

Проблема застосування судами

іноземного права. Іноземне право: «факт» чи «право»



Н. В. Плахотнюк

кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права і процесу Національної академії внутрішніх справ

Стаття присвячена дослідженню проблеми застосування судами іноземного права. Обґрунтовано, що розмежування правових систем за методом застосування іноземного права поступово втрачає своє значення, оскільки очевидно є умовність такого розмежування. Доведена доцільність поділу країн щодо їх відношення до іноземного права не лише виходячи із кваліфікації іноземного права в якості права чи факту, але й використовуючи гнучкіші критерії.

Ключові слова: методи застосування іноземного права, встановлення змісту іноземного права, кваліфікація іноземного права, правова категорія, фактична обставина, гібридний статус іноземного права, гармонізація національних підходів.

Стаття посвячена исследованию проблемы применения судами иностранного права. Обосновано, что разграничение правовых систем по методу применения иностранного права постепенно теряет свое значение, поскольку очевидна условность такого разграничения. Доказана целесообразность деления стран по их отношению к иностранному праву не только на основании квалификации иностранного права в качестве права или

факта, но и используя более гибкие критерии.

Ключевые слова: методы применения иностранного права, установление содержания иностранного права, квалификация иностранного права, правовая категория, фактическое обстоятельство, гибридный статус иностранного права, гармонизация национальных подходов.

The article devotes to the problem of application of foreign law by the courts. The article proved that differentiation of legal systems by the method of application of foreign law is gradually losing its importance because the conventionality of such differentiation is more and more obvious. The article reasoned that the expediency of countries differentiation on their attitude to foreign law is not only based on the qualifications of foreign law as law or fact, but used more flexible criteria.

Keywords: methods of application of foreign law, establish the content of foreign law, qualification of foreign law, the legal category, the actual circumstance, the hybrid status of foreign law, harmonization of national approaches.

У міжнародному приватному праві традиційно досліджується проблема методів застосування судами іноземного права. Ця проблема передбачає відповіді на три питання: хто повинен встановлювати зміст іноземного права, як встановити його зміст та які юридичні наслідки виникнуть, якщо зміст іноземного права не буде встановлено. Традиційно питання ставиться таким чином: чим повинен керуватися суд при встановленні змісту та застосуванні іноземного закону – тими процесуальними правилами, які він використовує щодо законів своєї країни, чи правилами процесу, які відносяться до поряд-

ку встановлення фактичних обставин? Дослідженню цієї сфери присвячені праці таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як М. М. Агарков, Л. П. Ануфрієва, Г. К. Дмитрієва, Л. А. Лунц, В. І. Кисіль, А. А. Попов, Ю. О. Тимохов, В. Л. Толстих, В. В. Трутень, В. Л. Чубарев та ін. В більшості опублікованих праць основна увага приділяється тим чи іншим аспектам цієї проблеми, у той же час не завершено розроблення проблеми системного дослідження інституту застосування судами іноземного права як комплексного інституту. Зростаюча роль правильного та ефективного застосування іноземного права з метою міжнародного цивільного обігу на порядок денний ставить питання про гармонізацію національних підходів до встановлення змісту іноземного права. Така необхідність викликана тим, що нині різноманітні способи вирішення цього питання, які існують в національних правових системах, не забезпечують однаковості в застосуванні права однієї й тієї ж держави в судах різних країн.

Складнощі, викликані досить трудомістким, дорогим та непередбачуваним процесом практичного встановлення змісту іноземного права, сприяють, на жаль, спрощеному підходу до питань іноземного права, що говорить про недостатню ефективність його практичного застосування у відповідному національному суді. А це призводить до того, що у зарубіжній судовій практиці перспектива процесу із застосуванням іноземного права часто підштовхує сторони до компромісу у вирішенні спору.

