*Опубликовано на украинском языке: Гнездов А.В. Установление содержания и применение иностранного закона по гражданским делам // Вестник Национального университета внутренних дел. Выпуск 16. – Харьков, 2001. – С. 325-331*

### А.В. ГНЕЗДОВ

### **УСТАНОВЛЕНИЕ СОДЕРЖАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЕ ИНОСТРАННОГО ЗАКОНА ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ**

В юриспруденции традиционно считается, что суд должен знать закон (jura novit curia), то есть знание законодательства является внепроцессуальным знанием судей, поэтому ни в одном процессуальном законе нельзя найти положения о процедуре обнаружения, уяснения и применения закона. Для применения норм внутреннего законодательства суд не должен осуществлять какие-либо процессуальные действия, например, назначать правовую экспертизу, поручать сторонам или иным лицам отыскание нормы права либо доказывание ее действия. Между тем, данное утверждение относится к отечественному законодательству судей; знание иностранного закона для суда не является обязательным. Но если в соответствии с действующей коллизионной нормой полежит применению иностранное право, то суд должен определить его содержание.

Поэтому среди ученых ведется спор о том, должен ли суд при установлении и применении иностранного закона руководствоваться теми же процессуальными правилами, которыми он руководствуется в отношении законов своей страны, или же теми правилами процесса, которые относятся к порядку установления фактических обстоятельств, то есть, является ли иностранный закон с точки зрения гражданского процесса нормой права или фактическим обстоятельством [1, c. 131].

Ответ на данный вопрос имеет практическое значение, ибо от его разрешения, во-первых, зависит способ установления содержания иностранного закона, так как установление факта существенного отличается от установления подлежащей применению нормы права, и, во-вторых, зависят последствия неправильного применения иностранной правовой нормы – является ли неправильное применение иностранного закона основанием для отмены постановленного решения в кассационном порядке или нет.

В доктрине по этому поводу существует две противоположные точки зрения.

Одна из них существует со времен постглоссаторов, и ее до настоящего времени придерживаются представители англо-американской юридической науки (Д. Биль, Р. Граверсон, Ф. Гудрич, Дж. Чешир) и состоит в том, что суд применяет лишь отечественное право, а иностранное право рассматривает лишь как факт, подлежащий доказыванию. Согласно этой теории, суд применяет лишь закон места рассмотрения дела (lex fori), но в силу коллизионной нормы, содержащейся в отечественном законодательстве, должен охранять и правомочия, которые возникли под действием иностранного закона. При этом суд устанавливает лишь правило, которое содержится в иностранном законе, и определяет наличие, содержание и пределы правомочий, возникших под его действием. Охраняя такие правомочия, суд наделяет принудительной силой не норму иностранного материального права (foreign law), а возникшее под ее действием субъективное право (right). Суд рассматривает иностранное право лишь как один из фактов, подлежащих доказыванию, и соответственно ставится к иностранному закону как к фактическим обстоятельствам дела. Сторона, обосновывающая свои требования и возражения нормой иностранного материального права, должна доказать существование и содержание этой нормы. В отношении данной нормы права суд ограничен только теми предоставленными сторонами доказательствами.

Иная точка зрения, приверженцами которой являются большинство цивилистов континентальной правовой семьи (П. Арменжон, А. Батифоль, М. Вольф, Ч. Кларк, Ф. Мейлн, Ф. Морель, Ж. Нибуайе, А. Нуссбаум, М. Пилле, Э. Рабель, Л. Раапе, С. Сатта), состоит в том, что суд применяет нормы иностранного материального права ex officio так же, как свое отечественное право. Применение иностранного закона для суда является не вопросом установления фактических обстоятельств (quaestio facti), а вопросом права (quaestio juris).

Как справедливо отмечает Д.Д. Аверин, такое концептуальное противопоставление факта норме имеет своим основанием различное законодательное урегулирование отношения суда к закону и установлению фактических обстоятельств дела. Несомненно, что существование того или иного иностранного закона есть вопрос факта. Но в такой же степени – вопросом факта является и существование нормы отечественного права [2, c. 134]. Швейцарский ученый П. Лалив с читает, что не следует преувеличивать значение этого старого противопоставления права и факта. В приведенном им решении кассационного суда отмечалось, что иностранное право «не представляет собой фактическое обстоятельство материального характера, а является совокупностью общих правил, регулирующих факты и фактические ситуации». При этом суд добавил, что если иностранный закон «теряет обязательную силу за пределами государства, которое его приняло, то обязательная сила этого закона восстанавливается, возобновляется, поскольку его применение предусмотрено коллизионными нормами страны суда» [3, c. 178].

