

Київський університет імені Тараса Шевченка

На правах рукопису

**Трутеня Віктор Володимирович**

**ВСТАНОВЛЮВАННЯ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА  
В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

Спеціальність 12.00.03. - Цивільне право; сімейне право; цивільний процес; міжнародне приватне право

**АВТОРЕФЕРАТ**

дисертації на здобуття наукового ступеня  
кандидата юридичних наук

Київ — 1996

ЛБ. 35. 612

Дисертацією є рукопис

Робота виконана на кафедрі цивільного права  
Київського університету імені Тараса Шевченка

Науковий керівник - Підопригора Опанас Андронович, доктор  
юридичних наук, професор, академік  
Академії правових наук України,  
заслужений працівник народної освіти України

Офіційні опоненти - Довгерт Анатолій Степанович,  
доктор юридичних наук, професор  
- Мусіяка Віктор Лаврентійович,  
кандидат юридичних наук, професор


Провідна організація - Інститут держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України

Захист відбудеться "24" жовтня 1996 р. о "12" годині на засіданні  
спеціалізованої вченої ради Д.01.01.44 при Київському університеті  
імені Тараса Шевченка за адресою: Київ-17, вул. Володимирська, 60,  
Головний корпус, ауд. Б55.

З дисертаційною роботою можна ознайомитися у науковій бібліотеці  
Київського університету імені Тараса Шевченка.

Автореферат розіслано 24 вересня 1996р.

Вчений секретар  
спеціалізованої вченої ради –  
кандидат юридичних наук, доцент

 Т.В. Боднар

ЛННБ України ім.В.Стефаника



00751613 (N)

## I. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

Іноземний елемент невідних міжнародних інформаційних відносин проявляється у тому, що а) їх учасниками з однієї сторони є суб'єкти міжнародного приватного права (МПрП), які мають щодо б) об'єкта – чужої правової інформації в) відомі суб'єктивні права і обов'язки. Застосування іноземного права потребує обміну правовою інформацією (правової комунікації) у визначеному порядку. Таким чином, встановлювання норм цього права повинне розглядатися як з чисто юридичного, так й інформаційного погляду.

### Актуальність та ступінь дослідженості тематики дисертації.

Вільне здійснення фізичними та юридичними особами України своїх прав в іноземних державах за умов започаткованої в Європі Лондонською конвенцією про інформацію щодо іноземного законодавства 1968 року системи міжнародної взаємодопомоги з метою сприяння судовим органам в отриманні інформації щодо іноземного цивільного і торговельного законодавства та процесуального права у цих галузях, а також з питань судового устрою, та поширення Додатковим до конвенції Страсбурзьким протоколом 1978 року системи на правову допомогу та юридичне консультування з цивільних та торговельних питань<sup>1</sup> з приєднанням до них у липні 1993 року України стало першим стимулом для підготовки цього дослідження, а другим – новелювання в Україні у 90-х роках законодавства про МПрП, зокрема розроблення проекту Цивільного кодексу (ЦК) України, та третім – створення першого в Україні підручника "Міжнародне приватне право", що в розділі 2 "Загальні поняття міжнародного приватного права" міститиме матеріал про встановлювання/встановлення іноземного права. Прийняті

<sup>1</sup> Система поширюється також на кримінальне законодавство та процесуальне право у цій галузі.

пізніше в 1994 році Закони України "Про порядок виїзду з України і вїзду в Україну громадян України" та "Про правовий статус іноземців" створюють підвалини для тісного спілкування громадян України з іноземцями як на терені України, так і за її межами.

Ще раніше суб'єкти господарської діяльності з прийняттям у 1991 році Закону УРСР "Про зовнішньоекономічну діяльність" отримали право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності керуючись в т.ч. і принципом свободи зовнішньоекономічного підприємництва (ст.2). Конституція України 1996 року торує далі намічені шляхи. Все це призводить до виникнення численних відносин з іноземним елементом, які повинні регулюватися іноземними правовими нормами. Установлення юридичної основи справи у такому разі логічно потребує застосування іноземного права. Тому все частіше необхідно звертатися до іноземних джерел права. Іноземна правова інформація є реальністю сучасних невіддільних міжнародних відносин, вона служить поглибленню зв'язків суб'єктів МПрП. Потреба відповіді на питання "як отримати ці відомості?" для зацікавленої особи не викликає сумніву, а це вимагає системного викладу теорії та практики встановлювання іноземного права.

Таке дослідження є ще необхіднішим, коли врахувати, що Україна стала повноправним членом Ради Європи та присьднується відповідно зі своєю заявою до Генеральної угоди з тарифів і торгівлі (ГАТТ) і вступає до Світової організації торгівлі (СОТ). Беручи до уваги насамперед розвиток економічних та культурних зв'язків з європейськими державами, загальний аналіз положень іноземного права, зокрема, права одного із членів Європейського Союзу – Австрії, може представляти непосредний інтерес для суб'єктів права України. Лібералізація для українських підприємців світової торгівлі в рамках ГАТТ/СОТ дозволить їм переступити бар'єри, що сьогодні стримують їхню активність у

відносинах з іноземними партнерами. Невстановлення іноземного права в цих відносинах буде призводити до його незастосування, що несприятливо позначиться на формуванні таких відносин.

Пріоритетним призначенням зовнішньої політики України відповідно до її національних інтересів є, серед іншого, інформаційна функція, яка полягає у донесенні до України світових інформаційних потоків, забезпеченні політичних, договірно-правових та організаційно-технічних можливостей включення вітчизняних інформаційних служб до міжнародної системи обміну інформацією (III, Б, 6, абз.2 Основних напрямів зовнішньої політики України), у т.ч. правовою. Інформаційний вибух 90-тих років в області права став однією із причин швидкого прогресу в сфері комп'ютерних баз правових даних та мереж, що надають доступ до них. Сьогодні в Україні на черзі кроки в області телекомунікаційного забезпечення іноземним законодавством, в тому числі використання іноземних правових інформаційних ресурсів шляхом інтерактивного доступу фізичних і юридичних осіб та суб'єктів застосування іноземного права. Таким чином, встановлювання іноземного права повинно бути впорядкованим, враховуючи при цьому сучасні комп'ютерні технології, які, беручи окремо, роблять важливим в даний час, в 90-і роки, це дослідження.

