



УДК 347.961:341.94

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ В НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ НОРМ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА

Кармаза О.О., д. ю. н., доцент,
професор кафедри цивільного права і процесу
Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі

У статті розглядаються нормативно-правові та методологічні підходи щодо підстав, умов і меж застосування в нотаріальному процесі норм іноземного законодавства.

Ключові слова: нотаріальний процес, застосування іноземних норм, норми іноземного права, міжнародний нотаріальний процес.

В статье рассматриваются нормативно-правовые и методологические подходы относительно оснований, условий и пределов применения в нотариальном процессе норм иностранного законодательства.

Ключевые слова: нотариальный процесс, применение иностранных норм, нормы иностранного права, международный нотариальный процесс.

Karmaza A.A. PROBLEMS IN APPLICATION OF FOREIGN REGULATIONS IN NOTARY PROCESS

The article considers the legal and methodological approaches to the grounds, conditions and limits used in the process of notary standards of foreign law.

Key words: notary process, use of international standards, foreign law, international notary process.

Постановка проблеми. Науково-практичний аналіз вітчизняної теорії нотаріального процесу, практики, а також національного законодавства України засвідчив, що до нотаріально-процесуальних відносин з іноземним елементом у міжнародному нотаріальному процесі застосовуються норми як права України, так і права іноземної країни. Разом із тим порядок, умови та межі застосування національного законодавства України до таких відносин з іноземним елементом, як правило, мало чим відрізняється від їхнього застосування до аналогічних відносин між громадянами України. Однак застосування позитивного права іноземної країни в нотаріальній практиці має складнощі й низку особливостей, установлених національним законодавством України.

Ступінь розробленості проблеми. Актуальність роботи зумовлена й тим, що порушене питання належить до найменш розроблених у теорії нотаріального процесу.

Продовжуючи дослідження теоретичних основ міжнародного нотаріального процесу (нотаріального процесу з іноземним елементом) [1], а також проблем, які виникають при застосуванні у практичній діяльності норм іноземного права, **метою статті** є науково-практичний аналіз застосування в Україні права іноземного країни через призму нотаріального процесу.

Виклад основного матеріалу. Ст. 98 Закону України «Про нотаріат» передбачено, що нотаріуси, відповідно до законодавства України, міжнародних договорів, застосовують норми іноземного права. Згідно зі ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право», право, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом, визначається за колізійними нормами та іншими положеннями колізійного права цього Закону, інших законів, міжнародних договорів України.

Отже, юридичною підставою застосування в нотаріальному процесі України норм іноземного права є норми національного законодавства України, зокрема Законів України: «Про міжнародне приватне право», «Про нотаріат», а також чинних міжнародних договорів України. Відтак застосування іноземного права в міжнародному нотаріальному процесі за прямої вказівки на це колізійної норми є процесуальним обов'язком, а не правом нотаріуса. Основним принципом, на якому ґрунтується застосування норм іноземного права в Україні, є наявність прямого припису про це в національному законодавстві України (наприклад, ст. 1-4 Закону України «Про міжнародне приватне право» тощо).

У теорії міжнародного приватного права, яка тісно вплетена в теорію міжнародного нотаріального процесу, виділяється кілька положень, які визначають підстави застосування норм іноземного права, а саме: на території цієї держави іноземне право може застосовуватися лише за наявності прямих указівок у національному праві; національне право передбачає загальні принципи, на яких базується застосування іноземного права, методи встановлення його змісту, порядок застосування іноземного права, а також межі застосування; застосування іноземного права здійснюється також відповідно до загальновизнаних принципів міжнародного приватного права, як-от: принцип суверенної рівності держав, самовизначення, невтручання у внутрішні справи тощо [2, с. 144].

Загальновідомо, що в правовій науці, залежно від характеру відносин, що регулюються правовими нормами, виділяють матеріальні, процесуальні та колізійні норми. Разом із тим обсяг іноземного права, що підлягає застосуванню в нотаріальному процесі, становлять переважно матеріальні та колізійні норми.

Для довідки. Історично саме колізійні норми – норми, що визначають, право якої держави підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом (ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право»), становлять основу міжнародного приватного права, а також визначають правопорядок у міжнародному нотаріальному процесі. Матеріальні норми (норми матеріального права), як доводять науковці [3, с. 153], – це норми права, що регулюють суспільні (матеріальні) відносини шляхом їх прямого правового регулювання за допомогою визначення для їхніх учасників змісту прав, обов'язків і заборон. Разом із тим у міжнародному нотаріальному процесі застосовуються як норми матеріального права (наприклад, норми спадкового права), так й уніфіковані матеріально-правові норми міжнародних договорів, якщо це передбачено чинним міжнародним договором України (наприклад, Конвенцією УНІДРУА «Про міжнародний факторинг» (м. Оттава, 1988 р.)).

