ї не є використанням такого майна «для цілей представництва» у розумінні статті 31 Віденської конвенції 1961 року.

Це впливає з того, що у статті 1 Віденської конвенції 1961 року визначено: що приміщенням представництва вважаються будівлі або частини будівель, які використовуються для цілей представництва, включаючи резиденцію глави представництва, незалежно від того, хто є їх власником, включаючи прилеглу земельну територію.

Отже, для правильного вирішення справи суди мали з'ясувати, використовується вказана будівля, яка була предметом договору оренди, для цілей представництва як резиденція глави представництва чи для інших цілей.

Відповідно до Положення про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні, затвердженого Указом Президента від 10 червня 1993 року № 198/93, Україна гарантує додержання положень Віденської конвенції від 18 квітня 1961 року про дипломатичні зносини та Віденської конвенції від 24 квітня 1963 року про консульські відносини.

Пред'явлення позову до іноземної держави, забезпечення позову і звернення стягнення на майно іноземної держави, яке знаходиться в Україні, можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави (стаття 32 Віденської Конвенції 1961 року).

Пред'явлення позову до іноземної держави, залучення іноземної держави до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладення арешту на майно, яке належить іноземній державі та знаходиться на території України, застосування щодо такого майна інших засобів забезпечення позову і звернення стягнення на таке майно можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом України (частина перша статті 79 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Питання про те, який орган іноземної держави компетентний надати таку згоду, вирішується законодавством відповідної іноземної держави. В Україні питання надання такої згоди урегульовано Указом Президента України від 25 червня 2002 року № 581, яким затверджено Порядок здійснення захисту прав та інтересів під час урегулювання спорів, розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України.

Прийнявши позовну заяву, суддя відповідно до вимог статті 130 ЦПК на стадії підготовки справи до судового розгляду має з'ясувати, чи є згода дипломатичного представництва, як компетентного органу держави, на розгляд

спору в судах України. Вирішуючи питання про відкриття провадження у справі, необхідно першочергово підготувати відповідний запит та отримати офіційну інформацію щодо того, чи існує згода компетентних органів відповідної держави на розгляд справи у судах України, оскільки це впливає на зміст подальших процесуальних дій. У разі, якщо такої згоди не отримано, то посольство не може набувати процесуального статусу відповідача у цивільному процесі. Надсилання судових викликів до посольств іноземних держав в Україні має здійснюватись виключно через Міністерство закордонних справ України (МЗС).

Згідно з підпунктом 61 пункту 4 Положення про Міністерство закордонних справ України, затвердженого Указом Президента України від 06 квітня 2011 року за № 381/2011, МЗС відповідно до покладених на нього завдань здійснює нагляд за наданням іноземним дипломатичним представництвам, їх персоналу та членам сімей персоналу привілеїв та імунітетів, передбачених чинним законодавством та міжнародними договорами України, а також контроль за привілеями, що надаються закордонним дипломатичним установам України, їх персоналу та членам сімей персоналу з урахуванням принципу взаємності. Отже, при розгляді таких спорів відносно дипломатичних представництв чи консульських установ іноземних держав необхідно притягувати як третю особу, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, МЗС.

Відповідно до статті 32 зазначеної Конвенції порушення справи дипломатичним агентом чи особою, що користується імунітетом від юрисдикції згідно зі статтею 37, позбавляє його права посилатися на імунітет від юрисдикції стосовно зустрічних позовів, безпосередньо пов'язаних з основним позовом. Проте відмова від імунітету від юрисдикції щодо цивільної чи адміністративної справи не означає відмову від імунітету щодо виконання рішення, для чого потрібна окрема відмова.

Член сім'ї дипломата, який є громадянином держави перебування, не користується дипломатичними імунітетами і привілеями.

Члени адміністративно-технічного персоналу, якщо вони не є громадянами держави перебування або не проживають в ньому постійно, користуються разом з членами сім'ї, які проживають з ними, імунітетом від цивільної юрисдикції тільки щодо дій, здійснених при виконанні службових обов'язків. За таких же умов користуються імунітетом члени обслуговуючого персоналу та члени їх сімей.

Статтею 43 Віденської конвенції про консульські зносини і факультативні протоколи 1963 року передбачено судовий імунітет стосовно консульських посадових осіб і консульських службовців, що не підлягають юрисдикції судових чи адміністративних органів держави перебування, щодо дій, вчинених ними при виконанні консульських функцій, за винятком цивільного позову:

– що витікає з угоди, укладеної консульською посадовою особою чи консульським службовцем, в якій вони прямо чи побічно не взяли на себе зобов'язання в якості агента держави, що представляється;

– третьої сторони за шкоду, заподіяну нещасним випадком в державі перебування, викликаною дорожньо-транспортним засобом, морським чи повітряним судном.

Імунітет від цивільної юрисдикції судів України надається іноземній державі, дипломатичним представникам, консульським посадовим особам, іншим особам за принципом взаємності.

Процесуальна правосуб'єктність міжнародної організації визначається на основі міжнародного договору, відповідно до якого її створено, установчих документів або угоди з компетентним органом України. Міжнародні організації підлягають юрисдикції судів України у цивільних справах в межах, визначених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, або законами України.

9. Встановлення і застосування змісту іноземного права – це правозастосовний процес, який здійснюється судом на підставі та в межах національного права згідно із загальновизнаними принципами міжнародного

права, такими, як: суверенна рівність держав, самовизначення, невтручання у внутрішні справи.

Розгляд цивільних справ з іноземним елементом здійснюється за «законом суду», тобто юридичною підставою застосування іноземного права на території України є норми ЦПК, Закон України «Про міжнародне приватне право» тощо.

Норми права інших держав суд застосовує у разі, коли це встановлено законом України чи міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (частина шоста статті 8 ЦПК).

Застосування права іноземної держави охоплює всі його норми, які регулюють відповідні правовідносини. Застосування норми права іноземної держави не може бути обмежене лише на тій підставі, що ця норма належить до публічного права (стаття 6 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Оскільки суд зобов'язаний застосовувати норми іноземного права, то встановлення ним іноземного права здійснюється *ex officio*, суд використовує наступні способи здобуття інформації про іноземне право: 1) власне з'ясування змісту іноземного права суддею, у провадженні якого є справа; 2) використання експертних висновків; 3) дипломатичний порядок отримання такої інформації; 4) офіційний запит через Міністерство юстиції; 5) отримання довідок через систему правової допомоги; 6) обмін правовою інформацією; 7) безпосередні зносини судів різних держав та з іншими компетентними органами; 8) встановлення іноземного права сторонами тощо.

