



Герман Галущенко

кандидат юридичних наук, доцент,
заслужений юрист України,
доцент кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ggenn@ukr.net

DOI: 10.33498/Journ-2020-06-041

УДК 341.98

ПРОБЛЕМИ ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА В СУДАХ УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. Досліджуються проблемні питання встановлення у судовому процесі змісту норм іноземного права.

Мета статті – теоретично осмислити та системно розглянути міжнародно-правові та внутрішньодержавні аспекти регулювання встановлення змісту іноземного права. Проаналізувати закріплені в законодавстві України способи встановлення змісту норм іноземного права на предмет наявності переваг і недоліків, окреслити пропозиції їх вдосконалення. Зокрема, автор аналізує положення як міжнародно-правових актів (Європейської конвенції про інформацію щодо іноземного законодавства), так і внутрішньодержавних нормативно-правових актів різних країн, які регулюють особливості встановлення змісту іноземного права, що підлягає застосуванню в тій чи іншій справі. Досліджує законодавство різних держав залежно від визначення їхніми правовими системами іноземного права як “права” (Естонії, Німеччини, Румунії, Австрії, Болгарії, Угорщини, Італії, Бельгії, Франції), як “факту” (Сполучене Королівство, Ірландії, Мальти, Люксембургу, Іспанії), а також тих, які дотримуються гібридної природи іноземного права (Латвії, Литви, Нідерландів). Увага акцентується на методах встановлення змісту іноземного права під час здійснення судочинства судами зазначених країн (запити суду до міністра юстиції або міністра закордонних справ, допит свідків, залучення експертів та подання експертних висновків, запит суду іноземним юристам тощо).

Зроблено висновок, що способи встановлення змісту іноземного права залежать від правової природи іноземного права, яка підтримується в конкретній державі. Зазначається, що Україна належить до держав, які дотримуються правової концепції іноземного права. Проаналізувавши вітчизняне законодавство, виокремлено такі способи встановлення змісту іноземного права: звернення із запитом до Міністерства юстиції України щодо надання інформації про матеріальне право тієї чи іншої іноземної держави, яке підлягає застосуванню при вирішенні судового спору, залучення експерта з питань права, надання учасниками спору документів, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень. Також додатково науковці виділяють такі способи: звернення у Торгово-промислову палату, висновки іноземних юристів, допит

© Герман Галущенко, 2020

Герман Галущенко

у ролі свідків спеціалістів з іноземного права з числа юристів і будь-яких експертів, звернення у наукові установи тощо.

Ключові слова: іноземне право; способи встановлення змісту; право як “право”; право як “факт”; гібридна правова природа; судовий розгляд; процесуальні інструменти.

У сучасній юридичній практиці загальних і господарських судів розгляд спорів за участю осіб-нерезидентів стає дедалі поширенішим. Практично в кожній справі, в якій бере участь іноземна особа, суди тією чи іншою мірою застосовують іноземне право. Останнім часом у доктрині з'являються дослідження, присвячені окремим питанням застосування іноземного права. Водночас залишаються невирішеними багато питань, зокрема щодо визначення конкретних способів встановлення змісту іноземного права, які можуть бути використані учасниками судового процесу задля обґрунтування позиції тієї чи іншої сторони та вирішення спору по суті.

Інститут застосування іноземного права досліджували як вітчизняні, так і зарубіжні науковці, зокрема: Т. Норт, М. Майк, Дж. Чешер, Р. Фентіман, М. Агарков, Л. Ануфрієва, Г. Дмитрієва, Н. Єлісеєв, В. Кисіль, Л. Лунц, А. Попов, А. Редферн, М. Хантер, Д. Хоцанов, А. Філіп'єв, Х. Шак, Р. Галстян, В. Звеков, В. Чигир, Я. Функ та ін.

Мета дослідження – теоретично осмислити й системно розглянути міжнародно-правові та внутрішньодержавні аспекти регулювання встановлення змісту іноземного права. Проаналізувати закріплені в законодавстві України способи встановлення змісту норм іноземного права на предмет наявності переваг і недоліків, окреслити пропозиції їх вдосконалення.

