

На правах рукописи

Галимуллина Сирина Камилевна

**ПРИМЕНЕНИЕ ИНОСТРАННОГО ПРАВА В МЕЖДУНАРОДНОМ
ЧАСТНОМ ПРАВЕ: ТЕОРИЯ, ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И
СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Специальность 12.00.03. – Гражданское право. Предпринимательское право.
Семейное право. Международное частное право.

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Казань – 2006

Работа выполнена на кафедре конституционного и международного права
государственного образовательного учреждения
высшего и профессионального образования
«Казанский государственный университет имени В.И. Ульянова-Ленина»

Научный руководитель: доктор юридических наук,
профессор **Мингазов Ленарис Харисович**

Официальные оппоненты: доктор юридических наук,
профессор **Фаткудинов Зефар Максимович**
кандидат юридических наук,
доцент **Погудина Марина Вячеславовна**

Ведущая организация: **Институт государственной службы при Президенте РТ**

Защита состоится 27 января 2006 года в 14.00 часов на заседании диссертационного совета Д.212.081.13. по защите диссертаций на соискание ученой степени доктора юридических наук при Казанском государственном университете им. В.И. Ульянова-Ленина по адресу: 420008, г. Казань, ул. Кремлевская, д. 18, юридический факультет, ауд. 324.

С диссертацией можно ознакомиться в Научной библиотеке им. Н.И. Лобачевского Казанского государственного университета.

Автореферат разослан «26» декабря 2005 года.

Ученый секретарь
диссертационного совета,
кандидат юридических наук, доцент

А.Р. Каюмова

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования

В настоящее время вследствие процессов глобализации, интернационализации, влекущие расширение международного торгово-экономического, научно-технического и культурного сотрудничества значительно возросло число споров, как в России, так и за рубежом с участием иностранных лиц, рассматриваемых судами общей юрисдикции, арбитражными и третейскими судами России.

Кроме того, тенденция к возрастанию количества контрактов, заключаемых с иностранными контрагентами, неизбежно ведет к увеличению споров подобного рода, отражающая возросшую всеобщую потребность в судебной защите, является в определенной мере плодом судебной реформы, в рамках которой осуществляется ее модернизация и одна из целей которой состоит в обеспечении доступности правосудия¹.

Названная тенденция не могла не повлечь за собой случаев применения иностранного права в судебной практике, особенно в сфере предпринимательской деятельности, причем не только в плане сравнительного правоведения. Ведь на практике в каждом деле, где участвует иностранная организация, возникает потребность установить правовой статус такого лица и полномочия его представителей, что, возможно сделать, как правило, исходя из норм соответствующего иностранного права.

В свете сложностей, связанных с установлением содержания иностранного права, ставится под сомнение даже практическая целесообразность существования процесса гармонизации международного частного права, да и самого коллизионного метода, а также успешного развития международного гражданского процесса.

По этой причине одного лишь наличия в национальном коллизионном и процессуальном праве норм, которые могли бы служить предпосылками для правильного и эффективного выяснения содержания иностранного права, может оказаться недостаточным для этого и, в конечном счете, для преодоления коллизионной проблемы. Необходимы условия и предпосылки, которые позволили бы в порядке, определенном национальными коллизионными и процессуальными нормами, обеспечить в практическом плане возможность установления содержания иностранного права (фактический доступ к источникам иностранного права, осведомленность о правоприменительной практике и т.п.).

Российское законодательство содержит нормативную основу для применения иностранного права, а именно ст.1191 ГК РФ, ст.14 АПК РФ, п.5 ст.11 ГПК РФ, ст.166 СК РФ, КТМ РФ, Федеральный Закон «О международном коммерческом арбитраже», соответственно в российской судебной практике все чаще имеют место случаи применения иностранного права. Причем оно

¹ Правовая реформа – «экватор» позади // Коллегия. 2000. №6. С.8-11; Яковлев В.Ф. О новом Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации // Вестник Арбитражного суда РФ. 2002. №8. Специальное приложение. - С. 171-174.

используется не только для определения статуса иностранного лица, участвующего в деле, но и, например, для установления содержания прав и обязанностей контрагентов договора, подчиненного иностранному праву. В качестве источника информации об иностранном праве российские суды используют помимо иностранных законодательных актов, норм прецедентного права тех государств, которые принято относить к странам общего права (common law), также заключения специалистов по законодательству соответствующего государства.

Вместе с тем при попытках установления содержания иностранного права российские суды зачастую практически лишены поддержки каких-либо государственных органов, таких как Министерство Юстиции, Министерство иностранных дел. По этой причине в ряде случаев они вынуждены в качестве информации об иностранном праве пользоваться недостоверными источниками, упрощенно толковать и применять его или вовсе уклоняться от его применения. Нередко судам удается должным образом установить содержание иностранного права только в тех случаях, когда то, или иное лицо, участвующее в деле, заинтересовано в этом и несет бремя доказывания его содержания.

Как представляется, имеются все основания прогнозировать, что существующая тенденция все более активного применения иностранного права в российской судебной практике сохранится.

В связи с вышеизложенным, а также недостаточная разработанность исследуемой проблемы в Российском законодательстве и доктрине определяют необходимость дальнейших исследований в этой области и обуславливают выбор темы диссертационного исследования.

Степень разработанности темы.

Вопросы применения иностранного права российскими судами, установления содержания иностранного права в настоящее время являются малоисследованными, особенно в отечественной правовой науке. Как эмоционально отметил В.Л. Толстых: «Необходимо осознание всей катастрофичности положения отечественной доктрины в этом отношении. Только в этом случае можно будет сделать какие-то шаги вперед»².