В Україні тематика дисертації спеціально не досліджена. Аналіз бібліографії МІРП свідчить, що не існує жодної вітчизняної монографії, дисертації чи статті, в центрі якої було б питання, винесене в заголовок дисертації. В іноземній німецькомовній юридичній бібліографії ми також знаходимо зовсім небагато статей, присвячених встановлюванню/відшукуванню (відповідно: Feststellung/Ermittlung) іноземного права, та декілька дисертацій, які частково стосуються тематики дисертації. Так, Г. Кегель називає проблему відшукування іноземного права в статті, що спе-

ціально стосується організації відшукування іноземного приватного права, "центральною питанням МПрП" ("Kernfrage des IPR"), яке, повторимо, у вітчизняній доктрині МПрП окремо не розглядається.

Проте література, в якій так чи інакше порушується питання "встановлення" іноземного права, досить численна. Дослідженість проблеми в ній можна охарактеризувати таким чином: по-перше, рівень визначення основного поняття у вітчизняній літературі нижчий рівня його визначення в літературі іноземній (зокрема, німецькомовній); по-друге, і вітчизняна і іноземна література є доінформаційною; по-третє, вітчизняна література не містить системного визначення поняття "встановлювання" іноземного права.

Метою дисертації є дослідження процесу знаходження потрібних для застосування норм законодавства інших країн. Ми апріорі допускаємо, що не своє право застосовується, а тому і встановлюється, не повністю. Це зокрема, а також складність такої задачі, дозволяє нам вирішити не тільки основне питання: "Як встановлюється іноземне право?", а і — "У якому обсязі встановлюється іноземне право?".

**Для досягнення вказаної мети ми поставили такі завдання:**

- 1) визначення змісту і обсягу поняття встановлювання іноземного права, в т.ч. предмету, суб'єктів, об'єкта тощо встановлювання;
- 2) розгляд встановлювання іноземного права, в т.ч. його нормативного регулювання, через призму інформатизації;
- 3) встановлення австрійського права як позитивний результат організації його встановлювання та формування на його основі умов для підготовки матеріалів для практичних занять з МПрП;
- 4) надання законодавчих рекомендацій для належного регулювання відповідних відносин, яке сьогодні частково відсутнє.

Методологічними засадами при вирішенні намічених завдань стали такі способи пізнання: нормативний (позитивний), формально-логічний, систематичний, історичний і порівняльно-правовий, а також, певною мірою, філософсько- і соціолого-правовий та класифікаційно- і аналітико-описовий. Виходячи з духу філософії Канта, за допомогою методів формальної логіки ми систематизуємо нормативні матеріали шляхом їх "класифікаційного" і аналітичного опису, при чому для досягнення достовірного результату враховуємо відповідну практику судів, нотаріату, адвокатури та "живе право" — все це в історичному і порівняльно-правовому фокусі.

При написанні дисертації автор опирався на відповідні роботи з різних галузей права: опрацьована значна кількість наукової літератури, в тому числі іноземної, і не лише з МПрП, а й із теорії, філософії, соціології та історії права, юридичної логіки, порівняльного правознавства, цивільного римського, українського та іноземного і цивільного процесуального права, в тому числі міжнародного цивільного процесуального права. У праці враховуються нормативні акти ряду зарубіжних країн, зокрема, Австрії, ФРГ, Швейцарії, скандинавських країн, Великобританії, США тощо, що стосуються теми дисертації.

У роботі ми використовуємо відомі загально-правові теорії з точки зору МПрП, зокрема, чисту теорію права Г. Кельзена та правозастосовчу теорію проф. П.О. Недбайла. Також засади цивільного права країн континентальної Європи, які зберігають значення юридичної логіки, будуть єднальним моментом, поряд з окремими конструкціями права цивільного процесуального, для двох основних юридичних систем сучасності: романо-германської та англо-американської, при дослідженні окресленої проблематики. Ми звертатимемося у подальшому до положень континентального

права частіше, приділяючи увагу загальному праву тільки для перспективи з'ясування в цілому встановлювання іноземного права.

Ми робимо особливий наголос на доктрині та нормативному регулюванні Австрії, з якими мали змогу детально познайомитися та дослідити. Ця держава першою, в силу історичних особливостей зносин з Україною, заснувала свої бібліотеки в Києві, Львові, Харкові та Чернівцях, і надала як дар українському народові не тільки юридичну літературу, а й книги про культуру, економіку та історію Альпійської республіки.

Інформація, отримана шляхом узагальнення судової, арбітражної, нотаріальної, адвокатської та іншої практики, слугує емпіричною базою дослідження. Власна юридична практика, пов'язана з консультуванням сторін в зовнішньоекономічній діяльності та цивілістичних відносинах з міжнародними рисами, не могла не стати основою цієї розвідки.

Автор інтерв'ював суддів, арбітрів, працівників правоохоронних органів, установ юстиції, нотаріусів та адвокатів з питань, пов'язаних з темою дисертації.

