

# Залучення експертів

## ЩОДО ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА НА ПРИКЛАДІ РІЗНИХ КРАЇН СВІТУ



### Г. В. Галущенко

кандидат юридичних наук, доцент, Київський національний університет імені Тараса Шевченка

*У статті проаналізовано процедуру щодо встановлення змісту іноземного права шляхом представлення матеріалів в суді при допомозі експертів різних країн світу на прикладі Англії, США, України. Виходячи з цього, залучення експертів в зазначених країнах має спільні та відмінні характеристики.*

**Ключові слова:** експерти, зміст іноземного права, суддя, адвокат, професор, Англія, США, Україна, процедура щодо встановлення змісту іноземного права.

Суди більшості країн світу мають широкі повноваження в реалізації діяльності щодо встановлення змісту іноземного права. Національне законодавство містить перелік методів, який може використовуватися судами щодо встановлення змісту іноземного права, жодним чином не обмежуючи свободу суддів щодо вибору одного або декількох з цих методів. Однак, на практиці, більшість цих методів є неефективними щодо встановлення змісту іноземно-

го права, тому суди при розгляді справ, ускладнених іноземним елементом, звертаються до експертів із іноземного права. Актуальність цієї теми зумовлюється тим фактом, що особи, які беруть участь у справі, також можуть ініціювати проведення експертизи в судовому розгляді і заявити про її призначення. Крім того, сторони додають до суду експертні висновки експертів із іноземного права.

Англійська доктрина і судова практика стоять на позиції залучення експерта

шляхом свідчення [1, с. 1113]. Такий підхід вважається загальновизнаним, і науковці основну увагу приділяють в своїх дослідженнях не обґрунтуванню, наприклад, необхідності або доцільності проведення експертизи з іноземного права, а питанню, кого можна вважати компетентним експертом і як оцінити його свідчення [2, с. 262]. Експерт не обов'язково повинен бути юристом, лише необхідно мати достатні знання у відповідній галузі або інституті права [3, с. 177]. У 1935 році у справі *De Beeche v. South American Stores* суд встановлював зміст банківського права іноземної країни і віддав перевагу свідченню банкіру, ніж свідченню баристера, який мав чотири роки практики в цій іноземній державі [4, с. 280-281]. Як зазначено у фундаментальному дослідженні з міжнародного приватного права, неможливо дати точні та вичерпні відповіді на запитання, хто є компетентним експертом. Суддя або практикуючий юрист із іншої країни завжди компетентні. Таким чином, суди відзначили компетентними: генерал-губернатора колонії, посла, віце-консула, нотаріуса, банківського робітника. За словами Д. Чешира, питання про те, хто вважається компетентним експертом, не отримало одностайного вирішення в практиці англійських судів, хоча немає ніяких сумнівів, що суд має на свій розсуд керуватися практичним досвідом. Сучасні вчені-юристи також дотримуються такої позиції: основним критерієм для визначення компетенції експертів є його практична діяльність із іноземного права [5, с. 504]. Відповідно до ст. 4 (1) діючого Закону про докази у цивільній справі 1972 р. компетентною при наданні свідчень із іноземного права є особа, яка має необхідні знання або досвід, незалежно від того, чи діє вона, або уповноважена діяти як практикуючий юрист в відповідній іноземній країні. Ретельне вивчення проблеми встановлення змісту іноземно-

го права із допомогою свідчень експертів проведено Р. Фентіманом. Відносно питання про кваліфікацію експерта науковці підтримують загальноприйняті погляди, відмічають три категорії експертів: юристи з країни, право якого треба застосувати, юристи з інших країн, які мають достатній досвід і знання щодо застосування іноземного права, і не юристи, які мають такі необхідні якості.

Р. Фентіман зазначає пасивну роль суду в процесі встановлення змісту іноземного права та звертає увагу на важливий принцип – суд може оцінити тільки документальне джерело, висловлене експертом. Тобто суд може прийняти за докази тільки такі матеріали, наприклад, тексти законів, що надані експертом. Крім того, якщо експерт посилається, наприклад, на певні уривки з коментаря конкретного іноземного права або на певні статті будь-якого джерела права, суд може не враховувати інші уривки від цього коментаря, або інші приписи цього нормативного акта, проводячи тим самим самостійне незалежне дослідження іноземного права.