Наиболее распространенная точка зрения в отечественной науке состоит в том, что суд ex officio должен установить содержание иностранного права и применить его нормы таким же образом, как и в принявшем его государстве, нарушение или неправильное применение иностранного закона влечет за собой отмену постановленного по делу решения в кассационном или надзорном порядке. Эту точку зрения разделают Л.А. Лунц [4, c. 267-271], Н.И. Марышева [5, c. 77-82], Д.Д. Аверин [2, c. 132-146], М.М. Богуславский [6, c. 373-375], В.П. Звеков [7, c. 158-161], М. Черкес [8, c. 286-288] и др. Иную точку зрения высказал в 1938 г. М. М. Агарков, который утверждал, что «применение судом иностранного закона является вопросом факта» [9, c. 79].

Таким образом, иностранное право и за пределами принявшего его государства остается правом. Однако, нельзя игнорировать то обстоятельство, что отношение к уяснению содержания иностранного права и к его применению должно быть особым и не может совпадать с отношением к отечественному праву. Поэтому в ряде государств установлены специальные процессуальные правила применения и установления содержания иностранного права.

При применении судом иностранного закона выделяют несколько проблем, общих для доктрины и законодательства всех стран: 1) установление содержания иностранного права; 2) порядок применения иностранного права; 3) последствия отсутствия регулирования в иностранном праве или неустановления его содержания; 4) последствия неправильного толкования и применения иностранного права.

В отечественной науке общепризнано, что содержание иностранного права может быть как установлено ex officio самим судом, так и доказано сторонами, заинте­ресованными в применении этого права. Как отмечал Д.Д. Аверин, применение закона – обязанность суда, элемент содержания определенного государственно-правового отношения. Суд не должен возлагать на стороны невыгодные последствия своего незнания нормы права и. обязан принять все меры к ее познанию [2, c. 142].

Вопрос о порядке установления судом содержания иностранных правовых норм разрешался в ранее действовавшем гражданском процессуальном законодательстве: статья 709 Устава гражданского судопроизводства Российской Империи, ст. 10 ГПК УССР 1929 г. К сожалению, ныне действующий ГПК Украины никаких указаний на этот счет не содержит.

Данный пробел восполнялся подзаконными нормативными актами: «Инструкцией о порядке оказания судами и органами нотариата СССР правовой помощи учреждениям юстиции иностранных государств и о порядке обращения за правовой помощью к этим государствам», утвержденной Министром юстиции СССР 28 февраля 1972 г. (с изменениями от 26 июня 1985 г.) и Постановлением Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. «О мерах по выполнению международных договоров СССР о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам» [10, c. 428]. Для получения сведений об иностран­ном законодательстве суды (а также государственные нотариальные конторы) обращались в Министерство юстиции, которое при необходимости запрашивает в установленном порядке соответству­ющие учреждения иностранных государств, с которыми заключены договоры о пра­вовой помощи, по вопросам представления сведений о действующем или ранее действовавшем законодательстве.

Во многих странах континентальной Европы обязанность установить содержание иностранного закона возлагается на суд, который ex officio может запросить информацию об иностранном праве; суд также может воспользоваться информацией, предоставленной сторонами. В 1968 г. было заключено Европейское соглашение относительно справочной информации об иностранном праве, которое предусматривает процедуру, позволяющую суду одной страны получить информацию от специального органа другой страны о ее праве. Американские государства также заключили ряд соглашений, призванных обеспечить получение информации об иностранном праве, достаточно подробно такой порядок установлен в статьях 409 и 410 Кодекса Бустаманте [11, c. 25]. В Российской Федерации порядок установления содержания иностранного закона определен в ст. 157 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик [12, c. 733], ст. 166 Семейного кодекса РФ [13, c. 16] и ст. 12 Арбитражно-процессуального кодекса РФ.

В нашей стране большую роль в разрешении проблемы установления содержания иностранного права сыграло заключение договоров о взаимной правовой помощи: взаимная обязанность предоставления информации по вопросам предоставления информации по вопросам законодательства закреплена во всех действующих договорах. Порядок установления содержания норм иностранного права нашел закрепление в ст. 1555 проекта ГК Украины [14, c. 453].