Зокрема, аналіз змісту консульських функцій відповідно до статті 5 Віденської конвенції про консульські зносини 1963 року свідчить, що консульські установи можуть надавати інформацію про іноземне право судам держави перебування. Тому якщо суду необхідно з'ясувати дані про право певної країни, він може звернутися до консульської установи іноземної держави, консульський округ якої охоплює територію юрисдикції суду. У тому випадку, якщо консульська установа відповідної держави на території країни відсутня, суд може звернутись до дипломатичного представництва. Окрім того,

суди України можуть звертатися до української дипломатичної чи консульської установи за кордоном або до МЗС з метою з'ясування змісту іноземного права.

Дієвими є механізми обміну правовою інформацією, що передбачені двосторонніми договорами про правову допомогу, укладеними між Україною та іншими країнами. Як правило, вони містять положення про взаємне надання правової допомоги та органи, що її здійснюють. За загальним правилом клопотання про правову допомогу мають надсилатися через органи юстиції.

Перелік чинних двосторонніх та багатосторонніх міжнародних договорів у сфері міжнародно-правового співробітництва розміщений на сайті Міністерства юстиції України та на веб-порталі Верховної Ради України.

Суд, застосовуючи норми іноземного права, визначає дію цих норм у часі та просторі.

Згідно зі статтею 7 Закону України «Про міжнародне приватне право» при визначенні права, що підлягає застосуванню, суд чи інший орган керується тлумаченням норм і понять відповідно до права України, якщо інше не передбачено законом. Якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі праву України або відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення правом України, то при їх правовій кваліфікації також враховується право іноземної держави.

Установлення змісту норми права іноземної держави регламентується статтею 8 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Для правильного визначення фактів, які необхідно встановити для вирішення спору за участю іноземної особи, судам необхідно з'ясувати право якої країни повинно застосовуватися. 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. З метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може звернутися в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном або залучити експертів.

Суд може застосовувати не тільки іноземні закони, але й звичаї та судову практику в тих межах, в яких останні визнаються джерелами права у відповідних державах. Звичаї у сфері цивільно-правових відносин у ряді випадків тлумачаться міжнародними організаціями. Прикладом можуть бути розроблені Міжнародною торговою палатою Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів, Уніфіковані правила по інкасо, Офіційні правила тлумачення торговельних термінів «Інкотермс».

Зміст права може встановлюватися не тільки судом, але й сторонами, які зацікавлені в застосуванні даного права. Особи, які беруть участь у справі, мають право подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм.

Якщо зміст норм права іншої держави, незважаючи на вжиті з цією метою заходи, в розумні строки не з'ясовано, суд застосовує відповідні норми законів та інших нормативно-правових актів України.

10. Вирішуючи питання про докази у справах з іноземним елементом, суд має враховувати принцип змагальності сторін (стаття 10 ЦПК) та обов'язок доказування (стаття 60 ЦПК).

Кожна зі сторін, у тому числі й іноземні особи, повинні довести ті обставини, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень. Докази подаються сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі.

Доказами згідно зі статтею 57 ЦПК є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи.

У справах з іноземним елементом можуть бути використані як докази будь-які фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інші обставини, що мають значення для правильного

вирішення справи. Ці дані встановлюються визначеними у частині другій статті 57 ЦПК засобами та регулюються Конвенцією про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах (Гаага, 1965) і Конвенцією про отримання за кордоном доказів у цивільних та торгових справах (Гаага, 1970).

У процесі вирішення судами України цивільних справ з іноземним елементом важливе значення має застосування доказаного права іноземної держави особливо тоді, коли зміст і форма правовідносин підпорядковані іноземному закону.

У сучасній правовій системі це питання вирішується досить складно і неоднозначно. Докази подаються сторонами та іншими особами які беруть участь у справі, а при наявності труднощів суд за їх клопотанням сприяє у витребуванні таких доказів.

Положення статті 59 ЦПК, де зазначено, що обставини справи, які за законом мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися жодними іншими засобами доказування, поширюється й на доказову діяльність у цивільних справах з іноземним елементом.

На стадії підготовки справи за участю іноземного елемента до судового розгляду суддя вирішує питання про належність поданих сторонами доказів, допустимість засобів доказування, і, якщо потрібно, вирішує клопотання сторін про витребування доказів, зокрема й на території іншої держави.

Документи адміністративних і юридичних органів іноземних держав набувають сили письмових доказів за умови їх легалізації (засвідчення) консульськими посадовими особами або проставлення апостиля. Однак стосовно кожної окремо взятої країни можлива специфіка вказаної діяльності і при цьому слід звертати увагу на зміст міждержавних угод.

Консульська легалізація полягає в установленні і засвідченні справжності підпису, повноважень посадової особи, яка підписала документ чи акт або засвідчила попередній підпис на них, справжності відбитків штампа, печатки, зразки яких отримано консулом офіційним шляхом від компетентних органів

держави перебування (частина третя статті 54 Консульського статуту України). Такий порядок визначено в Інструкції про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні і за кордоном, затвердженій наказом Міністерства закордонних справ України від 04 червня 2002 року № 113.

Конвенцію, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів 1961 року, застосовують у відносинах з державами, які не висловили заперечень проти приєднання України до Конвенції.

Кожна із Договірних держав звільняє від легалізації документи, на які поширюється зазначена Конвенція і які мають бути представлені на її території. Єдиною формальною процедурою, яка може вимагатися для посвідчення автентичності підпису, якості, в якій виступала особа, що підписала документ, та у відповідному випадку автентичності відбитку печатки або штампу, якими скріплений документ, є проставлення апостиля компетентним органом держави, в якій документ був складений.

Розглянуті правила про дійсність документів діють, якщо інше не передбачено договорами про правову допомогу за участю України.

У разі коли письмові докази подаються до суду іноземною мовою, додається їх засвідчений у встановленому порядку переклад українською мовою на підставі статті 7 ЦПК та положень договорів про правову допомогу щодо мови документів.

У разі нотаріального посвідчення перекладу нотаріус засвідчує лише оригінальність підпису перекладача, який стоїть під документом, а не відповідність перекладу оригіналові. Тому якщо у суду чи учасника судового процесу виникнуть сумніви щодо автентичності перекладу документа, суд може призначити судову експертизу і доручити її проведення компетентному спеціалісту-перекладачу згідно з вимогами статті 143 ЦПК.

11. Суди розглядають справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із сімейних відносин, враховуючи, що сімейні правовідносини з іноземним елементом пов'язані одразу з двома, а іноді й більше державами, і, відповідно, з двома або кількома

правовими система, які часто по-різному врегульовують питання шлюбу і сім'ї (встановлення шлюбного віку, умов вступу в шлюб, підстав та допустимості розірвання шлюбу, визначення належності і поділу майна подружжя, порядку стягнення аліментів на дитину та одного з подружжя тощо).

Розглядаючи справи про розірвання шлюбу, про визнання шлюбу недійсним, суду слід брати до уваги наступне.

