

Стрілько В. Ю.,
аспірант кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПІДСТАВИ ТА МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ НОТАРІУСОМ НОРМ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА

THE REASONS AND LIMITS OF APPLICABILITY OF FOREIGN LAW BY THE NOTARY

У статті розглядаються нормативно-правові та методологічні підходи стосовно підстав, умов та меж застосування в нотаріальному процесі норм іноземного законодавства. Розкрито зміст поняття «джерело нотаріального процесу з іноземним елементом». Запропоновано зміни до законодавства України.

Ключові слова: міжнародний нотаріальний процес, міжнародне приватне право, норми іноземного права, джерело права, нотаріус.

В статье рассматриваются нормативно-правовые и методологические подходы относительно оснований, условий и пределов применения в нотариальном процессе норм иностранного законодательства. Раскрыто содержание понятия «источник нотариального процесса с иностранным элементом». Предложены изменения в законодательство Украины.

Ключевые слова: международный нотариальный процесс, международное частное право, нормы иностранного права, источники права, нотариус.

The article considers the legal and methodological approaches to the grounds, conditions and limits used in the process of notary standards of foreign law. The content of the concept of “source notary process with a foreign element”. Proposed changes in the legislation of Ukraine.

Key words: international notarial process, international private law, foreign law, sources of law, notary.

Постановка проблеми. Відповідно до ст. 98 Закону України «Про нотаріат» нотаріуси застосовують норми іноземного права згідно із приписами національного законодавства України. Разом з тим, здійснивши опитування більше двадцяти нотаріусів нотаріальних округів м. Києва та Київської області, дійшли висновку, що кожний другий нотаріус здійснював нотаріальні дії на підставі усної чи письмової заяви іноземців, однак такі нотаріально-процесуальні відносини регулювалися законодавством України. Проте це не означає, що норма є «мертвою» та не застосовується нотаріусами в Україні. Практики та вчені єдині у висновку: застосування нотаріусом норм іноземного права є однією з нагальних та не вирішених на належному законодавчому рівні проблем нотаріальної практики. Вважаємо, що на сьогодні застосування норм іноземного права повинно розглядатися нотаріусом як позитивна необхідність для забезпечення верховенства права та розвитку міжнародних відносин, а чинне законодавство потребує внесення відповідних змін.

Актуальність роботи підтверджується тим, що порушене питання належить до найменш розроблених у теорії нотаріального процесу та теорії міжнародного приватного права. Як правило, проблеми застосування норм іноземного права досліджуються вченими з міжнародного приватного права (А. Довгерт, Г. Галущенко, В. Кисіль, В. Калакура, Б. Криволапов, О. Мережко, Г. Цірат, Г. Фединяк, Ю. Черняк тощо) та цивільного процесу (І. Ізарова, О. Захарова, О. Грабовська, В. Комаров, Ю. Притика, С. Фурса тощо). Водночас у науковій юридичній

літературі дослідження, переважно, зосереджені на особливостях нотаріального оформлення документів для дії закордон (наприклад, Н. Гуть). Крім того, роз'яснення та узагальнення Міністерства юстиції України з порушеного питання датовані 1998 та 2010 рр. та є такими, що, на нашу думку, потребують оновлення [1; 2]. Наближеною до теми статті є робота О. Кармази [3]. Однак, сучасний рівень вітчизняних наукових досліджень не відповідає потребам розвитку суспільних відносин в Україні в напрямі наближення законодавства, теорії та практики до права Європейського Союзу, тому стаття є актуальною.

Метою статті є аналіз підстав та меж застосування нотаріусом в Україні джерел іноземного права через призму міжнародного приватного права.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 26 Конституції України іноземці та особи без громадянства наділені такою ж правосуб'єктністю, як і громадяни України, за виключенням, встановлених законом. Відтак, в Україні ці особи мають право звертатися до нотаріуса стосовно вчинення нотаріальних дій, зокрема посвідчувати заповіт. Згідно із Законом України «Про міжнародне право» в заповіті для врегулювання в подальшому спадкових відносин вони мають право обрати закон їхнього громадянства, якщо інше не передбачено законом України. Тобто, після смерті заповідача, за умови, що заповіт не буде оскаржено до суду, та його вимоги не порушують Конституцію та закони України, спадкові відносини регулюватимуться іноземним законом – законом громадянства заповідача. У такому разі, нотаріус, на підставі норм Закону України «Про нотаріат» та за умови

письмової заяви спадкоємців, відкриє нотаріальне провадження про спадкування, користуючись приписами Закону України «Про міжнародне приватне право», з'ясує право якої країни потрібно застосувати для врегулювання спадкових відносин з іноземним елементом, та буде вчиняти інші процесуальні дії в межах цього нотаріального провадження.

