

ІНОЗЕМНЕ ПРАВО В СУДІ:

«ПРАВО» ЧИ «ФАКТ»



Г. В. Галущенко

кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, директор Департаменту судової роботи Міністерства юстиції України, заслужений юрист України

У статті розглядається питання застосування іноземного права судами. Зокрема як суд має застосувати іноземне право – як «право» чи «факт» і які останні тенденції розвитку цього питання у доктрині та законодавстві держав.

Ключові слова: іноземне право, встановлення змісту, правова категорія, фактична обставина.

В статье рассматривается вопрос применения иностранного права судами. В частности, как суд должен применять иностранное право – как «право» или как «факт» и какие последние тенденции развития этого вопроса в доктрине и законодательстве государств.

Ключевые слова: иностранное право, установление содержания, правовая категория, фактическое обстоятельство.

This article deals with the implementation of foreign law by courts. In particular the way court must apply foreign law – «as a law» or «as a fact» and the latest developments in this field in legal doctrine and legislation.

Keywords: foreign law, determination of the substance, legal category, factual circumstances.

Актуальність питання застосування іноземного права характерне не тільки для України, а й для багатьох інших держав. В судовій практиці нашої держави непоодинокі випадки застосування іноземного права, яке використовується не тільки для визначення статусу іноземної особи, а, зокрема, і для встановлення змісту прав і обов'язків контрагентів договору, що підпорядкований іноземному праву.

Разом з тим для правильного застосування іноземного права судді мають чітко розуміти, чим вони мають керуватись при встановленні змісту іноземного права – тими ж процесуальними правилами, які використовуються для законів власної держави, чи правилами процесу, які відносяться до порядку встановлення фактичних обставин. Тобто іноземне право – це «право» чи «факт».

Традиційно підходи у законодавстві та практиці держав у цьому питанні суттєво відрізнялись.

У країнах «загального права» домінує теорія, що суд має застосовувати власне вітчизняне право.

А застосування іноземного права розглядається не як застосування юридичної норми, а як встановлення судом певних фактичних обставин, які потрібні для вирішення справи.

Наприклад, в Англії іноземне право має доводитись судом у відповідності з тим же порядком, який передбачений процесом для інших фактів. Фактично існує презумпція того, що суддя не володіє змістом іноземного права, і воно має бути доведено сторонами. Якщо ж сторона не може довести іноземне право, суд застосовує англійське право,

виходячи з припущення, що іноземне право таке ж за змістом. Причому в літературі існує навіть думка, що надмірне втручання суду в процес доведення змісту іноземного права було б загрозою фундаментального принципу цивільного процесу – змагальності, а визнання певного факту англійським судом загальновідомим є неможливим. Як зазначали відомі англійські вчені Дж. Чешир, П. Норт, «єдиним законом, що має застосовувати суддя, є закон місця розгляду справи (*lex fori*), і правами, реалізацію яких він забезпечує, є тільки права, що впливають із закону місця розгляду справи. Але у зв'язку з наявністю у справі іноземного елемента іноземний закон – це факт, який має бути взятий до уваги, і суддя намагається створити та примусово реалізувати право, по можливості аналогічно тому, яке було створено іноземним судом, якщо б він розглядав таку ж справу, але внутрішню за своїм характером» [8, с. 24-25].

Разом з тим у певних випадках Закон про докази в цивільному процесі 1972 р. (*Civil Evidence Act of 1972*) дає можливість судді звертатись до раніше ухвалених на підставі іноземного права рішень англійських судів. У таких випадках суд визнає іноземне право відомим (*takes judicial notice*) і воно буде сприйматись як таке, що відповідає змісту, встановленому відповідним рішенням, якщо не буде доведено інше.

Тобто фактично мова йде про певний відступ від загального розуміння іноземного права як факту, у зв'язку з чим сучасні англійські вчені визнають, що іноземне право – це факт особливого характеру. Зокрема зазначається, що англійські суди трактують іноземне право як питання факту, який має в своїй основі питання права. Як доказ цього наводиться те,

що питання, пов'язані з іноземним правом, вирішує суддя, а не присяжні, англійський суд може мати власну думку щодо доцільності, допустимості доведення іноземного права і в ряді випадків без залучення експертів, апеляційні суди можуть переглянути доводи суду першої інстанції стосовно змісту іноземного права.

