

у найм або прокат є неможливим без згоди особи, якій належить авторське право. А, відповідно, здавання в найм або комерційний прокат ЕОМ та програм є порушенням авторського права.

Однак це питання непросте і вимагає аналізу як норм законодавства, так і конкретних ліцензійних угод, а при вирішенні спору у суді – й конкретних обставин справи. Відповідно до цього, я залишаю поставлене питання відкритим для подальших для наукових дискусій.

Список літератури: 1. Автомобильная отрасль уступает дорогу программной // <http://pcweek.ru/news.asp?ID=2668>. 2. Дробязко Р. Правовая охрана компьютерных программ //Юридическая практика. 2001. 22 февраля. 3. Компьютерра. 1996. №37. 4. Симкин Л.С. Программы для ЭВМ: правовая охрана (правовые средства против компьютерного пиратства). М., 1998.; Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 1996. 5. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. /Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнцової. К., 1999; Харитонов Е.О., Саниахметова Н.А. Гражданское право: Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство: Учеб. пособие. К., 2001. (Экономика. Финансы. Право).

Надійшла до редколегії 23.10.01

О.В. ГНЕЗДО

ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ІНОЗЕМНОГО ЗАКОНУ В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

В юриспруденції традиційно вважається, що суд повинен знати закон (*jura novit curia*), тобто знання законодавства є позапроцесуальним знанням суддів, тому в жодному процесуальному законі не можна знайти положення про процедуру виявлення, з'ясування і застосування закону. Для застосування норм внутрішнього законодавства суд не повинен здійснювати жодної процесуальної дії. Тим часом, це твердження відноситься виключно до вітчизняного законодавства судів; знання іноземного закону для суду не є обов'язковим. Але якщо відповідно до чинної колізійної норми підлягає застосуванню іноземне право, то суд повинен визначити його зміст.

Тому серед учених ведеться дискусія про те, чи повинен суд при встановленні і застосуванні іноземного закону керуватися тими ж процесуальними правилами, якими він керується стосовно законів своєї країни, або ж тими правилами процесу, які відносяться до порядку установаження фактичних обставин, тобто, чи є іноземний закон із погляду цивільного процесу нормою права або фактичною обставиною [1, с.131].

Відповідь на це питання має суто практичне значення, тому що від його вирішення, по-перше, залежить засіб установаження змісту іноземного закону, тому що установаження факту суттєво відрізняється від установаження підлягаючої застосуванню норми права, і, по-друге, залежать наслідки неправильного застосування іноземної правової норми – чи є неправильне застосування іноземного закону підставою для скасування ухваленого рішення в апеляційному чи касаційному порядку або ні.

У доктрині з цього приводу існує дві протилежні точки зору.

Одна з них існує з часів постгласаторів, і її дотепер дотримуються представники англо-американської юридичної науки (Д.Біль, Р.Граверсон, Ф.Гудрич, Дж. Чешир) і виявляється в тому, що суд застосовує лише вітчизняне право, а іноземне право розглядає лише як факт, який підлягає доведенню. Відповідно до цієї теорії, суд застосовує лише закон місця розгляду справи (*lex fori*), але в силу вітчизняної колізійної норми повинен охороняти і правомочності, які виникли під дією іноземного закону. При цьому суд установлює лише правило, яке міститься в іноземному законі, і визначає наявність, зміст і межі правомочності, які виникли під його дією. Охороняючи такі правомочності, суд наділяє примусовою силою не норму іноземного матеріального права (*foreign law*), а виникле під її дією суб'єктивне право (*right*). Суд розглядає іноземне право лише як один із фактів, що підлягають доведенню, і відповідно ставиться до іноземного закону, як до фактичних обставин справи. Сторона, яка обгрунтовує свої вимоги і заперечення нормою іноземного права, повинна довести існування і зміст цієї норми. Щодо даної норми права суд обмежений лише наданими сторонами доказами.

Інша точка зору, прихильниками якої є більшість цивілістів країн континентальної правової сім'ї (П.Арменжон, А.Батіфоль, М.Вольф, Ч.Кларк, Ф.Мейлі, Ф.Морель, Ж.Нібуайє, А.Нуссбаум, М.Пілле, Е.Рабель, Л.Раапе, С.Сатта), виявляється в тому, що суд застосовує норми іноземного матеріального права *ex officio* так само, як своє вітчизняне право. Застосування іноземного закону для суду являється не питанням установлення фактичних обставин (*quaestio facti*), а питанням права (*quaestio juris*).