Звертаємо увагу, що, коли йдеться про застосування норм іноземного права, мається на увазі застосування як норм позитивного права, так і норм природного права, якщо вони є джерелом регулювання поведінки учасників відносин в іноземній країні. Отже, нотаріус може застосовувати не тільки закони іноземних країн, а й звичаї та судову практику в тих межах, у яких вони визнаються джерелом права в іноземній країні. Ця концепція закладена й у ст. 6 Закону України «Про міжнародне приватне право»: застосування права іноземної держави охоплює всі його норми, які регулюють відповідні правовідносини.

Наголосимо й на тому, що норми чинного міжнародного договору України за юридичною силою приєднано до національних правових норм, оскільки, відповідно до ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Натомість при вчиненні нотаріальних проваджень нотаріуси повинні користуватися офіційно опублікованим текстом міжнародного договору України українською мовою за умови його наявності. Так, наприклад, у Постанові Пленуму Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 19 грудня 2014 р. № 13 звертається увага на те, що Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах, яка ратифікована із застереженням Законом України «Про ратифікацію Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» від 10 листопада 1994 р., була надрукована лише російською мовою й офіційно опублікована в Україні також лише російською мовою. За відсутності автентичного тексту договору українською мовою або офіційного перекладу міжнародного договору українською мовою необхідно використовувати автентичний текст договору іншою офіційною мовою, якою він був укла-

дений. За наявності розбіжностей між однаково автентичними текстами міжнародного договору в Постанові вказується на те, що застосовуються тлумачення, передбачені ст. 33 Віденської конвенції.

Отже, у разі застосування в нотаріальному провадженні з іноземним елементом норм чинного міжнародного договору України в нотаріально посвідченому акті нотаріус повинен послатися на нього (назва, стаття, її частина, абзац, пункт, підпункт міжнародного договору, на підставі яких вчинялися нотаріальні дії (здійснювалося нотаріальне провадження)), а також на норми національного закону, якими він керувався (наприклад, норми Закону України «Про нотаріат»). Аналогічне посилання має бути й у випадку застосування права іноземної країни.

Отже, національне законодавство України допускає застосування норм іноземного права в міжнародному нотаріальному процесі, проте встановлює умови, а також межі (обмеження) їх застосування. Установлення меж застосування таких норм зумовлено тим, що застосування іноземного права може призвести до порушення, зокрема, конституційних принципів, установлених в Основному Законі України. Так, Закон України «Про міжнародне приватне право», а також доктрина міжнародного приватного права виділяють кілька правових механізмів щодо недопущення застосування в Україні норм іноземного права, обраних на підставі колізійної норми. Зокрема, це застереження про публічний порядок, дія імперативних норм національного права, обхід закону, взаємність. На відміну від українського законодавства, законодавство іноземних країн із міжнародного приватного права до цього переліку додає ще й реторсію.

Наприклад, відповідно до ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», норма права іноземної країни не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно не сумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. У таких випадках застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України.

Немає підстав не погодитися із В. Кисілем у тому, що застереження про публічний порядок (*order public, public policy*) міститься у джерелах права майже всіх правових систем. І хоча правова категорія «публічний порядок» не є новою для науки та практики, проте й досі не існує однозначного її тлумачення, чіткого визначення. Відтак визначення змісту «публічний порядок», його призначення є однією із найскладніших проблем науки та судової практики [3, с. 190–205].

Зауважимо, що Закон України «Про міжнародне приватне право» не містить визначення поняття публічного порядку, проте певні ознаки цього правового явища зафіксовані в іншому нормативному акті – Цивільному кодексі України (далі – ЦК України). Так, у ст. 228 ЦК України йдеться про правові наслідки вчинення правочину,



який порушує публічний порядок, а саме: «Правочин вважається таким, що порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним». Обмеження свободи договору «публічним порядком» містяться й у законодавстві іноземних країн, як-от: § 138 Цивільного кодексу Німеччини, ст. 1133 Цивільного кодексу Франції тощо.