Таким образом, суд устанавливает содержание иностранного права ex officio; в случае необходимости получения информации об иностранном праве суд может в установленном порядке обратиться за содействием в Министерство юстиции либо другие компетентные органы Украины, в том числе за границей, либо привлечь экспертов. Не исключается и самостоятельный поиск судьей текстов иностранных нормативно-правовых актов, в том числе посредством информационных компьютерных систем.

Обращение к заграничным учреждениям юстиции возможно лишь в случае наличия с этим государством договора о правовой помощи или иного соглашения, предусматривающего предоставление такой информации, причем порядок и форма обращения к иностранным учреждениям юстиции устанавливаются указанными договорами. Такое обращение должно быть процессуально оформлено определением суда, в котором должна быть отражена суть спора, а также поставлены конкретные интересующие суд вопросы.

Привлечение экспертов в области иностранного законодательства должно соответствовать правилам о назначении экспертизы, установленным ст. 57 ГПК Украины, а в случае привлечения для дачи заключения об иностранном праве органов государственного управления Украины суду следует руководствоваться ч. 2 ст. 121 ГПК Украины.

Суд также вправе воспользоваться информацией об иностранном праве, предоставляемой сторонами и иными лицами, участвующими в деле. Поскольку правила ст. 30 ГПК Украины не распространяется на доказывание сторонами содержания иностранного закона, которым сторона обосновывает своих требования или возражения, для сторон не должны наступать негативные последствия в случае непредставления ими текстов иностранного законодательства либо невозможности установления судом содержания иностранного права.

Иностранное право, в принципе, должно применяться, а также толковаться так, как оно применяется и толкуется в стране его происхождения. Так, в решении Постоянной палаты международного правосудия 1929 г. по делу о сербских и бразильских займах говорилось: «Суд приходит к выводу, что в случае, если имеет место применение внутреннего права определенной страны, не должно быть сомнения в том, что оно должно применяться так, как оно применяется в соответ­ствующей стране. Внутреннее право не должно применяться способом иным, чем оно должно применяться в стране, где оно является действу­ющим правом» [3, c. 484].

Данное правило нашло нормативное закрепление в законодательстве ряда зарубежных стран. К сожалению, действующее законодательство Украины никаких указаний на этот счет не содержит. В части 1 ст. 1555 проекта ГК Украины содержится правило, по которому при применении иностранного права суд или иной государственный орган устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.

Данное правило с особой тщательностью должно применяться к одним и тем же законам, действующим в различных странах. И если, например речь идет о Бельгии, где действует французский гражданский кодекс 1804 г. (Кодекс Наполеона), то норма указанного закона должна применяться так, как ее положения толкуются бельгийским Кассационным судом. То обстоятельство, что в Бельгии, как и во Франции, действует один и тот же Кодекс Наполеона и что кассационный суд Франции толкует эту статью иначе, значения не имеет [3, c. 63].

В иностранной литературе рассматриваются случаи неприменения иностранного права по причине его неконституционности, т.е. не соответствия его конституции страны, где оно было принято. И. Крополлером (Германия) высказано мнение, что судья может осуществлять такую проверку только в том случае, если она допускается в данном иностранном государстве [3, c. 486].

Если коллизионная норма отсылает суд к праву страны, в которой действует несколько правовых систем, например к законодательству федеративных, конфедеративных или иных неунитарных государств, либо, надлежащая правовая система определяется в соответствии с правовыми нормами данной страны. При отсутствии в такой стране соответствующих правовых норм применяется та правовая система, которая имеет наибольшую связь с правовыми отношениями. Данное правило получило отражение в ст. 1561 проекта ГК Украины. Представляется, что аналогичным образом должна разрешаться проблема выбора правовой системы в странах, где действуют интерперсональные коллизии, касающиеся принадлежности лица к той или иной религии, национальности, расе, касте и т.д.

Что касается интертемпоральных коллизий, возникающих из наличия в разное время принятых в одном государстве правовых норм, предусматривающих регулирование одних и тех же правоотношений, то проблема выбора должна разрешаться, исходя из общетеоретических положений действия закона во времени.