Як справедливо відзначає Д.Д. Аверін, таке концептуальне протиставлення факту нормі має своєю підставою різноманітне законодавче врегулювання ставлення суду до закону і установленню фактичних обставин справи. Безсумнівно, що існування того або іншого іноземного закону є питання факту. Але такою ж мірою – питанням факту є й існування норми вітчизняного права [2, с. 134]. Швейцарський учений П.Лалів закликає не перебільшувати значення цього старого протиставлення права і факту. У наведеному їм рішенні касаційного суду відзначалося, що іноземне право «не являє собою фактичну обставину матеріального характеру, а є сукупністю загальних правил, які регулюють факти і фактичні ситуації». При цьому суд додав, що якщо іноземний закон «втрачає обов'язкову силу за межами держави, яка його прийняла, то обов'язкова сила цього закону відновляється, оскільки його застосування передбачене колізійними нормами країни суду» [3, с. 478].

Найбільш поширена точка зору у вітчизняній доктрині полягає в тому, що суд *ex officio* повинен установити зміст іноземного права і застосувати його норми таким же чином, як і в державі, яка це право прийняла, порушення або неправильне застосування іноземного закону тягне за собою скасування ухваленого в справі рішення в касаційному або наглядовому порядку. Цю точку зору розділяють Л.А. Лунц [4, с.267–271], Н.І. Марішева [5, с.77–82], Д.Д. Аверін [2, с.132–146], М.М. Богуславський [6, с.373–375],

В.П. Звеків [7, с.158–161], М.Черкес [8, с.286–288] та ін. Інакшу точку зору висловив у 1938 р. М.М. Агарков, який стверджував, що «застосування судом іноземного закону є питанням факту» [9, с.79].

Отже, іноземне право і за межами держави, яка його прийняла, залишається правом. Проте, не можна ігнорувати ту обставину, що ставлення до з'ясування змісту іноземного права і до його застосування повинне бути особливим і не може збігатися зі ставленням до вітчизняного права. Тому в ряді держав установлені спеціальні процесуальні правила застосування і встановлення змісту іноземного права.

При застосуванні судом іноземного закону виділяють декілька проблем, спільних для доктрини і законодавства всіх країн: 1) установлення змісту іноземного права; 2) порядок застосування іноземного права; 3) наслідки відсутності регулювання в іноземному праві або невстановлення його змісту; 4) наслідки неправильного тлумачення і застосування іноземного права.

Вітчизняна наука визнає, що зміст іноземного права може бути як установленю *ex officio* самим судом, так і доведений сторонами, зацікавленими в застосуванні цього права. Як відзначав Д.Д. Аверін, застосування закону – обов'язок суду, елемент змісту певного державно-правового відношення. Суд не повинен покладати на сторони невігідні наслідки свого незнання норм права і зобов'язаний прийняти усі заходи до їх пізнання [2, с.142].

Правила установлення судом змісту іноземних правових норм існувало у вітчизняному законодавстві, яке діяло раніше: ст. 709 Статуту цивільного судочинства Російської Імперії, ст. 10 ЦПК УРСР 1929 р. На жаль, нині діючий ЦПК України ніяких указівок щодо цього не містить.

Ця прогалина заповнюється підзаконними нормативними актами: «Інструкцією про порядок надання судами й органами нотаріату СРСР правової допомоги установам юстиції іноземних держав і про порядок звернення за правовою допомогою до цих держав», яка затверджена Міністром юстиції СРСР 28 лютого 1972 р. (із змінами від 26 червня 1985 р.) і Постановою Президії Верховної Ради СРСР від 21 червня 1988 р. «Про заходи щодо виконання міжнародних договорів СРСР про правову допомогу у цивільних, сімейних та кримінальних справах» [10, ст.428]. Для одержання інформації про іноземне законодавство суди (а також нотаріальні контори) звертаються до Міністерства юстиції, яке при необхідності запитує у встановленому порядку відповідну установу іноземних держав, з якими були укладені договори про правову допомогу, із питань надання інформації про чинне законодавство або таке, що діяло раніше.