У США спочатку був обраний класичний англійський підхід до іноземного права: оскільки іноземне право – це факт, на якому ґрунтуються вимоги і заперечення сторін, воно так само, як і будь-який інший факт, має застосовуватись при наявності клопотання про його застосування і має бути доведене у суді. Так, у праці Дайсі-Моріса прямо зазначалось, що сторони повинні посилатись на іноземне право, яке повинно бути доведено у суді як фактична обставина (*as a fact*) [3, с. 477]. При цьому іноземне право може бути застосовано тільки за клопотанням сторони, доведено цією стороною, встановлена у процесі доказування фактична обставина, як правило, не може бути переглянута апеляційною інстанцією, ухвалене на основі іноземних правових норм рішення не має сили прецеденту, а суд не може вважати іноземне право йому відомим до того часу, поки воно не доведено стороною.

Проте в другій половині ХХ сторіччя в американському законодавстві відбулися певні зміни, які торкнулись і питання кваліфікації іноземного права.

Цивільний процес в федеральних окружних судах США регулюється Федеральними правилами про цивільний процес, які не застосовуються безпосередньо, але використовуються штатами при визначенні власних процесуальних норм. В 1966 році у Федеральні правила було запроваджено правило 44.1, яке передбачало, що суд, встанов-

люючи іноземне право, може приймати до уваги будь-які матеріали чи джерела, включаючи покази під присягою, незалежно від того, надані вони стороною, чи ні відповідно до Федеральних правил про докази. З того часу аналогічні норми були запроваджені у процесуальних законах 22 штатів та в окрузі Колумбія.

Як зазначалось з цього приводу у літературі, правило 44.1 лібералізувало процес застосування іноземного права на вимогу сторін, надавши можливість доводити його зміст будь-якими засобами, дозволило суду здійснювати незалежне дослідження змісту іноземного права і зробило питання іноземного права питанням права для цілей перегляду рішень в апеляційному порядку [7, с. 63]. Тобто суддя може ставитись до іноземного права як до правової категорії, а не як до фактичної обставини.

Деякі штати, зокрема Каліфорнія та Нью-Йорк, передбачили у своєму законодавстві правило про те, що сторона, яка надала достатньо інформації про іноземне право, може зобов'язати суддю визнати відомим йому зміст іноземного права (*to notice foreign law*). Інші штати, Флорида, Мічіган, ухвалили закони, в яких певним чином поєднуюється імперативний і дозвільний характер норм відносно доведення іноземного права. Разом з тим майже 15 штатів досі застосовують класичний англійський принцип, вважаючи іноземне право питанням факту, що має бути доведений.

Таким чином, з одного боку, визнається, що

*питання іноземного права
більше не є питанням факту,*

а це правові питання, що підлягають вирішенню судом, який встановлює

їх зміст, а з іншого – на практиці непоодинокі випадки, коли суди зобов'язують сторони надавати докази змісту іноземного права, що знаходить підтримку і в доктрині.

На відміну від держав «загального права», країни континентальної Європи, зокрема Італія, Німеччина, визнають іноземне право правовою категорією. Тобто з точки зору доктрини цих держав, при застосуванні іноземного права суд встановлює не питання факту, а питання права.

Традиційно завжди вважалось, що правові норми відомі суду (*iura novit curia*), а факти мають бути доведені у процесі самими сторонами. В сучасній німецькій літературі зазначається, що «Іноземне право є правом. Німецькі суди повинні встановлювати його зміст *ex officio*, при цьому судді повинні самостійно здійснювати дослідження відповідних питань і не є пов'язаними наданими сторонами свідченнями» [4]. Висновок про те, що іноземне право є правовою категорією, впливає з редакції пар. 293 цивільного процесуального кодексу Німеччини, яка передбачає, що застосоване в іншій державі право, звичаєве право і підзаконні акти вимагають доведення лише в тому випадку, коли вони невідомі суду. При встановленні змісту таких правових норм німецький суд не обмежений доказами, які надаються представниками сторін, а може використовувати й інші джерела отримання інформації. Проте у цьому зв'язку відомий німецький вчений Х. Шак відзначав, що «хоча сторони і не несуть тягар доведення іноземного права, яке суд сам має встановити, якщо суд не може самостійно з'ясувати його зміст, то він наділений правом вимагати від сторін допомоги, які як правило мають доступ до іноземних дже-

рел, особливо у випадку торговельного спору» [5, с. 308-309].