**Джерелознавча база дисертації.** При написанні дисертації було використано праці таких українських вчених: загальні питання МПрП – Г.К.Матвєєв, В.М.Корецький; теорія права – П.О.Недбайло; філософія права – А.А.Козловський, міжнародне публічне право – В.Г.Буткевич; римське та іноземне патентне право – О.А.Підпригора; цивільне право України – П.С.Кузнєцова, Д.В.Боброва, В.В.Луць, Я.М.Шевченко, О.А.Пушкін, З.В.Ромовська, О.В.Дзера та ін., міжнародне приватне трудове та авторське право – А.С.Довгерт; цивільний процес – М.Й.Штефан, міжнародний цивільний процес – С.В.Гусєв, міжнародний комерційний арбітраж – І.Г.Побірченко, В.В.Комаров, а також – Т.М.Яблочков, Є.Васьківський, Ю.Г.Матвєєв, В.І.Кисіль, В.Я.Калакура,

В.Л.Мусяка, Е.Г.Дрижчана, А.Я.Сивокінь та ін. Особливий наголос ми робимо на поглядах Г.К.Матвеева щодо предмету МПрП як права чисто колізійного. Російські науковці: Г.Ф. Шершеневич, А.Н.Макаров, І.Брауде, А.Г.Гойхбарг, М.М.Агарков, І.С.Перетерський, С.Б. Крилов, Л.А. Лунц, М.М. Богуславський, А.А.Рубанов, А.А.Тілле, В.Н.Дурденевський, М.І.Брагінський, І.А.Грінгольц, В.П.Звеков, С.Н.Лебедев, А.Л.Маковський, Н.І.Маришева, В.С.Поздняков, О.Н.Садіков та особливо: І.Б.Новіцький, Є.А.Флейшиц, К.А.Граве, Г.І.Полянська, С.І.Братусь, Д.М.Генкін, Н.В.Рабінович, К.К.Ячков, В.П. Мозолін, О.А.Жидков, М.І.Кулагін, Р.Л.Наришкіна, Ю.А.Свядосц, В.В.Зайцева, І.А.Зєнин, Ф.М.Решетніков та ін. заклали солідний фундамент для написання цієї роботи. Автор вивчив і проаналізував роботи іноземних авторів з питань МПрП: Ф.Швінда, фон Бара Кр., К.-Х.Кунца, Г.Кегеля, Й.П.Бауера та ін.; міжнародного цивільного процесу: Р.Гаймер, Р. Цьоллер, Х.Лінке, І.Відеманн тощо та інших галузей права: філософія права – І.Кант; теорія права – Г.Кельзен та Ф.Бідлінський, соціологія права – Є.Ерліх; порівняльне правознавство – Рене Давід, К.Цвайгерт, Х.Койтц; австрійське цивільне право – У.Флосман, Ф.Гшніцер та ін. При написанні дисертації була проаналізована численна, в тому числі не згадана в тексті, вітчизняна та іноземна монографічна і дисертаційна література та періодичні видання, що так чи інакше стосуються її предмету.

**Наукова новизна дисертації**, на наш погляд, полягає в тому, що в Україні вперше на рівні дисертації, і взагалі вперше систематизовано, розглядаються неусталені питання встановлювання іноземного права.

В дисертації проводиться комплексне юридичне і інформаційне вивчення проблеми встановлювання іноземного права. Такий ас-

пект дослідження дозволив зібрати багатий матеріал і зробити висновки, які мають теоретичне і практичне значення.

**У дисертації сформульовано нові положення, або такі, що містять елементи новизни:**

1) на основі критерію-презумпції, що іноземне право з погляду відсилаючого до нього українського права є правом, вирішується основна дилема встановлювання іноземного права: відшукування чи доказування чужого права в українському МІрП.

Встановлювання іноземного права – це переважно питання права (*questio iuris*), а отже встановлювати іноземне право повинен в основному суддя, залучаючи при потребі сторони процесу;

2) констатує, що встановлювання іноземного права – це норма МІрП, яка має свій предмет регулювання, ми доходимо висновку, що предметом норми встановлювання іноземного права є відповідні відносини. За допомогою логічних прийомів утворюється поняття встановлювання іноземного права. Сформоване поняття розкривається через його зміст і обсяг. Суттєвими ознаками (змістом) предмету встановлювання іноземного права є суб'єкти, об'єкт та суб'єктивні права і обов'язки відповідного правовідношення.

Суб'єкт встановлювання – це, з однієї сторони, суб'єкти МІрП та інші суб'єкти, які застосовують колізійні та іноземні правові норми, а з іншої – компетентні в знанні іноземного права суб'єкти.

Об'єкт – іноземне позитивне право. Суб'єктивні права і обов'язки абстрактно-формально визначаються через такі ознаки: порядок, основні принципи, види, стадії, логічні прийоми і операції та результати встановлювання; та конкретно-змістовно через висвітлення об'єктивного права, на яких вони ґрунтуються;

3) обсяг поняття розкривається через визначення встановлювання меж існування іноземного права шляхом розкриття ефекту елімінації, який полягає в тому, що вітчизняне право при застосу-

ванні іноземного права виключається не в частині, що прямо застосовується, а частині, що встановлюється, яка, складаючись із більшого обсягу норм приватного права, додатково вміщує також інші, неприватні, норми. Як практичний наслідок цього ми можемо з маси іноземного права виключити аналітичним шляхом частину законодавства, яка ніколи не застосовується в іноземній країні при певній сталості вітчизняного законодавства; по-новому розглядається і питання співвідношення субституції вітчизняного права і адаптації іноземного; пропонується така термінологія, як "первинна і вторинна констатація" іноземного права;

4) точніше розкладається поняття застосування, встановлювання і тлумачення (кваліфікації) іноземного права, досліджується їх співвідношення; аналізуються співвідношення стадій встановлювання іноземного права: когніції, вищої і нижчої критики та інтерпретації іноземних нормативних актів;

5) аналізується дистинкція "встановлювання — встановлення іноземного права" та на основі результатів аналізу конструюється норма ЦК "Встановлювання іноземного права" з наголосом на її існуванні в інформаційному контексті;

6) робиться висновок, що в 90-і роки ХХ ст. вирішення основної проблеми без звернення до послуг інформаційних технологій, зокрема телекомунікаційних, неможливе, і таким чином в майбутньому законодавче регулювання встановлювання іноземного права має будуватися з врахуванням цієї реалії; дається коментар та порівняльний аналіз Європейської конвенції 1968 року про інформацію щодо іноземного законодавства та Додаткового до неї протоколу 1978 року з її аналогами;

7) наводиться приклад організації встановлювання і його позитивний результат — встановлення австрійського права, зокрема міжнародного приватного. Вводиться в науковий та практичний

обіг Федеральний Закон Австрії "Про міжнародне приватне право" від 15 червня 1978 року.