Отже, у разі якщо застосування норм іноземного права передбачено законом України чи чинним міжнародним договором – подальші нотаріально-процесуальні дії нотаріуса ґрунтуватимуться на джерелах права іноземної країни. У зв'язку з цим, у теорії нотаріального процесу слід вести мову про те, що нотаріально-процесуальні відносини з іноземним елементом регулюються джерелами права України, серед яких основне місце займають нормативно-правові акти України, та джерелами права іноземної країни. При цьому наголосимо, що науково-практичний аналіз нотаріальної та судової практики засвідчив, що право іноземної країни, як правило, застосовується в разі, якщо це не суперечить Конституції України та загальновизнаним міжнародним принципам. Крім того, в Україні застосування норм іноземного права можливе тільки тих держав, які визнані Україною. Тобто, застосування іноземного права пов'язується з визнанням держави.

Так, проаналізувавши судову практику з Єдиного державного реєстру судових рішень України, дійдемо висновку, що документи, складені та видані на території невизнаних іноземних держав, не можуть бути долучені до матеріалів нотаріальної справи та не приймаються нотаріусами. Наприклад, у суді встановлювався факт смерті громадянина, який помер у Придністровській Молдавській республіці, оскільки нотаріус відмовив у відкритті спадщини, а свою відмову мотивував тим, що «свідоцтво про смерть видано органом невизнаної ніким Придністровської Молдавської республіки, і не є правостановлюючим документом» (рішення у цивільній справі № 686/1276/15-ц від 15 березня 2015 р.).

Звертаємо також увагу на застосуванні в нотаріальній практиці законодавства Російської Федерації, яке регулює відносини, що виникають в Автономній Республіці Крим. Так, відповідно до ст. 9 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», будь-які органи, їх посадові та службові особи на тимчасово окупованій території та їх діяльність вважаються незаконними, якщо ці органи або особи створені, обрані чи призначені в порядку, не передбаченому законом. Будь-який акт (рішення, документ), виданий такими органами та/або особами, є недійсним і не створює правових наслідків. Встановлення зв'язків та взаємодія органів державної влади України, їх посадових осіб, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб з незаконними органами (посадовими особами), створеними на тимчасово окупованій території, допускається виключно з метою забезпечення національних інтересів України, захисту прав і свобод громадян України, виконання міжнародних договорів, згода

на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, сприяння відновленню в межах тимчасово окупованої території конституційного ладу України.

Отже, у разі, коли громадянин України помер на території, що в Україні законом визнана тимчасово окупованою, тобто це територія Автономної Республіки Крим, спадщина складається з нерухомого майна, розташованого на території Криму та Херсонської області, а спадкоємці звернулися в Україні для відкриття спадщини, мова про наявність у спадкових відносинах іноземного елемента не може йти як на науковому рівні, так і у практичній діяльності. Однак, якщо спадкодавцем є іноземець, то, відповідно до Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», а також Закону України «Про міжнародне приватне право», відносини регулюються тільки правом України.

Системно проаналізувавши законодавство України, зокрема й через призму ст.ст. 9 та 19 Конституції України, дійдемо висновку, що підстави та межі застосування права іноземного законодавства встановлюються національним законодавством України. Так, наприклад, згідно зі ст. 98 Закону України «Про нотаріат», нотаріуси, відповідно до законодавства України та міжнародних договорів, застосовують норми іноземного права. Нотаріуси приймають документи, складені відповідно до вимог іноземного права, а також вчиняють посвідчувальні написи за формою, передбаченою іноземним законодавством, якщо це не суперечить законодавству України.

Обсяг застосування джерел іноземного права обумовлений, зокрема, у Законі України «Про міжнародне приватне право», а саме: 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 (ст. 6 цього Закону).

Відтак, складно заперечити науковцям та практикам у тому, що юридичною підставою застосування в нотаріальному процесі України норм іноземного права є норми національного законодавства України: Законів України «Про міжнародне приватне право», «Про нотаріат», а також чинних міжнародних договорів України.