Однак повноваження суду значно розширюються, є підстави для його більш активної участі у процесі встановлення змісту іноземного права, представляючи одним експертом або експертами з двох сторін неприйнятними або суперечливими, або будь-якими положеннями документального джерела (наприклад, закону) докази, порушення принципу їх відносності. При цьому суддя може відхилити такі докази, самостійно вивчити джерело іноземного права, дати їм власне тлумачення, на основі якого буде прийнято рішення. Якщо свідчення експертів не буде оскаржено і не є «абсурдним» або «помилковим», суд, як правило, цілковито керується ними при прийнятті рішень. Свідчення експертів зазвичай даються усно, як промова в суді. Виняток є представлення письмових афідевітів (як пра-

вило, коли ці докази узгоджуються сторонами), потенційна можливість допиту експерта за кордоном та призначення судом незалежного радника-консультанта з іноземного права. Однак в юридичних колах англійський стиль усного свідчення експерта щодо встановлення змісту іноземного права дедалі більше підпадає критиці. Головні недоліки цього методу встановлення змісту іноземного права – висока вартість, потреба в надмірних витратах і часто відсутність об'єктивності або упередженості з боку експертів, що відображають інтереси залученої сторони. В результаті, нині С. Джиромса зазначає, що зусилля законодавця призначені, серед іншого, на поступове зменшення існуючої практики проведення усного перехресного допиту експертів і збільшення судових витрат в процесі встановлення змісту іноземного права. Проте усні свідчення сторін експертів відображають принцип змагальності в англійському цивільному процесуальному процесі і залишаються основним засобом доказування щодо застосування іноземного права.

Згідно з правилом 44.1 Федеральних правил цивільного процесу, а також відповідними правилами багатьох американських штатів суду, для встановлення змісту іноземного права суд може використовувати будь-які джерела отримання необхідної інформації. Таким чином, суди мають вільно обирати методи встановлення змісту іноземного права, серед яких більш популярною процедурою є залучення експертів. Незважаючи на скасування правила 44.1 обов'язкового свідчення експерта, американські суди рідко застосовують іноземне право навіть без будь-якої участі експерта, оскільки «без отримання експертного висновку багато чого залишається невизначеним» [6, с.131-132]. «Використання експертів з іноземного права часто необхідно і в багатьох випадках, експертні висновки вкрай важ-

ливі. Свобода судів проявляється при вирішенні питання щодо компетенції експерта, тому компетентним експертом можуть бути визнані навіть особи без спеціальної кваліфікації в сфері іноземного права, або не допущені до юридичної практики в країні, встановлення змісту права якої необхідно застосувати. Експерт не обов'язково повинен бути членом колегії адвокатів відповідної іноземної країни, йому потрібно продемонструвати добрі знання іноземного права. Єдиною вимогою для експерта є його компетенція висловити експертну думку із іноземного права [7, с. 583]. Критеріями кваліфікації експерта є його досвід і знання із іноземного права. Компетентними експертами вважаються виключно практикуючі юристи в іноземній країні. В той же час, практика показує готовність судів визнавати експертами осіб різноманітних професій, але юристи та професори права дають більш кваліфіковані свідчення щодо встановлення змісту іноземного права. Вони мають знання та розуміння іноземного права як цілісної системи та надають оцінку законам і судовим рішенням.

Аналіз доктрини і практики американських судів продемонстрував, що основним способом надання експертного висновку щодо встановлення змісту іноземного права на відміну від англійського процесу є не усні свідчення, а письмові афідевіти [8, с. 711]. Авторами афідевітів є зазвичай іноземні юристи, у той же час компетентними можуть бути й інші особи. Суддя оцінює свідчення експертів, а також інші докази за своїм внутрішнім переконанням. Суд має право відмовитися взяти до уваги свідчення експерта однієї сторони, навіть якщо вони не заперечуються іншою стороною, і прийняти рішення на основі власного дослідження щодо встановлення змісту іноземного права. Але суд може приймати як адекватні докази щодо встановлення змісту іноземно-

го права, навіть надані сторонам незасвідчені копії іноземних нормативно-правових актів, або не легалізовані документи.