У багатьох країнах континентальної Європи обов'язок установити зміст іноземного закону покладається на суд, який *ex officio* може запросити інформацію про іноземне право; суд також може скористатися інформацією, наданою сторонами. У 1968 р. було укладено Європейську угоду щодо довідкової інформації про іноземне право, яка передбачає процедуру, що дозволяє суду однієї країни одержати інформацію від спеціального органу іншої країни про її право. Американські держави також уклали низку угод, покликаних забезпечити одержання інформації про іноземне право,

досить докладно такий порядок встановлено у статтях 409 і 410 Кодексу Бустаманте [11, с. 25]. У Російській Федерації порядок встановлення змісту іноземного закону відображений у ст. 157 діючих Основ цивільного законодавства Союзу РСР і республік [12, ст.733], ст. 166 Сімейного кодексу РФ [13, ст.16] і ст.12 Арбітражного процесуального кодексу РФ.

В нашій країні велику роль у вирішенні проблеми встановлення змісту іноземного права зіграло укладання договорів про взаємну правову допомогу: взаємний обов'язок надання інформації з питань законодавства закріплене в усіх чинних договорах. Порядок встановлення змісту норма іноземного права знайшов закріпленні у ст. 1555 проекту ЦК України [14, с.453].

Таким чином, суд встановлює зміст іноземного права *ex officio*; у разі потреби одержання інформації про іноземне право суд може у встановленому порядку звернутися за сприянням до Міністерства юстиції або іншого компетентного органу України, у тому числі за кордоном, або залучити експертів. Не виключається і самостійний пошук суддею текстів, іноземних нормативно-правових актів, у тому числі за допомогою інформаційних комп'ютерних систем.

Звернення до закордонних установ юстиції можливе лише у випадку наявності з цією державою договору про правову допомогу або іншої угоди, яка передбачає надання такої інформації, причому порядок і форма звернення до іноземних установ юстиції встановлюються зазначеними договорами. Таке звернення повинне бути процесуально оформленим ухвалою суду, у якій повинна бути викладена суть спору, а також поставлені конкретні питання, що цікавлять суд.

Притягнення експертів у галузі іноземного законодавства повинно відповідати правилам про призначення експертизи, які встановлені ст.57 ЦПК, а у випадку притягнення для дачі висновку про іноземне право органів державного управління України суду варто керуватися ч.2 ст.121 ЦПК.

Суд також може скористатися інформацією про іноземне право, наданої сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі. Але, оскільки правила ст.30 ЦПК України не поширюються на доведення сторонами змісту іноземного закону, яким сторона обґрунтовує свої вимоги або заперечення, для сторін не повинні наступати негативні наслідки у випадку непередставлення ними текстів іноземного законодавства або неможливості встановлення судом змісту іноземного права.

Іноземне право, у принципі, повинно застосовуватися, а також тлумачиться саме так, як воно застосовується і тлумачиться в країні його походження. Так, у рішенні Постійної палати міжнародного правосуддя 1929 р. у справі про сербські і бразильські позики визначалося: «Суд дійшов до висновку, що у випадку, якщо має місце застосування внутрішнього права певної країни, не повинно бути сумнівів в тому, що воно повинне застосовуватися так, як воно застосовується у відповідній країні. Внутрішнє право не повинне застосовуватися засобом іншим, як воно повинне застосовуватися в країні, де воно є чинним правом» [3, с.484].

Дане правило знайшло нормативне закріплення в законодавстві ряду закордонних країн. На жаль, чинне законодавство України ніяких правил із

цього приводу не містить. У ч. 1 ст.1555 проекту ЦК міститься правило, за яким при застосуванні іноземного права суд чи інший державний орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі.

Це правило особливо ретельно застосовуватися до тих самих законів, які діють у різноманітних країнах. І якщо, наприклад, мова йде про Бельгію, де діє французький цивільний кодекс 1804 р. (Кодекс Наполеона), то норма зазначеного закону повинна застосовуватися так, як її положення тлумачаться бельгійським Касаційним судом. Та обставина, що в Бельгії, як і у Франції, діє той самий Кодекс Наполеона, і що касаційний суд Франції тлумачить цю статтю інакше, значення не має [3, с.63].

Проте, застосування, іноземного, права, не, може, бути, цілком, ідентичним застосуванню вітчизняного права. Застосовуючи іноземний закон, суд не може заповнювати встановлені ним прогалини в іноземному законодавстві ні застосуванням закону, що регулює подібні відносини, ні застосуванням аналогії права [5, с.90].

У іноземній літературі розглядаються випадки незастосування іноземного права через невідповідність його конституції країни, де воно було прийняте (неконституційність). І.Крополлером (Німеччина) висловлена думка, що суддя може здійснювати таку перевірку тільки в тому випадку, якщо вона допускається в даній іноземній державі [3, с.486].

Якщо колізійна норма відсилає суд до права країни, у якій діє декілька правових систем, наприклад до законодавства федеративних, конфедеративних або інших неунітарних держав, належна правова система визначається відповідно до правових норм даної країни. При відсутності в такій країні відповідних правових норм застосовується та правова система, що має якнайбільший зв'язок із правовими відносинами. Дане правило одержало відбиток у ст.1561 проекту ЦК України. Представляється, що аналогічно повинна вирішуватися проблема вибору правової системи в країнах, де діють інтерперсональні колізії, які стосуються приналежності особи до тієї або іншої релігії, національності, раси, касті і т.п.

Щодо інтертемпоральних колізій, які виникають із наявності у різний час прийнятих в одній державі правових норм, які передбачають регулювання тих самих правовідносин, то проблема вибору повинна вирішуватися, виходячи з загальнотеоретичних положень дії закону в часу.

У літературі дуже суперечним є питання про наслідки невстановлення судом змісту іноземного закону, який підлягає застосуванню. Ця обставина викликана, насамперед, тим, що чинне законодавство України не передбачає наслідків невстановлення судом іноземного закону або неможливості встановлення його змісту.

У закордонних країнах, зокрема, Росії, Угорщині, Польщі, Югославії, Чехії і Словаччині, суди в цьому випадку застосовують *lex fori*, тобто право суду. Така позиція іноземного законодавця видається логічною. Як підкреслював Д.Д. Аверін, у випадку невстановлення змісту іноземного закону «у суду немає підстав допускати презумпцію тотожності змісту іноземного і вітчизняного законів: для презумпції необхідна ймовірність тотожності в

змісті іноземної і вітчизняної норм. Але колізійна норма тому й існує, що ці норми колідують... Таким чином, тут не презумпція, а фікція тотожності в змісті законів. У суду немає підстав відмовляти в позові, не приймати заперечень відповідача... При такій винятковій обставині сторонам повинна бути надана можливість обґрунтувати свої вимоги і заперечення на законі суду» [2, с. 144–145]. Ця точка зору є найбільше поширеною у вітчизняній літературі з міжнародного приватного права [9, с.72; 7, с.160; 5, с.88–89; 6, с.375] і знайшла відображення у ч. 4 ст.1555 проекту ЦК України: Якщо зміст норм іноземного права в розумні строки не встановлений, незважаючи на вжиті згідно з цією статтею заходи, застосовується право України. Вітчизняне законодавство передбачає, що порушення або неправильне застосування норм матеріального права є підставою для скасування або зміни судового рішення в апеляційному (ст. 309 ЦПК) або касаційному порядку (ст.340 ЦПК). Щодо норм іноземного права, то нині чинний ЦПК не містить норм, які прямо вказують на наслідки порушення або неправильного застосування норм іноземного законодавства, що дає засади для існування декількох точок зору в науці з цієї проблеми.

У законодавстві закордонних країн існують два основних діаметрально протилежних підходи щодо наслідків неправильного тлумачення або неправильного застосування іноземного права. У одній групі країн (Франція, Бельгія, Нідерланди) у компетенцію вищих судових органів не входить контроль за застосуванням судами іноземного права. У інших країнах (Австрія, Італія, Греція, Польща, Швейцарія, країни Латинської Америки) законодавство походить із протилежного принципу.

