

ПРАВО И ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

В последние годы в нашей экономической жизни появилось много такого, что совсем еще недавно казалось "их" западной экзотикой. Законодательство зачастую не успевает урегулировать новые экономические и социальные отношения, возникающие нередко "явочным порядком". С другой стороны, многие нормы давно принятых законов как бы "дремали", дожидаясь своего часа, начала широкого применения в реальных отношениях. В самом деле, гражданским законодательством еще бывшего Союза были установлены, например, принципы разрешения споров с участием иностранных граждан и юридических лиц, но поскольку в повседневной практике обычных судов такие дела, как правило, не возникали (этим занимались специальные органы), то и соответствующее законодательство стояло на месте.

И вот свершилось. Заключаются международные контракты, оживляются частные интересы, наши сограждане приобретают имущество за рубежом и т.д. Но ... Как быть, если возникает спор между участниками отношений, являющимися гражданами разных государств? Оказывается, проблема не только в том, как определить суд, куда следует обращаться - все гораздо серьезнее. Многие вопросы проведения судебного разбирательства по подобным делам (без разрешения которых и дела не решить) в нашей стране не разработаны. Хуже того - нет однозначного мнения и у ученых-юристов, которые могли бы помочь законодателям. Своими размышлениями на эту, неожиданно ставшую актуальной, тему делится автор помещенной ниже статьи.

Некоторые вопросы разрешений споров на основе иностранных законов

При разрешении так называемых международных дел гражданского, семейного или наследственного права ввиду правовой связи обязанного или управомоченного лица с другим государством, а также нахождения спорного имущества или происхождения юридического факта вне Российской Федерации суды вынуждены обращаться к законам иностранных государств.

Законодательство, на основе которого решается такой спор, отыскивается путем применения соответствующей коллизионной нормы, указывающей в зависимости от фактического состава отношений тот или иной критерий определения закона: по "месту исполнения договора", "месту заключения договора", "месту нахождения вещи", "месту причинения вреда", "месту регистрации юридиче-

ского лица", "месту нахождения стороны, исполнение которой имеет решающее значение для исполнения договора" и т.д.

В большинстве случаев разрешение спорных вопросов при помощи иностранного законодательства предписано безусловно, или в силу коллизионной нормы, или поскольку стороны избрали его для регулирования возможных спорных вопросов при заключении договора. В

законодательстве России находит закрепление коллизионный принцип об автономии воли или автономности волеизъявления сторон договора в вопросе определения применимого закона (п. 1 ст. 166 основ Гражданского законодательства).

Необходимость применять иностранное право напрямую связана с реализацией фундаментального принципа правосудия - равног процессуального положения как своих, так и иностранных граждан и организаций. Требования иностранных юридических лиц, особенно ведущих деятельность в сфере международной торговли, не обязательно, или, точнее, не всегда основаны только на российском праве, но и на тех нормах, которые лучше регламентируют и больше подходят к практикуемым ими операциям.

Взаимоотношения американской акционерной компании и ее акционера, проживающего в России, абсурдно было бы разбирать при помощи российских норм о компаниях, не применяя право штата места инкорпорации акционерного общества. Этим был бы нанесен ущерб самому принципу защиты субъективных прав, объем которых в данном случае ввиду приобретения акций американской компании российским лицом определен теми нормами американского закона, которые связывают с таким приобретением определенные гарантии и правомочия акционеров.

Представим на минуту, что российский суд стал бы применять по иску о принудительном осуществлении прав контроля акционера не столь разработанное в этом отношении законодательство РФ. Получилось бы, что акционер не мог бы в российских судах получить то, на что он вправе был рассчитывать, становясь акционером американской компании, поскольку российскому праву и вовсе неизвестен институт при-

влечения внешних аудиторов для проверки деятельности Правления Общества по инициативе пайщиков или персональной ответственности исполнительных директоров Общества за их недобросовестные действия, нанесшие ущерб финансовому состоянию Общества.

В ряде случаев спор о правах и обязанностях сторон сводится к спору о правильном применении коллизионного правила.

Применение российского права в споре с иностранной торговой организацией в связи с иском, заявленным по истечении 3-х лет после возникновения права обратиться в суд, дает возможность ответчику решить дело ссылкой на истекший срок исковой давности, приводя в действие материальную норму ст. 42 Основ Гражданского законодательства. Истец - российская организация, ссылаясь на применимость коллизионной нормы, отсылающей к праву продавца, которое для исковой давности устанавливает более продолжительный срок, предопределяет решение вопроса о принудительном осуществлении своего материального правомочия при помощи более благоприятной для нее нормы иностранного закона.

Игнорирование иностранного закона при разрешении споров является прямым нарушением российского законодательства, его коллизионных норм, в основе издания которых лежат принципы международного общения государств, их равенства и сотрудничества. Отсутствие государственно-властных предписаний применять не только отечественные правовые нормы невозможно, и вело бы к дезорганизации сферы международной торговли, сотрудничества и контактов, изолированности каждой суверенной власти и, наконец, к отказу признавать действие иностранных законов и субъективных прав, ими установленных.

Правила, допускающие применение иностранного права, являются тем минимумом, который позволяет рассчитывать на признание действия за рубежом национальных законов, в которых иногда находит выражение политика государства, например, направленная на усиление имущественных гарантий работающих по найму лиц, независимо от места нахождения наймодателя, или ограничение договорных условий, снижающих ответственность перед потребителями, какова бы ни была государственная принадлежность производителей. Создавая определенным образом ориентированные для такой цели нормы, государство вправе рассчитывать, что они найдут признание или, по крайней мере, их действие не станет огульно отрицаться в других странах.