У літературі зазначається, що встановлення змісту іноземного права за допомогою експертів, незважаючи на зручність і ефективність, приводить до виникнення ряду проблем. Якщо сторони призначили експертів, існує ризик упередженості, якщо експерт не відображає фактичний зміст іноземного права, у зв'язку з тим, що сторона, заплативши експерту, намагається заздалегідь забезпечити собі найбільш вдалу інформацію у суді щодо встановлення змісту іноземного права. В цьому випадку деякі судді звертаються до залучення експертів, які призначають сторони, тільки у виняткових випадках. Однак, якщо суд призначив експерта, то суддя, в повному обсязі, повинен довіряти експертному висновку.

На практиці експертами є, як правило, автори закордонних доктринальних праць. У таких випадках важко побачити перешкоду для перевірки експертного висновку в суді, і це дає можливість уникнути прийняття «односторонньої» заяви в інтересах зацікавленої сторони. Крім того, іноді експертами є відомі практикуючі іноземні юристи, свідчення яких цінні, оскільки теоретичні трактати далекі від реалій юридичної практики.

Однак, практика засвідчує, що залучення експертів в судах США є основним методом встановлення змісту іноземного права. Найкращим інструментом доведення до відома судді щодо встановлення іноземного права – це надання експертних висновків юристом-практиком у супроводі офіційного джерела іноземного права (наприклад, публікації в офіційному журналі), в т. ч., при необхідності, копії іноземних законів. Переклад джерел права необхідно засвідчити, наприклад, в Міністерстві юстиції. Враховуючи таке тлумачення національного законодавства,

це буде визнано американськими вченими і суддями та є доказом щодо змісту. Суд повинен надати переклад джерелу іноземного права, а не окремих його частин, щоб уникнути звинувачення, що правила були вирвані з контексту. І, нарешті, бажано підкріпити докази на посилання на наукові статті та інші доктринальні джерела іноземної країни.

При розгляді судових справ у судах України часто виникає необхідність проведення експертного дослідження в процесі доказування позову однієї зі сторін процесу. Процесуальний порядок проведення такого дослідження, одержання висновку та його оцінки визначені чинним українським законодавством. Наукова і науково-технічна експертиза проводяться у формі державної, громадської та іншої експертизи. Державну наукову і науково-технічну експертизу проводять: органи виконавчої влади у сфері наукової і науково-технічної діяльності; підприємства, установи та організації, тимчасові експертні колективи, компетентні у відповідній галузі наукової та науково-технічної діяльності, за дорученням державних органів.

Проведення державної наукової і науково-технічної експертизи є обов'язковим щодо державних цільових та міждержавних науково-технічних програм. Громадська наукова і науково-технічна експертизи можуть проводитися у будь-якій сфері наукової і науково-технічної діяльності, що потребує врахування громадської думки, з ініціативи громадськості, об'єднань громадян, трудових колективів на основі договорів на проведення громадської наукової та науково-технічної експертизи. Наукову і науково-технічну експертизу можуть проводити наукові та науково-технічні установи, підприємства та організації різних форм власності і підпорядкування, а також спеціально створені експертні організації, статутна діяльність яких пе-

редбачає проведення наукових та науково-технічних експертиз, з ініціативи фізичних та юридичних осіб, зацікавлених в отриманні експертних висновків [9].

Правовий експертний висновок – це підготовка письмової відповіді на спірне, складне питання застосування у галузі права. Експертне дослідження проводиться на основі комплексного і системного вивчення законодавства, наукової літератури, вивчення судових справ та узагальнень судової практики згідно з Законом України «Про наукову і науково-технічну експертизу» [9]. Основними завданнями наукової і науково-технічної експертизи є:

- об'єктивне, комплексне дослідження об'єктів експертизи;
- перевірка відповідності об'єктів експертизи вимогам і нормам чинного законодавства;
- оцінка відповідності об'єктів експертизи сучасному рівню наукових і технічних знань, тенденціям науково-технічного прогресу, принципам державної науково-технічної політики, вимогам екологічної безпеки, економічної доцільності;
- аналіз рівня використання науково-технічного потенціалу, оцінка результативності науково-дослідних робіт і дослідно-конструкторських розробок;
- прогнозування науково-технічних, соціально-економічних і екологічних наслідків реалізації чи діяльності об'єкта експертизи; підготовка науково обґрунтованих експертних висновків.