Разом з тим, доктрина міжнародного приватного права щодо підстав застосування джерел іноземного права виходить з того, що:

– іноземне право застосовується через нерозривність правових норм і предметів матеріального світу (тобто право слідує за предметом матеріального світу, наприклад, шлюб є дійсним за умови, що подружжя виїхало за межі держави, в якій укладено шлюб);

– іноземне право на території іншої країни застосовується лише за наявності прямих вказівок у національному праві;

– іноземне право застосовується внаслідок мовчазної згоди держав надавати юридичне значення іноземним правовим нормам;

– застосування іноземного права не потребує теоретичних обґрунтувань (цей підхід будується на апелюванні до вимог практики);

– застосування іноземного права здійснюється також відповідно до загальноновизначених принципів міжнародного приватного права, як от: принцип суверенної рівності країн, самовизначення, невтручання у внутрішні справи тощо, а також міжнародних зобов'язань [4, с.144; 5, с. 220–221].

Отже, теорія та практика міжнародного приватного права розширюють підстави застосування норм іноземного права.

Слід також зазначити, що хоча закон України чи чинний міжнародний договір України й передбачає застосування норм іноземного права, однак, у деяких випадках, потрібна дія принципу автономії волі. Так ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлено, що у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Тобто, цей Закон також підтримує ідею, що застосування норми іноземного права можливе лише у випадку, передбаченому законом, але за наявності волі сторони. Зокрема, такий випадок передбачено у ст. 70 цього Закону (спадкодавець може обрати в заповіті право країни, громадянином якої він був).

Загальновідомо, що під терміном «застосування норм іноземного права» у вузькому розумінні мова йде про застосування норм позитивного та природного права, що є джерелами іноземного права. Відтак, нотаріус повинен застосовувати джерела права іноземної країни в тих межах і в тому порядку, як вони визнаються в іноземній країні. На цьому наголошує також вимога ст. 6 Закону України «Про міжнародне приватне право». Крім того, застосовуючи норми іноземного права в нотаріальному провадженні з іноземним елементом, нотаріус визначає дію цих норм у часі та просторі тощо.

Наголосимо, що національне законодавство України, теорія та практика акцентують увагу нотаріусів на тому, що при вчиненні нотаріальних дій останні зобов'язані застосовувати норми іноземного права в межах, встановлених національним законодавством України. Зокрема О. Кармаза вказує на те, що встановлення меж застосування таких норм зумовлено тим, що використання іноземного права може призвести до порушення конституційних принципів, встановлених в Основному Законі України [6]. Важко заперечити Г. Галущенко у таких виділених ним підставах відмови в застосуванні норм іноземного права, як: застереження про публічний порядок; правова несумісність; дія імперативних норм міжнародного приватного права; реторсія та взаємність [7]. Розглянемо деякі з них.

Так за ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право» норма права іноземної країни не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. У таких випадках застосовується право, що має най-

більш тісний зв'язок з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України.

Як доводить В. Кисіль, застереження про публічний порядок (order public, public policy) міститься у джерелах права майже всіх правових систем, однак розкриття змісту правої конструкції «публічний порядок» є однією з найскладніших проблем теорії міжнародного приватного права та практики [8, с. 190–205]. Нагадаємо, що одним з перших науковців, який довів концепцію актуальності публічного порядку, є А. Піє [9].

В Україні ця проблема також не вирішена, оскільки національне законодавство, не розкриваючи значення поняття «публічний порядок», передбачає його деякі ознаки. Так, згідно зі ст. 228 ЦК України, правочин вважається таким, що порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини й громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Подібні приписи існують і в ЦК іноземних країн (наприклад, §138 ЦК Німеччини). Натомість, В. Кисіль зазначає, що відправним пунктом у формуванні сучасного вчення про публічний порядок у розумінні міжнародного приватного права стала норма ст. 6 Кодексу Наполеона (ЦК Франції), за якою не можна порушувати приватними угодами суспільний порядок і добрі звичаї [10, с. 226–227].

Науковцями не безпідставно пропонується «публічний порядок» розглядати через призму «конституційного ладу», «основ конституційного ладу», «суверенітету та безпеки», «основних принципів законодавства» тощо [11, с.73]. Звертаємо увагу, що Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 р. № 12 «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» надає роз'яснення значення терміну «публічний порядок», а саме: під публічним порядком належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо). Тобто, теорія та практика єдині в розкритті змісту цієї категорії.

