

УДК 341.91

УСТАНОВЛЕНИЕ СОДЕРЖАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЕ ИНОСТРАННОГО ПРАВА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ЗАРУБЕЖНЫХ ГОСУДАРСТВ¹

© 2018 г. И. В. Гетьман-Павлова*, А.С. Касаткина**

Национальный исследовательский университет “Высшая школа экономики”, Москва

*E-mail: getmanpav@mail.ru

**E-mail: akasatkina@hse.ru

Поступила в редакцию 03.07.2017 г.

Статья посвящена комплексному исследованию одного из наиболее сложных институтов международного частного права – установлению содержания иностранных правовых норм. Нормативной основой исследования является законодательство по МЧП ряда зарубежных государств, судебная практика Франции, Великобритании, Швеции, США и других стран. Методология исследования основана на применении методов сравнительного анализа и сравнительного правоведения. По своему юридическому характеру институт установления содержания иностранного права является процессуальным и реализуется в международном гражданском процессе. Как правило, надлежащее установление содержания представляет собой непростую задачу для национального правоприменителя. Кроме того, иностранное право должно быть применено так, как оно толкуется и применяется в его “родном” суде. Это требование вызывает наибольшие затруднения в процессе его практической реализации. С точки зрения вовлеченности суда в процесс установления содержания иностранного права и отношения к этому праву можно выделить три подхода: 1) активный (правовой); 2) промежуточный (смешанный); 3) пассивный (фактический). В статье сделан вывод, что наиболее корректным и функциональным является активный (правовой) подход.

Ключевые слова: международное частное право, установление содержания иностранного права, применение иностранного права, коллизионные нормы, активный (правовой) подход, промежуточный (смешанный) подход, пассивный (фактический) подход, континентальное право, общее право, доказывание иностранного права.

DOI: 10.7868/S0132076918050098

Юридическая категория “установление содержания иностранного права” представляет собой самостоятельный институт международного частного права (далее – МЧП). По спорам, связанным с иностранным правопорядком, существует презумпция применения иностранного права.

Правоприменительный процесс основан на общем принципе “судья знает право” (*jura novit curia*): суд и другие правоприменительные органы знают свое национальное право и применяют его. Если коллизионная норма страны суда отсылает к иностранному правопорядку, то судья изначально не может знать его содержания. В этой связи правоприменитель всегда испытывает затруднения, если рассматриваемый спор связан с иностранным

правопорядком и необходимо решать коллизионный вопрос. По сей день является актуальным высказывание М. Вольфа (1945 г.): “Добросовестный судья будет рад, если нормы международного частного права позволяют ему применять закон его собственной страны. Эта правовая система ему хорошо знакома, и, применяя ее, он уверен в том, что не оставит без внимания новые законы или последние судебные решения. Если он должен применять иностранное право, он в значительной мере зависит от того, что ему скажут сведущие лица, никогда точно не зная, правильны ли их показания. Он может, конечно, пытаться самостоятельно выяснить постановления иностранного права, но, если он даже и владеет языком, он никогда не может быть уверен в том, что его интерпретация, скажем, какого-нибудь иностранного кодекса правильна и что в его распоряжении находятся

¹ Статья подготовлена с использованием СПС “Консультант-Плюс”.

все существенные законы, решения и пособия. Он действует в качестве судьи, но он знает об иностранном праве не больше, а часто и меньше студента первого курса страны, о которой идет речь. Поэтому нельзя особенно упрекать судей и законодателей, если они склонны предпочтительно применять право своей страны”².

В законодательстве большинства государств закреплены подходы к установлению содержания иностранного права: 1) бремя установления его содержания возложено на суд. Суд *ex officio* должен запросить информацию о содержании иностранного права. При этом он *может* использовать информацию, предоставленную сторонами. Обязанность установить содержание иностранного права нельзя возложить на стороны: “(1) При применении права иностранного государства суд или другой орган устанавливает содержание его норм согласно их официальному толкованию, практике применения и доктрине в соответствующем иностранном государстве... (3) Лица, принимающие участие в деле, имеют право подавать документы, подтверждающие содержание норм права иностранного государства, на которые они ссылаются в обоснование своих требований или возражений, иным образом содействовать суду или другому органу в установлении содержания этих норм” (ст. 8 Закона о МЧП Украины 2005 г.)³; 2) содержание подлежащего применению иностранного права устанавливается судом *ex officio*, но суд *вправе потребовать* содействия сторон и возложить на них бремя доказывания его содержания: “(1) Содержание иностранного права устанавливается судебной инстанцией на основе подтверждений, полученных от органов государства, которые его издали, экспертных заключений или иным сообразным способом. (2) Сторона, которая заявляет о необходимости применения иностранного права, может быть обязана предоставить доказательства его содержания” (ст. 2.562 ГК Румынии 2009 г.); 3) бремя установления содержания иностранного права априорно возложено на стороны (страны общего права).

² Вольф М. Международное частное право. М., 1948. С. 32, 33.

³ Ссылки на иностранное законодательство по МЧП и МГП (до 1998 г. включительно) даны по изданию: Международное частное право. Иностранное законодательство / предисл. А.Л. Маковского; сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. Ссылки на законодательство иностранных государств и акты европейского права с 1999 г. по настоящее время даны по сайту: Научно-учебная группа «Современная конструкция международного частного права. Национальный исследовательский университет “Высшая школа экономики”» // URL: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/> (Дата обращения: 20.09.2017).