Результати дослідження були апробовані і знайшли своє відображення в шести публікаціях, автор користувався ними при проведенні практичних занять з МПрП, цивільного та римського права. Okремі положення дисертації в формі зауважень запропоновано для розгляду робочої групи по підготовці проекту Цивільного кодексу України. Матеріали дисертації направлено до Верховного суду України для врахування при підготовці перспективного проекту Постанови Пленуму з даного питання.

Автор використовував в Україні міжнародні інформаційні технології і ресурси для вирішення основного питання дисертації. Викладений у дисертації матеріал може бути використаним при викладанні курсу "Міжнародне приватне право".

Робота складається з вступу, трьох глав, які охоплюють вісім параграфів, висновку, списку нормативних матеріалів та основної використаної літератури.

## **II. КОРОТКИЙ ЗМІСТ РОБОТИ**

У вступі наводиться загальна характеристика роботи, так, як це зроблено у цьому авторефераті, а також опис літератури.

У Главі I. – "Поняття встановлювання іноземного права" – визначається зміст і обсяг поняття встановлювання іноземного права на основі аналізу основної дилеми встановлювання.

В МПрП виключення (елімінація) вітчизняного права веде до його заміни (субституції) правом іноземним. Іноземне право може також припасовуватися (адаптуватися) до вітчизняного. Субституція і адаптація – це дві сторони питання права: як застосовується іноземне право? Застосування іноземного права можна концептувати на основі теорії рецепції. Рецепція іноземного права

урівнює його з вітчизняним. Остання теза є презумпцією-принципом, що покладена нами в основу визначення поняття встановлювання (і встановлення) іноземного права.

На наш погляд, українська доктрина МПрП може послуговуватися теорією рецепції іноземного права.

В §1. "Основна дилема встановлювання іноземного права: відшукування чи доказування чужого права?" — констатовано, що встановлювання іноземного права в різних країнах відбувається в трьох формах: а) шляхом відшукування норм іноземного права за посадою (*ex officio*) суддею, б) через їх засвідчування сторонами процесу або в) доказування сторонами іноземного права. Таким чином, термін "встановлювання" є родовим відносно таких понять, як: "відшукування" (чи "віднайдення"), "посвідчування" (чи "засвідчування") та "доказування" (чи "доведення"). Перші два методи пов'язані так, що в цілому можна говорити тільки про альтернативні способи встановлювання іноземного права: відшукування чи доказування чужого права.

Необхідність вибору між двома можливостями стимулює пошук відповідного критерію. Ми вважаємо, що правильне розмежування способів встановлювання іноземного права залежить від відповіді на питання: яка, правова чи фактична, природа іноземного права з погляду відсилаючого до нього права?

Оскільки з точки зору відсилаючого українського права іноземне право розглядається як право, а не факт, то основним способом (формою) встановлювання іноземного права в Україні має бути відшукування іноземного права *ex officio* суддею, поєднане з засвідчуванням його сторонами. Доказування виключається.

Проміжним висновком з цього параграфу є те, що встановлювати іноземне право може будь-хто, а встановити тільки суддя.

Встановлення іноземного права — це питання права, а встановлювання може бути і питанням факту.

В §2. "Предмет та зміст: суб'єкти, об'єкт, суб'єктивні права і обов'язки — поняття встановлювання іноземного права" — говориться, що встановлювання іноземного права — це термін МПрП, тобто словесне вираження відповідної норми. Враховуючи також, що існують статті нормативних актів з аналогічною назвою (див.: ст.1482/1555 Проектів 1996 р. ЦК України, §4 МПрП-Закону Австрії тощо) можна сказати, що встановлювання іноземного права — це норма чи інститут МПрП. Отже, предметом встановлювання іноземного права є відносини, що складаються між зацікавленими суб'єктами, щодо з'ясування меж існування, тексту та змісту іноземного закону, тобто норм чужого правопорядку — іноземного статуту. Ці відносини повинні бути правовими, а їх складовими елементами є суб'єкти, об'єкт та суб'єктивні права і обов'язки.

Сконструювати відношення можна двома шляхами: а) суб'єктно-суб'єктне, б) суб'єктно-об'єктне відношення. На наш погляд, в українській доктрині МПрП сьогодні немає надійного критерію для визначення найбільш точного з юридичного погляду відношення.

В свою чергу, зміст поняття встановлювання іноземного права можна розкрити, проаналізувавши зміст зазначеного правового відношення, висвітливши його елементи.

Суб'єкти встановлювання — це, з одного боку, завжди суб'єкт МПрП та інші суб'єкти реального застосування колізійної та іноземної правової норми (судді, нотаріуси, адвокати тощо), а з іншого — компетентні у знанні іноземного права суб'єкти. Поняття "суб'єкт МПрП" свідчить, що суб'єктом встановлювання в Україні може бути не тільки український контрагент іноземної сторони, але за певних умов — і один з двох чи обидва учасники відносин,

які є українцями. Компетентний суб'єкт може бути як співвітчизником встановлюючого іноземне право для себе суб'єкта, так і іноземцем. Отже, найабстрактніше першого суб'єкта можна називати встановлюючим, а другого — контрвстановлюючим суб'єктом.

Потрібно зазначити, що в судовому процесі частіше встановлюючим суб'єктом повинен бути не суб'єкт МПрП, а орган, що розглядає справу, тобто суд.