Право на шлюб визначається особистим законом кожної з осіб, які подали заяву про укладення шлюбу (стаття 55 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Особистим законом фізичної особи вважається право держави, громадянином якої він є (стаття 16 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Форма і порядок укладення шлюбу в Україні між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, а також між іноземцями або особами без громадянства визначаються правом України (стаття 56 Закону України «Про міжнародне приватне право»), тобто у такому випадку застосовуються вимоги Сімейного кодексу України (СК).

Державна реєстрація шлюбу з іноземцем та особою без громадянства в Україні здійснюється відповідно до СК, з дотриманням вимог щодо законності перебування іноземця та особи без громадянства на території України, підтвердження його сімейного стану та ін.

Дійсність шлюбу між громадянином України та іноземцем, шлюбу між громадянином України та особою без громадянства, укладених за межами України, визначається відповідно до статті 58 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Правові наслідки шлюбу з іноземним елементом визначаються статтею 60 Закону України «Про міжнародне приватне право». Правові наслідки шлюбу визначаються спільним особистим законом подружжя, тобто правом тієї держави, громадянами якої вони є одночасно, а за його відсутності – правом держави, у якій подружжя мало останнє спільне місце проживання, за умови, що хоча б один з подружжя все ще має місце проживання у цій державі.

Наприклад, якщо подружжя, що є громадянами різних держав, спільно проживали на території України і на час розірвання шлюбу хоча б один з них продовжує проживати на її території, то розірвання шлюбу здійснюється за законодавством України. У випадку відсутності такої ситуації – правові наслідки шлюбу визначаються правом, з яким обидва з подружжя мають найбільш тісний зв'язок іншим чином.

Спільним особистим законом подружжя, які є громадянами України, незалежно від місця їхнього постійного проживання є право України, а тому розірвання шлюбу між ними здійснюється за законодавством України.

Подружжя, яке не має спільного особистого закону, може обрати право, що буде застосовуватися до правових наслідків шлюбу, якщо подружжя не має спільного місця проживання або якщо особистий закон жодного з них не збігається з правом держави їхнього спільного місця проживання. У такому випадку вибір права обмежений лише правом особистого закону одного з подружжя без застосування частини другої статті 16 Закону України «Про міжнародне приватне право». Угода про вибір права припиняється, якщо особистий закон подружжя стає спільним (частини друга, третя статті 60 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Припинення шлюбу та правові наслідки його припинення визначаються правом, яке діє на цей час щодо правових наслідків шлюбу (стаття 63 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Відповідно до статей 109–110 СК розірвання шлюбу за рішенням суду можливе як за спільною заявою подружжя, так і за заявою одного з подружжя.

Вирішення питання про поділ майна подружжя з іноземним елементом здійснюється відповідно до частини першої статті 61 Закону України «Про міжнародне приватне право», згідно з якою подружжя може обрати для регулювання майнових наслідків шлюбу право особистого закону одного з подружжя або право держави, у якій один з них має звичайне місце перебування, або, стосовно до нерухомого майна, право держави, у якій це майно знаходиться.

12. При вирішенні справ про визначення місця проживання дитини слід керуватися статтею 66 Закону України «Про міжнародне приватне право».

При розгляді спорів про визначення місця проживання дитини за участю іноземців судам слід керуватися «законом суду», тобто у визначенні підсудності може застосовуватися загальна територіальна, альтернативна, виключна та договірна підсудність.

Вирішуючи питання про підсудність справ про позбавлення батьківських прав іноземних громадян, які незаконно перебувають на території України, щодо дитини, яка народилася на території України, слід керуватися Законом України «Про громадянство».

13. Вирішуючи питання про визначення місця проживання дитини, слід керуватися положеннями Конвенції ООН про права дитини від 20 листопада 1989 року, ратифікованої Постановою Верховною Радою УРСР від 27 лютого 1991 року № 789-XII, Конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей від 19 жовтня 1996 року, до якої Україна приєдналась із заявами та застереженнями відповідно до Закону України від 14 вересня 2006 року № 136-V, Конвенції про контакт з дітьми від 15 травня 2003 року, ратифікованої Законом від 20 вересня 2006 року № 166-V, Конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 25 жовтня 1980 року, до якої Україна приєдналась із заявою відповідно до Закону України від 11 січня 2006 року № 3303-IV, Європейської конвенції про визнання та виконання рішень стосовно опіки над дітьми та про поновлення опіки над дітьми від 20 травня 1980 року, ратифікованої із заявами та застереженнями Законом від 06 березня 2008 року № 135-VI, а також міждержавними договорами України та остаточними рішеннями Європейського суду з прав людини.

При розгляді справи про визначення місця проживання дитини між іноземцем та громадянином України у випадку, коли дитина проживає

на території України, суд залучає третьою особою орган опіки і піклування за місцем проживання дитини (стаття 17, пункти 4–6 статті 19 СК).

14. Усиновлення в Україні здійснюється в судовому порядку (стаття 207 СК). Правове регулювання усиновлення дітей, обтяженого іноземним елементом, відрізняється від усиновлення за участю усиновлювачів та усиновлених – громадян України. Усиновлення іноземними громадянами дитини – громадянина України можливе лише після вичерпання національних можливостей її влаштування в сім'ю (частина третя статті 283 СК).

Іноземний елемент у зазначених правовідносинах означає, що усиновленими є діти – громадяни України, а усиновлювачами – громадяни України, які проживають за її межами, та іноземці. До набрання чинності Законом України від 19 травня 2011 року № 3381-VI «Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо особливостей усиновлення окремих категорій дітей» СК містив норми, які дозволяли й особам без громадянства бути усиновлювачами.

Усиновлення дитини, яка є іноземцем і проживає в Україні, здійснюється громадянами України або іноземцями, які проживають в Україні, на загальних підставах (частина перша статті 284 СК).

Розглядаючи справи про усиновлення з іноземним елементом, слід керуватись положеннями глави 18 розділу IV, розділу VI СК, Законами України «Про охорону дитинства», «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», «Про міжнародне приватне право», статтею 21 Конвенції ООН про права дитини, Європейською конвенцією про усиновлення дітей (переглянутою) від 27 листопада 2008 року, ратифікованою Законом України від 15 лютого 2011 року, іншими національними законодавчими актами та нормативно-правовими актами міжнародного характеру.