Метою цієї наукової статті є комплексний аналіз питання кваліфікації іноземного права в практиці зарубіжних країн, проблеми методів застосування судами іноземного права. Актуальність теми очевидна, оскільки правове регулювання у сфері застосування іноземного пра-

ва як в Україні, так і в зарубіжних країнах потребує систематизації. Підставою для такої систематизації у вітчизняній юридичній літературі слугує протиставлення відношення до іноземного права як до фактичної обставини чи як до правової категорії. В зарубіжних дослідженнях таке протиставлення також є основним критерієм для систематизації правового регулювання з питань застосування іноземного права.

В доктрині країн англосаксонського чи загального права, наприклад США, Великобританія, іноземне право слугує лише одним з фактичних обставин, що підлягають доведенню. Таким чином, для загального права традиційним є кваліфікація іноземного права як факту [1, с. 312]. Класична англійська доктрина говорить: «Єдиним законом, що його застосовує суддя, є закон місця розгляду справи (*lex fori*), і правами, здійснення яких він забезпечує, є лише права, що випливають із закону місця розгляду справи. Але при наявності у справі іноземного елемента іноземний закон – це факт, який має братися до уваги, тож суддя намагається створити й примусово здійснити право, по змозі аналогічне тому, яке було б створене іноземним судом, якби він розглядав подібну справу, внутрішню за своїм характером» [2, с. 243].

Англійське право вказує на чотири принципи підходи до іноземного права:

- 1) іноземне право – це факт, а не закон;
- 2) будучи фактом, іноземне право повинно бути формально доведено, так як його зміст судді невідомий, воно повинно бути доведено спеціалістом;
- 3) як факт, іноземне право повинно доводитись до відома суду в тому ж порядку, який передбачений процесом для інших фактів;
- 4) якщо про іноземне право зацікавлена сторона не заявляє чи не може його довести, суд буде застосовувати англійське пра-

во, виходячи з презумпції, що іноземне право таке ж, як і англійське [3, с. 286-287].

Таким чином, з точки зору доктрини англосаксонського права іноземне право є питання факту. Його встановлення здійснюється за добровільним рішенням сторін, самими сторонами та шляхом експертної думки. Суд не може визнати його загальновідомим, навіть якщо воно дійсно відоме [4, с. 256, 266]. Рішення іноземного суду не є обов'язковим для англійського суду [5, с. 570]. Метою відношення до іноземного права як до факту є усунення перешкоди до його застосування. Кваліфікація іноземного права в якості факту спрощує його встановлення [6, с. 7-8, 67]. Тобто наявність будь-яких прав, які виникають на підставі іноземного права, розцінюється як факт, що дозволяє застосувати власний національний закон.

Значним недоліком такої позиції є те, що суд обмежений доказами сторін щодо встановлення іноземного права; крім того, якщо сторони погодили між собою зміст певної іноземної норми, то суд повинен застосовувати її зі змістом, визаним сторонами, навіть якщо йому зрозуміло, що сторони тлумачать зміст неправильно.

Подібної точки зору дотримується і французька судова практика з тією різницею, що у випадку, коли норма іноземного права фактично відома суду чи ознайомлення з нею доступне, суд керується цією нормою, навіть якщо сторони не надали відповідних доказів [7, с. 359-376].

Для багатьох європейських країн, які належать до романо-германської системи права, зокрема Німеччина, Італія, іноземне право є правовою категорією і суд встановлює зміст іноземної правової норми. З точки зору доктрини цих країн при застосуванні іноземного права суд встановлює не питання факту, а питання права [8, с. 475-489].