Якщо ми говоримо про відношення щодо встановлювання у іншому значенні, то для нас буде важливим тільки встановлюючий суб'єкт, а відношення набуває абсолютного характеру, аналогічного, певною мірою, речовому праву в римській традиції.

Аналіз суб'єктного складу дозволяє зробити висновок, що правове регулювання встановлювання іноземного права повинне: а) поширюватись на весь суб'єктний склад правового відношення, для чого потрібна така правова форма як міжнародний договір, б) або може обмежитися тільки одним з суб'єктів. В останньому випадку правове регулювання можливе в рамках однієї правової системи у формі закону, що і практикується.

Об'єктом встановлювання є іноземне позитивне право в різних формах (закон, прецедент, міжнародний договір тощо).

Зміст предмету встановлювання іноземного права — суб'єктивні права і обов'язки — можна можна розкрити 1) абстрактно через такі ознаки: порядок, основні принципи, види, стадії, логічні прийоми і операції та результати встановлювання; 2) конкретно через висвітлення об'єктивного права, на яких вони ґрунтуються.

Що стосується порядку встановлювання іноземного права, то потрібно сказати, що іноземне право встановлюється *in complexu*. Таким чином, встановлювання іноземного права в широкому значенні — це визначення в цілому меж існування іноземного статуту, знаходження і ознайомлення з текстом та встановлювання і вста-

новлення в чужому правопорядкові змісту норм, що мали б застосовуватися у цивілістичних відносинах з іноземним елементом.

Встановлювання іноземного права *in complexu* розпадається на дві основні частини: а) визначення застосовується права; б) уточнення іноземного статуту (*in concreto*).

У свою чергу, уточнення іноземного статуту (*etap in concreto*), тобто встановлювання іноземного права в вузькому значенні, складається з трьох елементів: а) когніції; б) критики; та в) інтерпретації іноземних нормативних актів.

Якщо вирішити дилему встановлювання іноземного права на користь відшукування іноземного права суддею, поєднаного із засвідчуванням його сторонами, то основними принципами встановлювання іноземного права будуть відповідно *iura novit curia* та, особливо, так зване "вільне доказування".

Виходячи з названих принципів, за суб'єктами можна так класифікувати встановлювання іноземного права в суді: 1) встановлювання суддею; 2) встановлювання сторонами. Встановлювання суддею розпадається на чотири підвиди: а) власне відшукування судді (*iura novit curia*); б) експертні висновки; в) довідки через правову допомогу; г) обмін правовою інформацією. Встановлювання іноземного права сторонами — це в значній мірі питання факту, тобто тільки тієї практики, що складається в тій чи іншій країні. По суті, таке встановлювання є для судді п'ятим різновидом встановлювання іноземного права. Зазначений в класифікації перелік не є вичерпним, і, крім того, один вид і підвид встановлювання не замінює, а доповнює інший.

Стадіями, як ми вже говорили, встановлювання і встановлення іноземного права є: а) когніція; а) вища і нижча критика; в) інтерпретація іноземних нормативних актів.

Метою встановлювання іноземного права є утворення іноземного правового поняття. Формується воно за допомогою таких загальновідомих логічних прийомів як: порівняння, аналіз, синтез, абстрагування, узагальнення, та, особливо, за допомогою операції обмеження (конкретизації) поняття. Особливістю є те, що коли, без сумніву, у вітчизняному праві юрист має справу з поняттями, які попередньо склалися, то в МПрП готових понять, коли йдеться про застосування іноземного права, не існує. Позитивним результатом використання у пізнанні згаданих прийомів буде формування нового юридичного поняття, яким буде оперувати іноземний юрист у майбутньому. Нове поняття тут вважається не тим, чого не існувало взагалі до моменту звернення вітчизняного юриста до іноземного права, а новим у значенні невідомого до певного моменту поняття. Це поняття і є кінцевою метою встановлювання іноземного права, до якої прямує МПрП.

Результатів встановлювання іноземного права два: позитивний — встановлення і негативний — невстановлення (ситуація *non liquet*) чи неправильне встановлення іноземного права. Негативний результат встановлювання і невстановлювання повинні вести до відміни і перегляду прийнятого рішення.

Одним із висновків в цьому параграфі є такий: встановлення змісту іноземної правової норми — це тлумачення іноземного права. Таким чином, поняття встановлювання іноземного права і встановлення змісту норм іноземного права не співпадають.

В §3. "Обсяг поняття встановлювання іноземного права в систематиці загальної частини міжнародного приватного права" — для розкриття обсягу поняття встановлювання іноземного права ми вдаємося до розгляду взаємозв'язку юридичних систем різних рівнів при його встановлюванні, або, іншими словами, правового оточення встановлювання іноземного права в систематиці загальної

частини МПрП, в т.ч. в структурах застосування колізійних норм і норм іноземного права.

Така іманентна послідовність розвитку застосування колізійних норм і норм іноземного права дозволяє сформулювати загальну частину теорії МПрП за схемою, яка є своєрідною абеткою, коли виникає потреба встановити іноземне право:

А. Численність національних правопорядків;

Б. Колізійна норма;

В. Застосування (рецепція) іноземного права.

Численність національних правопорядків, або, іншими словами, незліченна кількість територіально у широкому значенні діючих систем правових приписів, є передумовою встановлювання іноземного права. Умовами встановлювання іноземного права, тобто обставинами, за яких відбувається вказаний процес, є застосування колізійних норм та норм іноземного права, а також незастосування норм іноземного права в силу застереження про публічний порядок.

При розгляді підґрунтя встановлювання іноземного права ми зупинилися на таких загальновідомих питаннях: накопичення чи брак норм, іноземність права, структурованість іноземних правопорядків та взаємодія іноземного внутрішнього і міжнародного права.