Оскільки вказана проблема існувала у багатьох європейських правових системах ще в другій половині ХХ ст., її вирішенням зайнялася міжнародно-правова спільнота, у результаті чого 7 червня 1968 р. було прийнято Європейську конвенцію про інформацію щодо іноземного законодавства. Україна приєдналася до цієї Конвенції 14 липня 1993 р., а набрала чинності вона набрала 14 вересня 1994 р. Відповідно до ст. 1:

Договірні Сторони зобов'язуються надавати одна одній, відповідно до положень цієї Конвенції, інформацію з питань свого цивільного та торгового законодавства і процесуального права в цих галузях, а також з їхнього судового устрою¹.

www.pravoua.com.ua

¹ Європейська конвенція про інформацію щодо іноземного законодавства від 7 червня 1968 р. <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_112> (дата звернення: 25.05.2020).

Крім того, у доктрині зарубіжних країн побутує думка про низьку ефективність цієї Конвенції, оскільки її положення у своїй більшості не були реалізовані в практиці країн².

Кожна країна на рівні власного законодавства здійснила регулювання порядку встановлення змісту та застосування іноземного права з урахуванням особливостей її правової системи і соціально-економічних аспектів.

Безвідносно до ролі суду та сторін у застосуванні іноземного права в державах – членах Європейського Союзу (далі – ЄС) існують відмінності стосовно специфічних засобів встановлення змісту іноземного права³. Аналіз законодавства різних країн свідчить, що підходи до встановлення змісту іноземного права залежать від розуміння цього права як “факту” чи як “права”. Ведучи мову про держави, які поділяють правову концепцію іноземного права, слід зауважити певні розбіжності у регулюванні зазначеного питання безвідносно до обов’язку судів застосовувати іноземне право *ex officio* та дії принципу “*jura novit curia*” стосовно зовнішнього права.

Як правило, загальне посилання на всі доступні засоби встановлення змісту іноземного права міститься у відповідному законі. Так, суди в Естонії виходять зі своїх знань про застосовуване іноземне право. Згідно з § 234 Цивільного процесуального кодексу, якщо суду не відомий зміст іноземного права, він може допомогти собі будь-якими іншими ‘джерелами інформації та вчинити інші дії з метою встановлення закону’. У цьому аспекті варто взяти до уваги § 4 Закону “Про міжнародне приватне право”. Ця норма зобов’язує суд встановлювати зміст іноземного права *ex officio*, але водночас наділяє суд правом звертатись із запитом про допомогу до Міністра юстиції або Міністра іноземних справ Республіки Естонія, а також залучати експертів. Судам також дозволено звертатися до сторін із проханням допомогти в цьому завданні. У будь-якому разі, відповідно до вже зазначеного § 4 Закону “Про міжнародне приватне право”, сторони мають право подавати документи суду для встановлення змісту іноземного права. Водночас суд у жодному разі не зв’язаний доводами, наданими сторонами⁴.

У Німеччині, наприклад, § 293 Цивільного процесуального кодексу уповноважує суд збирати інформацію через формальні засоби доказування та через вторинні джерела інформації. Це завдання є прямим

² Н. Погорецька, ‘Встановлення змісту норм іноземного права’ (2012) 93 Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Юридичні науки 108.

³ T. Hartley, ‘Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared’ [1996] 45 (2) International and Comparative Law Quarterly 274.

⁴ Carlos Esplugues Mota and José Luis Iglesias Buhigues and Guillermo Palao Moreno (eds), *Application of Foreign Law* (Verlag Dr Otto Schmidt 2011) 122.

і виключним обов'язком суду. У багатьох випадках це спонукає суд звертатися до професійної думки експертів⁵.

У Румунії відповідно до ст. 7 Закону 105/1992 зміст іноземного права 'встановлюється суддею засобами засвідчення, здійсненим іноземними державними органами, через експертизу та інші подібні засоби'. Широке поняття "інші подібні засоби" означає, що суддя має право використовувати будь-які засоби, щоб встановити справжній зміст іноземного права, а також те, що суд зобов'язаний зробити все можливе для цього. Правова практика демонструє багато способів встановлення змісту іноземного права: сертифікати іноземного права, видані міністром юстиції країни походження, сертифікати, видані дипломатичними органами іноземних країн у Румунії, сертифікати звичаєвого права, будь-яка інша атестація, проведена публічними нотаріусами торгової палати іноземної держави⁶.

У деяких випадках законодавцем передбачено ілюстративний, зазвичай невичерпний список засобів встановлення змісту іноземного права. Так, в Австрії ст. 4 (1) Федерального закону "Про міжнародне приватне право" прямо вказує на 'допомогу залучених осіб, інформацію, надану Федеральним Міністром юстиції, та думки експертів'. В останньому випадку суддя не повинен дотримуватися всіх формальностей, передбачених для експертного висновку щодо фактів⁷.

Зазначена тенденція також має місце в Болгарії. Пошук змісту іноземного права належить здійснювати суду. Він може допомогти собі через низку інструментів, зазначених у ст. 43 (1) Кодексу міжнародного приватного права:

Він [суд] може використовувати механізми, передбачені в міжнародних договорах, надсилати запити щодо надання інформації Міністру юстиції або іншому органу, а також запитувати пояснення експертів та інших спеціалізованих інституцій <...>⁸.

Сторони мають право надавати суду інформацію щодо змісту іноземного права на добровільній основі. Однак у ст. 43 (3) передбачено обов'язок, а не право сторін співпрацювати у встановленні змісту іноземного права тоді, коли таке право було обране самими сторонами. Підґрунтям останнього правила є міркування, відповідно до якого вибір самими сто-

⁵ Rainer Hausmann, 'Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis' (2008) 1 The European Legal Forum 1–7.

⁶ Maarit Jäntherä-Jareborg, 'Foreign law in national courts: A comparative perspective' (2003) 304 Collected Courses of the Hague Academy of International Law 298.

⁷ Hausmann (n 5) 1–7.

⁸ Mota and Buhigues and Moreno (n 4) 148.

ронами певного іноземного права свідчить про те, що сторонам воно відоме, а тому вони здатні встановити його зміст⁹.

Стаття 5 Кодексу міжнародного приватного права Угорщини чітко закріплює обов'язок суду застосовувати іноземне право *ex officio* навіть якщо воно невідоме суду: 'Суд повинен дізнатися зміст іноземного права, яке йому не відоме, *ex officio*, у разі необхідності вислухати думку експерта, а також прийняти докази, надані сторонами'¹⁰. У будь-якому разі, відповідно до глави X Цивільного процесуального кодексу норми, що регулюють доказування, не поширюються на встановлення змісту іноземного права, оскільки з процедурної точки зору воно не вважається предметом доказування. Не беручи до уваги той факт, що в цьому питанні суди багато в чому покладаються на думки експертів, вони також можуть подавати запити про допомогу у встановленні змісту іноземного права до Міністра юстиції та Публічної адміністрації. Знову ж таки, як і в багатьох інших державах – членах ЄС суд не обмежений отриманою інформацією.

Стаття 15 Закону Італії "Про міжнародне приватне право" закріплює обов'язок суду встановити зміст іноземного права *ex officio* у тих випадках, коли колізійна норма відсилає до нього. Для виконання цього завдання суду дозволено використовувати низку засобів: '<...> у додаток до інструментів, визначених міжнародними конвенціями, інформації, отриманої через Міністра юстиції; він також може скористатися допомогою експертів або спеціалізованих установ <...>'. Якщо вірити науковцям, останній засіб, незважаючи на те, що є затратним і забирає багато часу, вважається найбільш ефективним інструментом. Схожа ситуація має місце в Польщі¹¹.

У деяких випадках законодавець взагалі утримується від визначення засобів встановлення іноземного права. Бельгійські суди зазвичай використовують різні засоби встановлення змісту іноземного права: вони можуть опиратися на можливості, передбачені Європейською конвенцією 1968 р., або покладатися на Європейську судову мережу в цивільних і комерційних справах. Вважається, що судді вкрай неохоче звертаються до правничої думки "*certificats de coutume*" (офіційний документ, що підтверджує зміст іноземного права). Їм властиво вдаватися до допомоги сторін у доведенні змісту іноземного права і, як правило, сторони надають суду правові висновки, складені іноземними юристами чи науковцями.

⁹ Mota and Buhigues and Moreno (n 4) 148.

¹⁰ Ibid 152.

¹¹ Ibid 164.

Незважаючи на специфічну природу іноземного права у Франції, тягар його доказування лежить на судді за умови подання допомоги від сторін, якщо суддя вважатиме це за необхідне. Хоча існують деякі суперечності стосовно природи іноземного права, “*certificats de coutume*” вважається найбільш поширеним способом встановити зміст іноземного права. Також існують деякі додаткові інструменти: суддя може скористатися власними знаннями іноземного права, може звернутися до висновку експерта, подати запит іноземним юрисдикційним органам щодо їхнього національного права через різні конвенційні інструменти, де Франція є стороною. Крім того, він може звернутися до Міністра юстиції¹².

