

О.В. Гніздов

ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ІНОЗЕМНОГО ЗАКОНУ В ЦІВІЛЬНИХ СПРАВАХ

В юриспруденції традиційно вважається, що суд повинен знайти закон (якщо появі суперечності), тобто знання законодавства є незапроцесуальним знанням суддів, тому в юридичному процесуальному законі не можна знайти положення про процедуру вивчення, з'ясування і застосування закону. Для застосування норм внутрішнього законодавства суд не повинен здійснювати юридичної процесуальної дії. Тим часом, це твердження відноситься виключно до вітчизняного законодавства суддів; знання іноземного закону для суду не є обов'язковим. Але якщо відповідно до чинної колишньої норми підлягає застосуванню іноземне право, то суд повинен визначити його зміст.

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

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

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

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

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

Вітчизняна наука визнає, що зміст іноземного права може бути як установлено ех officio самим судом, так і доведений сторонами, запідозреними в застосуванні цього права. Як відзначав Д.Л. Австрін, застосування закону – обов’янок суду, елемент змісту цивільного державно-правового підприємства. Суд не повинен покладати на сторони незвичайні наслідки свого незнання норм права і зобов’язаний прийняти усі заходи до їх пізнання [2, с.142].

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

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

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

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

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

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

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

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

Суд також може скористатися інформацією про іноземне право, наданою сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі. Але, оскільки привіла ст.30 ЦНК України не повинна відноситися на доведення сторонами змісту іноземного закону, яким сторона обґрутувовує свої позиції або заперечення, для сторін не повинні наступати негативні наслідки у випадку непредставлення ними текстів іноземного законодавства або неможливості встановлення судом змісту іноземного права.

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

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

У доктрині з цього приводу існує дві протилежні точки зору.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Список літератури: 1. Лунн І.А. Міжнародне частне право. М., 1949. 2. Аверин Д.А. Положеніє іноземців в советському гражданському процесс. М., 1966. 3. Міжнародне частне право: сучасні проблеми. М., 1994; 4. Лунн І.А. Міжнародне частне право. Общая часть. 1959. 5. Маркінена Н.И. Рассмотрение судами дел с участием иностранцев. М., 1970. 6. Бонусланський М.М. Міжнародне частне право. М., 1994. 7. Звєков В.П. Міжнародне частне право. Курс лекцій. М., 1999. 8. Черкес М. Про встановлення змісту іноземного права // Збірник рішень та арбітражної практики Вищого арбітражного суду України. 1996. № 4. 9. Агарков М.М. Применение советским судом иностранного закона // Проблемы социалистического права. 1938. № 3. 10. Ведомости Верховного Совета СССР. 1988. № 26. Ст. 428. 11. Міжнародне частне право. (Дійсні нормативні акти) М., 1997. 12. Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 26. Ст. 733. 13. Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 1. Ст. 16. 14. Реформа цивільного права в Україні //Українське право. 1996. № 2.

Подано до редакції 16.10.01