Встановлювання іноземного права при застосуванні колізійної норми ми пропонуємо називати первинною констатацією, а при застосуванні іноземної норми – вторинною. Особливості його перебігу ми розглядаємо за планом: Обсяг первинної констатації: при взаємності та реторсії, при первинній кваліфікації, побічних питаннях та адаптації, при зворотній відсилці та *fraus legis*; Обсяг вторинної констатації: при виборі іноземних правових норм, при

аналогії іноземного закону і права, при вторинній кваліфікації, при *ordre public*.

Попереднє утвердження того, що проблема встановлювання іноземного права зводиться до з'ясування існування, тексту та змісту норм іноземного правопорядку, є проміжним результатом з цього параграфу. Крім того, можна зробити два висновки із спостереження за встановлюванням іноземного права: по-перше, встановлювання іноземного права значно ширше поняття, ніж встановлення. Встановлення іноземного права, точніше, встановлене іноземне право, має співпадати із застосуванням статуту у вузькому значенні, тобто встановлення іноземного права повинне дорівнювати мінімальному застосовуваному статуту, а встановлювання — максимуму. По-друге, встановлювання іноземного права — це безперервний процес, "броунівський рух", а встановлення — це процес, націлений на одну точку, єдину норму, яку потрібно встановити і застосувати, доведений до логічного завершення.

В §4. "Підсумок визначення поняття встановлювання іноземного права" — сказано, що невстановлювання і негативний результат встановлювання іноземного права є незастосуванням колізійної норми. Незастосування колізійної норми — це суттєве порушення права. Викладене вище вимагає зробити певні висновки, визначити поняття встановлювання іноземного права. По-перше, при встановлюванні іноземного права мова йде про встановлювання існування в певному обсязі для відсилаючого права іноземного права; по-друге, — про встановлювання тексту норм; по-третє, — встановлення змісту норм іноземного права — правових як з погляду відісланого, так і відсилаючого права. Ці три основні висновки можна об'єднати в одне поняття "субституція та адаптація правових норм в МПрП", що частково розкривається саме через ключові поняття "обсяг" ("межі"), "існування", "текст" і "зміст" іноземного права:

текст і зміст іноземного статуту встановлюється в певних існуючих межах, у визначеному обсязі. Коли ми маємо намір визначити ці межі, то тим самим ми цілком емпірично загалом підходи чи способи встановлювання існування, тексту і змісту іноземного права. Далі текст і зміст іноземного права встановлюється за своїми правилами.

Деякими висновками (підсумком), що визначають поняття встановлювання іноземного права є: 1. Іноземне з погляду вітчизняного права право є певним порядком, який за змістом ніколи повністю не співпадає з національною правовою системою України, і елімінує та заміщує або доповнює (адаптує) її, у випадку його застосування. 2. Іноземне право елімінує вітчизняне не в частині, що прямо застосовується, а в частині, що встановлюється. Друга частина завжди ширша, чим перша. 3. Іноземне право може адаптуватися як в рамках вітчизняного, так і іноземного права. Перевагу потрібно віддавати другому випадку. 4. Оскільки іноземне право — це внутрішнє право іншої суверенної держави, яке включає імплементовані норми міжнародного права, то таким чином ми маємо попередню уяву, що це за норми і як вони тлумачаться.

В Главі II. - "Інформатизація встановлювання іноземного права" — вважається, що одним із результатів встановлювання іноземного права буде встановлення іноземного права, тобто інформація про іноземне право. Її можна називати також іноземною правовою інформацією тільки через те, що її джерела знаходяться в чужій країні. Один і той самий об'єкт — іноземне право, може розглядатися з двох точок зору: юридичної та інформаційної, при чому вони мають спільні риси, а саме — домінування аналітичного підходу.

Саме інформаційний підхід в широкому значенні допоможе вирішити питання встановлювання іноземного права на практиці, поєднає чіткою логікою і пов'яже в одне ціле проблеми, що при цьому виникають: власні джерела інституту встановлювання іноземного права та його процесуальні форми.

В §5. "Автоматизація інформаційних систем в області встановлювання іноземного права" — говориться зокрема таке. Вищепродеклароване змушує нас звернутися до інформатики для вирішення основного питання дисертації — встановлювання іноземного права, оскільки проблема стає не лише гуманітарною (правовою), а й технічною, що є істотною прикметою її сучасного рівня. Інформатика безпосередньо вивчає соціальну інформацію за допомогою обчислювальної техніки, а правова інформатика — правову інформацію. Об'єктом пізнання правової інформатики є інформаційні системи (ІС). Таким чином, потрібно мати справу з окремими ІС в області встановлювання іноземного права, результатом використання яких є оптимізація синтезування і аналізу даних про іноземне право.

Синтезування іноземної правової інформації, тобто процес узагальнення відомостей про іноземне право і підготовка його результатів у вигляді, що є зручним для іноземного юриста, сьогодні цілком можливе за допомогою автоматизованих (комп'ютерних) технологій, в т.ч. телекомунікаційних. Людина в цьому процесі обробки даних поступається машині. Неавтоматизовані ІС (бібліотеки) хоч і не втрачають повністю свого значення, сьогодні на практиці не можуть задовільнити потреб в оперативному встановлюванні іноземного права, що призводить або а) до використання автоматизованих ІС, або б) до залучення контрвстановлюючих суб'єктів. Саме синтезування інформації створює основу для її аналізу, що набагато складніше завдання. Далі наголошується, що

сьогодні і аналіз іноземної правової інформації неможливий без допомоги техніки. Ми описуємо користування німецьким учбовим банком даних "juris".

Отже, роль іноземної правової інформації в МПРП проявляється потрійно: 1) іноземна правова інформація є предметом узагальнення і пошуку за допомогою автоматизованих інформаційних технологій; 2) і 3) поняття "іноземна правова інформація" створює фундамент для сучасного розуміння питань щодо джерел встановлення іноземного права і його процесуальних форм.