Що стосується держав, які наділяють іноземне право фактичною природою, то, за загальним правилом, у цих країнах суди займають виключно пасивну позицію щодо іноземного права. Це, зі свого боку, має певний вплив на арсенал засобів, доступних для встановлення змісту іноземного права.

У Сполученому Королівстві обов’язок забезпечити суд повним змістом іноземного права лежить на сторонах, а суд, відповідно, зобов’язаний зберігати цілковито пасивну позицію до іноземного права¹³. Сторонам властиво звертатися до всіх існуючих засобів доказування, переважно до свідчень експерта, поданих усно. Його основна ціль – представити суду відповідний зміст застосовуваного іноземного права¹⁴. Незважаючи на загальне правило, судам відводиться можливість зіграти обмежену роль у доказуванні іноземного права, наприклад, у випадках наведення двох експертних висновків конфліктуючими сторонами¹⁵. Крім того, час від часу виникають ситуації, в яких є необхідною певна активна роль судді, наприклад, коли іноземне право є загальновідомим і суддя уповноважений приймати його без доказування¹⁶ або ж коли національне законодавство дає змогу суду самому застосовувати іноземне право¹⁷.

Практично ідентична ситуація в Ірландії. За сторонами закріплена виключно активна позиція у посиланні та доказуванні іноземного права, які, як правило, реалізують її через експертні висновки. На відміну від Сполученого Королівства, Ірландія не регулює це питання на нормативному рівні. Водночас, як і у Великій Британії, суддя може взяти до уваги іноземне право, якщо воно вважається загальновідомим фактом.

¹² Jänterä-Järeborg (n 6) 293.

¹³ Bumper Development Corp. v. Commissioner of Police of the Metropolis [1991] 1WLR 1362; Di Sora v. Phillips (1863) H.L.C. (Lord Chelmsford), pp. 624, 640.

¹⁴ Macmillan (or MCC Proceeds) v. Bishopsgate [1999] C.L.C. 417, 424; See: Richard Fentiman, *International Commercial Litigation* (2-ed, Oxford University Press 2015) 282.

¹⁵ Mota and Buhigues and Moreno (n 4) 232.

¹⁶ Sasby v. Fulton [1909] 2 K.B., pp. 208, 211.

¹⁷ David McClean and Kisch Beavers Morris, *The Conflict of Laws* (Sweet and Maxwell 2005) 13–4.

Вказівка на необхідність сторонам надавати суду повний зміст застосовуваного іноземного права передбачена законодавством Кіпру та Мальти. На Мальті, відповідно до глави 12 Законів Мальти, ключові моменти іноземного права та його відмінності від Мальтійського права повинні бути наведені суду та обґрунтовані прийнятними доказами, наприклад, належно кваліфікованими свідками. На Кіпрі звичайним способом довести іноземне право також вважаються свідчення експерта¹⁸.

Судова практика Люксембургу виділяє п'ять шляхів доведення іноземного права: а) суд може вирішити, що в нього і так достатньо інформації; б) сторони можуть надати суду фрагменти інформації для визначення змісту іноземного права; в) сторони можуть надати експертний висновок; г) суд може призначити незалежного експерта; г) суд може звернутись до механізму, закріпленого в Лондонській конвенції.

В Іспанії сторони можуть скористатися будь-якими прийнятними засобами, закріпленими у ст. 299 Цивільного процесуального закону, а саме: думками експертів (необхідно дві)¹⁹, документами, свідками²⁰. Роль суду значно обмежена. Як вбачається зі ст. 281.2, хоча сторони зобов'язані встановлювати зміст іноземного права, суд може вдатися до 'будь-яких засобів дослідження, які він вважає за необхідне для імплементації іноземного права'²¹. Незважаючи на таке широке формулювання, практика показує, що суд може лише сприяти чи давати поради сторонам щодо способу встановлення змісту іноземного права. Суддя не може скасовувати чи замінювати активну роль сторін. При цьому його поради прямо впливають на позитивне виконання сторонами їхнього завдання.