15 лютого 2011 року Верховна Рада України ратифікувала Європейську конвенцію про усиновлення дітей (переглянута) від 27 листопада 2008 року із застереженнями до підпункту «а (ii)» пункту 1 статті 7, де зазначено, що

Україна відповідно до пункту 1 статті 27 Конвенції залишає за собою право не дозволяти усиновлювати дитину двом особам різної статі, які перебувають у зареєстрованому партнерстві. Конвенція містить багато новел, які не узгоджуються з вітчизняним законодавством та ускладнюють імплементацію її положень. Зокрема у документі встановлено мінімальний вік усиновлювача – 18 років і не більше 30 років (стаття 9). Також, стаття 12 Конвенції не відповідає чинному законодавству України, оскільки відповідно до неї держави-учасниці сприяють набуттю їхнього громадянства дитиною, усиновленою одним з їхніх громадян, а втрата громадянства, яка могла б виникнути в результаті усиновлення, повинна бути обумовлена належністю до іншого громадянства чи його набуттям. Тобто збереження за усиновленою дитиною громадянства країни її походження не передбачається, що суперечить статті 283 СК, але жодних застережень Україною не було зроблено при підписанні та ратифікації цієї Конвенції. Зазначена Конвенція дозволяє можливість повторного усиновлення, за винятком окремих випадків (частина друга статті 6 Конвенції), а також запроваджує випробувальний термін, під час якого дитина передається усиновлювачу під опіку до прийняття рішення про усиновлення (стаття 17 Конвенції).

Однак відповідно до статті 16 Конвенції держави-учасниці зберігають за собою право приймати положення, більш сприятливі для усиновленої дитини.

Відповідно до пункту 10 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 березня 2007 року № 3 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення батьківських прав» з метою визначення змісту норм сімейного права країни усиновлювача суд може звернутися в установленому порядку за роз'ясненнями до Міністерства юстиції України та інших компетентних органів або залучити експерта (спеціаліста) в галузі іноземного права. Суд також має право запропонувати заявникам надати легалізовані в установленому порядку витяги з нормативних актів, що забезпечують за кордоном права дитини (на житло,

освіту, охорону здоров'я, утримання тощо), в тому обсязі, у якому вона має їх в Україні.

Згідно зі статтею 208 СК в Україні можуть бути усиновленими дитина та у виняткових випадках повнолітня особа.

Міжнародні нормативно-правові акти визначають досягнення певного віку як основну ознаку «дитини». Зокрема, у статті 1 Конвенції ООН про права дитини від 20 листопада 1989 року дитиною визнано кожную людську істоту до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше. Таку ж дефініцію містить правова норма, закріплена у пункті «с» статті 2 Європейської конвенції про громадянство (ETS № 166) від 07 листопада 1997 року. За пунктом «е» статті 1 Конвенції про мінімальні норми соціального забезпечення від 28 червня 1952 року № 102 термін «дитина» означає, залежно від того, як це визначено, дитину, яка не досягла віку закінчення обов'язкової шкільної освіти, або не досягла віку 15 років.

Проаналізовані матеріали свідчать про те, що в практиці судів практично відсутні випадки усиновлення іноземцями повнолітніх осіб.

Згідно з Розділом VI СК у всіх випадках виникнення відносин з усиновлення, обтяжених іноземним елементом, слід застосовувати українське законодавство, що відповідає положенням статті 21 Конвенції ООН про права дитини від 20 листопада 1998 року. Відступи від зазначеного правила допустимі лише в ситуаціях, коли інше встановлено міжнародними договорами України.

Відповідно до статті 69 Закону України «Про міжнародне приватне право» усиновлення та його скасування регулюються особистим законом дитини та особистим законом усиновлювача. Якщо усиновлювач – подружжя, яке не має спільного особистого закону, то застосовується право, що визначає правові наслідки шлюбу. Здатність особи бути усиновлювачем та правові наслідки усиновлення визначаються відповідно до особистого закону

усиновлювача, а нагляд та облік усиновлених дітей здійснюються відповідно до особистого закону дитини.

Подача заяви про усиновлення до суду та розгляд справи здійснюється за правилами глави 5 розділу IV ЦПК. Відповідно до статті 251 ЦПК заява про усиновлення дитини або повнолітньої особи подається до суду за місцем їх проживання. Місце проживання визначається відповідно до статті 29 ЦК. Для вирішення питання підсудності справи про усиновлення дитини необхідно також враховувати положення статті 247 СК, Закону України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» щодо права дитини проживати в сім'ї опікуна. Справа має розглядатися судом за місцем проживання дитини, яким є місце проживання опікуна, незалежно від місця походження дитини.

Справи про усиновлення дитини іноземцями розглядаються в порядку окремого провадження за заявою осіб, які бажають усиновити дитину. До заяви додаються документи, передбачені частиною другою статті 252 ЦПК. При зверненні до суду ці особи набувають статусу заявника.

Законодавством іноземних держав може бути передбачено інший перелік документів, які додаються до заяви про усиновлення, їх іншу назву та органи, що їх надають. Це зумовлює труднощі при наданні документів іноземцями. При усиновленні дитини – громадянина України іноземцями останні надають до суду рішення (постанови, накази, укази) відповідних органів цих держав про згоду на всиновлення.

Документи усиновлювачів-іноземців повинні бути легалізовані, перекладені українською мовою, а їх переклад засвідченим нотаріально у встановленому законодавством порядку (частина п'ята статті 252 ЦПК).

Учасниками цивільного процесу можуть бути і діти, яких усиновлюють, якщо вони за віком та станом здоров'я усвідомлюють факт усиновлення відповідно до статті 218 СК, статті 254 ЦПК. Залучення дитини до участі у справі здійснюється на розсуд суду залежно від її можливості за віком і станом здоров'я усвідомлювати факт усиновлення.

При розгляді справи про усиновлення дитини – громадянина України іноземцем, що перебуває у шлюбі з громадянином України та постійно проживає на території України, слід керуватись Порядком провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 08 жовтня 2008 року № 905, відповідно до пункту 30 якого ведення обліку іноземців, які перебувають у шлюбі з громадянами України і постійно проживають на території України, що підтверджується посвідкою на постійне проживання в Україні, виданою органами МВС, та усиновлення ними дитини здійснюється в порядку, встановленому для громадян України, які проживають на території України.

Усиновлення вважається здійсненим з дня набрання законної сили рішенням суду (пункт 7 статті 255 ЦПК). Для внесення змін до актового запису про народження усиновленої дитини або повнолітньої особи копія рішення суду надсилається до органу державної реєстрації актів цивільного стану за місцем ухвалення рішення, а у справах про усиновлення дітей іноземцями – також до уповноваженого органу виконавчої влади.

Направлення рішення суду про усиновлення до державного органу реєстрації актів цивільного стану для внесення змін до актового запису усиновленої дитини є порядком виконання рішення, тому немає потреби у резолютивній частині рішення зобов'язувати зазначені органи вчинити дії щодо внесення змін до актового запису.

Відповідно до частини другої статті 224 СК суд ухвалює рішення, яким оголошує особу усиновлювачем дитини, тому в резолютивній частині у справах про усиновлення іноземними громадянами слід зазначати: «оголосити заявника усиновлювачем».