Як зауважує Х. Шак, іноземне право продовжує зберігати характер зарубіжного права і при його застосуванні всередині країни, тобто воно підлягає застосуванню в тому вигляді, у якому воно застосовується за кордоном [9, с. 305, 307]. Суддя Німеччини повинен не лише вивчити тексти законів, але також враховувати особливості їх застосування на основі теорії та практики права у відповідній іноземній державі. Проте, як справедливо зазначає В. А. Толстий, подібне застосування неможливе, оскільки вітчизняний суддя об'єктивно не може володіти всією тією інформацією, що її має іноземний суддя. Тому завжди буде існувати прірва між застосуванням іноземного права вітчизняним суддею і суддею відповідної іноземної держави [10, с.117]. Особливо це стосується випадків, коли зовні ідентичні терміни мають різний зміст. Наприклад, термін «місце виконання зобов'язання» за швейцарським законодавством означає місце проживання кредитора, а за німецьким – місце проживання боржника [11, с.175].

Що стосується української доктрини приватного права, то слідом за радянською вона підтримала точку зору, за якою іноземне право – це правова категорія, тобто норма права, а не фактична обставина. Такий доктринальний підхід закріплено в самій назві ст. 8 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. №2709-IV «встановлення змісту норм права іноземної держави», а не «доведення іноземного права». Згідно з вказаною нормою встановлення змісту норм іноземного права повинно здійснюватися у відповідності з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі. У пункті 2 ст. 8 зазначається: «З метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може звернутися в установле-

ному законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном або залучити експертів». Цю норму можна вважати новелою українського Закону, і оскільки вона запозичена з відповідного російського джерела, то про ефективність її реалізації можна говорити, звернувшись до російської доктрини. На думку Ю. О. Тимохова, звернення до Міністерства юстиції РФ – найменш ефективний спосіб отримання такої інформації, адже це є правом суду, якому не кореспондує обов'язок зазначених установ надати такі відомості [12, с. 36].

З 14 вересня 1994 р. Україна є учасницею Європейської конвенції про інформацію щодо іноземного законодавства від 7 червня 1968 р. та Додаткового протоколу до неї від 15.03.1978 р., але ефективність їх в зарубіжній юридичній літературі оцінюється невисоко, оскільки практичне значення залишається досить незначним. Більш результативною в цій сфері слід вважати Угоду про співробітництво господарських, арбітражних судів Республіки Білорусь, Російської Федерації та України від 21 грудня 1991 р., якою передбачено, що сторони забезпечують взаємну інформованість про чинне законодавство держав та взаємні консультації і координацію дій при підготовці та прийнятті нових нормативних актів у сфері економічних відносин, а також при підготовці та виданні своїх роз'яснень, що визначають судову практику.

Досить специфічним явищем для України є практика залучення експертів для з'ясування змісту іноземного закону, адже за традиційним цивільно-процесуальним визначенням експерт в цивільному процесі не вправі досліджувати питання права, оскільки це обов'язок суду. Спростовує некоректність даного слововикористання, на нашу думку, зарубіж-

на література з міжнародного приватного права. Зокрема, деякі англійські дослідники вважають, що суд не повинен покладатися на тексти іноземного права, якщо їх достовірність не підтверджена відповідним експертом [13, с. 111]. Іншими словами, англійський суд досліджує лише ті тексти з іноземними законами, які додані до експертного висновку (які відшукав експерт) чи згадані в ньому, щоб виключити можливість застосування закону, який вже не є чинним.

Мабуть, найбільш ефективним засобом встановлення змісту норм права іноземної держави в Україні на нинішньому етапі слід вважати право осіб, які беруть участь у справі, «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» (п. 3 тієї ж статті).

Якщо ж зміст норм права іноземної держави не вдається встановити в розумні строки, то відповідно до пункту 4 статті 8 «застосовується право України». Таким чином, відмова у позові у випадку невстановлення змісту іноземного права за українським законодавством неможлива.

Законодавство та правозастосовна практика різних держав має протилежні підходи до вирішення цього питання. В країнах, де обов'язок встановлення змісту іноземного права покладено на сторони, суд не може проводити власні дослідження його змісту, а тому наслідком невстановлення змісту є відмова в позові. Такий підхід характерний, зокрема, для Великобританії. Разом з тим, в Англії впродовж багатьох років визнається право судів за власною ініціативою встановлювати зміст іноземного права навіть всупереч волі сторін. Наслідком невстановлення змісту іноземного пра-

ва може бути застосування судом національного права.