У доктрині міжнародного приватного права звертається увага на те, що «публічному порядку» можуть відповідати такі термінологічні еквіваленти, як «конституційний лад», «основи конституційного ладу», «суверенітет і безпека», «основні принципи законодавства» тощо [4, с. 73]. У сучасній вітчизняній правовій науці виділяються кілька елементів публічного порядку, а саме: основні фундаментальні принципи національного права України, які включають такі імперативні норми права, що становлять скелет чинного в Україні правопорядку; загально-визнані принципи моралі та справедливості, важливі для українського правопорядку й панівні в українському суспільстві; законні інтереси фізичних і юридичних осіб, української держави й українського суспільства, захист яких є основним завданням української правової системи; загально-визнані принципи та норми міжнародного права, які є частиною української правової системи й особливо міжнародно-правові стандарти прав людини [5, с. 228–229].

У Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами клопотань про визнання і виконання рішень іноземних судів та арбітражі і про скасування рішень, постановлених в порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» від 24 грудня 1999 р. № 12 надано роз'яснення правової категорії «публічний порядок». Так, під публічним порядком ... належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи й засади, які становлять основу чинного в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо).

Двосторонні чинні міжнародні договори України також висвітлюють питання «публічного порядку». Так, наприклад, відповідно до ст. 4 Угоди між Україною та Грецькою Республікою про правову допомогу в цивільних справах, правова допомога не надається, якщо її надання може спричинити шкоду суверенітету чи національній безпеці або публічному порядку чи суперечить законодавству запитованої Договірної Сторони.

Підтримуючи концепцію В. Кисіля щодо застосування застереження про публічний порядок, зазначимо, що при вирішенні порушеного питання потрібно виходити не з наявності суперечності змісту норми іноземного права основам українського порядку, а із факту неможливості нашої правової системи прийняти чи визнати наслідки

застосування іноземного права [6, с. 98]. Іншими словами, нотаріус застосовує застереження про публічний порядок тоді, коли застосована іноземна норма може призвести до наслідків, несумісних із публічним правопорядком України, вступить у суперечності з основними конституційними принципами правопорядку України.

Так, наприклад, якщо в нотаріальному процесі України постане питання про застосування норм спадкового права до іноземців, полігамний шлюб яких було укладено на підставі мусульманського права (Сімейний кодекс України дозволяє реєстрацію лише моногамних шлюбів), суб'єктивне спадкове право такого подружжя, а також їхній дітей, батьків може бути визнане в Україні, оскільки це не суперечить українському правопорядку.

Що стосується дії імперативних норм національного права, то ст. 14 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що правила цього Закону не обмежують дії імперативних норм права України, які регулюють відповідні відносини, незалежно від права, яке підлягає застосуванню.

У вітчизняній доктрині міжнародного приватного права такі норми йменуються «надімперативні норми», тобто такі, які, не будучи частиною публічного порядку певної країни, діють у міжнародному приватному праві незалежно від колізійних норм [6, с. 106]. Разом із тим сучасна доктрина міжнародного приватного права використовує й інші терміни: «імперативні норми національного права», «норми прямої дії», «пріоритетні», «абсолютні», «норми прямої дії» тощо [5, с. 216]. Іноземне законодавство у сфері міжнародного приватного права також містить положення щодо верховенства імперативних норм (ст. 1192 Цивільного кодексу Російської Федерації, ст. ст. 3076, 3079 Цивільного кодексу Квебеку, ст. 6 Закону Грузії про міжнародне приватне право, ст. 17 Закону Італії про міжнародне приватне право тощо). Крім того, багатосторонні міжнародні договори містять положення стосовно пріоритету застосування національних імперативних норм (наприклад, Регламент (ЄС) № 593/2008 Європейського парламенту і Ради «Про право, що підлягає застосуванню до договірних зобов'язань» (Регламент «Рим I») від 17 червня 2008 р.).

Прикладом імперативних норм у внутрішньому законодавстві України є, зокрема, норми про те, що зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства (ст. 203 ЦК України), діяльність фізичних і юридичних осіб не може порушувати особисті немайнові права (ст. 273 ЦК України).

Крім дії імперативних норм і застереження про публічний порядок, в окремих випадках застосування (незастосування) іноземного права залежить від взаємності. Так, ст. 11 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що суд чи інший орган (наприклад, нотаріус – О. К.) застосовує право іноземної держави неза-

лежно від того, чи застосовується у відповідній іноземній державі до подібних правовідносин право України, крім випадків, якщо застосування права іноземної держави на засадах взаємності передбачене законом України або міжнародним договором України. Причому навіть у випадку, якщо взаємність усе ж передбачена, діє презумпція її існування (уважається, що взаємність існує, оскільки не доведено інше, ідеться в ч. 2 цієї статті Закону). Отже, українське законодавство обережно ставиться до взаємності.

Національне законодавство України, надаючи суб'єктам нотаріальних процесуальних відносин з іноземним елементом широкі можливості в укладенні цивільних договорів, зокрема відповідно до принципу свободи договору (ст. 627 Цивільного кодексу України), автономії волі (ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право»), застерігає їх від того, що, відповідно до ст. 10 Закону України «Про міжнародне приватне право», правочин та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно з цим Законом, в обхід його положень, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм цього Закону.

Як убачається із практики, обхід закону найчастіше відбувається у сфері спадкових, шлюбно-сімейних відносин, а також відносин, пов'язаних із створенням юридичних осіб в офшорних зонах. Обхід закону, як правило, спричиняється бажанням сторін уникнути обов'язкових імперативних норм законів.

У доктрині міжнародного приватного права доведено, що обхід закону – це такі дії учасників відносин, за яких сторонами свідомо створюється прив'язка до іноземного права з метою уникнення використання до цих правовідносин примусового закону, якому вони підпорядковані [7, с. 33]; це такі ситуації, коли сторони мають бажання уникнути застосування невідгідної чи незручної, з їхньої точки зору, матеріальної норми права, і тому своїми діями створюють такий фактичний склад правовідносин, коли застосовуваним правом до цих відносин буде вибране матеріальне право іншої країни, яке має більш сприятливі для сторін норми [6, с. 86]. Разом із тим проблема обходу закону як у правовій науці, так і в практичній діяльності не має однозначного вирішення, є дискусійною та потребує додаткового ґрунтовного наукового дослідження.

Отже, є підстави підтримати Т. Федоренко в тому, що застосування в нотаріальному процесі норм іноземного законодавства є правозастосовним процесом і розглядається як процесуально-правова діяльність нотаріуса, яка пов'язана з веденням конкретного нотаріального провадження з іноземним елементом, яка здійснюється в межах, у порядку та в спосіб, передбачені національним законодавством України, а саме: Законами України – «Про міжнародне

приватне право», «Про нотаріат», чинними міжнародними договорами України, із дотриманням загальноновизнаних принципів міжнародного права, як-от: невтручання у внутрішні справи, суверенна рівність держав тощо [8, с. 5].

Висновки. Підсумовуючи викладене вище, зазначимо, що завдання нотаріуса полягає в тому, щоб заступати іноземне право в міжнародному нотаріальному процесі так, як воно застосовується в іноземній країні. Разом із тим такий правозастосовний процес здійснюється в установлених національним законодавством України (Конституцією, чинними міжнародними договорами України, Законом України «Про міжнародне приватне право» тощо) межах із дотриманням загальноновизнаних принципів міжнародного права. Крім того, при застосуванні іноземного права велике значення має встановлення його змісту й меж застосування.

Відтак на відповідній стадії нотаріального провадження з іноземним елементом процесуальні дії нотаріуса, зокрема, мають таку схему:

- здійснення правової кваліфікації наявних обставин нотаріальної справи за законом місця вчинення нотаріального провадження (законом України), установлення належної колізійної прив'язки;

- якщо колізійна норма відсилає до іноземного права (або такий вибір здійснено, наприклад, у заповіті), установити його зміст з метою вирішення питання про наявність зворотного відсилання або відсилання до права третьої країни, а також наявності в такій країні однієї чи кількох правових систем;

- дослідити питання щодо наявності в діях сторін ознак обходу закону, обмеження автономії волі за законом України, а також сумісності наслідків застосування норм іноземного права із засадами публічного правопорядку України, з'ясувати наявність імперативних норм у законах України, які мають бути застосовані незалежно від іноземного права, що підлягає застосуванню;

- якщо колізійні норми визначають компетентним закон іноземної країни, установити зміст норм матеріального права цієї країни (інших джерел іноземного права) і здійснити кваліфікацію обставин справи відповідно до *lex causae* (так, як це зробив би іноземний нотаріус чи особа, наділена повноваженнями нотаріуса);

- застосувати іноземне право й видати нотаріальний акт.

Ми підтримуємо науковців, які пропонують з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про міжнародне приватне право», Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України доповнити окремим розділом про встановлення та застосування норм іноземного права в нотаріальному процесі чи розробити окремий підзаконний нормативно-правовий документ для регулювання нотаріальних відносин з іноземним елементом.



ЛІТЕРАТУРА:

1. Кармаза О.О. Міжнародний нотаріальний процес: правова природа / О.О. Кармаза // Молодий вчений. – 2015. – № 2. – С. 763–766.
2. Международное частное право : [учебник] / под ред. Г.К. Дмитриевой. – М. : ПБОЮЛ Гриженко Е.М., 2001. – 656 с.
3. Ніколенко Л.М. Матеріальні та процесуальні норми і правовідносини: їх взаємозв'язок у господарському судочинстві / Л.М. Ніколенко // Наше право. – 2013. – № 10. – С. 148–154.
3. Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації / В.І. Кисіль. – 2-е вид., доп. і перероб. – К. : Україна, 2005. – 480 с.

4. Шутак Д.И. Правовые оговорки в доктрине международного частного права / Д.И. Шутак. – СПб. : Алетейя, 1999. – С. 73.
5. Міжнародне приватне право. Загальна частина : [підручник] / за ред. А.С. Довгерта, В.І. Кисіля. – К. : Алерта, 2012. – 376 с.
6. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / за ред. д-ра ю. н., проф. А. Довгерта. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2008 – 352 с.
7. Васильченко В.В. Науково-практичний коментар Закону України «Про міжнародне приватне право» / В.В. Васильченко. – К. : Істина, 2007. – 200 с.
8. Федоренко Т.В. Охорона та захист цивільних прав іноземців у нотаріальному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Т.В. Федоренко. – К., 2015. – 20 с.

УДК 347.155

ВЧИНЕННЯ ПРАВОЧИНІВ МАЛОЛІТНІМИ ОСОБАМИ ЗА МЕЖАМИ ЇХ ЦИВІЛЬНОЇ ДІЄЗДАТНОСТІ

Мищенко М.В., старший викладач
кафедри історії та теорії держави і права
Чорноморський державний університет імені Петра Могили,
здобувач кафедри цивільного права № 2
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена аналізу процедури вчинення правочинів малолітніми, які виходять за межі їх дієздатності. Автором проаналізовано наслідки вчинення правочинів малолітніми за межами їх дієздатності та надано пропозиції щодо удосконалення законодавства у цій сфері.

Ключові слова: малолітні особи, дієздатність, недієздатність, правочини, нікчемність, реституція.

Статья посвящена анализу процедуры совершения сделок малолетними, которые выходят за пределы их дееспособности. Автором проанализированы последствия совершения сделок малолетними за пределами их дееспособности и предоставлены предложения относительно усовершенствования законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: малолетние лица, дееспособность, недееспособность, сделки, ничтожность, реституция.

Mishchenko M.V. FEASANCE OF TRANSACTIONS VERY YOUNG PERSONS OUTSIDE THEIR CAPABILITY

The article is devoted the analysis of procedure of feasance of transactions very young, which go out outside their capability. An author is analyse the consequences of feasance of transactions very young outside their capability and given suggestion in relation to the improvement of legislation in this sphere.

Key words: very young persons, capability, incompetence, transactions, insignificance, restitution.

Постановка проблеми. Однією із вимог, дотримання яких впливає на чинність правочину, є необхідний обсяг дієздатності особи, яка його вчиняє. За загальним правилом, правочини вчиняються особами з повною цивільною дієздатністю.

Особи, які не мають повної дієздатності (зокрема, малолітні), можуть вчиняти лише ті правочини, які дозволені чинним законодавством. Так, відповідно до ст. 31 ЦК України малолітні мають право вчиняти виключно дрібні побутові правочини. Усі інші види правочинів на користь малолітніх та від їх імені можуть вчиняти батьки або особи, які їх замінюють.

Недотримання умов чинності правочинів (хоча б однієї з них) тягне за собою певні правові наслідки: їх недійсність. Законодавць в досить детально врегулював наслідки вчинення правочинів малолітніми за межами

їх цивільної дієздатності. Проте проблеми правозастосування залишаються невирішеними і потребують ретельного вивчення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика правової регламентації чинності правочинів частково розглянута у працях видатних українських вчених, як-то: О.В. Дзера, А.С. Довгерт, І.В. Жилінкова, В.І. Крат, Н.С. Кузнецова, О.А. Підпригора, О.А. Пушкін, Г.А. Резнік, М.М. Сибільов, І.В. Спасько-Фатеева, Я.М. Шевченко, В.Л. Яроцький та інші. Серед іноземних науковців варто виділити В.І. Абрамова, С.В. Букшину, Г.С. Джумагієву, С.В. Осипову, В.В. Скоробогатову, М.О. Хватову, Л.О. Чеговадзе. Проте у працях зазначених фахівців питанню визначення правових наслідків вчинення правочинів малолітніми за межами їх цивільної дієздатності приділено недостатньо уваги, окремі аспекти цієї проблеми залишені без розгляду.