Чинні міжнародні договори України також містять застереження про публічний порядок. Так, відповідно до ст. 17 Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах, у виконанні запиту про надання правової допомоги може бути відмовлено, якщо запитувана Договірною Сторона дійде висновку, що таке виконання може спричинити шкоду її суверенітету чи безпеці або суперечить її законодавству. За ст. 17 Договору між Україною та Кореїською Народно-Демократичною Республікою про правову допомогу в цивільних та кримінальних справах запитувана

Договірна Сторона виконує запит про надання правової допомоги за умови, якщо надання правової допомоги не завдасть шкоди її суверенітету або безпеці, та не буде суперечити її конституційним принципам і основним принципам міжнародного права. Аналогічна норма є й у ст. 16 Договору між Україною та Республікою Болгарія про правову допомогу в цивільних справах, ст. 4 Угоди між Україною та Грецькою Республікою про правову допомогу в цивільних справах тощо.

Отже, уповноважена законом особа на вчинення нотаріальних дій в Україні застосовує застереження про публічний порядок у разі, якщо застосована норма іноземного права призведе до наслідків, явно несумісних з публічним правопорядком України, та буде протирічити конституційним принципам правопорядку України, визначеним в Основному Законі України.

Наступною підставою неможливості застосування норми іноземного права, може бути наявність імперативної норми міжнародного приватного права. У доктрині доведено, що імперативні норми міжнародного приватного права – це норми, що визначаються в конкретному випадку, як норми, що діють незалежно від того, до якого права відсилає колізійна норма (Г. Галущенко).

Звертаємо увагу, теорія міжнародного приватного права використовує й інші терміни: «імперативні норми національного права», «норми прямої дії»,

«пріоритетні», «абсолютні» тощо. Принцип пріоритету застосування національних імперативних норм закладено, наприклад, у Регламенті (ЄС) № 593/2008 Європейського парламенту та Ради «Про право, що підлягає застосуванню до договірних зобов'язань» (Регламент «Рим І») від 17 червня 2008 р. Як приклад наявності імперативних норм у національному законодавстві України, доцільно зазначити ст. 203 ЦК України, за якою зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства тощо.

Підсумовуючи вищевикладене, дійдемо висновку, що уповноважена законом особа на вчинення нотаріальних дій в Україні повинна застосувати для врегулювання правовідносин з іноземним елементом іноземне право так, як воно застосовується у країні, до правопорядку якого його відсилає норма закону України чи чинного міжнародного договору. Разом з тим, національне законодавство України встановлює межі та обмеження застосування джерел іноземного права. Вважаємо, що уповноважена законом особа на вчинення нотаріальних дій в Україні, відмовляючи заявнику у вчиненні нотаріальних дій на підставі іноземного закону, повинна обґрунтувати відмову з обов'язковим посиланням на норму національного законодавства України. Пропонуємо щоб така відмова була письмово оформлена. У зв'язку з цим, на нашу думку, доцільно внести зміни до Закону України «Про нотаріат».

ЛІТЕРАТУРА:

1. Роз'яснення щодо нотаріального оформлення від імені громадян, підприємств, установ і організацій України документів, призначених для дії за кордоном від 1 лютого 1998 р. : Міністерство юстиції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001323-98>
2. Узагальнення практики з питань застосування державними та приватними нотаріусами чинного законодавства при вчиненні нотаріальних дій щодо документів, призначених для використання на території інших держав за період з 1 січня по 1 жовтня 2010 року : Лист Міністерства юстиції України від 12 жовтня 2010 р. № 31-32/235 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0235323-10>
3. Кармаза О.О. Проблеми застосування в нотаріальному процесі норм іноземного права / О.О. Кармаза ; Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2015. – Вип. 4. – Том 1. – С. 110–114.
4. Международное частное право: [учебник] / под ред. Г.К. Дмитриевой. – 2001, ПБОЮЛ Е.М. Гриженко – 656 с.
5. Міжнародне приватне право: [підручник] / за ред. А.С. Довгерта, В.І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – 656 с.
6. Кармаза О.О. Проблеми застосування в нотаріальному процесі норм іноземного права / О.О. Кармаза ; Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2015. – Вип. 4. – Том 1. – С. 110–114.
7. Галущенко Г.В. Підстави відмови в застосуванні іноземного права / Г.В. Галущенко ; Юридична наука. – 2014. – № 8. – С. 131–138.
8. Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – 2-е вид. доповн. і перероб. – К.: Україна, 2005. – 480 с.
9. Pillet A. Principes de droit international prive. Perdone. 1903. – 473 p.
10. Міжнародне приватне право. Загальна частина: [підручник] / за ред. А.С. Довгерта, В.І. Кисіля. – К.: Алерта, 2012. – 376 с.
11. Шутак Д.И. Правовые оговорки в доктрине международного частного права. Научное издание. / Д.И. Шутак. – СПб.: Алетейя, 1999. – С. 73.