В зарубежной литературе высказывается позиция, что с точки зрения *вовлеченности суда* в определение содержания иностранных норм эти подходы следует именовать: *активный, промежуточный, пассивный*⁴. Разница в них обусловлена, в частности, различным отношением законодателя к своим собственным коллизионным нормам: 1) применение коллизионных норм (норм МЧП) является обязательным, суд применяет их *ex officio*⁵; 2) законодатель проводит различие между правами, имеющими имущественную оценку (отчуждаемые права), и правами, не имеющими таковой (неотчуждаемые права)⁶. В этих государствах применение национальных коллизионных норм является обязательным только по вопросам, касающимся личного статуса, право- и дееспособности, а также других неотчуждаемых и неотъемлемых прав⁷; 3) применение национальных коллизионных норм является факультативным; как правило, суды применяют коллизионную привязку *lex fori*, если ни одна из сторон не заявит о коллизии норм⁸.

Эти подходы можно обозначить также как *правовой, смешанный и фактический*, поскольку разное понимание обязанности установления содержания иностранного права является следствием различных подходов к пониманию иностранного права и роли участников процесса в разрешении вопросов права и факта.

Активный (правовой) подход к толкованию иностранных законов подразумевает отношение к иностранному праву как к праву и активное участие суда в установлении содержания относящихся к делу норм иностранного права. Этот подход является доминирующим для судов *романо-германской правовой системы*, где вопросы как факта, так и права решаются судьей, для которого существует презумпция *jura novit curia*, и где у сторон нет формальной обязанности подробно излагать юридическое основание иска. Как правило, в государствах “активного подхода” применение коллизионных норм является обязательным. При этом необходимо подчеркнуть справедливость высказанного в литературе замечания, что, “если какая-либо страна применяет иностранное право как право, для нее не является обязательным его рассмотрение

⁴ См.: *Shaheez Lalani*. Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study // *Maastricht Journal*. 20:1 (2013). P. 75–112.

⁵ Напр., Беларусь, Грузия, Венгрия, Марокко.

⁶ Концепция “отчуждаемых прав” существует в праве Нидерландов (*vermogensrechtelijke zaak*), Франции (“правоотношение, в котором стороны свободно распоряжаются своими правами”), Мексики, Норвегии, Финляндии, Франции, Швеции и др.

⁷ См., напр., Аргентина, Дания, Люксембург, Эквадор.

⁸ См., напр., Монако, Израиль, Канада, Филиппины.

наравне с правом страны суда, так как иностранное право представляет собой право иного рода”⁹.

Промежуточный (смешанный) подход предполагает, что суды *обязаны* применять коллизионные нормы (и, таким образом, иностранное право, к которому они отсылают) только в отношении личного статуса или неотъемлемых прав, которые не могут быть отчуждены и от которых нельзя отказаться. В обязательственных отношениях, предполагающих автономию воли сторон, суд вправе обязать заинтересованное лицо доказать применимость иностранного права и установить его содержание. Суды, применяющие промежуточный подход, чаще всего имеют право выбора: либо изучить содержание норм иностранного права *ex officio*, либо призвать стороны сделать это; выбор часто зависит от природы спора. Иностранное право в данном случае находится между “фактом” и “правом”; суд и стороны вместе участвуют в установлении его содержания (в большей или меньшей степени в зависимости от характера дела).

Пассивный (фактический) подход предполагает, что иностранное право рассматривается как факт, подлежащий установлению судом. Пассивный подход характерен для стран *общего права*. Роль суда, как правило, ограничена подготовкой решений, основанных на доказательствах, представленных сторонами. Судьи не играют никакой роли в процессе сбора информации о фактах. *Большинство стран англосаксонской правовой семьи* придерживаются отношения к иностранному праву как к факту. Суд применяет только свое собственное право, но может признать субъективные права, возникшие под действием иностранного права. Иностранное право — это фактическое обстоятельство, которое наряду с другими фактами (*as a fact*) выступает доказательством по делу. Во всех странах, придерживающихся такой трактовки, признается особый, нормативный характер этого факта. Даже в тех странах общего права, где иностранное право понимается как право, установление его содержания не является обязанностью суда, так как не действует презумпция знания права судом (его содержание даже применительно к национальному закону подлежит доказыванию сторонами)¹⁰.

В странах общего права допускается установление содержания иностранного права на основании

представленных в качестве доказательства сводов законов иностранного государства. Если текст иностранного закона представлен в качестве доказательства без заключения эксперта для его объяснения, суд будет толковать этот закон в соответствии с собственными правилами толкования. Окончательное решение остается за судьей, который может самостоятельно изучить источники иностранного права для устранения возможных противоречий в их толковании. Даже если показания свидетелей относительно содержания иностранного права не содержат противоречий, суд не связан ими, если считает, что эти показания очевидно абсурдны или не позволяют установить адекватного содержания норм иностранного права¹¹.

Анализ современного законодательства и судебной практики показывает, что большинство государств отдают предпочтение “*смешанному*” (*промежуточному*) подходу: обязанность по установлению содержания иностранного права лежит на суде, но в определенных ситуациях такой обязанностью обременены стороны: “Суды обязаны изучать иностранное право и в силу должностных полномочий обращаться к содержанию иностранного права, подлежащего применению согласно настоящему закону. Для данных целей суды могут обращаться с просьбой о взаимодействии и сотрудничестве к сторонам” (ст. 5 Закона Южной Кореи № 966 о коллизиях законов 1962 г. (в ред. 2001 г.)). В российской литературе отмечаются серьезные недостатки законодательного обременения сторон обязанностью по установлению содержания иностранного права¹²: эксперты, приглашенные сторонами, высказываются в пользу той стороны, которая их пригласила и оплатила услуги; сложность проверки профессиональной квалификации экспертов; процесс установления содержания иностранного права приобретает составительный характер; стороны обременяются не свойственными им функциями доказывания. Круг доказательств иностранного права становится более узким; санкцией за неустановление содержания иностранного права является применение национального права, что противоречит природе правоприменения.

Национальные суды далеко не всегда имеют реальную возможность установить содержание иностранного права. Кроме этого, в иностранном законе может просто отсутствовать необходимое регулирование. Законодательство большинства

⁹ Trevor C. Hartley. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared // The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 45. No. 2 (Apr., 1996). P. 271–292.

¹⁰ См. более подробно: Geeroms S. Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis. Oxford, 2004. P. 23. В частности, автор отмечает, что принцип *curia novit legem* никогда не был частью английского права.

¹¹ См.: Kreindler R.H. Transnational Litigation: A Basic Primer. Oxford, 1998. P. 50.

¹² См.: Толстых В.Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации: дис. ... д-р юрид. наук. М., 2006. С. 272.

государств предписывает: при невозможности установить содержание иностранного права применяется закон страны суда¹³: “Если содержание иностранного права не может быть установлено, применяется венгерское право” (ст. 5.3 Указа о МЧП Венгрии 1979 г.)¹⁴. Есть и другие решения — установлена обязанность суда по определению содержания иностранного права, но отсутствует указание, какое право должен применять суд, если его усилия не увенчались успехом (ст. 43 Кодекса МЧП Болгарии 2005 г.). Оптимальный путь предложен в ГК Португалии 1966 г. (в ред. 2017 г.): “При невозможности установить содержание применимого иностранного закона следует прибегнуть к закону, который является субсидиарно компетентным, и необходимо использовать такой же образ действий всегда, когда не является возможным установить фактические или правовые элементы, от которых зависит выявление применимого закона” (ст. 23.2). Законодатель ориентирует суд не на применение португальского права (закона суда), а на установление иного иностранного правопорядка, наиболее тесно связанного с делом. Аналогичное правило установил итальянский законодатель (ст. 14.2 Закона о МЧП Италии 1995 г.).

В МЧП существует постулат — *нормы иностранного права должны определяться, применяться и толковаться таким образом, как если бы дело рассматривалось в суде той страны, чье право подлежит применению*. При этом необходимо учитывать, что на применении иностранного права не может не сказаться фактор его действия в правовом поле другого государства.

Практическая реализация этого правила представляет собой серьезную сложность — насколько суд одного государства, знающий и применяющий *ex officio* только свое собственное национальное право, способен истолковать и применить иностранное право так, как применял бы его суд соответствующего иностранного государства. Способен ли в принципе суд одного государства проникнуться правосознанием суда другой страны, встать на точку зрения иностранного суда? Насколько, например, французский или германский судья способен встать на точку зрения английского или американского судьи? Необходимо учитывать и различную правовую ментальность в странах Западной Европы, республиках на пространстве СССР, в государствах Азии, Африки и Латинской Америки.

Законодательство многих государств не содержит специальных норм о принципах применения иностранного правопорядка¹⁵. Одновременно можно привести немало примеров законодательного закрепления требований к применению иностранного права: “Судье надлежит применять иностранный закон так, как он толкуется в правопорядке, которому он принадлежит. Толкование иностранного закона подлежит надзору кассационного суда” (ст. 34 Кодекса МЧП Туниса 1998 г.)¹⁶. Своеобразное правило закреплено в Законе о МЧП Венесуэлы 1998 г.: “Иностранное право... применяется согласно принципам, которые действуют в соответствующем иностранном государстве, и таким образом, чтобы были осуществлены цели, преследуемые венесуэльскими коллизионными нормами” (ст. 2).

На том, что иностранное право должно толковаться и применяться так, как в государстве его происхождения, настаивала Постоянная палата международного правосудия. В решении Палаты по делу о сербских и бразильских займах (1929 г.) (в процессе применялось и сербское, и бразильское право) подтверждено правило, что внутреннее право не должно применяться способом иным, чем оно применяется в государстве, где является действующим правом. Любой вопрос, который может возникнуть в процессе применения иностранного права, должен решаться только в соответствии с его предписаниями.

В отношении последствий неправильного применения или толкования иностранного права государства придерживаются различных подходов¹⁷: в большинстве государств, применяющих активный (правовой) подход к иностранному праву, вышестоящие суды, как правило, отменяют решение, где должны были быть применены нормы иностранного права или нижестоящий суд нарушил свою обязанность применять нормы коллизионного права *ex officio*. Многие государства, применяющие активный подход, допускают пересмотр дела, в котором имело место ошибочное толкование иностранного права¹⁸. В Кодексе МЧП Болгарии установлено: “Неприменение иностранного права, а также и неправильное его толкование и применение являются основанием для обжалования”

¹⁵ Напр., Лихтенштейна, России, Франции.

¹⁶ Аналогичные положения см.: ст. 3 Закона о МЧП Австрии 1978 г. (в ред. 2014 г.), ст. 14 ГК Мексики 1928 г. (в ред. 1987 г.).

¹⁷ См.: *Shaheza Lalani*. Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study // *Maastricht Journal*. 20:1 (2013). P. 75–112.

¹⁸ Напр., Греция, Италия, Польша, страны Латинской Америки, Германия.

¹³ Напр., Австрия, Польша, ФРГ, Швейцария.

¹⁴ В 2017 г. в Венгрии принят проект нового закона о МЧП.

(ст. 44); в большинстве государств, применяющих промежуточный (смешанный) подход к иностранному праву¹⁹, в компетенцию высших судебных органов не входит контроль за применением судами иностранных норм, поэтому неправильное применение иностранного закона не является основанием для пересмотра судебного решения; в государствах, использующих пассивный (фактический) подход к иностранному праву (страны общего права), пересмотр вышестоящими судами ошибок в применении иностранного закона, как правило, невозможен.

Процедура установления содержания и применения иностранного права в некоторых зарубежных странах

В Германии суды строго придерживаются принципа *jura novit curia*; иностранное право применяется как право, а не как факт²⁰. Оно применяется судами *ex officio* независимо от заявления сторон. Обязанность по установлению содержания иностранного права полностью лежит на суде. Суд вправе использовать любые источники информации; наиболее распространенным способом является самостоятельное исследование судом содержания иностранного права, например при помощи учебной и научной литературы и интернет-ресурсов. Суд может обратиться за помощью к экспертам (чей уровень компетенции является общепризнанным) в Институт иностранного и международного частного права им. Макса Планка в Гамбурге или в один из институтов сравнительного правоведения в университетах Германии. Из всех средств доказывания иностранного права судья вправе сам выбрать оптимальное, а стороны — предоставить суду свои собственные подтвержденные данные, касающиеся применения того или иного иностранного закона. В решении судья обязан указать, откуда он почерпнул информацию об иностранном праве²¹.

Требование стороны не может быть отвергнуто на том основании, что иностранное право ею не доказано: «Обращение суда за информацией к сторонам никогда не понимается как означающее отказ суда от установления иностранного права. Обращение к сторонам скорее представляет собой следствие обязанности суда установить иностранное право, а не ограничение этой обязанности»²².

Обжалование по вопросам иностранного права может иметь место в порядке апелляции в суде второй инстанции. В исключительных случаях возможна кассация в Верховный федеральный суд: 1) суд первой инстанции неправильно оценил применение иностранного права; 2) суд не выполнил своего долга по установлению содержания иностранного права; 3) суд неправильно сделал вывод о невозможности установления содержания иностранного права; 4) иностранное право ретроспективно было изменено после того, как суд первой инстанции сделал свой вывод; 5) необходимо применение доктрины обратной отсылки и разрешение спора на основе немецкого права; 6) юрисдикция суда Германии зависела от нормы иностранного права²³.

В Италии юристы-теоретики всегда настаивали на необходимости аналогичного немецкому правового подхода к установлению содержания иностранных норм²⁴. Данная позиция закреплена и в законодательстве: суд применяет иностранное право по должности как свое собственное позитивное право. Вопросы иностранного права — это вопросы права, а не факта: «Установление содержания иностранного права осуществляется судом. В этих целях помимо средств, предусмотренных международными конвенциями, может использоваться информация, полученная через Министерство юстиции; судьи могут также делать запросы экспертам или в специализированные учреждения» (ст. 14.1 Закона о МЧП). Однако судебная практика противоречива и отчасти склоняется «в сторону лексфоризма, несмотря на четкие предписания своего собственного закона»²⁵.

В Швейцарии в соответствии со ст. 16 Закона о МЧП 1987 г. (в ред. 2014 г.) суд обязан устанавливать содержание иностранного права *ex officio*, но допускаются два исключения. Первое исключение — ситуации, когда спор касается имущественных правоотношений²⁶, и суд может переложить бремя доказывания иностранного права на стороны. Это освобождает суд от обязанности применять иностранное право *ex officio*; однако недоказанность иностранного права не приводит к тому, что вынесенное судом решение направлено против

²³ См.: *Shaheez Lalani*. Op. cit. P. 75–112.

²⁴ См.: *Trevor C. Hartley*. Op. cit. P. 271–292.

²⁵ Толстых В.Л. Указ. соч. С. 269.

²⁶ Правом Швейцарии воспринята широкая трактовка концепции «отчуждаемых прав», что означает ее применение к любым ситуациям, когда право сторон может иметь имущественную оценку. Для применения этой концепции необходимо установить, были ли направлены действия истца на достижение цели, имеющей материальное выражение.

¹⁹ Напр., в Скандинавских странах, странах Бенилюкса, Франции.

²⁰ См.: *Christian von Bar*. Internationales Privatrecht. Vol. I: Allgemeine Lehren. 1987, note 372.

²¹ См.: Толстых В.Л. Указ. соч. С. 273.

²² *Geeroms S.* Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis. Oxford, 2004. P. 97, 98.

стороны, основывающей свои требования на этом праве. Если стороны не смогут выполнить возложенной на них обязанности, то к спору применяется *lex fori*. Второе исключение — в некоторых случаях нормы МЧП Швейцарии предоставляют сторонам право выбора применимого права, реализовать которое они могут на протяжении всего процесса, заключив соглашение об отказе от применения к спору иностранного права. В таком случае также подлежит применению *lex fori*²⁷. В Федеральном законе о судоустройстве Швейцарии 1943 г. (в ред. 1987 г.) предусмотрено: федеральный суд пересматривает решение нижестоящих судов, если при вынесении решения не было применено иностранное право, подлежащее применению по нормам швейцарского МЧП (т.е. согласно предписаниям швейцарских коллизионных норм), или если решение неправильно исходит из того, что содержания иностранного права установить не удалось (ст. 68).

В Швеции суды (как первой инстанции, так и апелляционные) применяют коллизионные нормы по собственному усмотрению (*sua sponte*). Они уполномочены установить и применить иностранный закон по собственной инициативе посредством ссылки на какой-либо релевантный источник, если шведская коллизионная норма отсылает к материальному праву иностранного государства. Как правило, стороны не обязаны ссылаться на иностранное право и устанавливать его содержание. В шведской судебной практике указывается, что, даже если обе стороны представляют сведения о содержании нормы иностранного права, суду следует принимать решение по своему усмотрению (но иностранная норма принимается во внимание по соглашению сторон как основа для судебного решения)²⁸. По общему правилу, доказательство иностранного права — это вопрос права, а не вопрос факта. Одновременно иностранное право может быть и “правом особого рода”, и “фактом особого рода”²⁹.

Для установления содержания иностранного права суд может изучать официальные нормативные акты, судебную практику, книги и статьи ученых-юристов. Суд не обязан привлекать иностранного специалиста по собственной инициативе, но может принять во внимание показания эксперта или письменное заключение эксперта от имени стороны. Достаточно часто суды (как и стороны)

обращаются в юридический отдел МИД Швеции. МИД может направить запросы в шведские посольства или консульства за границей. Большинство таких обращений передаются местным юристам, обычно тем, кто привлекается в качестве советника по вопросам местного права. Расходы несет суд или лица, инициирующие запрос. Запрос об установлении содержания иностранного права оформляется в виде судебного поручения.

Не существует формального требования, чтобы суд уведомлял стороны о своем намерении применить иностранное право. Тем не менее, даже когда содержание иностранного права легко может быть установлено, принято информировать стороны о содержании нормы, которая будет применена, с целью получить их комментарии до рассмотрения дела и вынесения судебного решения. Закон Швеции о судебной процедуре (1942 г.) содержит поправку, дающую судам право привлекать стороны к изучению и представлению доказательств о содержании иностранного права: “Доказательства обстоятельств, которые известны, не требуется. Также не требуется доказательств, касающихся правовых норм. Если иностранный закон должен быть применен, но его содержание неизвестно, суд может поручить стороне представить доказательство содержания этого закона”³⁰. Суд волен полагаться на свое собственное независимое исследование, обращать внимание на позиции сторон или рассматривать дело как “совместное предприятие” между ним и тяжущимися сторонами³¹. Если суд определяет участие сторон, бремя доказывания далеко не всегда возлагается на сторону, чей иск или защита должны быть определены по иностранному праву. Суд может потребовать доказательства от обеих сторон или, в исключительном случае, от противоположной стороны, если по причине ее национальности или деловых связей запрашиваемая информация более доступна для нее.

Ни законодательство, ни судебные решения не указывают, какая санкция должна последовать в случае отказа стороны представить доказательство содержания иностранного права. Отдельная специальная норма закреплена в Законе об иностранных браках, усыновлении и дееспособности 1904 г. (ст. 7:4): “Если сторона, которая выдвигает иск о признании брака недействительным, разводе или разделе имущества, не может представить доказательства содержания иностранного закона,

²⁷ См.: Trevor C. Hartley. Op. cit. P. 271–292.

²⁸ См.: Ruth Ginsburg. Proof of Foreign Law in Sweden // The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 14. No. 1 (Jan., 1965). P. 277–281.

²⁹ Shaheez Lalani. Op. cit. P. 75–112.

³⁰ Аналогичное положение содержат Кодекс судебной процедуры Финляндии (1993 г.) и ГПК Норвегии (1915 г.).

³¹ См.: Ruth Ginsburg. Proof of Foreign Law in Sweden // The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 14. No. 1 (Jan., 1965). P. 277–281.

применимого согласно шведским коллизионным нормам, и если содержание этого закона неизвестно суду, то иск не может быть удовлетворен". Однако данная норма не подкреплена общим прецедентом. В судебной практике выделяют два варианта решений: 1) отклонение иска с сохранением за истцом права на предъявление в дальнейшем иска по тому же основанию; 2) вынесение судебного решения по существу в соответствии со шведским правом. Данный вариант применяется по делам, в которых безотлагательное решение является более предпочтительным, чем отложенное решение или решение против стороны, чей иск должен решаться по иностранному закону (например, удержание ребенка или размещение скоропортящихся продуктов)³².

В других странах *Скандинавии* наблюдается аналогичная ситуация: в Финляндии иностранное право рассматривается как вопрос права, хотя применительно к процессу его доказывания оно рассматривается как факт. В Исландии и Норвегии решение по вопросу рассмотрения иностранного права как факта или права принимается на основании законодательства, согласно которому иностранное право находится между фактом и правом³³.

Во Франции практика Кассационного суда показывает, что применение иностранного права всецело зависит от судебского усмотрения³⁴. Кроме того, Кассационный суд постоянно меняет свою позицию: в деле *Bisbal* (1959 г.) было установлено, что с того момента, как коллизионные нормы перестали быть вопросом публичной политики, стороны могут заявлять о применении к их спору иностранного права. В случае если они не сделают такого заявления, решение суда первой инстанции не может быть оспорено на основании неприменения иностранного права *ex officio*.

В настоящее время основное правило применения иностранного права во Франции заключается в том, что нижестоящий суд не обязан разрешать спор на основании иностранного права *ex officio*, за исключением трех случаев: 1) спорные правоотношения регулируются международным соглашением; 2) стороны не обладают "свободой в распоряжении своими правами"; 3) судья воспользовался своим правом применить коллизионную норму. Договорное и деликтное право, право собственности (включая собственность супругов и право наследования) признаются областями, где стороны

обладают "свободой в распоряжении своими правами". По вопросам гражданского состояния и правоспособности использование этого правила невозможно. В случае если иностранное право не будет доказано, применяется *lex fori*.

Таким образом, во Франции иностранное право рассматривается как право, но его нужно доказывать как факт³⁵. Для доказывания используются самые разнообразные методы. Одним из основных является "*certificat de coutume*" — документ, подтверждающий содержание иностранного права, составленный на французском языке торгово-промышленной палатой иностранного государства, иностранным юристом или дипломатом. К *certificat de coutume* могут прилагаться различные документы, тексты иностранного закона или судебных решений. В современной французской доктрине отмечается, что на практике такие сертификаты часто составляются юристами, назначаемыми по ходатайству заинтересованной стороны, и отражают только благоприятные для нее нормы: "Процедура предоставления *certificat de coutume* на практике весьма уязвима. Составитель стремится поддерживать точку зрения того, кто обратился к нему"³⁶. Кассационный суд Франции в решении по делу от 6 марта 2000 г. указал: если стороны не высказывают возражений против содержания информации об иностранном праве, закрепленной в *certificat de coutume*, задачу суда по установлению содержания иностранного права можно считать завершенной. При этом *certificat de coutume* может использоваться в качестве основного доказательства только при наличии соглашения сторон.

Во Франции действует правило, согласно которому обжалование решения по вопросам факта возможно только в порядке апелляции, а не кассации. Поскольку применение иностранного права рассматривается как факт, апелляционное обжалование решения о его применении не может происходить в Кассационном суде. Единственным исключением из данного правила является доктрина "*dénaturation*", согласно которой Кассационный суд может принять к рассмотрению апелляционную жалобу, если нижестоящий суд неправильно квалифицировал положения письменного документа, например договора или завещания, содержание которого очевидно³⁷.

Процессуальное законодательство *Испании* рассматривает иностранное право как объект

³² См.: *ibid.*

³³ См.: *Shaheez Lalani*. Op. cit. P. 75–112.

³⁴ Подробнее о Франции см.: Толстых В.Л. Указ. соч.

³⁵ См.: *Trevor C. Hartley*. Op. cit. P. 271–292.

³⁶ *Mayer P., Heuzé V.* Droit international privé. Montchrestien, 9 éd., 2007. P. 128.

³⁷ См.: *Shaheez Lalani*. Op. cit. P. 75–112.

доказывания (ст. 281 Закона “О гражданском процессе” 2000 г. (в ред. 2015 г.)) — объектами доказывания являются обычай и иностранное право; иностранное право должно быть доказано в части своего содержания и юридической силы теми средствами, которые суд сочтет необходимыми. Стороны не обязаны инициировать ни применение коллизионной нормы, ни процесс доказывания иностранного права: “Суды и власти применяют коллизионные нормы испанского права в силу своего статуса” (ст. 12.6 ГК Испании 1889 г. (в ред. 2013 г.)). В недавнем прошлом суды оставляли жалобу без рассмотрения, если иностранное право не было доказано. В настоящее время испанская судебная практика придерживается позиции, что “судья может и должен в силу своего должностного положения исследовать применимую иностранную норму”³⁸. Для доказывания содержания иностранного права чаще всего используется совместное заключение двух известных юристов. В литературе высказывается точка зрения, что “положение в Испании выглядит похожим на английское”³⁹.

В *Великобритании*, начиная с решения лорда Мансфильда (1774 г.), установлением содержания иностранного права должны заниматься стороны, поскольку традиционный базовый принцип английского правосудия — иностранного права рассматривается как вопрос факта. В английском процессе действует общее “правило умолчания” — суд не применяет иностранное право (даже когда этого требует английская коллизионная норма), если ни одна из сторон не заявит о таком применении. Применимость иностранного права должна быть доказана стороной, ссылающейся на него⁴⁰. Если этого не было сделано или никто не ссылается на иностранное право, то применяется закон места рассмотрения дела. Если применимость иностранного права признана, доказывания его применимости не требуется.

Правило умолчания основано на презумпции тождества содержания иностранного и английского права: “Утверждения... зависят от презумпции, которая, несомненно, признается нашим правом, — право зарубежной страны такое же, как английское, за исключением случаев, когда приведены доказательства иного” (дело *National Shipping*

Corporation v. Arab)⁴¹. Презумпция тождества применяется в пределах, в которых данное тождество не оспаривается стороной, ссылающейся на иностранное право. Если подобная ссылка отсутствует или различия не доказано, суд может вынести решение на основе английского права, даже когда отношение связано исключительно с иностранным государством.

В английской доктрине высказывается мнение, что единственным законом, применяемым судьей, является закон места рассмотрения дела (право страны суда). Права, которые обязан защищать суд, возникают только на основе этого закона. Если в деле есть иностранный элемент, то иностранное право является фактом, который суд обязан принять во внимание. Суд должен попытаться создать и принудительно осуществить право, по возможности аналогичное тому, которое было бы создано иностранным судом, рассматривающим данное дело как внутреннее (не отягощенное иностранным элементом). Если заинтересованная сторона не инициирует применения иностранного права, то суд выносит решение на основе английского права⁴². Иностранное право считается вопросом факта, но это всегда “вопрос факта особого рода”.

По общему правилу, английские суды по собственной инициативе не предпринимают попыток решить коллизионный вопрос. При этом Британский акт об установлении содержания права (1859 г.) в некоторых случаях наделяет суды полномочиями для применения иностранного права *ex officio* и закрепляет процедуры получения его доказательств⁴³. Обычно стороны выступают за определение компетентного законодательства только в случае, когда действительно существует конфликт между английскими и иностранными материально-правовыми нормами. Данный подход называют “добровольным (факультативным) выбором права” (*voluntary choice of law*)⁴⁴.

Акт о порядке представления доказательств по гражданским делам (1972) предусматривает, что (по общему правилу, но за некоторыми исключениями) содержание иностранного права не может

³⁸ Толстых В.Л. Указ. соч. С. 268.

³⁹ Trevor C. Hartley. Op. cit. P. 271–292.

⁴⁰ Есть некоторые статутные исключения, например ст. 22(2) Статута о распоряжениях суда о взыскании алиментов (1950 г.).

⁴¹ Trevor C. Hartley. Op. cit. P. 271–292.

⁴² См.: Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982. С. 150.

⁴³ Данный Акт применяется чрезвычайно редко (см.: Shaheez Lalani. Op. cit. P. 75–112).

⁴⁴ См.: Бирюкова Н.С. Правовая квалификация в международном частном праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 35, 36. “Добровольный” или “факультативный” выбор права также характерен для Австралии, Индии, Ирландии, Кипра, Малайзии, Новой Зеландии, Шри-Ланки, ЮАР.

быть доказано: цитированием более раннего решения английского суда, в котором шла речь о той же иностранной правовой норме; непосредственно текстом иностранного закона, представленного на заключение судьи; ссылкой на решение иностранного суда, в котором освещалось содержание и действие данной нормы; не является “надлежащим доказательством” решение суда какого-либо третьего государства, содержащее суждение о необходимом иностранном праве.

Сторона не может доказать применимости иностранного права, просто цитируя текст иностранного законодательства или ссылаясь на решение иностранного суда. Исключение составляет Статут о доказательствах в судопроизводстве (колонияльный) (1907 г.), который разрешает ссылаться на статуты Содружества как на свидетельство применимости иностранного права без дополнительного доказывания. Сторона может попросить суд издать приказ в соответствии с Британским актом об установлении содержания права, который разрешает суду в одной стране Содружества обратиться к суду другой страны Содружества для формирования правовой позиции в соответствии с правом данной страны. Такая правовая позиция является обязательной для суда, сделавшего запрос.

Кроме того, если норма иностранного права уже была использована английским судом, то это решение при определенных условиях может быть использовано в последующих делах как доказательство иностранного права. Такое решение не связывает суд. Оно лишь создает опровержимую презумпцию (является “квазипрецедентом”). Суд не обязан проводить собственное исследование, чтобы установить иностранное право, но может это сделать, если обе стороны попросят.

Обычно доказывание осуществляется путем привлечения экспертов. Лицо, которое вызывается для дачи свидетельских показаний о содержании и применимости иностранного права, должно быть “подходящим образом квалифицировано в соответствии со своими знаниями или опытом” (п. 4(1) Акта о порядке представления доказательств). Данное лицо необязательно должно быть практикующим юристом в соответствующей стране. Оно может быть жителем Англии, практикующим юристом или преподавателем либо жить в другой стране. Например, профессор права из Школы восточных и африканских исследований Лондонского университета может свидетельствовать о праве Ганы, а член Нью-Йоркской адвокатской палаты или профессор американского

университета — о праве США⁴⁵. Желательно все же, чтобы эксперт был подданным Великобритании, когда-либо работал в соответствующем иностранном государстве и специализировался в данной отрасли права. Эксперт устно доказывает существование иностранного права, основываясь на своей практической деятельности (при этом он может “заглянуть в текст иностранного закона”).

Другая сторона не обязана, но вправе вызывать эксперта со своей стороны. Суд, по общему правилу, принимает свидетельство вызванного эксперта, если оно понятно и не является очевидно неправильным. Если мнение эксперта не подкреплено ссылками на источники, суд может изучить источники самостоятельно и прийти к собственному выводу. Суд решает, принять ли свидетельство одного или другого эксперта либо принять частично свидетельство каждого из них. Эксперт в суде должен ссылаться на источники права (статуты, судебные прецеденты или доктрину), на которых он основывает свое мнение. Если эксперты, вызванные в суд, не согласны с действием данных источников, суд может (и даже должен) посоветоваться с ними для того, чтобы решить, кто из экспертов прав. Однако суд не должен обсуждать источники права, на которые эксперт не ссылался, и проводить независимое юридическое исследование.

В США согласно правилу 44.1 Федеральных правил гражданского процесса 1966 г. (обязательных для применения всеми федеральными судами) суд при установлении содержания иностранного права может рассматривать все относимые доказательства (источники права, аффидевиты, заявления под присягой), включая свидетельские показания, как представленные сторонами, так и иные, допустимые Федеральными правилами. То, что определяет суд, квалифицируется как “решение суда по вопросу о праве”. Американские суды могут основываться на презумпции о схожем содержании иностранного и национального права в случаях, если содержания иностранного права не установлено или в иностранном праве соответствующий спорный вопрос не урегулирован. Обычно презумпция тождества национального и иностранного права используется применительно к государствам системы “общего права”. Если лицо, которое ссылается на иностранный правовой порядок, отрицает такое тождество или очевидно, что тождество отсутствует, американский суд самостоятельно определяет содержание иностранного права в установленном порядке.

⁴⁵ См.: *Shaheez Lalani*. Op. cit. P. 75–112.

В *Kumae* “содержание иностранного права, применимого к транснациональным гражданским правоотношениям, устанавливается народными судами, арбитражами или административными учреждениями. Если стороны выбрали применимое иностранное право, они должны предоставить право этого государства в распоряжение этих органов” (§ 10 Закона о МЧП). Дополнительные разъяснения о порядке установления содержания иностранного права содержатся в Правилах Верховного народного суда по вопросам применения права в транснациональных спорах по гражданским и торговым делам (2013 г.). Поскольку Китай принадлежит к смешанной правовой семье, то эти Правила имеют приоритетное значение. Если суд не может получить доступа к избранному сторонами иностранному праву при помощи методов, установленных в международных договорах КНР, и экспертных заключений китайских и иностранных юристов, то суд вправе определить, что иностранное право не может быть применено. Сторона обязана обосновать иностранное право, но если в разумные сроки она не сможет обеспечить доказательства, то суд также вправе определить, что иностранное право не может быть применено (ст. 17 Правил). Суд обязан выслушать мнения сторон по содержанию иностранного права, которое должно быть понятным перед его применением. Если стороны не имеют возражений по содержанию иностранного права и его пониманию, суд может подтвердить правильность его применения; если стороны имеют возражения, то суд обязан их рассмотреть и самостоятельно определить применимое право (ст. 18).

В *Панаме* суды применяют “законы иных судов” *ex officio*. Сторона, требующая применения иностранного права или несогласная с его применением, вправе обосновать его текст, срок действия и смысл путем предоставления заверенной копии этого закона, решений судов, доктринальных исследований, а также заключений или свидетельств двух практикующих юристов страны, о законодательстве которой идет речь. Судья может ознакомиться с иностранным правом непосредственно, обратившись к любому надлежащему источнику или средству (ст. 167, 168 Кодекса МЧП 2014 г.).

Заключение

В литературе отмечается, что “европейские правовые системы могут быть представлены как отрезок с Германией на одном конце и Англией — на другом. Хотя отличия между странами, которые располагаются на отрезке, могут быть невелики,

тем не менее, между странами на противоположных концах отличия существенны. В Германии суд обязан применять иностранное право, даже если ни одна из сторон не заявила об этом; в Англии суд обычно не имеет на это права. В Германии судья обязан проводить собственное исследование, когда необходимо установить иностранное право; в Англии ему запрещено это делать, только если обе стороны об этом не ходатайствовали”⁴⁶.

В то же время с точки зрения решения спора по существу эти различия могут не иметь большого практического значения. Участники процесса в немецком суде могут договориться о применении к их спору права Германии. Стороны в английском процессе, как правило, заявляют и доказывают иностранное право, если его применение соответствует их интересам. Они воздерживаются от этого, если результат, по их мнению, будет схож с рассмотрением спора по английскому праву. Таким образом, английский подход к иностранному праву как к факту может привести к тем же результатам, что и немецкий подход к иностранному праву как к праву.

Однако необходимо учитывать, что во многих континентальных странах в признании и исполнении иностранного решения может быть отказано, если выбор применимого права иностранным судом не соответствует предписаниям коллизионных норм страны места исполнения решения. Например, одно из условий выдачи экзекютуры во Франции — нормы материального права в иностранном решении должны быть применены в соответствии с правилами, применяемыми по *французскому коллизионному праву*. Аналогичное правило действует и в ФРГ: признание решения иностранного суда исключается, если данный суд *применил коллизионные нормы, расходящиеся с германскими коллизионными нормами (о заключении и расторжении брака, об установлении происхождения ребенка), и это вредит интересам германской стороны*. В связи с этим решения судов стран общего права могут не получить признания и исполнения в континентальных странах.

Представляется, что наиболее корректным и функциональным подходом к установлению содержания и применению иностранного права является отношение к иностранному праву как к праву, обязанность установления его содержания судом и обязательность его применения в соответствии с предписаниями коллизионных норм страны суда.

⁴⁶ *Trevor C. Hartley*. Op. cit. P. 271–292.

ESTABLISHMENT OF THE CONTENT AND APPLICATION OF FOREIGN LAW IN THE LEGISLATION OF FOREIGN STATES

© 2018 I. V. Get'man-Pavlova*, A. S. Kasatkina**

National research University "Higher school of Economics", Moscow

**E-mail: getmanpav@mail.ru*

***E-mail: akasatkina@hse.ru*

Received 03.07.2017

The article is devoted to a complex study of one of the most complex institutions of private International Law (PIL) – establishing the content of foreign legal norms. Normative basis of the study is the legislation of PIL of a number of foreign states, judicial practice of France, Great Britain, Sweden, USA and other countries. The research methodology is based on the application of methods of comparative analysis and comparative law. In its legal nature, the institution for establishing the content of foreign law is procedural and is implemented in the international civil process. As a rule, the proper establishment of content is not an easy task for a national law enforcement official. In addition, foreign law should be applied as it is interpreted and applied in its «native» court. This requirement causes the greatest difficulties in the process of its practical implementation. From the point of view of the involvement of the court in the process of establishing the content of foreign law and the relation to this right, three approaches can be distinguished: 1) active (legal); 2) intermediate (mixed); 3) passive (actual). The article concludes that the most correct and functional is the active (legal) approach.

Key words: private International Law, establishment of the content of foreign law, application of foreign law, conflict rules, active (legal) approach, intermodal approach, passive (actual) approach, continental law, common law, proof of foreign law.