В литературе весьма спорным является вопрос о последствиях неустановления судом содержания иностранного закона, подлежащего применению. Это обстоятельство вызвано, прежде всего, тем, что действующее законодательство Украины не предусматривает последствий неустановления судом иностранного закона или невоз­можности установления его содержания.

В зарубежных странах, в частности, Венгрии, Польше, Югославии, Чехии и Словакии, суды в этом случае применяют lех fori, т.е. право суда. Такая позиция иностранного законодателя представляется логичной. Как подчеркивал Д.Д. Аверин, в случае неустановления содержания иностранного закона «у суда нет оснований допускать презумпцию тождества содержания иностранного и отечественного законов: для презумпции необходима вероятность тождества в содержании иностранной и .отечественной норм. Но коллизионная норма потому и существует, что эти нормы коллидируют… Таким образом, здесь не презумпция, а фикция тождества в содержании законов. У суда нет оснований отказывать в иске, не принимать возражений ответчика… При таком исключительном обстоятельстве сторонам должна быть предоставлена возможность обосновывать свои требования и возражения на законе суда» [2, с. 144-145]. Данное мнение является наиболее распространенным в отечественной литературе по международному частному праву [9, c. 72; 7, c. 160; 5, c. 88-89; 6, c. 375] и нашла отражение в ч. 4 ст. 1555 проекта ГК Украины: Если содержание норм иностранного права в разумные сроки не установлены, несмотря на примененные в соответствии с данной статьей меры, применяется право Украины. Отечественное законодательство предусматривает, что нарушение или неправильное применение норм материального права является основанием для отмены или изменения судебного решения в апелляционном (ст. 309 ГПК) или кассационном порядке (ст. 340 ГПК). Что же касается норм иностранного права, то ныне действующий ГПК Украины не содержит норм, прямо указывающих на последствия нарушения или неправильного применения норм иностранного законодательства, что дает почву для существования нескольких точек зрения в науке по этой проблеме.

В законодательстве зарубежных стран существуют два основных диаметрально противоположных подхода к решению вопроса о последствиях неправильного толкования или не­правильного применения иностранного права. В одной группе стран (например, во Франции, Бельгии, Ниде­рландах) в компе­тенцию высших судебных органов не входит контроль за применением судами иностранного права. В других странах (Австрия, Италия, Греция, Польша, Швейцария, стра­ны Латинской Америки) законодательство исходит из прямо противоположного принципа.

С теоретической точки зрения контроль за правильностью применения коллизионной нормы логически не может быть отделен от контроля за установлением, толкованием и применением подлежащего применению иностранного права.

Считая неправильное применение иностранного закона основанием для отмены решения, Н.И. Марышева отмечала, что поскольку иностранный закон вместе с отсылающей к нему коллизионной нормой составляет то «действующее законодательство», которое признано регулировать данное отношение и которое суд обязан применить [5, c. 91]. Данная точка зрения в настоящее время является наиболее распространенной в отечественной науке международного частного права.

Таким образом, нарушение или неправильное применение норм иностранного материального права должно рассматриваться как основание к отмене решения суда в апелляционном или кассационном порядке. В случаях, предусмотренных ст. 309 и ст. 340 ГПК Украины, ошибка в применении норм иностранного материального права может быть исправлена соответственно апелляционной или кассационной инстанцией путем изменения решения или постановления нового решения без передачи дела на новое рассмотрение.

Правила ст. 309 ГПК Украины относятся только к решениям судов. Что же касается решений, постановленных третейскими судами (международными арбитражами), то, поскольку их решения являются окончательными и не подлежат обжалованию, к ним эти положения неприменимы.

**Список литературы:** 1. Лунц Л.А. Международное частное право. – М., 1949. 2. Аверин Д.А. Положение иностранцев в советском гражданском процессе. – М., 1966. 3. Международное частное право современные проблемы. – М., 1994. 4. Лунц Л.А. Международное частное право. Общая часть. – М., 1959. 5. Марышева Н.И. Рассмотрение судами гражданских дел с участием иностранцев. – М., 1970. 6. Богуславский М.М. Международное частное право. – М., 1994. 7. Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. – 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. Международное частное право. (Действующие нормативные акты) – М., 1997. 12. Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 26. Ст. 733. 13. Собрание законодательства Российской Федерации. 1966. № 1. Ст. 16. 14. Реформа цивільного права в Україні //Українське право. 1996. № 2.

Поступила в редакцию 16.10.01