У частині першій статті 216 СК встановлено, що посередницька, комерційна діяльність щодо усиновлення дітей, передання їх під опіку, піклування чи на виховання в сім'ї громадян України, іноземців або осіб без громадянства забороняється. З метою запобігання такій діяльності в пункті

10 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 березня 2007 року № 3 рекомендовано судам при встановленні особи перекладача з'ясувати місце його роботи, проживання, обставини знайомства із заявниками, а також те, чи не є він колишнім або дійсним працівником органу опіки та піклування чи закладу, в якому виховуються діти, які підлягають усиновленню. Матеріали проведеного узагальнення свідчать, що суди досить рідко з'ясовують такі обставини.

15. Правові підстави набуття права власності на об'єкти нерухомого майна та земельної ділянки іноземцями та особами без громадянства.

Згідно зі статтею 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Право приватної власності набувається в порядку, визначеному законом. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним.

Право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів. Право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом (стаття 328 ЦК).

Особливості правових підстав набуття права власності на об'єкти нерухомого майна іноземцями (особами без громадянства) встановлені нормами розділу V Закону України «Про міжнародне приватне право», положеннями Цивільного кодексу України, Земельного кодексу України.

Розділ V Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає колізійні норми щодо речового права. За частиною першою статті 39 цього Закону виникнення та припинення права власності та інших речових прав визначається правом держави, у якій відповідне майно перебувало в момент, коли мала місце дія або інша обставина, яка стала підставою для виникнення або припинення права власності та інших речових прав, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України. Тобто, при розгляді судами України спорів щодо права власності діє «закон суду».

Також відповідно до частини другої статті 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» форма правочину щодо нерухомого майна визначається відповідно до права держави, у якій знаходиться це майно, а щодо нерухомого майна, право на яке зареєстроване на території України, – права України.

Згідно зі статтею 32 цього ж Закону зміст правочину може регулюватися правом, яке обрано сторонами, якщо інше не передбачено законом. У разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має з правочином найбільш тісний зв'язок.

Окремі колізійні норми можуть закріплюватися у двосторонніх міжнародних договорах про правову допомогу у цивільних справах.

У Розділі VI Закону України «Про міжнародне приватне право» визначено норми щодо договірних зобов'язань. Зокрема, згідно зі статтею 43 зазначеного Закону сторони договору можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України. Відповідно до частини другої статті 44 цього ж Закону за відсутності згоди сторін про вибір права, що застосовується до договору, застосовується право, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, вважається, наприклад, щодо договору про нерухоме майно – право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації, – право держави, де здійснена реєстрація; щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, – право держави, у якій проводиться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

Згідно зі статтею 14 Конституції України земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Право власності на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону.

За змістом статті 13 Конституції України земля є об'єктом права власності Українського народу. Аналогічне положення передбачено щодо таких стратегічно важливих об'єктів, як надра, атмосферне повітря, води та ін.

Іноземці (особи без громадянства) підпадають під дію національного права, що регулює правовідносини з приводу набуття права власності, з окремими винятками. Зокрема, це обмеження права іноземців на отримання у власність земель сільськогосподарського призначення, передбачені статтями 22, 81 Земельного кодексу України (ЗК). Землі сільськогосподарського призначення не можуть передаватися у власність іноземним громадянам, особам без громадянства, іноземним юридичним особам та іноземним державам.

Водночас земельним законодавством дозволено іноземним громадянам та особам без громадянства набувати права власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення в межах населених пунктів, а також на земельні ділянки несільськогосподарського призначення за межами населених пунктів, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві приватної власності (частина друга статті 81 ЗК).

Іноземні громадяни та особи без громадянства можуть набувати права власності на земельні ділянки у випадку: а) придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами; б) викупу земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві власності; в) прийняття спадщини.

Відповідно до пункту 4 статті 81 ЗК землі сільськогосподарського призначення, прийняті у спадщину іноземними громадянами, а також особами без громадянства, протягом року підлягають відчуженню.

Однак у пункті 15 Перехідних положень ЗК до 1 січня 2013 року встановлено мораторій на відчуження земельних ділянок. Звертаючись до суду з позовом, іноземні громадяни, особи без громадянства просять продовжити термін, протягом якого вони мають відчужити земельні ділянки. Здебільшого суди задовольняють такі позови.

Наприклад, рішенням Золотоніського міськрайонного суду Черкаської області від 13 січня 2011 року у справі № 2-63/2011 задоволено позов громадянки Російської Федерації І. та продовжено термін, протягом якого

вона зобов'язана провести відчуження належних їй на праві власності земельних ділянок загальною площею 1,2509 га.

Також рішенням цього ж суду від 01 серпня 2011 року продовжено строк для відчуження землі сільськогосподарського призначення іноземним громадянином К. на один рік, протягом якого позивач зобов'язаний провести відчуження належної йому на праві власності земельної ділянки площею 3,04 га.

Із такими рішеннями судів погодитись не можна, оскільки у даному випадку діє імперативна норма щодо відчуження земельної ділянки, тому мораторій на вказане відчуження не поширюється.

Іноземні громадяни та особи без громадянства не мають права на безоплатне придбання земельних ділянок, що належать до державної і комунальної власності. Вони не мають права на приватизацію земельних ділянок, що раніше надавались їм у користування.

Згідно з частиною третьою статті 39 Закону України «Про міжнародне приватне право» виникнення права власності внаслідок набувальної давності визначається правом держави, у якій майно знаходилося на момент спливу строку набувальної давності.

У статті 129 ЗК передбачено особливості продажу земельних ділянок державної або комунальної власності іноземним державам, іноземним юридичним особам. Так, згідно з частиною першою зазначеної статті продаж земельних ділянок, що перебувають у власності держави, крім земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти, які підлягають приватизації, іноземним державам та іноземним юридичним особам здійснюється Кабінетом Міністрів України за погодженням із Верховною Радою України. Також за погодженням із Кабінетом Міністрів України підлягають продажу земельні ділянки, що перебувають у державній власності; у власності територіальних громад; у власності держави та територіальних громад.

Відповідно до частини першої статті 82 ЗК юридичні особи (засновані громадянами України або юридичними особами України) можуть набувати у

власність земельні ділянки для здійснення підприємницької діяльності у передбачених статтею випадках, тоді як іноземні юридичні особи можуть набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення.

Згідно з частиною третьою статті 129 ЗК продаж земельних ділянок, що перебувають у власності держави та територіальних громад, іноземним юридичним особам допускається за умови реєстрації іноземною юридичною особою постійного представництва з правом ведення господарської діяльності на території України.

У статті 117 ГК зазначено, що іноземним підприємством є 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.

