

частями гражданского права. При этом проводится анализ всех книг Гражданского кодекса. В результате детального исследования норм оказывается, что в той или иной мере подотрасль личных неимущественных прав связана со всеми другими подотраслями гражданского права.

Ключевые слова: личные неимущественные права, подотрасль гражданского права.

Fedyuk L.V. Connection of subindustry of the personal unproperty rights is with other parts of civil law

The scientific article is concentrated on to the study of question, as the personal unproperty rights are correlated between itself with different parts of civil law. The analysis of all books of the Civil code is thus conducted. It appears as a result of the detailed research of norms, that in one or another measure the subindustry of the personal unproperty rights is related to all other subindustries of civil law.

Keywords: personal unproperty rights, subindustry of civil law.

Черняк Ю.В.

ПРЕДСТАВНИЦТВО У МІЖНАРОДНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ЗАСАДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ

УДК 347.965.43

Інститут представництва є доволі поширеним у національному цивільному процесі будь-якої держави. Що ж стосується міжнародного цивільного процесу, то тут його важливість і затребуваність є ще вагомішими. Такий стан речей безпосередньо впливає із підпорядкованості міжнародного цивільного процесу принципу *lex fori*, відповідно до якого суд, розглядаючи і вирішуючи по суті цивільну справу з «іноземним елементом», застосовує процесуальне право своєї держави. Іноземці та іноземні юридичні особи зазвичай не обізнані із процесуальним законодавством держави суду і не знають мови, якою здійснюється судове провадження. Як наслідок, подання позову (або заперечень на позов), сплата державного мита, пред'явлення доказів для обґрунтування своєї позиції у справі, активна участь у судовому процесі, здійснення інших процесуальних дій є для них непростотою справою. У нагоді стає інститут представництва, основна ціль якого – це «захист прав та інтересів осіб, які беруть участь у справі, та реалізація представником процесуальних прав і обов'язків особи, яку він представляє» [1]. Враховуючи специфіку саме міжнародного цивільного процесу, вважаємо, що інститут представництва виконує ще одну важливу функцію, оскільки сприяє розгляду цивільної справи з «іноземним елементом» у більш розумні строки. Адже, розгляд такої справи неминуче пов'язаний із необхідністю надсилати судові документи за кордон – до держави місця проживання/місцезнаходження однієї із сторін справи. Це здійснюється для того, щоб ця сторона була

поінформована про хід судового процесу і були дотримані принципи рівності сторін та змагальності. Незалежно від того, які механізми надіслання і отримання судових документів застосовуються (через дипломатичні і консульські канали чи через центральні органи юстиції держав), це може істотно подовжити строк розгляду справи. Проте такого затягування цивільного процесу можливо уникнути, якщо іноземну сторону справи представляє особа із місцезнаходженням у державі суду і, відповідно, судова кореспонденція приходить на її адресу.

Інститут представництва, як і більшість інститутів міжнародного цивільного процесуального права, постійно розвивається. Тому, незважаючи на те, що окремі його аспекти розглядалися у працях вітчизняних правознавців (зокрема, Аверіна Д.Д., Павлуника І.А., Комарова В.В., Лазько Г.З., Яблочкова Т.М.), вважаємо за доречне зосередити нашу увагу на тих питаннях застосування даного інституту, які є найбільш дискусійними з точки зору сучасної практики.

Перш за все, необхідно з'ясувати, хто може виступати в якості представника іноземного позивача чи відповідача у цивільному процесі. В силу принципу *lex fori* та принципу національного правового режиму для іноземців у цивільному процесі, відповідь на це питання необхідно шукати, перш за все, у внутрішньому законодавстві України. Відповідно до ст. 40 ЦПК України 2004 р., представником у суді може бути адвокат або інша особа, яка досягла 18 років, має цивільну процесуальну дієздатність і належно посвідчені повноваження на здійснення представництва у суді. Стаття 41 цього ж кодексу визначає, хто не може бути представником у суді. Важливо наголосити на тому, що дана норма не містить будь-яких обмежень для здійснення представництва за ознакою громадянства чи місця проживання. Таким чином, можна зробити висновок, що наразі представником іноземної особи в українському суді може виступати також і іноземний громадянин, у т.ч. й іноземний адвокат. Таку позицію чинного українського законодавства не поділяють автори деяких проєктів нового закону України «Про адвокатуру». Приміром, проєктом Закону України «Про адвокатуру», внесеним народними депутатами України Маркуш М.А., Соболевим С.В., Демьохіним В.А., Кармазіним Ю.А. (реєстраційний номер 7051 від 4.02.2005) пропонувалося включити статтю 4 – «Здійснення в Україні адвокатської діяльності адвокатом іноземної держави», в якій передбачити, що іноземний адвокат може надавати в Україні правову допомогу лише з питань законодавства іноземної держави, у якій йому надано статус адвоката, за умови забезпечення іноземною державою таких можливостей адвокатам України [2]. Обмеження здійснення адвокатської діяльності в Україні адвокатом іноземної держави можливістю надавати правову допомогу лише із законодавства тієї країни, в якій він отримав статус адвоката, закріплено також проєктом Закону України від 6.05.2009 р. «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру» [3]. Необхідно зробити застереження, що такі положення вказаних законопроєктів суперечать

міжнародним і, зокрема, європейським стандартам міжнародного цивільного процесу. Так, у Європейському Союзі діє Директива ЄС 77/249 про спрощення фактичної реалізації вільного обігу послуг, які надаються адвокатами (Council Directive to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services) [4]. Директива була прийнята 22 березня 1977 р., до неї неодноразово вносилися зміни і доповнення, останні – у 2003 р., у зв'язку з приєднанням до ЄС нових держав-членів. У Преамбулі Директиви є, зокрема, посилання на Угоду про ЄЕС, яка забороняє дискримінацію у сфері надання послуг за ознакою громадянства чи місця проживання. Стаття 1 Директиви містить перелік найменування адвокатів у кожній державі-учасниці ЄС – у більшості країн ця особа називається «адвокат». Центральна ідея Директиви полягає у тому, що кожна держава-член ЄС визнає повноваження адвоката, який походить з іншої держави ЄС (ст. 2). Іноземний адвокат має підтвердити свій професійний статус документом, який складається мовою або однією із офіційних мов держави його походження і містить вказівку або на професійну організацію, в якій адвокат здійснює свою практичну діяльність, або на суд, в якому він уповноважений практикувати відповідно до законодавства своєї держави. Інший міжнародний документ – Принципи Міжнародного Цивільного Процесу УНІДРУА та коментар, що додається до них, підготовлені і затверджені Американським Інститутом Права у травні 2004 р. та Міжнародним Інститутом з Уніфікації Приватного Права (УНІДРУА) у квітні 2004 р., – питанню представництва присвячує окремий принцип, а саме: Принцип 4. Право найняти адвоката [5]. Суть цього Принципу полягає у тому, що сторона справи має право обрати і найняти адвоката. При цьому допускається як представництво її інтересів у суді адвокатом, який допущений до практики у державі суду, так і активна допомога у суді з боку адвоката, що походить з іншої держави. Як зазначається у Коментарі до даної норми, йдеться, зокрема, про постійного адвоката сторони, якому має бути дозволено брати участь у всіх слуханнях справи.

Цікавими і такими, що потребують подальшої регламентації у внутрішньому законодавстві кожної держави-члена ЄС є положення Директиви про те, що у випадку неналежного виконання іноземним адвокатом своїх обов'язків щодо представництва клієнта, суд держави-учасниці, в якому розглядається справа, або інший компетентний орган цієї держави має визначити правові наслідки такої невідповідності і може отримувати будь-яку необхідну професійну інформацію щодо цієї особи від компетентних органів держави, з якої адвокат походить.

На нашу думку, надзвичайно важливим є положення ст. 4 Директиви про те, що представництво адвокатом свого клієнта в іноземній державі здійснюється відповідно до права держави, в якій відбувається цивільний процес, за винятком вимоги стосовно необхідності реєстрації у певній професійній організації цієї держави; при здійсненні своїх представницьких функцій іноземний адвокат має дотримуватися правил адвокатської етики, що

діють у державі суді, не порушуючи при цьому своїх обов'язків, покладених на нього законодавством держави його походження. Схожі за змістом правила передбачені у Коментарі до Принципу 4 Міжнародного Цивільного Процесу: «відносини адвокат-клієнт, як правило, регулюються нормами права держави суду» (P-4C); «адвокати є незалежними у своїй діяльності, вони мають діяти у відповідності із інтересами своїх клієнтів та дотримуватися принципу конфіденційності» (P-4D). В українському чинному законодавстві, на протилегу європейському, немає норми, яка б безпосередньо підпорядковувала відносини процесуального представництва закону суду. Проте висновок про те, що при наданні правової допомоги в Україні іноземний адвокат користується тими самими правами і несе такі самі обов'язки, що і адвокат України, випливає із принципу *lex fori* як загальновизнаного принципу міжнародного цивільного процесу та правила про національний правовий режим іноземців у цивільному процесі, яке закріплено у низці міжнародно-правових документів за участю України.

На інституті представництва також позначається одна із таких тенденцій розвитку сучасного міжнародного цивільного процесуального права, як закріплення на рівні міжнародно-правових норм додаткових гарантій належного здійснення процесуальних прав дітьми. Наразі у світі діє ціла низка договорів міжнародного та регіонального рівня, що присвячені правому статусу саме цього учасника процесу. Основним документом є підготовлена Радою Європи Європейська конвенція про здійснення прав дитини 1996 р. (ратифікована Україною у 2006 р.). Проаналізувавши даний міжнародний документ, можна виділити декілька прикметних ознак, що характеризують представництво саме дитини у міжнародному цивільному процесі:

1. Представниками дитини можуть бути як фізичні особи – приміром, юристи, яких було спеціально уповноважено діяти у судових установах в інтересах дитини, так і компетентні органи, відповідальні за добробут дитини.

2. Окрема категорія представників дитини – це її батьки та інші особи, які несуть батьківську відповідальність (опікуни, піклувальники, усиновлювачі). У більшості держав світу батьки можуть виступати законними представниками своєї дитини у судовому процесі. У таких справах батьки діють від імені дитини без необхідності спеціального уповноваження. Проте якщо з обставин справи впливає наявність конфлікту між інтересами дитини та інтересами батьків, то останні, відповідно до внутрішнього права держави суду, можуть бути усунуті судом від здійснення представництва дитини. Позбавлення батьків функцій представництва своєї дитини у суді і призначення останній спеціального представника можливо як за клопотанням самої дитини, так і з власної ініціативи суду (ст.ст. 4, 9).

3. Суд може призначити дитині спеціального представника навіть тоді, коли відсутній конфлікт інтересів між дитиною та її батьками (ч. 2 ст. 9).

4. До кола обов'язків представника дитини належить обов'язок надавати дитині всю відповідну інформацію, надавати роз'яснення щодо можливих

наслідків врахування її думки та щодо можливих наслідків будь-якої дії представника, а також з'ясувати думку дитини і доводити її до відома судового органу (ч. 1 ст. 10). Однак, Конвенція робить застереження, що виконання представником цих обов'язків не повинно зашкодити найвищим інтересам дитини. Приміром у конвенції передбачається надання дитині не будь-якої, а саме «відповідної інформації» – це означає, що не завжди є доречним оголошувати дитині всю інформацію, оскільки певна інформація, враховуючи вік дитини та здатність до розуміння, може заподіяти їй шкоду. Крім того, як наголошується у Пояснювальній Доповіді до Європейської конвенції 1996 р., інформацію має бути адаптовано представником дитини – як за формою, так і за змістом – до віку та рівня свідомості і розуміння дитини [6].

У міжнародному цивільному процесі широко застосовується консульське представництво. Право консула здійснювати представництво громадян своєї держави в країні перебування передбачено:

Віденською конвенцією про консульські зносини 1963 р., яка до функцій консула відносить у тому числі захист в державі його перебування інтересів держави, яку він представляє, та її громадян (ст. 5);

двосторонніми консульськими конвенціями (договорами) України, відповідно до яких консул здійснює представництво від імені громадян своєї держави в судових та інших органах держави свого перебування, якщо вони відсутні або з інших поважних причин самі не в змозі захищати свої права та інтереси;

Консульським Статутом України, затв. Указом Президента України 1994 р., який встановлює, що консульські установи України захищають за кордоном права та інтереси України, юр.осіб і громадян України (ст. 1); консул має право без окремого доручення представляти в установах держави перебування громадян України, якщо вони є відсутніми і не доручили ведення справи якійсь особі або не можуть захищати свої інтереси з інших причин (ст. 26).

Наразі у чинному законодавстві України залишається колізія між нормою ст. 42 ЦПК України, відповідно до якої повноваження процесуального представника повинні бути стверджені зазначеними у ній документами, та положеннями вищевказаних міжнародних договорів України, які надають консулу повноваження діяти і без спеціального доручення. На цю колізію свого часу, ще коли діяв попередній ЦПК України 1963 р., звертали увагу такі вчені, як І.А. Павлунік, М.Й. Штефан [7]. Автор цієї статті поділяє їхню точку зору про те, що дану колізію варто вирішувати з урахуванням правила пріоритету норми міжнародного договору, ратифікованого Україною, над нормою її внутрішнього права. У чинному ЦПК України дане правило міститься у ч. 2 ст. 2.

В аспекті питання про консульське представництво доречно вказати на Рішення Міжнародного Суду Справедливості (International Court of Justice) у Справі щодо Віденської конвенції про консульські зносини (Парагвай проти

США) (Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America). Республіка Парагвай ініціювала процес у цьому суді з метою запобігання виконання вироку, який було ухвалено судом США стосовно громадянина Республіки Парагвай з численними порушеннями. Зокрема, Міжнародний Суд Справедливості встановив, що американським судом було порушено приписи Віденської конвенції про консульські зносини 1963 р. про те, що консул має бути повідомлений про судовий процес, який має місце у державі його перебування і який стосується громадянина держави, яку він представляє, а також має бути допущений до участі в цьому процесі [8]. Даним рішенням міжнародний юрисдикційний орган не лише вказав на важливість консульського представництва, але й підкреслив його особливий характер, яка полягає у тому, що представництво консулом є офіційним і здійснюється в силу закону чи міжнародного договору, навіть за відсутності довіреності.

Підсумовуючи зазначимо, що інститут представництва у міжнародному цивільному процесі може бути яскравим прикладом впливу міжнародних стандартів на формування внутрішнього процесуального законодавства України. Сучасна система правил даного інституту спирається на міжнародні документи про фундаментальні права людини, Рішення міжнародних юрисдикційних органів та Принципи Міжнародного Цивільного Процесу УНІДРУА.

1. Павлуник І.А. Представництво в цивільному процесі України: Авторефер. дис. ... канд.юрид.наук: 12.00.03. – Київ, 2002. – С. 4.
2. Проект закону України «Про адвокатуру» (реєстраційний номер 7051 від 4.02.2005). – Редакція журналу «Адвокат». – Київ, 2005. – С. 4.
3. Проект закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру» (проект Закону 6.05.2009; подання 6.05.2009). – <http://www.rada.gov.ua>.
4. Council Directive of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services (77/249/EEC). – OJ L 78, 26.3.1977. P. 17.
5. ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. – <http://www.unodroit.org>
6. Explanatory Report on European Convention on the Exercise of Children's Rights – <http://www.conventions.coe.int>
7. Павлуник І.А. Представництво в цивільному процесі України: Авторефер. дис. ... канд.юрид.наук: 12.00.03. – Київ, 2002. – С. 16; Штефан М.П. Цивільний процес. Підруч. для юрид. спеціальностей вищих закладів освіти: - К, Ін Юре. – 1997. - С. 568.

Черняк Ю.В. Представництво у міжнародному цивільному процесі: засади правового регулювання в Україні

У статті проаналізовано положення чинного законодавства України про представництво у міжнародному цивільному процесі – з точки зору їх відповідності міжнародним і, зокрема, європейським стандартам. Висвітлено деякі, найбільш поширені у практиці, питання застосування даного інституту: можливість іноземних адвокатів виступати в якості представників, особливості представництва у справах за участю дитини та представництва, що здійснюється консулами.

Ключові слова: міжнародний цивільний процес, представництво.

Черняк Ю.В. Представительство в международном гражданском процессе: основы правового регулирования в Украине

В статье проанализированы положения действующего законодательства Украины о представительстве в международном гражданском процессе – с точки зрения их соответствия международным и, в частности, европейским стандартам. Освещены некоторые, наиболее распространенные на практике, вопросы применения данного института: возможность иностранных адвокатов выступать в качестве представителей, особенности представительства по делам с участием детей и представительства, осуществляемого консулами.

Ключевые слова: международный гражданский процесс, представительство.

Chernyak Y.V. Representation in international civil procedure: Regulatory Framework in Ukraine

The statement is devoted to the analysis of the rules of the current Ukrainian legislation about representation in international civil litigation – with a view to the international and particularly European standards. The author highlights the main practical aspects of this institute: the right of foreign lawyer to act as a representative in civil litigation, peculiarities of representation in the cases concerning a child and representation by consuls.

Key words: international civil litigation, representation.