В англійській юрисдикції, як зазначалося вище, існує презумпція аналогічності англійського та іноземного права, яка обмежена тими випадками, коли застосування іноземного права не є обов'язковим.

У США, яка також відноситься до країн системи загального права, вважається несправедливим відмовляти в позові лише на підставі того, що ні суд, ні сторони не змогли встановити зміст іноземного права. Для країн, в яких встановлення змісту іноземного права є обов'язком суду, відмова в позові взагалі не допускається. До числа таких країн належать Німеччина, Японія, Італія, Швейцарія, Україна, Китай та ін.

В цій ситуації справедливо виникає питання про те, на основі якого права повинен вирішуватися спір. Х. Шак називає декілька існуючих способів вирішення справи, на які він наголошує як на допоміжні, серед яких: 1) застосувати право країни суду; 2) звернутися до близьких йому систем права; 3) звернутися до міжнародного уніфікованого права чи до загальних принципів права; 4) змінити колізійну прив'язку та звернутися до допоміжних прив'язок [14, с. 314-316, 640-643].

Отже, незважаючи на протиставлення двох вищезазначених підходів, а саме питань факту питанням права, в дослідженнях з міжнародного приватного права, все ж не можна не погодитись з тим, що воно є умовним. М. М. Агарков ще в 1938 р. писав, що «протиставлення питань факту питанням права є лише умовним позначенням проблеми, яка виникла внаслідок того, що всіма законодавствами... по-різному регулюється ставлення суду до питання про існування та застосування закону і щодо встановлення фактичних обставин справи» [15, с. 66]. Сучасні англійські дослідники визнають,

що у іноземного права як факту гібридний статус в англійському праві, оскільки обставини, за яких воно застосовується, навіть всупереч волі сторін, визначається міжнародним приватним правом. А тому, на думку Р. Фентимана, незрозуміло, який статус фактів, щодо яких закон визначає їх встановлення та застосування [16, с. 6-9, 287].

Англійськими судами іноземне право трактується як питання факту, в основі якого лежить питання права [17, с. 107], що підтверджується, перш за все, тим, що: 1) питання, пов'язані з іноземним правом, вирішуються суддею, а не присяжними; 2) винесені рішення можуть бути оскаржені в апеляційному порядку; 3) англійський суд може не погодитись з висновком експерта, маючи свою власну думку, яка ґрунтується на загальноправових концепціях, відомих юристам всіх країн.

Таким чином, можна зробити висновок про наявність тенденції до усунення істотних відмінностей в таких підходах, про що свідчать зміни в законодавстві, доктрині та юридичній практиці країн, які притримуються різних підходів до іноземного права.

Федеральні правила США про цивільний процес можна вважати прогресивним кроком в напрямку визначення іноземного права як правової категорії, а не факту [18, с. 9-10]. Зокрема стаття 44.1 Федеральних правил, яка має назву «Встановлення іноземного права», передбачає, що суд, встановлюючи іноземне право, може приймати до уваги будь-які матеріали чи джерела, які мають значення, незалежно від того, чи представлені вони стороною чи ні та чи допускаються вони у відповідності з Федеральними правилами про докази.

На думку американського вченого Девіда С. Кларка, рішення з питання іноземного права набуває силу прецеденту. Такі штати, як Каліфорнія та Нью-Йорк,

пішли в даному питанні ще далі, передбачивши в своєму законодавстві правило про те, що сторона, яка надала достатньо інформації про іноземне право, може зобов'язати суд визнати зміст іноземного права відомим для нього. Визначення міри достатності інформації є прерогативою суду. Це правило має імперативний характер, тобто є більш жорстким порівняно з «дозвільним» правилом, передбаченим вищезазначеною ст. 44.1 Федеральних правил. Деякі штати визнали допустимим встановлення змісту іноземного права без залучення експертів [19, с. 307-308].