Підставами для проведення наукової та науково-технічної експертизи є: рішення органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, прийняті в межах їх повноважень; договори на проведення наукової та науково-технічної експертизи, укладені підприємствами, установами та організаціями, фізичними особами [10, с. 108].

В Україні одним із джерел одержання цих даних є висновок експерта, що,

як і всі докази, має відповідати вимогам відносності й допустимості. Обставини, які можуть бути підтверджені тільки за допомогою спеціальних знань, мають бути підтверджені експертним висновком. У висновку експерта варто розрізняти зміст (зроблений на підставі проведеного дослідження висновок, викладення встановлених фактів та їх професійна оцінка) і форму (висновок як акт). Обидва компоненти однаково важливі при визначенні доказової сили висновку експерта. Якщо суд визнає висновок недостовірним, то не розглядатиме його як судовий доказ; так само недотримання форми, незважаючи на обґрунтований і об'єктивний висновок експерта, не дає можливості визнати його судовим доказом. Наприклад, експерт провів дослідження, але не виклав його хід чи результати в письмовому вигляді або не підписав висновок – це недотримання форми самого документа. Але, крім того, поняття висновку експерта передбачає, що йдеться про доказ, отриманий у результаті проведення судової експертизи, яка призначається ухвалою суду. Недотримання процесуальних вимог також не дозволяє розглядати отриманий висновок як належний доказ (наприклад, у випадку, коли дослідження було проведено експертною установою не за ухвалою суду, а на прохання сторони в процесі, яка потім заявила суду клопотання про допущення в процес акта експертизи). Висновок – це єдина процесуальна форма, в якій експерт доводить свої висновки до відома органу чи особи, яка призначила експертизу. Усні відповіді експерта в судовому засіданні пояснюють письмовий висновок, але не можуть його замінити.

Підсумовуючи, зазначимо, що оскільки висновок експерта у різних країнах світу є досить специфічним видом доказів, саме він може виступити тим об'єктивним критерієм, який допоможе встановити істину.

## Список використаної літератури

1. Dicey and Morris. – Op. cit. – P.1113.
2. Dolinger J. A Comparative Study in Private International Law// Arizona Journal of International and Comparative Law. – 1995. – Vol.12. – P. 262.
3. Bathurst M. E. Foreign Law in English Courts// American Bar Association. Section of international and Comparative Law. – Proceeding, 1961. – P.177.
4. The Conflict of laws / by R. H. Graveson. – P. 280-281.
5. Keane A. The Modern Law of Evidence. 5-th ed. – London, Butterworths, 2000. – P. 504.
6. Geeroms S. Op. cit. – P.131-132.
7. Wachusetell S. R. The Proof of Foreign Law in American Courts // United States Law Review. – 1935. – Vol. 69. – Issue 11. – P. 583.
8. Shmertz J. R. Op. cit. – P. 711.
9. Закон України «Про наукову і науково-технічну експертизу». – Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 9. – Ст. 56.
10. Самохвалов Ю. Я., Бурба О. І. Організаційно-методичні аспекти науково-технічної експертизи. Під заг. ред. В. П. Чеботарьова : моногр. – К., 2013. – 108 с.

Стаття надійшла до редакції: 3.11.2014.

## Engaging experts to set the content of foreign law for example around the world

### G. V. Haluschenko

*The article deals with the procedure for establishing the content of foreign law by presenting the materials when helping the experts of different countries on the example of England, USA and Ukraine. Based on this, the involvement of experts in these countries has a common and distinctive characteristics.*

**Keywords:** *experts, the content of the foreign law, judge, lawyer, professor, England, USA, Ukraine, the procedure for establishing the content of foreign law.*

*Received: 3.11.2014.*

## Привлечение экспертов по установлению содержания иностранного права на примере разных стран мира

### Г. В. Галущенко

*Статья посвящена процедуре относительно установления содержания иностранного права путем предоставления материалов в суде при помощи экспертов из разных стран на примере Англии, США и Украины. Основываясь на этом, участие экспертов в этих странах имеет общие и отличительные характеристики.*

**Ключевые слова:** *эксперты, содержание иностранного права, судья, адвокат, профессор, Англия, США, Украина, процедура относительно установления содержания иностранного права.*

*Получено: 3.11.2014.*