З теоретичної точки зору контроль за правильністю застосування колізійної норми логічно не може бути відділений від контролю за встановленням, тлумаченням і застосуванням іноземного права, яке підлягає застосуванню.

Вважаючи неправильне застосування іноземного закону підставою для скасування рішення, Н.І. Маришева відзначала, що оскільки іноземний закон разом із колізійною нормою, яка відсилає до нього, складає те «чинне законодавство», що визнане регулювати дане відношення і який суд зобов'язаний застосувати [5, с.91]. Ця точка зору в даний час є найбільше поширеною у вітчизняній науці міжнародного приватного права.

Таким чином, порушення або неправильне застосування норм іноземного матеріального права повинно розглядатися як підстава до скасування рішення суду в касаційному або наглядовому порядку. У випадках, передбачених ст.309 і ст.340 ЦПК України, помилка в застосуванні норм іноземного матеріального права може бути виправлена відповідно апеляційною або касаційною інстанцією шляхом зміни рішення або ухвали нового рішення без передачі справи на новий розгляд.

Правила ст.309 ЦПК України відносяться лише до рішень судів. Що ж стосується рішень, ухвалених третейськими судами (міжнародними арбітражами), то, оскільки їх рішення є остаточними і не підлягають оскарженню, до них ці правила не застосовуються.

Список літератури: 1. Луц Л.А. Международное частное право. М., 1949. 2. Аверин Д.А. Положение иностранцев в советском гражданском процессе. М., 1966. 3. Международное частное право: современные проблемы. М., 1994. 4. Луц Л.А. Международное частное право. Общая часть. 1959. 5. Марышева Н.И. Рассмотрение судами дел с участием иностранцев. М., 1970. 6. Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1994. 7. Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. 8. Черкес М. Про встановлення змісту іноземного права // Збірник рішень та арбітражної практики Вишого арбітражного суду України. 1996. № 4. 9. Агарков М.М. Применение советским судом иностранного закона // Проблемы социалистического права. 1938. № 3. 10. Ведомости Верховного Совета СССР. 1988. № 26. Ст. 428. 11. Международное частное право. (Действующие нормативные акты) М., 1997. 12. Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 26. Ст. 733. 13. Собрание законодательства Российской Федерации. 1966. № 1. Ст. 16. 14. Реформа цивільного права в Україні //Українське право. 1996. № 2.

Надійшла до редколегії 16.10.01

С.Ю. Погуляєв

ПРОФЕСІЙНІ ТА ІНШІ ЗНАННЯ ЯК ОБ'ЄКТ ВКЛАДУ В ПРОСТЕ ТОВАРИСТВО

Складність і дорожнеча впровадження технологічних нововведень у сучасне виробництво змушують підприємців об'єднуватися в різноманітні коопераційні структури, що полегшують виробництво і збут товарів. Найбільш простою формою ділової організації, званою ще в римському праві, є просте товариство. Договір про нього відомий у міжнародній юридичній практиці як угода про консорціум.

Згідно зі ст.1195 проекту ЦК України, внеском учасника в простому товаристві «визнається все те, що він вносить у спільну справу, в тому числі гроші, інше майно, професійні та інші знання, навички та вміння, а також ділова репутація та ділові зв'язки». У попередніх ЦК УРСР (1922 р., 1963 р.) серед класичної тріади видів вкладу: гроші, майно, послуги – законодавець не передбачав такий вид вкладу як «знання». Однак, якби у той час виникла потреба внести «знання» в просте товариство, то це можна було б зробити із посиланням на ст.277 ЦК УРСР 1922 р., відповідно до якої внеском визнавалося «все, що кожний товариш вносить у спільну справу, чи будуть це гроші, інше майно або послуги», або з посиланням на ст.432 ЦК УРСР 1963 р., згідно з якою: «учасники договору про сумісну діяльність роблять внески грошима чи іншим майном або трудовою участю». Тобто «знання» могли бути передані в ті роки у вигляді вкладу в просте товариство як «майно».

У зв'язку з цим насамперед варто визначити, чим саме викликана потреба цієї новачі поряд з устояною тріадою видів вкладу, сформованою ще римським правом, і який зміст вкладає законодавець у термін «професійні та інші знання» у контексті ст.1195 ЦК України?