§6. "Правове забезпечення встановлювання іноземного права". В цьому параграфі ми розглядаємо основні, а також ті, що мають певне значення, нормативні положення, що регулюють дане питання: внутрішнє законодавство України і законодавство інших країн та міжнародно-правові акти. Власні внутрішні джерела інституту встановлювання іноземного права можна розділити на дві частини: 1) норми МПРП; 2) норми інших галузей права.

МПРП України спеціального нормативного правила встановлювання іноземного права поки що немає. Підготовані проекти 1996р. ЦК України передбачають відповідне регулювання в ст.ст.1482/1555, які мають назву "Встановлення змісту норм іноземного права".

Історія питання в Російській імперії просліджується до Устава цивільного судочинства 1864 р., який містив ст.709, в якій регулювалося встановлювання іноземного права. Регулювання встановлювання іноземного права в Україні розпочинається в 20-і роки, коли були прийняті ЦПК (зокрема — це ст.10 ЦПК 1929р.), і закінчується в 60-ті, коли при реформуванні цивільного і цивільного процесуального права це питання перестало регулюватися. Ст.157 Основ цивільного законодавства Союзу РСР і республік 1991р. в Україні не мала чинності. Аналіз правового регулювання в

Україні дозволяє зробити висновок, що лінія встановлювання іноземного права в зазначених актах відповідає напрямку в класичному МПрП, який умовно можна назвати інституційним, тобто встановлювання відбувається в основному через посередництво або Міністерства іноземних справ (ст.709 Устава), або Міністерства юстиції (ст.10 ЦПК 1929р., ст.ст.1482/1555 Проектів 1996р. ЦК), на відміну від неінституційного (латиноамериканського)<sup>2</sup>.

У дисертації порівнюються параграфи та статті аналогічних іноземних нормативних актів, в яких йдеться про встановлювання іноземного права, наприклад, §4 Закону Про-МПрП Австрії, ст.16 аналогічного закону Швейцарії, §113 ЦПК Норвегії тощо.

В дослідженні коментується основний міжнародний нормативний акт в Європі, що регулює питання встановлювання іноземного права, Європейська (Лондонська) конвенція про інформацію щодо іноземного законодавства 1968 року та Додатковий протокол 1978 року до неї, а також зіставляються її положення з аналогічними конвенціями, що приймалися в Латинській Америці. Порівнюються зазначена європейська конвенція з іbero-американською і міжамериканською: Іbero-американська конвенція про інформацію з правових питань, що містяться в діючому законодавстві і практиці його застосування (Мадрид, 22 вересня 1972 року) і Міжамериканська конвенція про докази і інформацію про іноземне право (Монтевідео, 8 травня 1979 року). Серед інших угод розглядаються договори про правову допомогу, про обмін правовою інформацією, Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж (ст. 7) тощо.

<sup>2</sup> Див. розділ VII, гл. II, (ст.409,410,411) Кодексу Бустаманте.

Далі розглядаються процесуальні форми встановлювання іноземного права: міжнародний цивільний (в т.ч. арбітражний) процес, міжнародний комерційний арбітраж, міжнародна нотаріальна, адвокатська та інша практика, при цьому ми виходимо з положення проф. П.О. Недбайла, що процесуальні форми належні будь-якій діяльності по застосуванню правової норми.

Встановлювання іноземного право в міжнародному цивільному процесі побудовано на коментарі ст. 11 (точніше ч. 2 цієї ст.) чинного ЦПК України, зокрема, її кореспонденції з Розділом VIII ЦК України, Розділом VI Кодексу законів про шлюб і сім'ю тощо, та перехресному аналізі ст.ст. ЦПК України: ч.1 ст.4, ст.15, Гл.4, в т.ч. ст.46, ч.2 ст.47, ч.1 ст.57; п.4 ч.2 ст.137, ст.203, пп.1,4 ст.312, ст.313, ст.319 та ін. Аналізується, зокрема, Постанова Пленуму Верховного Суду України від 29 грудня 1976р. "Про судові рішення" – абз.2 п.1. Аналогічно коментується ст. 4 АПК України. До статей (11 ЦПК і 4 АПК) пропонуються зміни.

В міжнародному комерційному арбітражі ми аналізуємо серед іншого справу №181/1979 – рішення від 23 вересня 1980р. ВТАК при ТПП СРСР, нотаріальна, адвокатська та інша практика також не залишається поза увагою.

Одним із висновків є такий: при встановлюванні іноземного приватного права потрібно виходити із презумпції, що встановлене іноземне право є автентичним відповідним офіційним правовим формам іноземної держави, які опубліковані, до тих пір, доки не доведено інше.

В Главі III. – "Встановлення австрійського права" – розглядається потрійна задача: мінімум – підготовка умов для створення практикуму з МПрП "Колізійні питання міжнародного приватного права" на основі колізії права України і Австрії; медіум – формування організаційних засад встановлювання австрійського

австрійського права в Україні (§8). Вирішення другого питання є основою для першого і методом для третього. Ми вважаємо, серед іншого, що при встановлюванні австрійського права можна досягнути 100% позитивного результату, оскільки сьогодні це право інформатизоване, а телекомунікації дозволяють отримати необхідні відомості на протязі декількох хвилин. В Україні достатньо юридичної австрійської літератури. Ми наводимо приклад встановлення тексту Конституції Австрії, який ми розшукали на юридичному вузлі глобальної комп'ютерної мережі Internet<sup>3</sup>.

В §7. "Організація встановлювання австрійського права" – говориться, що відповідь на питання: як ми встановлювали і встановили існування, текст і зміст австрійського права, є цікавою з того погляду, що організаційні засади, які ми використовували, можна застосувати і при встановленні права інших країн континентальної Європи, та їх "дочірніх" правопорядків, а також при встановленні хоча б статутного права країн, що належать до англо-американської системи права.