Крім того, варто відзначити особливості правового регулювання цього питання державами, які наділяють іноземне право гібридною природою. Так, у Латвії у разі, коли суд зобов'язаний застосовувати іноземне право, він є вільним у виборі будь-якого методу встановлення змісту такого права. Жодних специфічних правил не існує, хоча думки експертів видаються найбільш поширеним способом доведення іноземного права. Якщо ж сторони посилаються на іноземне право, то довести до суду інформацію щодо змісту іноземного права повинні саме вони.

У Литві, у разі застосування судом іноземного права *ex officio*, він може призначити експерта або використати інші наявні інструменти встановлення змісту: інформацію з Міністерства юстиції, інформацію від Міністра закордонних справ. Якщо обов'язок доказувати іноземне право лежить на сторонах, вони можуть скористатись будь-яким механізмом,

¹⁸ Mota and Buhigues and Moreno (n 4) 284.

¹⁹ Note, PCJ Madrid, 17.4.2009, EDJ 2009/97575.

²⁰ Art. 299 CPA is said to include an exhaustive list – “*numerus clausus*” – of available means. See: Mota and Buhigues and Moreno (n 4) 361–2.

²¹ *Ibid.*

закріпленим у ст. 1.12 (4) Цивільного кодексу, а також звернутися за допомогою до суду.

Гібридний режим іноземного права закріплений у Нідерландах. Водночас прийняття в окремих випадках правової природи іноземного права не зобов'язує суд звертатися до інструментів дослідження фактів: висновків експертів, рекомендацій приватних чи публічних інституцій тощо. Суд уповноважений запросити в сторін надати докази змісту іноземного права. У такому разі сторони, як правило, подають експертні висновки. Водночас суд не обмежений поданою йому інформацією²².

Аналіз правових позицій, втілених у законодавстві низки держав – членів ЄС, демонструє релевантні відмінності між ними як щодо ролі суду та сторін у встановленні змісту іноземного права, так і щодо наявних для цього засобів. Незважаючи на це, видається, що провідне місце у більшості держав – членів ЄС займає висновок експерта. Водночас у багатьох країнах існують відмінності щодо необхідної кваліфікації експерта і процедурного режиму наданої інформації. Основне питання виникає щодо потенційної упередженості свідчень, які надаються сторонами. У такій ситуації це може стати суттєвою перешкодою суду для того, щоб опиратись на подану йому інформацію. У будь-якому разі в усіх державах – членах ЄС суддя не обмежений інформацією, наданою сторонами чи іншими учасниками справи.

Як відомо, Україна належить до першої групи держав та визнає правову природу іноземного права, що підтверджується ст. 8 Закону України “Про міжнародне приватне право” (далі – Закон про МПрП), ч. 1 якої закріплює, що ‘при застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі’²³. При цьому в ч. 2 цієї статті зазначається, що з метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може звернутися в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном або залучити експертів. Однак нині немає окремого чіткого порядку подання такого звернення судом та отримання останнім відповідної інформації. Судова практика свідчить про часте використання судом повноваження, закріпленого у вказаній частині статті, при необхідності встановлення змісту іноземного права, що полягає у направленні окремого запиту до міністерства юстиції відповідної іноземної держави через Міністерство юстиції України з метою отримати інформацію про матеріальне право

²² Mota and Buhigues and Moreno (n 4) 395.

²³ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>> (дата звернення: 25.05.2020).

такої іноземної держави, яке підлягає застосуванню до відносин між сторонами спору, що розглядається²⁴.

Як показує практика, звернення із запитом до Міністерства юстиції України є найбільш поширеним способом встановлення змісту іноземного права. У нинішніх умовах цей спосіб є низько ефективним хоча б через довготривалість процедури отримання відповіді на запит, що часто залежить від наявності відповідного двостороннього договору про правничу допомогу, та повноти інформації, яку погодиться надати міністерство юстиції відповідної іноземної держави. Саме довготривалість процедури встановлення змісту іноземного права є значною перешкодою для його застосування, адже відповідно до ч. 4 наведеної статті у випадку невстановлення змісту норм права іноземної держави в розумні строки, незважаючи на вжиті згідно з цією статтею заходи, застосовується право України. У такому випадку нівелюється як зміст ст. 8 Закону про МПрП, так і положення Європейської конвенції 1968 р., а також є ризик суттєвого обмеження прав іноземної особи – учасника судового процесу.

У зв'язку з цим слід визнати ґрунтовними пропозиції окремих науковців щодо підвищення ролі Міністерства юстиції України у забезпеченні судів інформацією про іноземне право²⁵ та підкреслити необхідність розроблення чіткого порядку подання запиту судом з урахуванням особливостей процесуального порядку здійснення того чи іншого виду судочинства, зокрема й процесуальних строків.

Крім того, незважаючи на законодавчо закріплений обов'язок суду встановлювати зміст іноземного права, Закон про МПрП наділяє учасників спору правом подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм (ч. 3 ст. 8 Закону про МПрП).

Останнім часом у доктрині висуваються судження стосовно того, що реальна можливість встановлення змісту іноземного права і практики його застосування буде тоді, коли умови процесу будуть змушувати сторін здійснювати максимально вичерпну правову аргументацію своїх позицій. У зв'язку з цим схиляють до поступового перенесення тягаря обов'язку доказування змісту норм іноземного права на сторін.

Слід зазначити, що в такому випадку інформація щодо норм іноземного права, надана однією стороною, очевидно буде ставитися під сумнів іншою, що імовірніше за все, спонукатиме іншу сторону надати "свій

²⁴ Ухвала Господарського суду Житомирської області від 9 вересня 2016 р. у справі № 906/493/16 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/61223204>> (дата звернення: 25.05.2020).

²⁵ В Литвинко, 'Об установлении и применении норм иностранного права: теоретический и практический аспекты' (2013) 7 Научные труды Белорусского государственного экономического университета 530–7.

варіант” змісту іноземного права. У кінцевому підсумку, суду доведеться вирішувати розбіжності між наданою інформацією за допомогою власних процесуальних інструментів. А у випадку відсутності перевірки судом наданої інформації та незастосування, неправильного застосування (хибного тлумачення) норми іноземного права це може стати підставою для скасування або зміни оскаржуваного судового рішення.

Зі свого боку виникає запитання: яким чином суд вищої інстанції може перевірити, чи застосовано в конкретній справі ті норми іноземного права, які підлягають застосуванню, та чи були вони правильно розтлумачені? У цьому суд вищої інстанції зможе переконатись лише в тому випадку, якщо він знає іноземне право. Відповідно, в таких випадках необхідно, щоб інформація про норми іноземного права, на основі яких було прийняте оскаржуване рішення, містилася у матеріалах справи²⁶.

Вагомим внеском у розвиток інституту встановлення змісту іноземного права стали зміни до процесуальних кодексів, внесені Законом України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”, однією з новел якого стало виокремлення нового учасника процесу – експерта з питань права²⁷.

Відповідно ст. 73 Цивільного процесуального кодексу України вбачається, що як експерт із питань права може залучатися особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права. За змістом ст. 114 компетенцією експерта з питань права є, серед іншого, надання експертного висновку щодо змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі²⁸. Аналогічні положення містяться у Господарському процесуальному кодексі України та Кодексі адміністративного судочинства України.

Позитивною стороною такого нововведення є те, що висновок експерта з питань права є прямим доказом у розумінні норм процесуального законодавства. Водночас привертає увагу нечіткість формулювання норми, яка визначає, хто, власне, може бути експертом із питань права, оскільки відносність поняття “визнаний фахівець права” залишає підстави для оскарження призначення такого експерта та штучного затягування судо-

²⁶ Литвинко (н 25) 530–7.

²⁷ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>> (дата звернення: 25.05.2020).

²⁸ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (дата звернення: 25.05.2020).

вого процесу. Крім того, доцільно звернути увагу і на ту обставину, що далеко не щодо кожної правової системи різних країн світу є фахівець, який може визначити особливості правового регулювання в тій чи іншій державі. З цього боку, очевидно, що Міністерство юстиції України наділене значно ширшими можливостями.

В юридичній літературі також виділяють такі способи встановлення змісту іноземного права: звернення у Торгово-промислову палату, висновки іноземних юристів, допит у ролі свідків спеціалістів із іноземного права з числа юристів і будь-яких експертів, звернення у наукові установи тощо²⁹. Однак зазначені способи викликають багато сумнівів щодо їхньої доказової природи, а тому є малопоширеними та навряд чи допоможуть ухвалити безспірне рішення.