Отже, слід зазначити, що в сучасних умовах, як з теоретичної, так і з практичної точки зору, доцільним є поділ країн щодо їх відношення до іноземного права не лише виходячи з кваліфікації іноземного права в якості права чи факту, але й використовуючи більш гнучкі критерії.

Сьогодні розмежування правових систем за методом застосування іноземного права поступово втрачає своє значення, особливо з практичної точки зору, оскільки очевидною є умовність такого розмежування. Важливішим, на нашу думку, з точки зору застосування іноземного права є аналіз цих систем за іншими критеріями, а саме: за способом розподілу обов'язків щодо встановлення змісту іноземного права; за ступенем обмеження можливості застосування судами іноземного права; за можливими способами визначення змісту іноземного права; за наслідками неможливості встановлення змісту іноземного права; за визнанням чи невизнанням порушення іноземного права в якості підстави для оскарження судового рішення, а також змісту повноважень судів вищої інстанції щодо судових актів, винесених з застосуванням іноземного права. Звичайно, перелік таких критеріїв не може бути вичерпним.

Систематизація накопиченої судової практики дасть змогу виробити чіткіші орієнтири для судів з розподілу обов'язків щодо встановлення змісту іноземного права, здійснити практичні заходи щодо створення ефективного механізму забезпечення судів необхідною інформацією про іноземне право. Крім цього,

це дозволить більш чітко сформулювати вимоги до джерел відомостей про іноземне право, які можуть бути покладені в основу судового акту. Що, в кінцевому результаті, сприятиме гармонізації національних підходів до встановлення змісту іноземного права та успішному розвитку міжнародного цивільного процесу.

Література

1. *Clark D. S.* The Use of Comparative Law by American Courts – In: The Use of Comparative Law by American Courts. – Hague; London; Boston, 1999. – P. 312.
2. *Вольф М.* Международное частное право / Пер. с англ. – М., 1948.
3. *Fentiman R.* Foreign Law in English Courts. – Oxford, 1998. – P. 286-287.
4. *Orucu E.* Comparative Law in British Courts. In: The Use of Comparative Law by Courts. – P. 256, 266.
5. A Concise Treatise on Private International Law. – Littleton; Colorado, 1988. – P. 570.
6. *Fentiman R.* Op. cit. – P. 7-8, 67.
7. *Луныц А. А.* Курс международного частного права: Общая часть. – М., 1973. – С. 359-376.
8. Международное частное право: современные проблемы / Ответ. редактор М. М. Богуславский. – М., 1994. – С. 475-489.
9. *Шак Х.* Международное гражданское процессуальное право. – М., 2001. – С. 305, 307.
10. *Толстых В. А.* Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – С. 8.
11. *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – 430 с.
12. Международное частное право: современная практика / Сборник статей под ред. М. М. Богуславского и А. Г. Светланова. – М.: ТОН-Остожье, 2000. – С. 36.
13. *North P. M., Fawcett J. J.* Cheshire and North's Private International Law. 13-th ed. – London; Edinburgh; Dublin, 1999. – P. 107.
14. *Шак Х.* Указ. тр. – С. 314-316, 640-643.
15. *Агарков М. М.* Применение советским судом иностранного закона // Проблемы социалистического права. – М., 1938. – №3. – С. 66.
16. *Fentiman R.* Op. cit. – P. 6-9, 287.
17. *North P. M., Fawcett J. J.* Op. cit. – P. 111.
18. International Litigation: A Guide to Jurisdiction, Practice, and Strategy. 3- th ed. Ch. 9. – N. Y., 1998. – P. 9, 10.
19. *Clark D. S.* Op. cit. – P. 307-308.