Також згідно з частиною третьою статті 82 ЗК спільні підприємства, засновані за участю іноземних юридичних і фізичних осіб, можуть набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення у випадках та в порядку, встановленому цим Кодексом для іноземних юридичних осіб. Таким чином, наведені положення дають підстави для висновку, що з погляду набуття земельних ділянок у власність до іноземних юридичних осіб належать всі створені (zareєстровані) за межами України юридичні особи, а також створені в Україні юридичні особи, хоча б одним із засновників яких є іноземний громадянин, особа без громадянства або створена (zareєстрована) за кордоном юридична особа.

Поділ юридичних осіб як суб'єктів права власності на вітчизняні та іноземні має важливе практичне значення. Юридичні особи України мають право набувати у власність всі види земель, які можуть знаходитись у приватній власності, крім земельних ділянок, які надаються для задоволення особистих потреб громадян. До останніх належать: земельні ділянки, призначені для індивідуального житлового, дачного і гаражного будівництва

та ведення особистого селянського господарства, тоді як правосуб'єктність іноземних юридичних осіб у сфері земельних правовідносин є значно вужчою.

Так, згідно зі статтею 82 ЗК набуття юридичними особами у власність земельних ділянок сільськогосподарського призначення не допускається, за винятком випадків отримання їх у спадщину. Однак землі сільськогосподарського призначення, отримані іноземними юридичними особами у спадщину, підлягають відчуженню протягом одного року. Стосовно земель несільськогосподарського призначення іноземні юридичні особи можуть набувати право власності на землі: а) у межах населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна та для спорудження об'єктів, пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності в Україні; б) за межами населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна.

Юридичні особи позбавлені права безплатної приватизації земельних ділянок.

В усіх випадках набуття юридичними особами земельних ділянок у власність таке право виникає не з моменту укладення відповідної цивільно-правової угоди чи отримання свідоцтва на право на спадщину, а з моменту отримання державного акта на право власності на земельну ділянку та його державної реєстрації.

Передбачається, що юридичні особи можуть набувати право власності на земельну ділянку за рішенням суду на підставі статті 139 ЗК. Згідно з нормою цієї статті на земельні торги можуть виставлятися земельні ділянки, що перебувають у власності громадянина чи юридичної особи у разі звернення стягнення на земельну ділянку. Проте звернення стягнення на земельні ділянки, призначені для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, допускається у випадках, коли у власників таких ділянок відсутнє інше майно, на яке може бути звернене стягнення, якщо інше не запропоновано самим власником земельної ділянки. Громадяни та юридичні особи мають право на відчуження належних їм на праві власності земельних ділянок через аукціони

у такому ж порядку, який встановлений законом для продажу земельних ділянок державної та комунальної власності (стаття 129 ЗК).

Можливість звернення стягнення на земельні ділянки, призначені для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, в умовах мораторію на відчуження цих земель є предметом дискусій. Норма, що забороняє будь-яким способом відчуження земельних ділянок, які перебувають у власності громадян та юридичних осіб, для ведення товарного сільськогосподарського виробництва не передбачає винятків для звернення стягнення на земельну ділянку.

Також відповідно до статті 85 ЗК іноземні держави можуть набувати у власність земельні ділянки для розміщення будівель і споруд дипломатичних представництв та інших, прирівняних до них, організацій відповідно до міжнародних договорів.

Іноземним громадянам може надаватися земля у користування. Відповідно до Закону України від 06 жовтня 1998 року № 161-XIV «Про оренду землі» орендарями земельних ділянок в Україні, тобто суб'єктами строкового, платного володіння і користування земельною ділянкою, необхідною для здійснення підприємницької та іншої діяльності, можуть бути іноземці та особи без громадянства, іноземні юридичні особи, міжнародні об'єднання та організації, а також іноземні держави. Орендарі набувають права на оренду земельної ділянки на підставах і в порядку, передбачених ЗК, Законом України «Про оренду землі» та іншими законами України. Зазначені особи укладають договір оренди землі. Його строк не повинен перевищувати п'ятдесяти років. Договори про оренду землі підлягають державній реєстрації.

До об'єктів, які не можуть перебувати у власності громадян, громадських об'єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України, належать ті, які затверджені Постановою Верховної Ради України від 17 червня 1992 року «Про право власності на окремі види майна». Так, у власності зазначених суб'єктів не можуть бути: зброя, боєприпаси (крім мисливської і пневматичної зброї, зазначеної у додатку 2 до Постанови, спортивної зброї та боєприпасів до них, що набуваються громадськими

об'єднаннями з дозволу органів внутрішніх справ), бойова і спеціальна військова техніка, ракетно-космічні комплекси; вибухові речовини й засоби вибуху; всі види ракетного палива, а також спеціальні матеріали та обладнання для його виробництва; бойові отруйні речовини тощо.

В Україні певне майно може використовуватися іноземцями тільки на території України. Його вивезення за межі митної території нашої держави заборонено. Наприклад, Постановою Кабінету Міністрів України від 13 грудня 2002 року № 1911 затверджено «Перелік товарів промислового призначення, вивезення яких громадянами України, іноземцями та особами без громадянства за межі митної території України не допускається». До таких товарів належать, наприклад: необроблене пір'я, придатне для набивання, та необроблений пух; ртуть; шкури необроблені великої рогатої худоби або тварин родини конячих тощо.

Таким чином, іноземці й особи без громадянства, юридичні особи та іноземні держави можуть набувати право власності на об'єкти нерухомого та іншого майна на загальних підставах за певними винятками, зокрема, щодо земель сільськогосподарського призначення, оскільки цей природний ресурс України знаходиться під особливою охороною держави.

16. Особливості спадкування за участю іноземного елемента. У міжнародних договорах, нормативних актах України поняття «обсяг прав, пов'язаних із спадкуванням» охоплює не тільки право на спадкування майна, але і право на укладання і скасування заповіту на майно, що знаходиться на території іншої договірної країни (а також спадкові права, що можуть бути здійснені у майбутньому). Окрім того, у законодавстві України зазначено, що права іноземців щодо спадщини виникають на тих самих підставах, що і в громадян України, і спадщина переходить до спадкоємців незалежно від громадянства. Принцип зрівняння у правах є основою національного режиму та визначає головні аспекти здатності іноземців мати права, що виникають при спадкуванні. Суть спадкових прав залишається незмінною як у випадку набуття їх іноземцями, так і у випадку набуття громадянами України. Об'єкт також

залишається незмінним – спадщина (сукупність суб'єктивних прав та обов'язків спадкодавця). Таким чином, іноземці (особи без громадянства) здійснюють свої спадкові права на території України нарівні з громадянами України.

Чинні ЦК, ЦПК, розділ X Закону України «Про міжнародне приватне право» регулюють особливості спадкування за участю іноземного елемента.

Статтею 70 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що з урахуванням положень статті 71, 72 цього Закону спадкові відносини регулюються правом держави, у якій спадкодавець мав останнє місце проживання, якщо спадкодавцем не обрано в заповіті право держави, громадянином якої він був. Вибір права спадкодавцем буде недійсним, якщо після складання заповіту його громадянство змінилося.