В российской юридической литературе в последнее время появились научные и практические работы, посвященные проблемам установления содержания иностранного права, таких видных ученых как М.Г. Розенберг, Н.Г. Дмитриева, Ю.А. Тимохов, В.Л. Толстых, М.П. Бардина, М.М. Богуславский, В.В. Кабатов.

Некоторые аспекты проблемы применения иностранного права рассматривались также зарубежными правоведами, такими как Р. Фентиман, Х. Шак, П. Винклер фон Моренфельс, Х.Кох, Д. Кларк.

Тем не менее, по признанию ряда ученых, вопрос о применении именно российскими судами иностранного права все еще является недостаточно

² Толстых В.Л. Установление содержания иностранного права (проблемы применения статьи 1191 ГК) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. - 2004. №5 - С. 110.

урегулированным в отечественном гражданском и арбитражном процессе³ и как следствие, требующий дальнейшей проработки.

Цель и задачи исследования.

Целью настоящей диссертационной работы является проведение комплексного исследования на основе изучения российской и зарубежной доктрины действующего коллизионного и процессуального законодательства и существующей практики судов общей юрисдикции РФ, арбитражных судов РФ, МКАС при ТПП РФ по вопросам установления содержания и применения иностранного права, а также выявления и анализ факторов, способствующих или, наоборот, препятствующих данному процессу. Для реализации вышеуказанной цели в диссертационной работе были поставлены следующие задачи:

- исследовать теоретические основы взаимодействия национальных правовых систем;
- проанализировать и раскрыть содержание российского коллизионного и процессуального законодательства по вопросам применения иностранного права;
- изучить правовые основания применения судебными органами иностранного права, предусмотренные коллизионными нормами, содержащиеся в законодательстве Российской Федерации;
- проанализировать правовые основания ограничения применения, правомерность уклонения и отказа судебных органов от применения иностранного права;
- критический анализ доктринальных подходов к пониманию иностранного права, квалификации судебными органами иностранного права в качестве «факта» или «правовой категории»;
- всесторонний комплексный анализ процессуальных аспектов установления содержания иностранного права в практике судебных учреждений;
- раскрыть и изучить правовые основания применения иностранного права, предусмотренные международными договорами РФ;
- исследовать формы и способы международного сотрудничества РФ по обмену правовой информацией, оказанию правовой помощи;
- разработать предложения по дальнейшему совершенствованию действующего законодательства по рассматриваемому кругу вопросов.

Предмет и объект диссертационного исследования.

Настоящая диссертационная работа посвящена изучению международно-правовых и национальных норм РФ, регулирующих вопросы применения иностранного права в судебной практике и вопросы международного сотрудничества в данной области.

³ Фаткудинов З., Арсланов К. Применение судами иностранного права в гражданском и арбитражном процессе // Российская юстиция. 2002. №4. С.26-28.

Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, складывающиеся между государствами в сфере международного гражданского процесса, судебными органами РФ по вопросам применения иностранного права в судебном процессе с участием иностранных физических и юридических лиц преимущественно во внешнеэкономической деятельности.

Методология диссертационного исследования.

Методологию исследования составляют научные методы познания социальных явлений. Первостепенное значение для диссертационного исследования имело применение диалектического метода, метода историзма, восхождение от абстрактного к конкретному (дедукция) и восхождение от конкретного к абстрактному (индукция).

Для решения поставленных задач и достижения поставленной цели автором использованы частнонаучные методы познания: системный, логический, сравнительно-правовой, формально-юридический, а также специальные методы: социологический, функциональный.

Нормативная база исследования.

В основу исследования были положены многосторонние международные договоры РФ, региональные и двусторонние договоры, заключенные РФ как с государствами-членами СНГ, так и с другими иностранными государствами, а также межведомственные соглашения Высшего Арбитражного Суда РФ, Верховного Суда РФ с высшими судебными органами других государств, в частности с рядом стран СНГ.

В ходе диссертационного исследования также было изучено и проанализировано законодательство РФ: Конституция РФ, Гражданский кодекс РФ, Арбитражный процессуальный кодекс РФ, Гражданский процессуальный кодекс РФ, Семейный кодекс РФ, Кодекс торгового мореплавания РФ, Федеральный Закон «О международном коммерческом арбитраже» и другие нормативные правовые акты РФ.

Теоретическая основа диссертационного исследования.

Теоретическую основу диссертационного исследования составили научные труды ученых – специалистов в области международного публичного и частного права, таких как М.М. Агарков, Л.П. Ануфриева, К.М. Арсланов, М.П. Бардина, К.А. Бекашев, М.М. Богуславский, Н.Г. Вилкова, Л.Н. Галенская, Г.К. Дмитриева, В.П. Звеков, В.В. Жильцов, В.В. Кабатов, Е.В. Кабатова, С.Б. Крылов, Л.А. Лунц, Н.И. Марышева, Ю.Э. Монастырский, Ф.Ф. Мартенс, А.И. Муранов, Л.Х. Мингазов, Т.Н. Нешатаева, И.С. Перетерский, М.Г. Розенберг, А.А. Рубанов, Ю.А. Тимохов, В.Л. Толстых, З.М. Фаткудинов, Н.А. Шебанова.

При написании диссертационной работы также использовались научные труды специалистов в области гражданского права, гражданского процессуального права, арбитражного процессуального права, таких как И.В. Елисеев, А.Л. Маковский, А.И. Минаков, Т. Сахнова, А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой, М.К. Треушников, В.Ф. Яковлев и др.

Значительную помощь при написании диссертационного исследования оказали работы таких зарубежных авторов, как П. Винклер фон Моренфельс, Р.

Давид, Золлер, М Иссад, Х.Кох, Д. Кларк, П. Лалив, У. Магнус, К. