

Общеправовая презумпция *jura novit curia* и отраслевая презумпция *jura aliena novit curia* международного гражданского процесса¹



Л.В. Терентьева

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 123242, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: terentevamila@mail.ru



Аннотация

В статье исследуется древнеримская максима *jura novit curia*, буквальный перевод которой в юридической литературе звучит как «суд знает право». Содержательные аспекты данного тезиса включают в себя не только факт известности права суду, но и самостоятельность поиска права для правильной оценки фактических обстоятельств и применение права судом. Автор формулирует вывод, что знание судом права (*jura novit curia*) может быть отнесено к общеправовой презумпции, которая связана с характеристикой правоприменительной деятельности государственных органов. При этом, принимая во внимание определенную взаимосвязь презумпций и принципов права, автор обосновывает в качестве корреспондирующего презумпции *jura novit curia* общеправовой принцип — принцип законности. Во второй части статьи автор подвергает критике апеллирование ряда ученых к презумпции *jura novit curia* при обосновании позиции об исключении правовых знаний из объема специальных. По мнению автора, степень вероятности презумпции *jura novit curia* могла бы быть более высокой при закреплённой в законе возможности суда получить правовые консультации относительно оценки содержания, толкования и допустимого применения ряда норм для более полного и всестороннего рассмотрения дела. В третьей части статьи исследуется сложившийся подход в доктрине о нераспространении *jura novit curia* на иностранные законы, негативные последствия которого могут выразиться в необоснованном ограничении применения иностранного права. Принимая во внимание, что содержание презумпции *jura novit curia* также включает в себя возможность выбора судом правовых норм вне зависимости от обращения к ним самими сторонами, автором сделан вывод об отнесении конструкции *jura aliena novit curia* («суд знает иностранное право») к отраслевой презумпции международного гражданского процесса, которая так же, как и общеправовая презумпция *jura novit curia* коррелирует с содержанием принципа законности, в

¹ Статья подготовлена в рамках проекта Российского фонда фундаментальных исследований № 18-011-00883 «Информационный суверенитет: от вопросов определения юрисдикции государства до он-лайн разрешения споров».

рамках которого установление содержания иностранного права осуществляется судом *ex officio* («по должности»).

Ключевые слова

установление содержания иностранного права *ex officio*, *jura novit curia*, *jura aliena novit curia*, правовая презумпция, правовая аксиома, правовая фикция, правовые принципы.

Библиографическое описание: Терентьева Л.В. Общеправовая презумпция *jura novit curia* и отраслевая презумпция *jura aliena novit curia* международного гражданского процесса // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 195–213.

JEL: K33; УДК:341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.195.213

Jura Novit Curia

Древнеримская лаконичная сентенция «*jura novit curia*» переводится как «суд знает право» или «суд знает закон»². Г.Ф. Шершеневич в труде по общей теории права отмечал, что в содержание принципа «*jura novit curia*», помимо знания судом норм действующего права, включается и самостоятельный поиск той нормы, которая наиболее подходит к данному случаю, хотя бы заинтересованные лица и стремились облегчить его задачу указанием норм, на основании которых они обращаются к судебной защите³. Аналогичным образом содержание «*jura novit curia*» отражено и в работе Е.В. Васьковско-го: «...истец должен только изложить фактические обстоятельства дела, дать суду только меньшую посылку для силлогизма; отыскать же соответствующие законы и построить из них большую посылку составляет задачу суда («*jura novit curia*»)»⁴.

Таким образом, римская максима «*jura novit curia*» фактически содержит в себе несколько тезисов: 1) суд знает право; 2) суд осуществляет самостоятельное исследование норм права безотносительно к ссылке сторон на них; 3) суд самостоятельно применяет право к фактическим обстоятельствам, как они преподнесены суду сторонами, что является отражением максимы «*da mihi factum, dabo tibi jus*» — стороны должны излагать лишь фактические обстоятельства, а правовую оценку им дает суд. В связи с этим, исходя из широкого толкования, «*jura novit curia*» включает в себя не только факт из-

² В контексте исследуемого вопроса под «законом» следует понимать все официальные источники юридических норм, что позволяет считать более точным перевод данного тезиса «суд знает право».

³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1910 // СПС Гарант.

⁴ Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 2003 // СПС Гарант.

вестности права суду, но и самостоятельность поиска права для правильной оценки фактических обстоятельств и применение права судом.

В отдельных работах латинское изречение «*jura novit curia*» упоминается в качестве современных принципов гражданского процесса⁵, процессуальных аксиом⁶, правовых презумпций⁷, а также правовых фикций⁸. Для выяснения, относится ли конструкция «*jura novit curia*» к правовым принципам, аксиомам, фикциям или презумпциям, необходимо обратиться к соответствующим средствам юридической техники.

Правовыми фикциями именуются несуществующие положения, которым в силу определенных законом условий придается значение действительных, обязательных фактов. Допущение отнесения правила «*jura novit curia*» к правовым фикциям в литературе аргументируется невозможностью судьи знать в полном объеме весь правовой массив⁹. Судья действительно не может дословно знать всю палитру российских юридических норм. Ряд из них судья устанавливает на этапе рассмотрения дела, очерчивая область поиска, а именно, их отраслевое расположение, что в конечном итоге не оказывает негативного воздействия на конечный результат правоприменения. Но, как было отмечено, конструкция «*jura novit curia*» помимо знания судом права включает в себя также и возможность проявления инициативы судом в исследовании норм права безотносительно к ссылке сторон на них. Последнее обстоятельство не представляет собой несуществующего положения, которому придается значение действительного. Это делает невозможным отнесение «*jura novit curia*» к правовым фикциям.

Не может быть причислена конструкция «*jura novit curia*» и к правовым аксиомам. Аксиома — такое средство юридической техники, которое выражает общепризнанную, не требующую доказательств истину, что предполагает возможность ее опровержения только в целом, а не в отношении единичной ситуации. Конструкция «*jura novit curia*» не может выступать как в форме абсолютного верного, так и неверного суждения ввиду допустимости отдельных исключений из нее, что соответственно также делает невозможным буквальное следование данному тезису.

⁵ Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Установление содержания норм иностранного законодательства в международном частном праве // Адвокат. 2008. № 7 // СПС Гарант; Панов А.А. Принцип «*Jura novit curia*» в международном коммерческом арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1. М., 2013. С. 270–296.

⁶ Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском производстве. М., 2006. С. 128.

⁷ Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 6.

⁸ Шагова В.В. Защита прав граждан и юридических лиц в российском и зарубежном праве (проблемы теории и практики) / Сборник статей. М., 2002. С. 10.

⁹ Шагова В.В. Указ. соч. С. 10.

Вероятностный характер предположения о знании судом права и возможность его опровержения также не позволяет относить данную сентенцию и к принципам права, поскольку, во-первых, принципы права не могут иметь каких-либо сверхъестественных начал¹⁰; а во-вторых, будучи основополагающими, исходными положениями, они не могут подвергаться какому-либо сомнению и обладать свойством опровержимости¹¹.

Интересно исследовать конструкцию «*jura novit curia*» на предмет отнесения к категории правовых презумпций, а именно, априори верным предположениям, пока не будет доказано обратное. Несмотря на немалое количество научных работ, посвященных правовым презумпциям, единого понимания презумпции не сложилось, не решен вопрос о возможности классификации презумпций на опровержимые и неопровержимые, неоднозначны подходы авторов к определению места презумпций в системе юридико-технических средств. Причины отсутствия единой квалификации и классификации презумпций могут также заключаться в исследовании данного понятия в рамках каждой отдельной отрасли юридической науки, которая концентрируется именно на тех презумпциях, которые входят в соответствующую предметную область, что обуславливает неоднозначность интерпретации данного явления.

В соответствии с определением, данным профессором В.К. Бабаевым, правовой презумпцией является закрепленное в нормах права предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, основанное на связи между ними и фактами наличными и подтвержденное предшествующим опытом¹². В литературе сложились два противоположных подхода относительно существования неопровержимых правовых презумпций¹³ и отрицания таковых¹⁴. В целом, разделяя вторую позицию о несостоятельности дискуссии деления презумпций на соответствующие виды, следует согласиться с доводами авторов, которые отвергают само понятие «неопровержимая правовая презумпция», поскольку любая презумпция обладает свойством опровержимости, заключающимся в оспоримости применения или неприменения презумпции к определенным фактам¹⁵.

¹⁰ Радько Т.Н., Лазарев В.В., Морозова Л.А. Теория государства и права. М., 2016 // СПС Гарант.

¹¹ Логинов А.С. Правовые презумпции и технико-юридические особенности их реализации в процессе применения права // Юридическая техника. № 4. 2010. С. 322–326; Луткова О.В. Принципы правового регулирования трансграничных авторских отношений // Вестник МГЮА. 2016. № 12. С. 63–92.

¹² Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 12.

¹³ Бабаев В.К. Указ. соч. С. 12; Левит В.О. Правовые презумпции-дефиниции // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 310–312; Сериков Ю.А. Указ. соч. С. 128.

¹⁴ Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Опровержима ли неопровержимая правовая презумпция? // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 87–95; Давыдова М.Л. Правовые презумпции в системе юридической техники // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 159–170.

¹⁵ Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Указ. соч. С. 87–95; Булаевский Б.А. Классификация правовых презумпций // Журнал российского права. 2010. № 11 // СПС Гарант.

В подавляющем большинстве работ, посвященных специальному исследованию презумпций, авторы не рассматривают в качестве таковой «*jura novit curia*».

Так, С.В. Липень, предлагая классификацию общеправовых презумпций, не упоминает презумпцию «*jura novit curia*». Согласно авторской классификации, общеправовые презумпции подразделяются на презумпции, характеризующие деятельность власти (истинности государственного правового акта, истинности юридического акта, юридической компетенции государственных органов); презумпции, связанные с характеристикой норм права и правовых актов (истинности норм права, правомерности нормативного правового акта, правомерности законодательного решения, добросовестности законодателя, законности нормативного правового акта правильности нормативного правового акта); презумпции, связанные с характеристикой правоприменительной деятельности государственных органов (истинности правоприменительного акта, истинности судебного решения (приговора), законности правоприменительных процедур); общеправовые презумпции, характеризующие правовое поведение (добропорядочности граждан, законности, добросовестности, невиновности, знания закона)¹⁶.

Место в приведенной выше классификации вполне может быть найдено и для презумпции «*jura novit curia*». В утверждении «*jura novit curia*» сформулированы закономерности определенного этапа правоприменительной деятельности, в силу чего данная презумпция может быть также отнесена к общеправовой презумпции, связанной с характеристикой правоприменительной деятельности государственных органов, включающей в себя презумпции истинности правоприменительного акта, истинности судебного решения (приговора), законности правоприменительных процедур.

В работе А.С. Логинова «*jura novit curia*» также квалифицирована в качестве презумпции правоприменительного процесса, но аргументация отнесения данной конструкции к презумпциям строится на недоброкачественном составе судейского корпуса, который, по мнению автора, ставит под сомнение знание судом права¹⁷. Соглашаясь в целом с отнесением категории «*jura novit curia*» к презумпции правоприменительного процесса, полагаем возможным дополнить основания опровержимости данной презумпции установленными законом основаниями и порядком отмены и пересмотра соответствующих правоприменительных актов, признания их недействительными или незаконными.

В то же время в доктрине есть несколько определений, в которых презумпция представляет собой понятия из смежных категорий и трактуется в

¹⁶ Липень С.В. К вопросу о системе общеправовых презумпций // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 318–321.

¹⁷ Логинов А.С. Указ. соч. С. 322–326.

качестве нормы или принципа права¹⁸. Следует отметить, что подобная подмена одного термина другим лишена целесообразности. Если один термин объясняет смысловое значение другого термина, то в этом случае отпадает практическая целесообразность множественности терминов.

В то же время презумпции могут находить отражение в принципах права. Соотношение принципов и презумпций некоторые авторы видят в определенной связи, которая проявляется в том, что корреспондирующий презумпции правовой принцип наполняет ее своим содержанием и ограничивает правовую презумпцию этим содержанием¹⁹.

Основные содержательные признаки римского изречения «*jura novit curia*» отражены в общеправовом (межотраслевом) принципе законности. Именно данный принцип является наиболее близким к сентенции «*jura novit curia*». Принцип законности гражданском и арбитражном процессе означает, что суды должны правильно применять нормы материального права и осуществлять свою деятельность в полном соответствии с процессуальными нормами, что в полной мере соответствует целям гражданского процесса — установить существующие фактические обстоятельства дела и правильно применить к ним нормы права. В связи с этим заключим, что общеправовой принцип законности выступает одним из условий, обеспечивающих реализацию презумпцию «*jura novit curia*».

Любопытна точка зрения В.М. Баранова, В.Б. Першина и И.В. Першиной о логической некорректности позиции трактовки презумпции в качестве предположения, заключающим в себе высоко вероятностное обобщение²⁰. По мнению указанных авторов, существенным признаком индуктивного обобщения не может признаваться высокая степень его вероятности в силу того, что вероятное обобщение характеризуется в диапазоне от 0 до 1, и, таким образом, любое индуктивное обобщение, будучи по своему основному логическому признаку вероятностным, находит свое место²¹. Стоит согласиться с этой позицией, принимая во внимание, что в современной логике «индукция» часто употребляется как синоним понятий «недемонстративный вывод» и «вероятностный аргумент». Действительно, высоко вероят-

¹⁸ Бабаев В.К. Презумпции в российском праве и юридической практике / Проблемы юридической техники. Н. Новгород, 2000. С. 328; Третьякова О.Д. Презумпции как один из факторов конвергенции правовых систем // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 552–554.

¹⁹ Мосин С.А. Презумпции и принципы в конституционном праве Российской Федерации: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2007. С. 6.

²⁰ Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Указ. соч. С. 87–95. О существовании обобщения высокой вероятности говорит также и В.А. Кучинский: Кучинский В.А. Юридические презумпции и фикции (общие черты и различия) // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 302–309.

²¹ Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Указ. соч. С. 87–95; Ващекин А.Н., Ващекина И.В. Информационное право: прикладные задачи и математические методы // Информационное право. 2017. № 3. С. 17–21.

ностное обобщение не является существенным свойством презумпции, но в то же время для ряда общеправовых презумпций, характеризующих правовое поведение, возможно зафиксировать их как низко вероятностный, так и высоко вероятностный характер на основе статистических исследований. Так, в литературе приведена статистика, говорящая, что основная масса лиц, привлекаемых к ответственности, признается судом виновной в совершении инкриминируемых им деяний и вместе с тем также статистически установлено, что не во всех случаях лица, которым предъявлено обвинение в совершении преступления, признаются судом виновными²². Таким образом, презумпция невиновности в большей степени формулирует низкую вероятность соответствия данной презумпции к конкретным обстоятельствам и фактам, положенным в основу ее применения. Аналогичное заключение можно сделать относительно презумпции знания закона — «*Nemo ignorantia juris recusare potest*» — никто не может отговариваться незнанием закона. Но здесь необходимо отметить, что при отсутствии статистических данных данное предположение строится на субъективных предположениях. Оценка низкой вероятности презумпции знания закона может быть обусловлена предположением, что даже юристы не могут (да это и невозможно) продемонстрировать осведомленность в содержании норм всего отраслевого многообразия. Но презумпция знания закона, несмотря на ее низкую вероятность, должна быть отнесена к основным правовым предположениям, поскольку если не предполагать знания законов страны, то это может привести к фактической невозможности регулирования общественных отношений.

К презумпциям высоко вероятностного характера можно отнести презумпции, связанные с правоприменительной деятельностью государственных органов, а именно: истинности правоприменительного акта, истинности судебного решения (приговора). Как представляется, осуществление деятельности судов на основании принципа законности, который по своему содержанию включает в себя требование к судам правильно применять нормы материального (регулятивного) права и совершать процессуальные действия, безусловно, оказывает влияние на формулирование высоко вероятностного предположения об истинности судебного решения (приговора). Высоко вероятностное обобщение, лежащее в основе данного предположения, также обусловлено статистическими данными Верховного Суда Российской Федерации относительно процентного соотношения отмененных судебных решений и приговоров и оставленных без изменений в пользу последних²³. В связи с этим допустимо говорить о некоторых правовых презумпциях, основанных как на высоко вероятностных, так и низко вероятностных обобщениях.

²² Мамчун В.В. О рискогенности правовых презумпций // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 360–367.

²³ [Электронный ресурс]: // URL: <https://pravo.ru/news/view/144548> (дата обращения: 28.03.2018)

Трудно оценить степень вероятности презумпции «*jura novit curia*», принимая во внимание трудности осмысления всего нормативного состава, наполняющего каждую из отраслей системы права. Для причисления презумпции «*jura novit curia*» к предположению высокой или низкой вероятности должны быть проведены масштабные статистические исследования. Но в то же время можно зафиксировать факторы, способные оказывать влияние на степень вероятности общеправовой презумпции «*jura novit curia*».

«Jura Novit Curia» как аргумент для исключения правовых знаний из объема специальных знаний

В законе отсутствует прямое указание, что юридические знания не могут быть специальными. Между тем ряд ученых, ссылаясь на «*jura novit curia*», исключает из объема знаний специальные правовые (юридические) знания²⁴. Имеется и противоположная позиция. Так, Е.Р. Россинская, Е.И. Галяшина и А.А. Эксархопуло считают устаревшим подход отнесения юридических знаний к категории специальных. Судьи, обладающие знаниями только из определенных отраслей права, не в состоянии ориентироваться во всех тонкостях постоянно развивающегося современного законодательства²⁵.

В доктрине предлагается привлекать осуществляющих научную и практическую деятельность специалистов, что позволило бы существенно повысить эффективность применения правовых норм, поскольку специалисты в наибольшей степени осведомлены о вносимых изменениях в законодательство²⁶. В то же время в литературе выражались сомнения относительно такого рода консультаций, которые, по мнению ученых, способны привести к тому, что судьи будут охотно возлагать функции по установлению юридических обстоятельств дела на иных лиц²⁷. Кроме того, имелись опасения, что на мнение эксперта могут повлиять различные факторы: принадлежность к той или иной научной школе, собственные концепции и доктрины, тенденции развития правовой системы и др.²⁸

²⁴ Рожкова М.А. Вправе ли Суд по интеллектуальным правам запрашивать правовые заключения или все же *jura novit curia*? // Закон. 2016. № 3. С. 88–94; Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. М., 2000. С. 8–9; Эйсман А.А. Заключение эксперта. Структура и научные обоснования. М., 1967. С. 89.

²⁵ Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. Настольная книга судьи: судебная экспертиза // СПС Гарант; Эксархопуло А.А. Специальные познания и их применение в исследовании материалов уголовного дела. СПб., 2005. С. 26–27.

²⁶ Лазарева Л.В. Некоторые особенности соотношения специальных и правовых знаний // Вестник Владимирского юридического института. 2008. № 4. С. 155–157.

²⁷ Яни П.С. Правовая экспертиза в уголовном деле // Законность. 2001. № 9. С. 21–24.

²⁸ Лазарева Л.В. Правовая экспертиза: проблемы становления и перспективы развития // Вестник МГЮА. 2014. № 3. С. 49–55.

Полоагаем, что исключение правовых знаний из объема специальных не может быть основано на апеллировании к одному из содержательных элементов презумпции «*jura novit curia*», а именно, «суд знает право». Другие две важные составляющие презумпции «*jura novit curia*» — инициативное и самостоятельное исследование норм права безотносительно к ссылке сторон на них и самостоятельное применение права судом — не вступают в противоречие с включением правовых знаний в категорию специальных знаний. Функции суда по осуществлению правосудия не дублируются с функциями специалистов, которые при правовых консультациях не предрешают дела, а оказывают содействие суду в правильном его разрешении. Специалист, не вмешиваясь в компетенцию судьи, дает оценку содержания, толкования и допустимого применения ряда норм и возможные варианты решений, что может только способствовать, а не препятствовать полному и всестороннему рассмотрению конкретного дела. Окончательное принятие решения остается за судьей, который вправе как согласиться, так и не согласиться с соответствующими выводами. Как отмечено Л.В. Лазаревой, проблема разграничения специальных и правовых знаний заключается не в компетенции, а в правомочиях субъекта их применения²⁹.

Что касается первой составляющей презумпции «*jura novit curia*» — «суд знает право» — то данный посыл как раз трудно реализовать при отсутствии возможности суда получать правовые консультации. Как отмечает А.А. Эксархопуло, требование от правоприменителя знания всех законов и нормативно-правовых актов еще могло бы быть возможным 30 и более лет назад, когда в России действовало не более десятка кодексов, в условиях же постоянно меняющегося законодательства данное требование становится с каждым годом все более трудно реализуемым³⁰.

Такого рода консультации предусмотрены ч. 1.1 ст. 16 Административно-процессуальным кодексом Российской Федерации (далее — АПК РФ), по которой Суду по интеллектуальным правам (далее — СИП) дано право направлять запросы в целях получения разъяснений, консультаций и выяснения профессионального мнения ученых, специалистов и прочих лиц, обладающих теоретическими и практическими познаниями по существу разрешаемого дела. В Справке о некоторых вопросах привлечения специалистов и направления запросов Судом по интеллектуальным правам отмечено, что направление запросов ученому и привлечение к участию в процессе специалиста представляют собой различные формы получения Судом разъяснений, консультаций, профессионального мнения³¹. В Справке от-

²⁹ Лазарева Л.В. Указ. соч. С. 49–55.

³⁰ Эксархопуло А.А. Указ. соч. С. 26–27.

³¹ Справка о некоторых вопросах привлечения специалистов и направления запросов Судом по интеллектуальным правам (утв. постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 14.11.2014 № СП-21/89) // СПС Гарант.

мечено, что специалист является процессуальной фигурой, тогда как ученый — лицом, обладающим специальными познаниями, которое выступает непосредственным адресатом запроса о разъяснениях, консультациях и об изложении профессионального мнения.

Возможность правовой экспертизы предусмотрена в отношении установления содержания норм иностранного права. В ранее действовавшем Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда от 20.12.2006 (п. 8) было отмечено, что в целях установления содержания норм иностранного права суд может обратиться за содействием и разъяснением в компетентные органы или организации или привлечь экспертов³². Согласно п. 44 Постановления Пленума Верховного Суда России от 27.06.2017 заключение о содержании норм иностранного права, подготовленное лицом, обладающим специальными познаниями в данной области, не является экспертным заключением по смыслу ст. 55, 82, 83, 86 АПК РФ, и правила о назначении экспертизы не распространяются на подобного рода заключения о содержании норм иностранного права³³. В соответствии с п. 45 данного Постановления арбитражный суд вправе поручить экспертизу в области иностранного права российскому или иностранному гражданину, обладающему специальными познаниями в области иностранного права, что может подтверждаться его научными исследованиями в области иностранного права или его практической деятельностью в данной сфере. Экспертиза также может быть поручена образовательному, научному или учебному заведению России, в котором имеются структурные подразделения, занимающиеся исследованиями иностранного права. При этом перед экспертом могут быть поставлены вопросы о содержании норм иностранного права, а не о правовой оценке отношений сторон и доказательств, например, о действительности спорного договора³⁴.

Таким образом, конструкция «*jura novit curia*» должна презюмироваться, но не абсолютизироваться в силу невозможности буквального следования данной максиме. Составляющий содержательный элемент презумпции «*jura novit curia*» — «судья знает право» в большей степени можно отнести к разным выразительным средствам, которые выстраивают идеальные модели осуществления правосудия, не всегда достижимые в реальности. Уместно привести доводы о том, что при работе с национальным правом судья не мо-

³² Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда от 20.12.2006 № 66 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 2007. № 2 (Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда от 4.04.2014 № 23 настоящее постановление признано утратившим силу) // СПС Гарант.

³³ Постановление Пленума Верховного Суда России от 27.06.2017 № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» // Российская газета. 2017. № 144.

³⁴ Там же.

жет быть подобен божеству, знающему все право, но должен *ex officio* установить право посредством консультаций с компетентными учреждениями, изучения специальной литературы в вызывающих затруднения ситуациях³⁵. Кроме того, очевидно, что со времени утверждения римской максимы «*jura novit curia*» нормативный массив, который предписывалось знать судье, возрос на несколько порядков. Таким образом, степень вероятности презумпции «*jura novit curia*» могла бы быть более высокой при закреплённой в законе возможности суда получить правовые консультации относительно оценки содержания, толкования и допустимого применения ряда норм для более полного и всестороннего рассмотрения дела.

Jura Aliena Novit Curia

Если исходить из существования общеправовой презумпции «*jura novit curia*» в отношении национального права, можно ли сделать вывод о существовании подобной отраслевой презумпции и в отношении иностранного права в рамках международного гражданского процесса (далее — МГП)?

Как известно, суды при рассмотрении дел сталкиваются не только с широким кругом отечественных норм, но и с необходимостью применения иностранного материального права, а в определенных случаях — и иностранного процессуального права к отношениям, осложненным иностранным элементом³⁶. Между тем, распространение презумпции «*jura novit curia*» на иностранное право поддерживается далеко не всеми авторами. Здесь необходимо отметить, что во многих публикациях презумпция «*jura novit curia*» рассматривается именно как принцип и в связи с этим дальнейшее упоминание о «*jura novit curia*» в качестве принципа в настоящей статье обусловлено тем, что таковым ее считают авторы, позиции которых приведены ниже.

В диссертации А.И. Стихиной, посвященной вопросам установления иностранного права в суде, отмечено, что в силу значительного объема иностранных норм принцип «*jura novit curia*» распространяется только в отношении внутреннего права³⁷. Многие авторы разделяют данную позицию, несмотря на то, что в российском праве и доктрине иностранное право рассматривается именно как право³⁸. Так, в работе Д.А. Хоцанова говорится о

³⁵ Головки Л.В. Влияние профессионального статуса суда на степень его активности в уголовном судопроизводстве // Закон. 2016. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

³⁶ Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С., Филатова М.А. Международный гражданский процесс. М., 2017. С. 46.

³⁷ Стихина А.И. Установление содержания норм иностранного права в суде: дис. ... к. ю. н. СПб., 2007. С. 215.

³⁸ Чирнинов А.М. Нельзя объять необъятное: предмет доказывания в конституционном судебном процессе (на примере России и США) // Сравнительное конституционное обозрение.

том, что, хотя суды и должны устанавливать иностранное право *ex officio*, они не обязаны знать его изначально (принцип «*jura novit curia*» на иностранные законы не распространяется)³⁹. Казахский автор Н.С. Ешниязов также пишет о нераспространении принципа «*jura novit curia*» на иностранные законы, и, более того, в качестве исходной презумпции обозначает противоположную максиму «*jura aliena non novit curia*» («суд НЕ знает чужих законов»). Данное утверждение, раскрывающее в большей степени концептуальный подход стран общего права, обосновывается автором в контексте одного из сформулированных им принципов коллизионного регулирования — «облегчения судопроизводства», который выражается в обращении суда к своему национальному порядку и неприменению иностранного права в отдельных случаях (формулировка односторонних коллизионных норм, субсидиарное применение *lex fori* при невозможности установить содержание норм применимого иностранного права и т.п.)⁴⁰. В данном обосновании можно усмотреть негативные последствия приверженности принципу «*jura aliena non novit curia*», которые могут выразиться в необоснованном ограничении применения иностранного права в целях «облегчения судопроизводства».

Позиция о нераспространении принципа «*jura novit curia*» на содержание иностранного права в большой степени имеет место в англо-американской доктрине и практике, где традиционно закреплена презумпция незнания судом иностранного права, из чего следует, что установление содержания иностранного права является вопросом факта⁴¹. Справедливости ради стоит отметить, что данный принцип не играет решающей роли и в отношении отечественного права как в английской, так и в ирландской и шотландской системах. Судьи (и присяжные, если таковые участвуют в процессе) являются нейтральными арбитрами, разрешающими спор между сторонами⁴².

Получила закрепление в доктрине и противоположная точка зрения о применении принципа «*jura novit curia*» в отношении иностранного права, обоснованная тем, что подобная тенденция имеет место в большинстве стран континентальной Европы⁴³. Традиции континентального права ос-

2017. № 3 // СПС КонсультантПлюс; Медведев И.Г. Настольная книга нотариуса. Международное частное право, уголовное право и процесс в нотариальной деятельности. Т. 4. М., 2015 // СПС КонсультантПлюс.

³⁹ Хоцанов Д.А. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. М., 2013 // СПС Гарант.

⁴⁰ Ешниязов Н.С. Условия применения коллизионных норм в международном частном праве (сравнительно-правовой аспект): дис. ...к.ю. н. Алматы, 2017. С. 39, 89.

⁴¹ The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford, 2006. P. 52–53.

⁴² Будылин С. Знает ли судья закон [Электронный ресурс]: // URL: http://m-logos.ru/img/spravka_po_angliiskoe_pravo_Vydilin.pdf (дата обращения: 28.03.2018)

⁴³ Асосков А.В. Реформа раздела VI «Международное частное право» Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право. 2014. № 2. С. 6.

нованы на применении иностранных норм *ex officio*, т.е. при применении иностранного права судья должен применять правовую норму так, как если бы ее применял соответствующий иностранный суд, обязанность по установлению содержания иностранного права лежит на суде. При этом на иностранное право также распространяется и принцип «*jura novit curia*», что было также отмечено в работе Л. Раапе⁴⁴.

Содержательный аспект презумпции «*jura novit curia*», выражающийся в самостоятельной правовой оценке судом представленных сторонами фактических обстоятельств, полностью коррелирует с содержанием принципа законности — установлением фактических обстоятельств дела и подлежащих применению норм материального и процессуального права. В соответствии со ст. 11 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации суд обязан разрешать гражданские дела на основании Конституции Российской Федерации, международных договоров России и иных нормативно-правовых актов. Часть 1 ст. 168 Административно-процессуального кодекса Российской Федерации предусматривает, что при принятии решения арбитражный суд определяет, какие законы и иные нормативные правовые акты следует применить по данному делу. Право суда самостоятельно определять применимые нормы права подтверждено также в п. 3 Постановления Пленума Верховного суда России № 10/22.

Работа суда с иностранным правом осуществляется по такому же принципу: стороны излагают фактические обстоятельства дела, тогда как правовую квалификацию на основании применимого права дает суд. Все содержательные элементы презумпции «*jura novit curia*» (определение, какие законы и иные нормативно-правовые акты следует применить по данному делу, поиск и выбор той нормы права, которая подлежит применению, несвязанность суда правовой квалификацией иска истцом) также имеют место и при обращении суда к иностранному праву. В связи с этим допустимо говорить о существовании отраслевой презумпции «*jura aliena novit curia*» («суд знает иностранное право») в рамках МГП.

Отраслевая презумпция «*jura aliena novit curia*» так же, как и общеправовая презумпция «*jura novit curia*», находит свое отражение в общеправовом принципе законности, в соответствии с которым содержание иностранного права устанавливается судом *ex officio* («по должности»).

Установление содержания иностранного права *ex officio* предусмотрено в ст. 1191 Гражданского кодекса Российской Федерации, в которой предусмотрены алгоритмы обращения к иностранному праву. Согласно п. 1 ст. 1191 ГК РФ, суд устанавливает содержание иностранного права в соответствии с его официальным толкованием, практикой применения и доктриной в со-

⁴⁴ Раапе Л. Международное частное право. М., 1960. С. 130.

ответствующем иностранном государстве. Таким образом, применение и толкование судом иностранного права должно осуществляться так же, как оно применяется и толкуется в соответствующем иностранном государстве. Возложение на стороны обязанности по установлению содержания иностранного права в отношении споров, вытекающих из предпринимательской деятельности, не означает, что данная обязанность снимается с суда⁴⁵. Соответственно, неправильное установление содержания норм иностранного права влечет определенные процессуальные последствия в виде пересмотра решения суда. Для реализации обязанности суда установить, применить и толковать иностранное право так, как это имеет место в иностранном государстве, суд в соответствии с п. 2 ст. 1191 ГК РФ может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением в Министерство юстиции и иные компетентные органы или организации в России и за границей либо привлечь экспертов.

А.А. Мережко принадлежит точка зрения о невозможности абсолютной реализации применения иностранного права *ex officio* в силу ряда объективных причин, обусловленных прохождением иностранных норм целого ряда фильтров, а именно применение иностранной нормы на основе национального права, в том числе и национального процессуального права, в соответствии с общепризнанными принципами международного права, с учетом институтов международного частного права (оговорка о публичном порядке, императивные принципы права, адаптация)⁴⁶. По его мнению, данное обстоятельство превращает требование применять иностранное право так, как оно применяется у себя на родине, в фикцию и заставляет судью сделать невозможное. Здесь допустимо не согласиться с автором, поскольку к фикции скорее может быть отнесено само понимание применимого иностранного права, нежели требование применять иностранное право так, как оно применяется на родине. Применение иностранного права в рамках национальных законов, устанавливающих пределы его ограничения, не позволяет говорить о полноценном и безоговорочном применении иностранного права. Отечественные суды применяют не иностранное право как таковое, а лишь допустимую с точки зрения национального закона часть иностранного права. Но сам механизм и порядок применения и установления содержания иностранного права *ex officio*, который очерчен в законе, невозможно

⁴⁵ П. 21 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда России от 9.07.2013 № 158 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением Арбитражными судами дел с участием иностранных лиц»; п. 44 Постановления Пленума Верховного Суда России от 27.06.2017 № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» // Российская газета. 2017. № 144.

⁴⁶ Мережко А.А. Психологическая теория международного частного права // Российский юридический журнал. 2012. № 6 // СПС Гарант.

относить к фикциям, т.е. несуществующим положениям, которым в силу закона придается значение действительных, обязательных фактов.

Установление содержания иностранного права *ex officio* и презумпция «*jura aliena novit curia*» находятся во взаимообусловленной связи друг с другом. Игнорирование презумпции «*jura aliena novit curia*» фактически делает невозможным воплощение нормы, предусматривающей применение норм иностранного права *ex officio*, поскольку трудно применять иностранные нормы исходя из посыла их незнания судом.

В то же время можно отчасти согласиться с позицией Д.А. Хоцанова, который отмечает, что, хотя суды и должны устанавливать иностранное право *ex officio*, они не обязаны знать его *изначально*⁴⁷. Действительно, на этапе первого обращения к применимому иностранному праву судья может не знать содержания иностранных норм. Между тем, данный факт не освобождает суд от их «узнавания». Отраслевая презумпция МГП «*jura aliena novit curia*» должна означать, что судья знает иностранное право на этапе его правоприменения. При этом данная презумпция должна охватывать не только содержание иностранного права, но и определенные условия его применения: применение иностранного права в рамках определенных национальных процессуальных механизмов, соблюдение норм непосредственного применения, недопущение нарушения публичного порядка в результате применения иностранной нормы и т.п.

Здесь уместно экстраполировать доводы насчет распространения принципа «*jura novit curia*» применительно к обычаю, сделанные А.И. Каминкой и Г.Ф. Шершеневичем в начале XX века, в пользу закрепления презумпции «*jura aliena novit curia*». А.И. Каминка отмечал, что «...обычай труднее распознается, чем закон, но ведь и при применении разных законов приходится преодолевать разной степени трудности, что не вызывает принципиально различного к ним отношения. Источники познания другие, но опять-таки этим обуславливается лишь необходимость иных способов их установления. Эти средства могут быть различные: свидетельства сведущих лиц, удостоверения соответствующих учреждений, сборники специально обычного права или судебные сборники решений, в коих уже установлено существование обычаев»⁴⁸. Г.Ф. Шершеневич напоминал, что если обычай носит юридический характер, если это — норма права, то суд должен знать, а, следовательно, и применять его. Если судья не знает обычая, на который указывают стороны, он должен его узнать, принимая к тому все меры⁴⁹.

⁴⁷ Хоцанов Д.А. Указ. соч. // СПС Гарант.

⁴⁸ Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2007 // СПС Гарант.

⁴⁹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1. СПб., 1998. С. 80.

Вышесказанное в равной степени справедливо и применительно к иностранным законам. По сравнению с обычаями, в отношении иностранного права судья, скорее всего, вынужден будет совершить гораздо больше шагов в процессе его познания, но после очерчивания соответствующего круга иностранных норм, установления их содержания, толкования и практики применения, можно вполне говорить о презюмировании «*jura aliena novit curia*». Безусловно, процесс установления содержания иностранного права является более трудоемким, нежели отечественного права, и судья может испытывать разной степени затруднения. Но трудность распознавания иностранного права не может служить отрицанием презумпции «*jura aliena novit curia*» и, как следствие, элиминировать юридический характер соответствующих норм, которые судья в результате установления их содержания должен знать для правильной квалификации спорных обстоятельств.

Принимая во внимание вышеизложенное, следует заключить, что конструкция «*jura aliena novit curia*» («суд знает иностранное право») может быть отнесена к отраслевой презумпции МГП, коррелирующей с общеправовым принципом законности, в рамках которого установление содержания иностранного права осуществляется судом *ex officio* («по должности»). При этом объем презумпции «*jura aliena novit curia*» должен распространяться не только на содержание норм иностранного права, его толкование и практику применения в рамках соответствующей иностранной юрисдикции, но и на условия применения иностранного права в стране суда: соответствие национальным процессуальным механизмам, соблюдение норм непосредственного применения, недопущение нарушения публичного порядка в результате применения иностранной нормы и т.п.



Библиография

- Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький: ГВШ МВД, 1974. 124 с.
- Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Опровержима ли неопровержимая правовая презумпция? // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 87–95.
- Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С., Филатова М.А. Международный гражданский процесс / под ред. И.В. Гетьман-Павловой. М.: Юрайт, 2017. 271 с.
- Давыдова М.Л. Правовые презумпции в системе юридической техники // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 159–170.
- Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Установление содержания норм иностранного законодательства в международном частном праве // Адвокат. 2008. № 7. С. 112–121.
- Кучинский В.А. Юридические презумпции и фикции (общие черты и различия) // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 302–309.
- Лазарева Л.В. Правовая экспертиза: проблемы становления и перспективы развития // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2014. № 3. С. 49–55.

Левит В.О. Правовые презумпции-дефиниции // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 310–312.

Липень С.В. К вопросу о системе общеправовых презумпций // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 318–321.

Логонов А.С. Правовые презумпции и технико-юридические особенности их реализации в процессе применения права // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 322–326.

Мережко А.А. Психологическая теория международного частного права // Российский юридический журнал. 2012 // СПС Гарант.

Мосин С.А. Презумпции и принципы в конституционном праве Российской Федерации: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2009.

Панов А.А. Принцип «*Jura novit curia*» в международном коммерческом арбитраже / Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 1. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 270–296.

Рожкова М.А. Вправе ли Суд по интеллектуальным правам запрашивать правовые заключения или все же *jura novit curia*? // Закон. 2016. № 3. С. 88–94.

Хоцанов Д.А. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. 2013 // СПС Гарант.

Common Law Presumption *jura novit curia* and Branch Presumption *jura aliena novit curia* in International Civil Process



Lyudmila Terentieva

Associate Professor, Civil Law Department, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russian Federation. E-mail: terentevamila@mail.ru



Abstract

One of the purposes of the article is to provide an up-to-date account for the Roman maxim *jura novit curia* (the court knows the law). Traditionally *jura novit curia* means that the court alone is responsible for determining which law applies to a particular case, and how without being limited to the legal arguments advanced by the parties. On the basis of the systematic investigation of different elements of legal technology (legal fictions, principles, axioms or presumptions) the author formulates the conclusion that *jura novit curia* can be attributed to the general legal presumption, which is related to the characterization of law enforcement activities of state bodies. Moreover, taking into account the interconnection of presumptions and principles of law, the author indicates that there is a corresponding functional principle of legality to the presumption *jura novit curia*. In the second part of the article the author criticizes scientific assessment of the presumption of *jura novit curia* as confirmation of position on the exclusion of legal knowledge from the scope of special ones. It was argued in favor of legitimation of the legal advices on interpretation and permissible application of law in order to increase the degree of probability of the presumption of *jura novit curia*. Other substantial elements of the presumption of *jura novit curia*, namely, an initiative and independent study of the rules of law by the court without being limited to the legal arguments advanced by the

parties do not conflict with the possibility of a court to get legal advices from specialists who do not intervene the competence of the judge making the final decision. In the third part of the article, the author finds the arguments for exclusion maxim *jura novit curia* form foreign laws are not conclusive. It may be suggested that this assumption can lead to the negative consequences that can be expressed in the unreasonable restriction of the application of foreign law. On the basis of the analysis it is possible to indicate that *jura aliena novit curia* is the branch presumption of the international civil process, which correlates with the content of the principle of legality and the principle of the international civil process — the establishment of the content of foreign law *ex officio*. The author reasons that ignoring presumption of *jura aliena novit curia* obviously leads to difficulties for the principle of applying foreign law *ex officio*, since it is impossible to apply foreign norms based on presumption *jura non aliena novit curia*. The presumption of *jura aliena novit curia* should cover not only the content of foreign law, but also several conditions for its application based on national law. The article challenged the theory that the requirement to apply foreign law in the same way as it is applied abroad is the fiction. The author justified that the notion of “foreign law” can be attributed to the fictions taking into account that the court can apply only private foreign law and some foreign procedural rules with considering national law restrictions.



Keywords

establishing content of foreign law, *ex officio*, *jura novit curia*, *jura aliena novit curia*, legal presumption, legal axioms, legal fictions, legal principles.

Citation: Terentieva L.V. (2018) Common Law Presumption *jura novit curia* and Branch Presumption *jura aliena novit curia* in International Civil Process. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 195–213 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.195.213



References

- Babaev V.K. (1974) *Prezumpcia v sovetskom prave* [Presumption in the Soviet Law]. Gorky: School of Internal Ministry, 124 p. (in Russian)
- Baranov V.M., Pershin V.B., Pershina I.V. (2010) Oproverzhima li neoproverzhimaya pravovaya prezumpciya? [Is it Possible to Overcome Legal Presumption?]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, pp. 87–95.
- Davydova M.L. (2010) Pravovye prezumpcii v sisteme yuridicheskoy tekhniki [Legal Presumptions in Legal Technique]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, p. 159–170.
- Erpyleva N.Yu., Get'man-Pavlova I.V. (2008) Ustanovlenie soderzhaniya norm inostrannogo zakonodatel'stva v mezhdunarodnom chastnom prave [On Content of Foreign Legislative Norms in the International Private Law]. *Advokat*, no 7, pp. 112–121.
- Get'man-Pavlova I.V., Kasatkina A.S., Filatova M.A. (2017) *Mezhdunarodnyy grazhdanskiy protsess* [International Civil Process] Moscow: Yurayt, 271 p. (in Russian)
- Khotsanov D.A. (2013) *Ustanovlenie soderzhaniya inostrannykh pravovykh norm v mezhdunarodnom chastnom prave* [Foreign Legal Norms in International Private Law]. SPS Garant.
- Kuchinskiy V.A. (2010) Yuridicheskie prezumpcii i fikcii (obshchie cherty i razlichiya). *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, pp. 302–309.
- Lazareva L.V. (2014) Pravovaya ekspertiza: problemy stanovleniya i perspektivy razvitiya [Legal Expertise. Issues of Development]. *Vestnik Universiteta Kutafina*, no 3, pp. 49–55.

- Levit V.O. (2010) Pravovye prezumpstsi-definititsii [Legal Presumptions Definitions]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, pp. 310–312.
- Lipen' S.V. (2010) K voprosu o sisteme obshchepravovykh prezumpstsiy [On Common Law Presumptions]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, pp. 318–321.
- Loginov A.S. (2010) Pravovye prezumpstsi i tekhniko-yuridicheskie osobennosti ikh realizatsii v protsesse primeneniya prava [Legal Presumptions and their Implementation in Applying Law]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, pp. 322–326.
- Merezhko A.A. (2012) Psikhologicheskaya teoriya mezhdunarodnogo chastnogo prava [Psychological Theory of International Private Law]. SPS Garant
- Mosin S.A. (2009) *Prezumpstsi i printsipy v konstitutsionnom prave Rossiyskoy Federatsii*: avtoref. dis...jurid. nauk [Presumptions and Principles in Constitutional Law. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 28 p.
- Panov A.A. (2013) Printsip «*jura novit curia*» v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe [jura novit curia in International Commercial Arbitration]. *Novye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha* [New Horizons of International Arbitration]. Moscow: Infotropik Media, pp. 270–296 (in Russian)
- Rozhkova M.A. (2016) Vprave li Sud po intellektual'nym pravam zaprashivat' pravovye zaklyucheniya, ili vse zhe *jura novit curia*? [Has Intellectual Rights Court a Right to Require Expert Conclusions, or *jura novit curia*?]. *Zakon*, no 3, pp. 88–94.

Alternative Dispute Resolution



Borut Stražišar

Assistant Professor, B&B Educational Institution, PhD in law. Address: 16a Letališka Str., Ljubljana SI-1000, Slovenia. E-mail: borut.strazisar@guest.arnes.si



Abstract

Alternative dispute resolution (ADR) becomes a synonym for different techniques as alternative to the long and costly court procedure. Alternative dispute resolution became popular in the middle of 1990's. At first, it was seen as a tool for the reduction of court's backlogs. With the diminishing role of national chambers of commerce — as promoters of arbitration courts — also the arbitration became less and less popular among small and medium size enterprises. These processes were even more radical in ex-Socialist/Communist countries with no small and medium enterprises developed¹. So, the new millennium with the developed IT infrastructure has brought out also new ideas about the society development. The Alternative dispute resolution is now presented as a procedure that is faster and cheaper than the court procedure. To avoid the negative sides of arbitration more elements of court procedure were introduced (like role of experts, provisional measures...). To make Alternative dispute resolution more popular it was promoted as a procedure in which the parties can choose their own judge, produce their own law and even sell the risk of the possible decision. But the latest judgement of EU court in investment arbitration² could be the end of such approach. The main question is whether the arbitration could be still an effective method of dispute resolution also for small and medium size enterprises. For the adequate answer the analysis of historical development of ADR should be seen. Through the historical development the essence of ADR could be explained. Submission is divided in three parts. Introduction presents the historical developments and logic behind ADR. Second part deals with goals and interests in ADR. Understanding the goals and interests helps in understanding the nature of disputes. The last part presents cases in which ADR could be still effectively used. The solutions presented is a synthesis of first and second part findings.



Keywords

dispute; resolution; arbitration; mediation; negotiation; international commercial arbitration

Citation: Stražišar B. (2018) Alternative Dispute Resolution. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 214–233 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.214.233

¹ There was also a lack of entrepreneur tradition and knowledge.

² Judgment in Case C — 284/16 Slowakische Republik v Achmea BV — The arbitration clause in the Agreement between the Netherlands and Slovakia on the protection of investments is not compatible with EU law.

Introduction

History of ADR

Arbitration is simply a usually (but not always) private process of adjudication in which parties in dispute with each other choose decision-makers (sometimes one, often a panel of three) and the rules of procedure, evidence, and decision by which their dispute will be decided. This is distinguished from mediation in which a neutral third party facilitates party negotiations to resolve a dispute, but does not decide the matters in conflict, and adjudication in which an officer of the state (usually a judge) decides a matter according to principles of law that are often (but not always) published and available for use as precedent by parties other than the principal disputants³. Much of the current outcry and controversy about the use of arbitration is lodged by those (principally on behalf of employees, consumers, and non-merchant contractors for services) who see arbitration being mandated in situations where parties to a contract, or litigants in a court, are being compelled to use arbitration because of a contract clause or court rule that the party probably did not fully understand or agree to⁴. As a result of the growth of international commercial interaction, the number of disputes has increased and arbitration is often considered to be the preferable method of dispute resolution for reasons of expediency, technical specialization, or in order to avoid potential bias that might be encountered in national courts⁵.

First roots of alternative dispute resolution could be found in China in mediation (*tiaojie*). It has origins in Confucian ethics. Confucius taught that natural harmony should not be disrupted, and adversarial proceedings were the antithesis of harmony. Chinese mediation aims not only to respond to a conflict when it breaks out, but also to prevent it from happening. It is total quality management of a conflict. Mediation treats conflict as being necessarily evil, bad, or undesirable. So the mediation aims to resolve conflicts — bring the conflict to end in order to reach the state of harmony. This is consistent with the Chinese folk term for a mediator, *shuo he ze*, a person who speaks in harmonious words to smooth interpersonal relationships. Chinese mediator plays a role that combines the function of counsellor, educator, pacifier, unifier, problem solver, arbitrator, negotiator, litigant, therapist and consultant. The mediator is usually a person who is regarded as an authority in the community. If either of the disputants refuses to accept the words of mediator, the mediator will not only “lose face” in front of the two disputants,

³ *Menkel-Meadow C.* Ethics Issues in Arbitration and Related Dispute Resolution Processes: What’s Happening and What’s Not // *University of Miami Law Review*. 2000, vol. 56, p. 949.

⁴ *Ibid.* P. 950.

⁵ *Nesheiwat F, Khasawneh A.* The 2012 Saudi Arbitration Law: A Comparative Examination of the Law and Its Effect on Arbitration in Saudi Arabia // *Santa Clara Journal of International Law*. 2015, no 3, p. 443.