Згідно зі статтею 71 цього Закону спадкування нерухомого майна регулюється правом держави, на території якої знаходиться це майно, а майна, яке підлягає державній реєстрації в Україні, – правом України.

З урахуванням положень статті 72 цього Закону здатність особи на складання і скасування заповіту, а також форма заповіту і акта його скасування визначаються правом держави, у якій спадкодавець мав постійне місце проживання у момент складання акта або в момент смерті. Заповіт або акт його скасування не можуть бути визнані недійсними внаслідок недодержання 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.

Підсудність таких справ визначається відповідно до статті 114 ЦПК, тобто як позов, що виник з приводу нерухомого майна за його місцезнаходженням.

Виключення спадкових прав іноземців існує у сфері спадкування ними земельних ділянок. Так, на підставі пункту 4 статті 81 ЗК землі сільськогосподарського призначення, прийнятті у спадщину іноземними

громадянами, а також особами без громадянства, протягом року підлягають відчуженню, про що йшлося у попередньому розділі.

17. Зобов'язальні правовідносини за участю іноземців та осіб без громадянства, іноземних юридичних осіб, іноземної держави, її дипломатичних та консульських представництв

Згідно зі статтею 509 ЦК цивільно-правове зобов'язання – це правовідношення, в якому одна особа (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, сплатити гроші та ін.) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку.

При з'ясуванні обставин, які впливають із зобов'язальних правовідносин за участю іноземного елемента вирішальне значення має вибір права, яким регулюються ці правовідносини.

За винятком випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України, сторони договору за статтею 43 Закону України «Про міжнародне приватне право» згідно із статтями 5 та 10 цього Закону можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України.

Якщо сторони не досягнули згоди про вибір права, то відповідно до статті 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» застосовується право відповідно до частин другої і третьої статті 32 цього Закону, при цьому стороною, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, є, наприклад, продавець – за договором купівлі-продажу; підрядник – за договором підряду; виконавець – за договором про надання послуг; перевізник – за договором перевезення і т.д.

Згідно зі статтею 32 цього ж Закону у разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином. Якщо інше не передбачено або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи, то правочин більш тісно пов'язаний з правом держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має

вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження.

Правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, вважається:

1) щодо договору про нерухоме майно – право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації, – право держави, де здійснена реєстрація;

2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт – право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати;

3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, – право держави, у якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

Відповідно до статті 45 Закону України «Про міжнародне приватне право» до договорів споживання належать договори щодо придбання товарів та одержання послуг особою (споживачем) не для цілей підприємницької діяльності.

Вибір права сторонами договорів споживання не може обмежити захист прав споживача, який надається йому імперативними нормами права держави, у якій є його місце проживання, перебування або місцезнаходження, якщо:

1) укладенню договору передувала оферта або реклама в цій державі та споживач здійснив усе необхідне для укладення договору в цій державі; або

2) замовлення від споживача було прийняте в цій державі; або

3) споживач з ініціативи іншої сторони здійснив подорож за кордон з метою укладення договору щодо придбання товарів.

У разі відсутності вибору права сторонами щодо договору споживання, у тому числі щодо його форми, застосовується право держави, у якій споживач має місце проживання або місцезнаходження.

Однак вищезазначені положення не застосовуються до договорів перевезення, надання послуг, якщо місцем укладення та виконання таких договорів є держава, інша ніж держава місця проживання або

місцезнаходження споживача (крім договору у сфері туризму, який передбачає комбіноване перевезення та розміщення).

До засновницького договору, що є установчим документом юридичної особи з іноземною участю, застосовується право держави, у якій буде створено юридичну особу.

Сфера дії права, що застосовується до договору, визначається статті 47 Закону України «Про міжнародне приватне право» і охоплює питання дійсності договору, його тлумачення, виконання, наслідків невиконання або неналежного виконання, припинення, наслідків недійсності договору, а також прав і обов'язків сторін та відступлення права вимоги й переведення боргу згідно з договором.

Якщо при визначенні способів та порядку виконання договору, а також заходів, які мають бути вжиті в разі невиконання або неналежного виконання договору, неможливе застосування права, зазначеного в частині першій цієї статті, може бути застосоване право держави, у якій здійснюється виконання договору.

Колізійні норми у сфері зобов'язального права містяться також у двосторонніх договорах про правову допомогу. Наприклад, відповідно до статті 48 Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах, ратифікованого Законом України від 10 січня 2002 року № 2-2927-III, договірні правовідносини регулюється законодавством, яке обирається за згодою їхніх учасників, а за відсутності згоди – законодавством сторони, на території якої було укладено договір, за винятком договорів щодо нерухомого майна, де застосовується законодавство держави, на території якої знаходиться нерухомість. Форма договору регулюється законодавством тієї Договірної Сторони, яким регулюється і саме договірне зобов'язання. Справи з вирішення спорів, що виникають з договірних відносин, є компетентним вирішувати орган юстиції тієї Договірної Сторони, на території якої має місце проживання, перебування чи знаходження відповідач або знаходиться спірне нерухоме майно.

18. Трудові правовідносини за участю іноземного елемента та особливості відшкодування шкоди.

Гарантія рівності прав іноземців, осіб без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, і громадян України, закріплена в Конституції України, стосується також права на трудову діяльність.

Відповідно до статті 8 КЗпП трудові відносини громадян України, які працюють за її межами, а також трудові відносини іноземних громадян, які працюють на підприємствах, в установах, організаціях України, регулюються відповідно до Закону України «Про міжнародне приватне право».

У статті 8-1 КЗпП зазначено, якщо міжнародним договором або міжнародною угодою, в яких бере участь Україна, встановлено інші правила, ніж ті, що їх містить законодавство України про працю, то застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди.

Згідно зі статтею 52 Закону України «Про міжнародне приватне право» до трудових відносин застосовується право держави, у якій виконується робота, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України.

Згідно із пунктом 4 статті 4 Закону України від 22 вересня 2011 року № 3773–VI «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» іноземці та особи без громадянства, які відповідно до закону прибули в Україну для працевлаштування та отримали посвідку на тимчасове проживання, вважаються такими, які на законних підставах перебувають на території України на період роботи в Україні.

У Законі України «Про зайнятість населення» визначено особливості прийому на роботу іноземців та осіб без громадянства. Так, статтею 8 цього Закону передбачено, що роботодавці мають право на використання праці іноземців та осіб без громадянства на умовах трудового договору лише за наявності виданого роботодавцю державною службою зайнятості дозволу на використання праці іноземців та осіб без громадянства, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Порядок видачі, продовження терміну дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства визначається Порядком видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 08 квітня 2009 року № 322.