В §8. "Встановлення австрійського права, в т.ч. міжнародного приватного" – висвітлені такі питання, як детальне встановлення австрійського МІПІ: його доктринальне тлумачення і судова практика, та співвідношення встановлення та застосування австрійського права в Україні, на прикладі, зокрема, рекомендованого Міжнародним Арбітражним судом Федеральної палати економіки (Відень, Віденські правила) арбітражного застереження, в якому згадуються §§598(2) та 595 ч.1, п 7 австрійського цивільно-процесуального укладення.

У висновках зроблено основні підсумки проведеного дослідження, які не наведені в контексті дисертації, а також форму-

<sup>3</sup> Адреса - [http://web.mit.edu:80/stngiam2/www/ICL/au\\_\\_t\\_\\_.html](http://web.mit.edu:80/stngiam2/www/ICL/au__t__.html)

люється стаття ЦК України, яка, враховуючи все вищезазначене, могла б бути такого змісту:

"Стаття 0000. Встановлювання іноземного права

1. Суд чи інший компетентний орган повинен самостійно встановлювати існування, текст і зміст іноземного права. Суд враховує значення норми, яке вона має в іноземному тлумаченні, судовій практиці і доктрині.

2. Формами встановлювання іноземного права є:

а) відшукування іноземного права судом;

б) засвідчування іноземного права сторонами процесу.

2а. Суддя відшукує норму *ex officio* на основі принципу суд сам знає закони. При цьому можуть використовуватись звернення до Міністерства юстиції чи інших компетентних органів, правова допомога, висновки експертів, обмін правовою інформацією тощо.

Предмет встановлювання може з'ясуватись на підставі експертного висновку незалежних один від одного трьох українських чи двох іноземних юристів. Належно легалізований висновок кожного з юристів має однакову юридичну силу.

2б. Форма б) є факультативною і може застосовуватися на основі принципу вільного доказування. Сторона може відмовитися надати іноземну правову інформацію.

3. При встановлюванні іноземного права допускається належне використання інформаційних технологій, в т.ч. телекомунікаційних. Отримана таким шляхом іноземна правова інформація вважається автентичною офіційній правовій формі іноземної держави доти, доки не доведено протилежне.

4. Неопубліковані норми іноземного права не встановлюються.

5. У випадку, якщо незважаючи на всі зусилля в розумний строк іноземне право не було встановлене, то колізійна норма чи

вибір права припиняються, і в такому випадку застосовується українське право.

6. Невстановлювання і невстановлення іноземного права або неправильно встановлене іноземне право є підставою для відміни рішення у відповідному провадженні".

Результати дослідження, що не висвітлені в цьому авторефераті, найшли відображення в опублікованих з теми дисертаційного дослідження статтях:

1. Встановлення змісту іноземного закону як проблема // Ерліхівський збірник: Вип. 1. (Наук. ст. виклад., аспірантів та співроб. Чернівецького і Київського ун-тів). — Чернівці, 1994. — С. 138-141;
2. Обсяг встановлення іноземного права в міжнародному приватному праві // Теоретичні та практичні проблеми становлення правової держави в Україні: Вип. 1. / Матеріали доповідей і тези виступів наук. конференції виклад., аспірантів та студ. юрид. фак-ту Чернівецького держ. ун-ту ім. Ю. Федьковича 4-5 травня 1995 р. / — Чернівці, 1995. — С. 239-247;
3. Європейская конвенция об информации [относительно иностранного законодательства] // Бизнес-информ. — 1995. — №45-46. — С.24-27;
4. Суб'єкти та техніка синтезу іноземної правової інформації // Наук. вісник Чернівецького ун-ту. Серія: Правознавство. Збірник наук. праць. Вип. 1. — Чернівці, 1996. — С.134-138;
5. Встановлення іноземного права як питання права // Вісник Київського університету. Юридичні науки. — 1995. — №33/34. — С.34-40.
6. Поняття встановлювання іноземного права в міжнародному приватному праві // Право України. — 1996. — №10. — 0,3 др. арк. /верстка/.

Трутьєв В.В. Установлення іноземного права в міжнародно-частному праві

Рукопис

Дисертація на соискання ученої ступені кандидата юридических наук по спеціальності 12.00.03. — Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право.

Киевський університет імені Тараса Шевченка. Київ, 1996.

Основні ідеї і зміст дисертації складаються в аналізі встановлення існування, тексту і змісту іноземного права, в частині австрійського, в міжнародно-частному праві в чисто правовому аспекті на основі презумпції-принципа, що іноземне право з точки зору відсилаючого к нему українського права є правом (*questio iuris*), а також з допомогою інформаційних технологій 90-х років ХХ ст (*questio facti*).

Truten V.V. Determination of Foreign Law in the International Private Law

Manuscript

Dissertation for obtaining the degree of Candidate of Science in Law under the specialisation code 12.00.03 - Civil Law, Family Law, Civil Procedure, International Private Law

Taras Shevchenko Kyiv University. Kyiv, 1996.

The main ideas and the sense of the dissertation consist in the analysis of determination of the existence, the text and the content of Foreign Law, Austrian Law in particular, in the International Private Law (1) in the purely legal aspect on the basis of the presumption principle, that the Foreign Law from the point of view of the Ukrainian Law's reference to it is the Law (*questio iuris*), as well as (2) with the help of information technologies of the nineties of the XXth century (*questio facti*).

Ключові слова: "встановлення", "встановлення", "існування", "текст та зміст", "іноземне (австрійське) право", "іноземна правова інформація"

Підп. до друку 190896 Формат 60x84/16. Папір Офс 4 Друк офс.  
Друк офс. Умовн. друк. арк. 1,75 Обл.-вид. арк. Тир. 120  
Зам. 6-1581.

---

Київська книжкова друкарня наукової книги. Київ, Б. Хмельницького, 19.



U30919

**AB 35.612**