Висновки. З огляду на стрімке накопичення судової практики, на наше переконання, доцільним є удосконалення положень, що регулюють застосування іноземного права як на міжнародно-правовому, так і на національному рівнях, що, зокрема, потребує ґрунтовного аналізу положень чинного законодавства України на предмет їхньої неефективності у визначенні способів встановлення змісту норм іноземного права, розроблення окремого чіткого порядку отримання відомостей через подання запиту до Міністерства юстиції України щодо надання інформації про матеріальне право тієї чи іншої іноземної держави, яке підлягає застосуванню при вирішенні судового спору, конкретизація відповідних положень процесуального законодавства щодо процесуального статусу експерта з питань права та визначення на законодавчому рівні переліку способів встановлення змісту іноземного права, звернення до яких забезпечить можливість отримати відомості, що відповідатимуть ознакам доказів у тому чи іншому виді судочинства.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. McClean D and Beevers K Morris, *The Conflict of Laws* (Sweet and Maxwell 2005) 13–4 (in English).
2. Fentiman R, *International Commercial Litigation* (2-nd ed, Oxford University Press 2015) (in English).

Edited books

3. Mota C E and Buhigues J L I and Moreno G P (eds), *Application of Foreign Law* (Verlag Dr. Otto Schmidt 2011) (in English).

²⁹ Литвинко (н 25) 530–7.

Journal articles

4. Jänträ-Jareborg M, 'Foreign law in national courts: A comparative perspective' (2003) 304 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 298 (in English).
5. Hausmann R, 'Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis' (2008) 1 *The European Legal Forum* 1–7 (in English).
6. Hartley T, 'Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared' [1996] 45 (2) *International and Comparative Law Quarterly* 274 (in English).
7. Litvinko V, 'Ob ustanovlenii i primenenii norm inostrannogo prava: teoreticheskij i prakticheskij aspekty' ['On the Establishment and Application of Foreign Law Provisions: Theoretical and Practical Aspects'] (2013) 7 *Nauchnye trudy Belorusskogo gosudarstvennogo jekonomicheskogo universiteta* 530–7 (in Russian).
8. Pohoretska N, 'Vstanovlennia zmistu norm inozemnoho prava' ['Establishing the Content of Foreign Law Provisions'] (2012) 93 *Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka, Yurydychni nauky* 108 (in Ukrainian).

German Galushchenko

ISSUES OF ESTABLISHING THE CONTENT OF FOREIGN LAW
IN THE COURTS OF UKRAINE

ABSTRACT. The article examines the problematic points pertaining to the establishment of the content of foreign law provisions in court proceedings.

The purpose of the article is to theoretically comprehend and systematically study international-law and domestic aspects present in regulating the establishment of the foreign law content; and to analyze which ways are enshrined in Ukrainian legislation for establishing the content of foreign law provisions in terms of their pros and cons, and also to outline the proposals for their improvement. In particular, the author analyzes the provisions of international legal acts (the European Convention on Information on Foreign Law) and domestic legal acts and regulations of different countries which regulate the specifics of establishing the foreign law content to be applied in a particular case. Besides, the author examines legislation of various States depending on whether foreign law is defined in their legal systems as “law” (Estonia, Germany, Romania, Austria, Bulgaria, Hungary, Italy, Belgium, France), as “fact” (United Kingdom, Ireland, Malta, Luxembourg, Spain), as well as the States which adhere to the hybrid nature of foreign law (Latvia, Lithuania, the Netherlands). The emphasis is made on the methods of establishing the foreign law content in the exercise of justice by courts of the mentioned countries (inquiries from a court of law to the Minister of Justice or Minister of Foreign Affairs, examination of witnesses, involvement of experts and submission of expert reports, inquiries from a court of law to foreign lawyers, etc.).

It is concluded that the ways, by which the foreign law content may be established, depend on foreign law’s legal nature adhered to in a particular country. The author notes that Ukraine belongs to the States upholding the legal concept of foreign law. Having analyzed domestic legislation, the following methods for establishing the foreign law content are identified: to request the Ministry of Justice of Ukraine for

information about substantive law of a particular foreign State which should be applied for resolving a court dispute; to engage an expert in law; documents provided by parties to a dispute which confirm the content of a foreign State's provisions of law which they refer to as substantiation of their claims or objections. Furthermore, scholars additionally distinguish the following methods: contacting the Chamber of Commerce and Industry of Ukraine, opinions of foreign lawyers, questioning foreign law specialists from among lawyers and any experts as witnesses, contacting scientific institutions, and so on.

KEYWORDS: foreign law; methods of establishing the content; law as “law”; law as “fact”; hybrid legal nature; court proceedings; procedural tools.