Застосування судом іноземного права *ex officio* вже давно закріпилось і в доктрині Швейцарії та Австрії, що знайшло відображення в нових законах про міжнародне приватне право цих країн.

У доктрині багатьох європейських країн відзначалось, що суд, застосовуючи іноземне право, застосовує його як власне об'єктивне право, а отже, питання іноземного права для суду будуть питаннями права.

У правовій літературі колишнього Радянського Союзу іноземне право традиційно розглядалось більшістю авторів як правова категорія. Саме такий підхід був відображений як в Основах цивільного законодавства 1961 р. (ст. 12), так і в Основах цивільного законодавства 1991 р. (ст. 157).

В Україні історично, як у доктрині, так і в практиці, іноземне право розглядалось як правова категорія. Так, Господарський процесуальний кодекс України у ст. 4 передбачає, «що господарський суд у випадках, передбачених законом або міжнародним договором, застосовує норми права інших держав».

Закон України «Про міжнародне приватне право» містить статтю 8 «Встановлення змісту норм права іноземної держави».

Виходячи із загального концептуального розуміння в Україні застосовуваного іноземного права саме як права, закон покладає обов'язок встановлення його змісту на суд ex officio

(за посадою) – «при застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згід-

но з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі» (п. 1 ст. 8).

Разом з тим закон закріплює право осіб, які беруть участь у справі, подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтування своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм (п. 3 ст. 8). Але слід зауважити, що сприяти суду у встановленні норм іноземного права є не обов'язок сторін, а лише їх право, і суд не може покласти тягар доказування на сторони. Зрозуміло, що сторони, як правило, є зацікавленими надати суду в повному обсязі інформацію про іноземне право, оскільки в протилежному випадку це може мати негативні наслідки для самої сторони. І навіть якщо сторони максимально сприяли суду у встановленні змісту норм іноземного права, або взагалі цього не зробили, це не звільняє суд від кінцевої оцінки, з'ясування та правильного застосування іноземного права.

Треба відзначити, що

судова практика застосування іноземного права в Україні подеколи відходить від доктринальних підходів,

але це потребує окремого дослідження.

Підсумовуючи викладене, варто відзначити, що незважаючи на протиставлення двох вищезгаданих підходів до іноземного права, що знайшло відображення в наукових дослідженнях вчених різних держав, в доктрині вказувалось і на умовність такого поділу.

Тобто розмежування правових систем за кваліфікацією іноземного права, за ознакою ставлення правової системи держави до іноземного права як до «факту» чи як до «права» втрачає своє значення, особливо з практичної точки зору.

До того ж зміни в законодавстві, доктрині і практиці держав, які притримуються різних підходів до іноземного права, свідчать про наявність тенденції до усунення такої різниці.

Список використаної літератури

1. Господарський процесуальний кодекс України (офіційний текст). – К., 2012. – 90 с.
2. Закон України «Про міжнародне приватне право». Науково-практичний коментар закону за редакцією А. С. Довгєрта. – Х. : Одиссей, 2008. – 352 с.
3. Международное частное право: современные проблемы. – М. : ТЕ-ИС, 1994. – 507 с.
4. Dannemann G Establishing Foreign Law in German Court // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.iuscomp.org
5. Шак Х. Международное гражданское процессуальное право : учеб. / Пер. с нем. – М. : Издательство БЕК, 2001. – 379 с.
6. Хоцанов Д. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – 303 с.
7. Тимохов Ю. А. Иностранное право в судебной практике. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 158 с.
8. Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. – М., 1982. – 433 с.