Вполне уместно заметить, что суд, вынужденный решать вопрос удовлетворения требований на основе иностранного законодательства, оказывается в, так сказать, нестандартной ситуации, необычной уже потому, что возникает необходимость входить в роль своего коллеги за рубежом и применять законы, которые не могут быть ему известны в достаточной степени хорошо. И не только потому, что информация об иностранном праве гораздо менее доступна, но и в том числе из-за объективного своего положения представителя юрисдикционного органа, правовой системы вынужденного обращаться к особенностям иной, "чужой" правовой системы.

Положение судьбы и судов в государствах с точки зрения механизма принятия решений, задач по контролю и надзору, системе устройства, образу действия различно. В судах англосаксонской системы права создаются прецеденты, обязательные для нижестоящих судов по спорам со сходным фактическим составом. В стра-

нах континентальной Европы суды не создают нормы права или обязательные прецеденты, но роль их более значительна как контролирующих органов, ведущих поземельные книги или реестры компаний. Относительно подходов в правоприменительной практике, критериев доказательств, способов, употребляемых при их добывании, — все, что относится к сфере так называемого "процессуального права", — различия многообразны и довольно существенны.

Ввиду вышесказанного трудно себе представить, что ситуации неправильного истолкования иностранного закона не могут не возникать более часто, чем в ходе применения своих норм.

Указанное обстоятельство по сути и стоит в основе самостоятельной проблемы, связанной с разрешением международных споров при применении судом одного государства материального права другого государства. С одной стороны, данная проблема тесно увязана с теорией международного частного права, изучающей коллизии (столкновения) разнонациональных законов, имеющих своим результатом применение норм иностранного законодательства. С другой стороны, названная проблема в первую очередь практическая, поскольку возможность достаточно быстро получить истинное представление об иностранном праве не абсолютна, и не исключаются случаи, когда изначально вроде бы достоверные сведения оказываются не всегда точными.

В ожидании выяснения содержания иностранного закона слишком продолжительное по времени судопроизводство только потому, что суд обязан применить не отечественное, а иностранное право, противоречило бы целям правосудия, принципу охраны субъективных прав и эффективности судебной защиты.

Еще четыре года назад задача применения и установления содержания иностранного закона в регулировании отношений сферы международной торговли не могла считаться настолько важной и определяющей, какой она становится в настоящее время в условиях существования ряда независимых государств на территории бывшего Союза ССР и доминирования при этом частного предпринимательства и негосударственных форм делового сотрудничества.

В советское время международная торговля имела исключительную межгосударственную основу, и поэтому неизбежные при проведении торговых операций споры часто регулировались не на базе гражданско-правовых принципов, а путем государственно-властных решений. Каждый же случай гражданско-правового спора при необходимости применения коллизионных норм и иностранного права служил предметом разбирательства не в системе судов общей юрисдикции и не в органах государственного арбитража (сегодня — арбитражные (хозяйственные) суды России), а в двух специализированных третейских судах: Внешнеторговой арбитражной комиссии при ТПП СССР (в настоящее время — Московский международный коммерческий Арбитражный суд при ТПП России), а также Морской арбитражной комиссии (МАК) (оба органа были созданы в 1937 году).

Значительный опыт разрешения внешнеторговых дел, применения и толкования коллизионных норм, иностранных законов, торговых обычаев и обыкновений не становился, к сожалению, достоянием органов общей и хозяйственной юрисдикции, а вполне определенные подходы к разрешению тех или иных вопросов международного частного права и процесса не получали закрепления и детализации в нормах отечествен-

ного права. Вот почему впоследствии в целом готовность российской правовой системы удовлетворительно справляться с задачей судебной защиты тех частных интересов, которые связаны с осуществлением международной торговли и внешнеторговых операций, вызвала вполне обоснованную неуверенность.

За последние годы задача установления содержания иностранного закона перешла из разряда второстепенных в разряд существенных проблем и стала носить каждодневный характер, являясь важнейшим элементом регулирования в практике разрешения международных споров.

Анализ проблемы применения иностранного права выявляет ее многоаспектный характер. Попробуем сформулировать основные вопросы, связанные с ее разрешением:

— как нужно относиться к норме иностранного закона — как к составной части иностранной правовой системы, или как к "привлеченной" норме страны суда;

— обязан ли суд применять иностранное право *ex officio* независимо от ссылки на эту норму сторон;

— является ли ошибка в применении иностранного права основанием для пересмотра решения;

— должен ли суд при применении иностранного права руководствоваться теми же процессуальными правилами, которые регламентируют процедуру применения законов своей страны, или он может или обязан относиться к иностранному праву как к вопросу факта;

— если иностранное право следует считать вопросом факта (*quaestio facti*), то как нужно относиться к иностранному закону — как к общеизвестному факту, или факту, требующему обязательного доказывания, и может ли суд воспользоваться

своим внепроцессуальным знанием закона, если иностранный закон рассматривается как правовая норма;

при невозможности установить содержание иностранного закона применим ли отечественный правопорядок или дол-

жен последовать отказ в иске ввиду недоказанности его основания.

В нормативном плане вопрос о порядке определения иностранного закона получил освещение в Основах гражданского законодательства Союза СССР и

союзных республик 1991 года. Этот законодательный акт применяется в Российской Федерации с 3 августа 1992 года к отношениям, возникающим после даты его вступления в силу. Статья 157 Основ заслуживает того, чтобы ее привели полностью.

СТАТЬЯ 157. Установление содержания иностранного права

1. При применении иностранного права суд, арбитражный суд, третейский суд или административный орган устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.

В целях установления содержания норм иностранного права суд, арбитражный суд или административный орган может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением к Министерству юстиции СССР и иным компетентным органам или учреждениями в СССР и за границей либо привлечь экспертов. Лица, участвующие в деле, вправе представить документы, подтверждающие содержание соответствующих норм иностранного права.

2. Если содержание норм иностранного права, несмотря на предпринятые в соответствии с настоящей статьей меры, не установлено, применяется советское право.

П. 1 ст. 157 устанавливает своего рода метод определения содержания соответствующих норм иностранного закона, по которому российский суд или административный орган обязан обратиться к официальному толкованию, практике применения и доктрине соответствующего иностранного государства. Этим принцип применения иностранного закона так, как он применяется у себя на родине, получил наиболее полное выражение.

Правило применения иностранной нормы в том ее содержании, которое она получает у себя на родине, основывают на учении коллизионного права о том, что применимая к спорному правоотношению норма отыскивается в результате коллизии (толкования) равноправных правопорядков двух или нескольких более суверенных государств, поэтому применимым является правопорядок в целом, т.е. норма иностранного законодательства как его составная часть, а не отдельно взятое положение.

До введения в действие Основ гражданского законодательства такая точка зрения по вопросу применения иностранного права являлась в отечественной науке международного

частного права безусловно господствующей. При этом некоторые правоведы не видели необходимости для установления содержания иностранного закона учитывать мнения доктрины применимой правовой системы, считая, что следует руководствоваться законами, обычаями и судебной практикой, но в тех пределах, в каких последние признаются источником права в этих государствах.

Так как ни в странах континентальной, ни в государствах англосаксонской системы "common law", доктрина не является источником права, то приведенное отличие можно отнести к разряду тех важных нюансов, которые имеют существенное практическое значение. Поскольку в конкретном случае игнорирование суждений зарубежных правоведов относительно толкования понятий применимой материальной нормы служит, как мы увидим ниже, достаточным поводом для отмены решения в кассационном порядке.

П. 2 статьи устанавливает, что при невозможности получить сведения о содержании иностранного закона применяется отечественная правовая норма.

П. 1 статьи предписывает суду предпринимать самостоя-

тельно меры к установлению содержания иностранного права, т.е. применять иностранное право *ex officio*.

Таким образом законодатель решил три из шести основных вопросов, связанных с разрешением споров на основе иностранного закона. Из текста статьи нельзя извлечь прямого ответа, является или нет применение иностранного закона поводом для кассации, как должен относиться судья к иностранному законодательству: как к вопросу права (*questio juris*) или как к фактическому обстоятельству, должен ли суд иметь внепроцессуальное знание иностранного закона, и вправе ли он воспользоваться таким знанием.

Правда, чисто словесное толкование статьи, говорящей о "применении" иностранного закона, можно воспринимать как довод о том, что суд обязан относиться к иностранной норме как к норме права.

В действительности такая точка зрения поддерживается большинством ученых правоведов, в частности такими, как Богуславский М.М., Лунц Л.А., Рубанов А.А. и др.

Считается, что в силу коллизии законов допускается действие иностранного закона на тер-

¹ Богуславский М.М. - М. - 1989. - "Международное частное право". - с. 329.

ритории государства суда, и судья обязан буквально применять иностранный закон как "свое" объективное право по крайней мере в принципе, а не принимать во внимание иностранный закон, и, анализируя его, устанавливать объем субъективного права, возникающего у управомоченного лица.

Определенные подходы в решении вопросов о применении иностранного правопорядка имели еще в советское время как нормативные, так и доктринальные основания, главным образом благодаря особому отношению к принципу состязательности. Правило о том, что любое фактическое обстоятельство как основание требования должно быть доказано стороной, ссылающейся на него для обоснования своей правовой позиции, дополняется тезисом об активной роли суда и обязанности самому предпринять все окончательные действия для исследования всевозможных ключевых вопросов. В действующем законодательстве это находит отражение в ст. 14 ГПК и ст. 4 Закона "Об Арбитражном суде". В практике продолжают отменяться решения ввиду так называемого "недостаточного исследования материалов дела".

За годы реформирования правовой системы СССР и России о состязательности стали говорить чаще. Новая Конституция возводит данный принцип в основу судопроизводства (ст. 123).

Представляется неверным, однако, считать, что нормы ГПК и действующего Закона об Арбитражном суде противоречат позднее принятой норме Конституции и поэтому не должны действовать. Все может быть объяснено толкованием или содержанием принципа состязательности в нашей правовой системе, которая ни в коем

случае не должна отказываться от преемственности правил, основ и фундаментальных положений советского периода без постепенной эволюции, экономических условий и социальной среды, требующей регулирования постепенным введением новых институтов, отражающих степень развитости экономики и правосознания в обществе. Тема о том, почему западные модели не могут копироваться отечественным судопроизводством, нередко затрагивается в современных публикациях.

В интервью еженедельнику "Экономика и жизнь" председатель Высшего Арбитражного суда г-н Яковлев говорил об исторически сложившемся инквизиционном характере гражданского судопроизводства, где "роль суда более активна". Далее подчеркивалась желательность "усиления состязательных начал в процессе" в качестве средства повышения эффективности правосудия в сфере хозяйственных споров². Правовая система и общество в целом еще не готово для скорого привнесения кардинальных изменений, идентичных принципам западного правосудия, в основе которых находится воспитанная многими годами культура ведения процесса, образованность и профессионализм судейского корпуса, адвокатов и правоохранительных органов; о состязательности можно говорить скорее не как о средстве отказа от активной роли суда, а как о процессе поощрения активной роли сторон, качества их юридической защиты, отстаивания их правоты, поощряющее в целом уважение к праву. В ситуации, когда носителями крупных имущественных интересов выступает не только государство и его структуры, но и частные лица, их защиту обеспечивает не только компетентный, беспристрастный

суд, но и знающие право специалисты - представители сторон. Высококвалифицированные адвокаты контролируют, в хорошем смысле слова, как действия суда, так и обоснованность его решений своим участием в разборе спора, объяснением своей позиции не только с фактической стороны, но и при помощи чисто правовых суждений, толкующих закон и разъясняющих его смысл для данного случая.

Мысль о неизбежности сохранения господствующих в советскую эпоху принципов нормотворчества и элементов правоприменения, высказанная профессором Дозорцевым В.А. в статье "Кодификация гражданского законодательства", также базируется на опасениях о том, что абсолютная беспристрастность и высокая культура правоприменения является более идеалом, чем реальностью; отсюда подчеркивается предпочтительность жесткого казуистического регулирования, в расчете на минимальную свободу толкования и усмотрения, где суд выполняет роль не столько взвешивающей и оценивающей аргументы "за" и "против" инстанции, но и органа, в значительной степени самостоятельно исследующего дело и решающего на основе минимума субъективных оценок, как своих, так и подсказанных ему представителями тяжущихся сторон³.

В значительной степени отношением к принципу состязательности можно объяснить и мнение официальной доктрины по вопросам установления содержания и применения иностранного закона.

В советской правовой доктрине последовательно отстаивалась точка зрения о том, что неправильное применение судом норм иностранного права служит основанием к отмене

² "Экономика и жизнь". - 1993. - N 41.

³ "Дело и право". - 1994. - N 1. - с. 231.

решения суда в кассационном порядке.

В обоснование этого приводился п. 4 статьи 306 ГК РСФСР (продолжающего действовать), согласно которому основанием отмены решения суда является "нарушение или неправильное применение норм материального права или норм процессуального права". В свою очередь п. 3 ст. 307 определяет одним из видов нарушения или неправильного применения норм материального права неправильное толкование закона.

Наряду с этим в публикациях, комплексно анализирующих проблему применения иностранного правопорядка, известные советские правоведы Лунц Л.А., Агарков М.М. признавали, что суд не обязан иметь внепроцессуальное знание закона, но может им воспользоваться в ходе рассмотрения дела. Как мы уже отмечали, ввиду особого отношения советской доктрины к принципу состязательности и к обязанности суда отвечать только за правильное применение норм права, такой подход не может считаться противоречащим тому, что неправильное применение иностранного закона является основанием для отмены решения. Практика показывает, что и сегодня как народный суд, так и арбитражный (хозяйственный) суд в России обязаны всесторонне исследовать обстоятельства дела в отсутствие разделения на вопросы права и вопросы факта, так как любая существенная неточность, как в вопросах права, так и в вопросах факта может привести к отмене решения.

В дальнейшем последовательное внедрение начал состязательности, при которых судья меньше отвечает за достоверность данных, о которых он не обязан иметь внепроцессуальные знания, может привести к

изменению (смягчению) точки зрения о том, что решение, основанное на неточном истолковании иностранного закона только по этому поводу может быть пересмотрено кассационной инстанцией.

Учитывая специфику проблемы и ее недостаточную разработку отечественной юридической наукой, прибегнем к анализу зарубежных теорий.

Обязанность суда при применении иностранного закона самостоятельно исследовать его содержание получила нормативное закрепление в законах о частном международном праве Швейцарии и Австрии и в законодательстве Германии. Правовая доктрина этих и других континентальных государств считает, что иностранный закон нужно применять как свое объективное право. Отсюда выводятся и особенности применения иностранного закона, установления его содержания: как правовую норму, так, как она применяется у себя на родине, при помощи мер суда и при содействии сторон, если содержание подлежащего применению иностранного права не может быть установлено, применяется отечественный закон.

В Германии, Австрии, Швейцарии суд *ex-officio* принимает меры к добыванию доказательств об иностранном праве, и может воспользоваться внепроцессуальным знанием закона.

В странах континентальной системы упомянутый принцип формировался на основе начал состязательности. Поэтому содействие в установлении содержания иностранного закона является также первой процессуальной обязанностью сторон.

Неправильное применение закона судом первой инстанции в таких странах, как Франция, ФРГ, Бельгия, не является правовым основанием для пересмотра решения суда, во всяком случае, обязательного для

исправления ошибок судебного правоприменения.

В обоснование этого правила чаще всего выдвигают идею, наиболее удачно сформулированную Баттифоллем (Batiffoll) применительно к судам Франции: "Толкование французского закона французским судьей есть исследование того, что справедливо, разумно, полезно, - словом, того, что должно быть, тогда как толкование им иностранного права есть исследование того, что постановляется судом за рубежом, иначе говоря, того, что есть, а не того, что должно быть"⁴.

В американском праве отношение к проблеме изменилось после так называемой "революции конфликтного права". Она нашла выражение во внедрении в судебную практику новых теорий международного частного права. Особое место принадлежит концепции "правительственного интереса", разработанной правоведом Карри (Currie). Данная теория лучше других отражала чаяния американской правовой системы, являясь более или менее удачным выходом из сложного лабиринта противоречий и проблем, заданных партикуляризмом (наличием в каждом штате собственного обособленного законодательства) национального законодательства. Теория предлагает положить в основу разрешения коллизий степень или весомость т.н. "правительственного интереса", или публичной цели издания национального закона. По мнению Карри, следует всегда применять лишь тот закон, неприменение которого в большей степени умаляло бы намерение законодателя. Чем более специальный характер имеет норма и чем ярче выражена целевая направленность коллизирующего закона, тем сильнее "правительственный интерес", тем весомее предпосылки его применения.

⁴ Batiffoll. - p. 386, *Anw. ausl. Rechts* (Zajay). - p. 15

В рамках данной теории проблема содержания иностранного права приобретает несколько иной характер, и хотя она, безусловно, не может не учитывать смысл и содержание применимой нормы в соответствии с доктриной и практикой у себя на родине, она не рассматривает национальное толкование в качестве окончательного и связывающего.

Концепция правительственного интереса ориентирована на поиск рационального результата в поочередном сопоставлении коллизирующих материальных законов. Проиллюстрируем ее суть характерным примером автора - профессора Карри.

Договор купли-продажи автомобиля между резидентом государства (штата) А и резидентом государства (штата) В, произведенного в государстве (штате) С, заключенный в государстве (штате) А с условием поставки в государство (штат) В. При решении вопроса о действительности оговорки, освобождающей от ответственности за ненадлежащее качество товара, следует руководствоваться правом государства (штата) С, если в последнем издан специальный закон, социальной целью которого является усиление ответственности за выпускаемую продукцию.

Пример наиболее показателен в отношении того, насколько при таком подходе оказывается неважной весомость фактических элементов отношения: места заключения договора (*lex loci contractus*), места исполнения договора (*lex loci solutionis*), места нахождения сторон (*lex domicilii*) и пр., рассматривающихся базовыми в классических теориях коллизионного права.

Позади выдвинутых Карри тезисов лежит здоровая, но не оригинальная мысль о том, что коллизионное решение, т.е. правило о том, какой закон подлежит применению к отношению, должно всецело зави-

сеть от вида материальных законов, содержания соответствующих материальных норм права.

Еще в XIV веке в таком же подходе видели разрешение всех коллизионных вопросов так называемые постглоссаторы Италии Бартол (Bartol) (1314-1357), Бальд (Bald) (1327-1400). Постглоссаторы составляли обширные комментарии к текстам римского права. Согласно выдвинутой ими "теории статутов", все законы (статуты) классифицируются по видам, и для каждого вида должен быть установлен коллизионный принцип. Учение Бартола, правда, отражает эпоху гораздо менее развитого оборота, но в своей основной идее оно аналогично современным американским теориям: Бартол считал, что закон, устанавливающий ответственность за плохое качество проданного товара, должен применяться только если товары приобретались на данной территории. Таким образом не отношения, юридические факты или принадлежность контрагентов определили применимое законодательство, а предназначение или цель закона устанавливали пространственную сферу его действия. Ученые школы Карри говорят, правда, о "политике закона", как основном коллизионном правиле, что диктует во всяком случае аналогичный алгоритм в определении применимого права: сначала устанавливается круг "околостоящих законов" или актов, затем отслеживаются наиболее сильные из них, сфера действия которых охватывает вопросы объема прав и обязанностей, меры ответственности или способов возмещения. Если таких законов несколько, получается так называемая "действительная коллизия", т.е. подлинный конфликт, решаемый в пользу наиболее сильного закона, если же упомянутый закон оказывается один, тогда имеет место "ложная коллизия", и закон

подлежит безусловному применению, даже если он менее всего связан с ситуацией, имеет с территорией только один фактический элемент, например, местонахождение страны по договору.

Само собой разумеется, что данный алгоритм в определении применимого права диктует особый подход в вопросе установления содержания иностранного закона. Нормативному акту преобладающего правительственного интереса не может придаваться ни только его текстуальное значение, ни в полной мере характер правовой нормы, подлежащей применению, так, как она применяется у себя на родине.

Справедливости ради следует отметить, что теория "правительственного интереса" с момента ее обнародования подверглась уточнениям и, претерпевая естественную эволюцию, преобразовалась в недостаточно системный свод коллизионных правил, существующий не на уровне законодательного закрепления, а в индивидуальных изложениях последователей Карри. Однозначно общей для всех представителей данной школы является точка зрения о том, что коллизию составляют не столько правопорядки в целом, сколько законы - носители правительственного интереса, а значит и установление их содержания не обязательно должно соотноситься с принципом применения их как у себя на родине.

Достаточно простым выходит решение об установлении содержания иностранного закона в рамках теории о "национальном международном частном праве", *lex mercatoria*. Субъекты международной торговли, считают сторонники *lex mercatoria*, и практикуемые ими отношения подчиняются некоему своду обычаев и правил международной торговли, содержание которых "выработано цивилизованными нациями".

Взаимные обязательства участников международной торговли как бы "изымаются" из сферы национальных законодательств и регламентируются этими международными правилами. Такие международные правила имеют и международное содержание, к ним неприменимы каноны национального законодательства, в том числе правила толкования, практика применения и национальная доктрина, поскольку международные правила считаются совершенно отличным корпусом права, нормами иной правовой природы.

Теория права международной торговли олицетворяет целое направление в современной науке МЧП, достаточно влиятельное и в свое время активно критикуемое в отечественной правовой теории. Родоначальниками международной правовой природы МЧП считают Asser (Голландия), Zitelman (Германия), Mancini (Италия), Bar (Германия).

В настоящее время данные теории пользуются определенным признанием, что нашло отражение в практике международных арбитражных органов, в частности, Международной Торговой Палаты в Париже (ICC) и в нормах тех международных конвенций по вопросам частного права, посредством которых решаются задачи "унификации" (единообразия) правил международной торговли и урегулирования споров. Нормы конвенций, являющие собой в прямом смысле международно-правовые правила на компромиссной основе, уже допускают применение права международной торговли в случае, если стороны избирают арбитров в качестве "дружеских посредников" (*amicables compositors*) (ст. 7 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г.).

Концептуальный подход к применению иностранного закона в судах Великобритании сложился в рамках процессуаль-

ных правил судов, стоящих на позициях обязательности судебного прецедента, принципов равенства сторон и состязательности в процессе.

Классическая интерпретация состязательности процесса подразумевала инициативу суда в вопросах действия правовых норм и самую активную роль сторон в установлении фактов, обосновывающих их применение. Участники процесса обязаны собирать и представлять доказательства, обосновывающие свои требования, т.е. любые данные, на которых суд только и может основывать свои выводы при принятии решения. Недоказанность того или иного утверждения — основание для отказа применять соответствующие положения английского закона.

Поэтому фундаментальным принципом английского правосудия является жесткое противопоставление вопросов факта (доказательств) и вопросов права о т.н. мере должного поведения лиц в свете этих доказанных обстоятельств.

Английская судебная практика относит иностранный закон, подлежащий применению, к вопросам факта, бремя доказывания которого лежит на сторонах. Суды обязаны при рассмотрении разнонационального спора применять английское право ввиду недоказанности содержания применимости иностранного права.

В отечественной цивилистической науке отношение к такому подходу к применению иностранного правопорядка был традиционно критическим. В небольшой части комментарии поднимали вопросы идеологического характера, когда отмечалось, что подобный принцип судопроизводства лишает возможности полноценной защиты экономически менее состоятельную сторону, которая может испытывать трудности в оплате дорогостоящих услуг адвокатов, и поэтому в отличие от

противостоящей ей финансово более могущественной стороны, имеет меньше шансов воспользоваться преимуществами, которые для данного случая и с точки зрения защиты ее имущественных интересов представляет иностранный закон. Помимо этого, подобная концепция считалась глубоко чуждой традициям континентального права с его декларированно меньшей ролью суда в вопросах нормотворчества (создания прецедентов, имеющих обязательный характер), более расширенными функциями по содействию в осуществлении прав в техническом и контрольном плане в отличие от страны англо-саксонской системы права.

Некоторые правовые следствия использования принципа отождествления иностранного закона с вопросами факта рассматривались как неприемлемые с чисто правовых позиций. Возможно, недостоверная информация об иностранном законе, воспринятая как должно доказанная, приведет к применению норм, никогда не имевших места, или к искажению положений закона. Если подобная ошибка не является поводом для пересмотра решения, то по существу это может урезать значение права в деятельности суда.

В Великобритании суд не может использовать для установления содержания иностранного закона решение по другому делу, где были приведены достоверные данные о его буквальном толковании, а вынужден полагаться на те доказательства, которые представляются в процессе истцом, основывающимся на норме иностранного правопорядка свое право, или ответчиком, излагающим свои возражения и аргументирующим в связи с этим содержание норм.

Правила оценки доказательств применительно к этому вопросу предписывают приме-

нять иностранный закон в том его содержании, с которым согласны стороны, хотя бы суд и уверенно знал на основе материалов по другому делу, что настоящее толкование противоречит тому, как применяют иностранный закон в собственном государстве.

Суды Великобритании, за которыми прямо не предполагается знание иностранного права, относящие его к разряду "фактических обстоятельств", выработали несколько более гибкий подход с точки зрения возможности апелляции при достоверных данных ошибочности применения иностранного права. Закон иностранного государства является вопросом факта, однако это вопрос факта особого рода. Роль апелляционного суда Англии была охарактеризована следующим образом: "наша обязанность ... заключается в том, чтобы изучить представленные судьей доказательства иностранного права и решить для себя, оправдывают ли эти доказательства тот вывод, к которому они пришли"⁵.

Позволим себе повторить цитату судьи Саймона по этому же делу: "Конечно, иностранное право рассматривается английскими судами как вопрос факта, и апелляционные суды не склонны вмешиваться в выводы судов первой инстанции по вопросам факта, однако это применимо прежде всего к оценке относительной достоверности и степени обоснованности. Если вывод по вопросу факта зависит от оценки письменных материалов, апелляционный суд не находится в невыгодном положении по сравнению с судом первой инстанции и считает, что он обладает большей свободой в вопросе пересмотра решения нижестоящего суда"⁶.

Придание применимому иностранному правопорядку ха-

рактера фактического обстоятельства указывает коллизионный принцип страны суда, допускающий действие иностранной правовой системы, с правилом об арсенале тех средств, которыми по положениям доказательственного права устанавливается наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для дела, а при их недоказанности или невозможности доказать определенными средствами, суд формулирует заключение, исходя из положения, при котором они (обстоятельства) как бы не существуют. В английской праве заинтересованная сторона, по существу, доказывает не содержание иностранного права, а отличие иностранного права от английского. Если истец не ссылается на иностранный правопорядок, суд руководствуется презумпцией тождества иностранного права и английского, предоставляя право участникам процесса доказать отличия, и если сторона по оценке суда не может это сделать надлежащим образом, то суд применит английское право. Особое отношение к иностранному правопорядку проявляется и в том, что при установлении его правового смысла средствами law & evidence, не применяется норма об общеизвестных фактах. Если содержание иностранного закона в виде каких-либо особых событий, скажем, широкого обсуждения в печати, средствах массовой информации, материалов дела, получившего огласку как общеизвестный факт, сформировало достаточно недвусмысленную картину его содержания, суды не должны руководствоваться такого рода знаниями, а обязаны отдавать предпочтение той трактовке иностранного закона, которая представлена на процессе определенными способами доказывания. Достаточными

признаются показания эксперта, имеющего практический опыт деятельности в рамках данной правовой системы. Английский судья также не может воспользоваться информацией об иностранном законе из собственного опыта и материалов для рассмотренного им дела.

Судебная практика выработала некоторые прецедентные правила по вопросу доказательства иностранного закона. Иностранное право не может быть доказано путем цитирования, решением английского суда, представлением текста закона, ссылкой на решение иностранного суда. Если между свидетельскими показаниями возникают противоречия, суд должен дать собственное истолкование исключительно на основе представляемых доказательств по их достоверности. Вся эта несхожесть, нетипичность, неординарность или даже странность в английском подходе к действию иностранного закона тем не менее имеет вполне логичные, внутренние последовательно сформированные, тщательно отработанные в результате многовекового функционирования, сложившиеся закономерные основания, восходящие к историческому особому значению судебного механизма как в вопросе разрешения споров, толковании норм, так и в создании новых правовых положений. Наряду с тем, что суд подчиняется законам суверенной власти, он также призван создавать право не только руководствуясь буквой закона, но и общим смыслом или духом законодательства, устанавливая самые общие юридические признаки с расчетом на определенную свободу толкования и усмотрения при множественности нестандартных ситуаций и невозможности их заблаговременной регламентации. Знаменательная роль английского суда состоит

⁵ Parkasho v. Singh. - 1968. - p. 233,250.

⁶ Parkasho v. Singh. - 1968. - p. 233,254.

в том, что решением по конкретному делу создается норма права, занимающая свое место в подчиненной единым принципам системе правовых положений. Если бы английские суды рассматривали иностранный закон как право, то судебные прецеденты по международным спорам нужно было заключить в особый раздел судебной практики, где нормы права не создаются, поскольку английские суды не могут обладать суверенной властью "формировать новые правовые положения для корпуса норм иностранной правовой системы".

Английские теоретики МЧП нашли подсказку для того, как относиться к применимому иностранному закону в (средневековых) учениях голландской школы и разработанной ею доктрине *comity* ("вежливость"). Голландцы первыми предпочли считать, что основанием применения иностранного закона служит международная вежливость, оправдывающая допустить изъятие из принципа *lex fori* (закона суда) для защиты прав, возникших под действием иностранной правовой системы. Доктрина *comity* была положена в основу классической английской концепции "приобретенных прав" (*vested rights*). Судам предписывалось предоставить защиту уполномоченному лицу, субъективному праву, приобретенному этим лицом в результате действия иностранной правовой системы, если на такое приобретение указывает коллизионный принцип внутреннего права, устанавливающий, что содержание субъективного права диктуется иностранной правовой нормой, а не нормой английской. В рамках состязательного процесса считается правомочным возложить доказательств пределов и содержание субъективного права на ссылающуюся на него сторону.

Использование доктрины фактического обстоятельства окончательно устраняется про-

тиворечие между действием принципа *jura novit curia* (судья должен знать право) и практической возможностью требовать от судей досконального знания тех иностранных законов, а равно их толкования и практики применения, на которые ссылается сторона, поскольку их применение допустимо коллизионными положениями английского права. Английский судья, приравнивающий иностранный закон к фактическому обстоятельству, находится в явно более выгодном положении, чем его европейская коллега, вынужденный разбирать спор не только на основе текста конкретного закона, но и достоверной информации и его официальной интерпретации, применимости приоритетно перед другими законами и иными нормативными актами – и прочих нюансов, выясняемых порой весьма тщательным и объемным анализом иностранного законодательства. Несмотря на международное сотрудничество в области предоставления сведений о законодательствах, находящее выражение в двусторонних и многосторонних международных соглашениях о правовой помощи, развитие международных средств связи – получение сведений об иностранном законодательстве – далеко не всегда оказывается беспроблемным, или, чаще всего, занимает длительный отрезок времени, что не может не отражаться на эффективности правосудия. В национальных правовых системах, где нет однозначного отношения к иностранному праву как к вопросу факта, пришлось решать проблему недосказанности иностранного закона или, точнее сказать, невозможности установления содержания иностранного закона, как вполне самостоятельную и имеющую существенное значение.

Если установление содержания иностранного закона невозможно ввиду затруднительности

получить сведения и пр., возникнет дилемма: либо применить отечественное право, либо отказать в иске по недоказанности его основания. В практике американских судов такой исход завершал судьбу довольно известных громких дел. Например, в деле о "русском золоте" (1931–1932 гг.) одним из оснований отказа в иске Банку Франции к американскому Банку послужило то, что истец не смог доказать содержание до-reволюционного русского закона о депозите, поскольку он устанавливал, на каких правовых основаниях банками Франции в России депонировалось золото, впоследствии вывезенное Госбанком СССР в США.

Сегодня данный способ решения проблемы считается неприемлемым как колеблющий сами основы правосудия, его государственную цель, принципы судебной защиты, возможность которой становится в зависимости от сугубо технических и внешних факторов. Очевидная несправедливость такого положения потребовала специального урегулирования случаев, когда установление содержания иностранного закона невозможно.

Нормы многих национальных законов о международном частном праве, а также п. 2 ст. 157 Основ ГЗ нормативно закрепляют общепринятый подход к решению в данной ситуации, заключающейся в применении отечественного закона, если содержание иностранного не может быть достоверно установлено. Теоретическим обоснованием применения отечественного права является утверждение о том, что практическая невозможность прибегнуть к иностранному закону означает, что "цель коллизионной нормы не может быть достигнута". Данная интерпретация плохо, однако, вяжется с теорией коллизионной нормы, сходной по природе своей с нормой материальной, облаченной принудительной силой го-

сударства и предназначенной для всеобщего исполнения.

Процессуальные правила предусматривают, что неправильное применение Закона, в том числе и коллизионных норм, как особой части законодательства (а значит, и неприменение, как частный случай такого неправильного применения) является условием для пересмотра вынесенного решения. Совершенно понятно, что неприменение иностранного закона есть неприменение коллизионной нормы. Если решение получено подведением обстоятельства под норму, которая не должна применяться, поскольку коллизионная норма отсылает к другому закону, в данном случае иностранному, рассматриваемому как правовая норма, то такое решение в отсутствие каких-либо изъятий из положений статей ГПК и АПК, подлежит отмене. Конечно, норму Основ можно рассматривать как более специальную (как бы для отдельного случая), но, по крайней мере, придется отойти от традиционного взгляда на коллизионное правило как норму в собственном смысле слова, образующую вместе с нормой права правила поведения для участников отношения.

Как упоминалось выше, в судах Великобритании действует правило презумпции тождества английского закона и иностранного, содержание которого определяет объем приобретенных субъективных прав, подлежащих защите в рамках английского судопроизводства. Если участник процесса не сможет доказать отличие применимого иностранного закона, суд исходит из такого тождества и применяет "свое" право. В таком случае гораздо меньше оснований говорить о выводе в пользу ненормативности

коллизионной нормы.

Тема судопроизводства и иностранного закона, тяготеющая к сфере вопросов судебного процесса, состоит в тесной связи с основополагающими теориями МЧП: о природе и функциях коллизионных норм, коллизии законов, содержании и функциях применимой иностранной нормы или иностранного закона и т.п.

Даже не слишком глубокий анализ проблемы применения иностранного закона подводит к необходимости теоретического осмысления тех или иных вариантов решения и неизбежному обращению к доктринальным учениям науки МЧП и ее категориям.

Поскольку разрешение споров судами одного государства при помощи законов правовой системы, предназначенной для функционирования судов другого государства, так или иначе связано с рядом неудобств психологического, технического плана, отмечается и определенная склонность в урегулировании этой важной, и в первую очередь, безусловно, практической задачи методами, способствующими прежде других целям правосудия.

Этим, на наш взгляд, может объясняться схожесть концепций "вопросов права" и "вопросов факта" в тех пунктах, которые, с точки зрения социального предназначения судов, выглядят более предпочтительно. Наблюдается определенная похожесть судебной практики стран "common law" и континентальных государств, в частности, по следующим вопросам:

- континентальные теории (кроме российской), считая иностранный правопорядок вопросом права, не склонны обжаловать решения из-за неправильного применения иностран-

ного закона; в целом, то же самое отмечается в английских судах;

- рассматривая иностранный закон как вопрос факта, доктрина Великобритании тем не менее считает его фактическим обстоятельством особого рода, к которому не применимо правило о внепроцессуальном знании факта и общеизвестных фактах, и который требует специальных навыков и особых средств доказывания. Здесь имеются общие черты в способах, практикуемых в континентальном праве (Германия, Австрия, Швейцария, Франция);

- обе концепции склоняются к применению *lex fori* (права страны суда), если невозможно получить достоверные данные о правовой системе, которую надлежит применить. В этом случае континентальная юридическая наука поступается принципом императивности большинства коллизионных норм и принципом принудительно-властного их универсально-нормативного содержания.

Вышесказанное дает повод говорить об условном значении терминов "вопрос права" и "вопрос факта". Имея в виду такую "условность", некоторые советские правоведы еще в 30-х годах считали, что применение судами иностранного закона является вопросом факта, а не права.

В силу ощутимо возросшей для России роли внешней торговли и негосударственных международных контактов теории применения иностранного закона в международном гражданском процессе приобретает в первую очередь практическое значение и могут использоваться в правоприменительной деятельности при разрешении международных споров.

Ю.Э. Монастырский,

участник Полного товарищества "Юридическая служба ММЦП и Ко"

От редакции: Гонорар за данную статью перечислен автором в Детский фонд Мира

⁷ Агарков М. "Применение судом иностранного закона". "Проблемы социалистического права". - 1938. - N 3. - с. 72.