Дія цього Порядку поширюється також на іноземців, що направлені іноземними суб'єктами господарювання в Україну для виконання певного обсягу робіт або надання послуг на основі договорів (контрактів), укладених між українськими та іноземними суб'єктами господарювання,

Наприклад, у справі № 2-2456 іноземець С. звернувся з позовом про визнання наказу незаконним, поновлення на роботі та стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу. Свої вимоги обґрунтовував тим, що він працював у відповідача на підставі безстрокового контракту, а тому не міг бути звільненим за пунктом 2 статті 36 КЗпП, який регулює порядок звільнення працівників зі строковим трудовим договором.

Рішенням Солом'янського районного суду м. Києва від 10 серпня 2010 року, залишеним без змін ухвалою апеляційного суду м. Києва від 28 вересня 2010 року, у задоволенні позову було відмовлено. Суд виходив з того, що згідно з Порядком видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства встановлено граничний строк на використання праці іноземця, а саме до одного року, та передбачено порядок та підстави продовження дії дозволу. З'ясовано, що листом від 22 січня 2010 року № 07-619 Київським міським центром зайнятості відповідачу відмовлено в продовженні терміну дії дозволу на використання праці позивача в зв'язку з порушенням строків подачі документів про продовження цього строку. Суд вважає безпідставним твердження представника позивача щодо безстроковості укладеного між сторонами 09 жовтня 2008 року контракту, оскільки така форма трудового договору, як контракт, виключає його безстроковість.

Згідно з пунктом 19 зазначеного Порядку у разі використання роботодавцем праці іноземців без дозволу на використання праці іноземця державна служба зайнятості стягує з роботодавця штраф за кожну таку особу у двадцятикратному розмірі мінімальної заробітної плати.

У статті 54 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначено, що трудові відносини іноземців або осіб без громадянства, які працюють в Україні, не регулюються правом України в разі, якщо:

1) іноземці та особи без громадянства працюють у складі дипломатичних представництв іноземних держав або представництв міжнародних організацій в Україні, якщо інше не передбачено міжнародним договором України;

2) іноземці та особи без громадянства за межами України уклали з іноземними роботодавцями—фізичними чи юридичними особами трудові договори про виконання роботи в Україні, якщо інше не передбачено договорами чи міжнародним договором України.

Вибір законодавства для регламентації трудових відносин на транспорті, наприклад, на морському, зумовлює типова колізійна прив'язка – закон прапора; на річковому, повітряному – місця реєстрації судна; на автомобільному – особистий закон перевізника.

Переважно колізійні норми щодо трудового права містяться у договорах про правову допомогу.

Наприклад, статтею 42 Договору між Україною та Латвійською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних, трудових та кримінальних справах, ратифікованого Законом України від 22 листопада 1995 року № 452/95-ВР, передбачено, що з питань трудових відносин сторони можуть підкорятися обраному законодавству.

Якщо вибір відносно законодавства не здійснено, застосовується законодавство тієї Договірної Сторони, на території якої є, була робота або вона повинна була бути виконаною. У цих справах компетентним є суд тієї Договірної Сторони, на території якої місце проживання має відповідач,

а також – на території якої місце проживання має позивач, якщо на цій території знаходиться предмет спору чи майно відповідача.

Водночас сторони трудового договору можуть підпорядкувати свої правовідносини обраному за письмовою згодою між собою законодавству будь-якої з Договірних Сторін. У цьому випадку при розгляді справ, що виникають з таких правовідносин, компетентними є суди тієї Договірної Сторони, законодавство якої було обрано для їхнього регулювання.

Іноземці не можуть призначатися на окремі посади або займатися певною трудовою діяльністю, якщо відповідно до законодавства України призначення на ці посади або зайняття такою діяльністю пов'язано з належністю до громадянства України.

19. Недоговірні зобов'язання за участю іноземного елемента.

Згідно зі статтею 48 Закону України «Про міжнародне приватне право» до недоговірних зобов'язань, що виникають внаслідок дії однієї сторони, застосовується право держави, у якій мала місце така дія.

Відповідно до статті 49 згаданого Закону права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди, визначаються правом держави, у якій мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди. Права та обов'язки за зобов'язаннями, що виникають внаслідок завдання шкоди за кордоном, якщо сторони мають місце проживання або місцезнаходження в одній державі, визначаються правом цієї держави. Право іноземної держави не застосовується в Україні, якщо дія чи інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди, за законодавством України не є протиправною.

Наприклад, позивач С., громадянин Киргизької Республіки, звернувся з позовом та просив зобов'язати Державне територіальне об'єднання «Львівська залізниця» забезпечити його спеціальним автотранспортним засобом та стягнути з відповідача моральну шкоду в розмірі 353 870 грн, оскільки у 1970 році він отримав трудове каліцтво. Ухвалою Галицького районного суду м. Львова (№ 2-2333/2011) справу закрито на підставі пункту

2 частини першої статті 205 ЦПК, оскільки суд вважав, що рішення Народного суду Первомайського району м. Фрунзе від 18 лютого 1974 року з приводу спору між тими ж сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав ухвалено і набрало законної сили.

Зазначене рішення суду викликає запитання, оскільки згідно з матеріалами справи рішенням Народного суду Первомайського району м. Фрунзе від 18 лютого 1974 року вирішено позовні вимоги С. щодо стягнення з Управління Львівської залізниці різниці між втраченим заробітком та пенсією. Вимоги щодо відшкодування моральної шкоди не заявлялися та не розглядалися. Справа в апеляційному порядку не переглядалася.

Норми щодо недоговірних зобов'язань містяться в міжнародних договорах про правову допомогу. Наприклад, у частині першій статті 33 Договору між Україною та Румунією про правову допомогу та правові відносини в цивільних справах, ратифікованого Законом України від 07 вересня 2005 року № 2822-IV, встановлено, що відшкодування шкоди за деліктними правовідносинами визначається законодавством Договірної Сторони, на території якої мав місце факт заподіяння шкоди, а відповідно до статті 49 Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах, ратифікованого Законом України від 10 січня 2002 року № 2927-III, зобов'язання з відшкодування шкоди, крім тих, які виникають з договірних зобов'язань, визначаються законодавством Договірної Сторони, на території якої відбулась подія, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди.

В Україні питання врегулювання деліктних зобов'язань вирішується на рівні спеціальних положень чинного законодавства й міжнародних домовленостей, учасником яких є Україна.

До зобов'язань, що виникли внаслідок набуття, збереження майна без достатніх правових підстав, застосовується право держави, у якій такі дії мали місце.

Сторони зобов'язання у будь-який час після його виникнення можуть домовитися про застосування до нього права держави суду.

Виконуючий обов'язки Голови

С. М. Міщенко

Секретар Пленуму

Д. Д. Луспеник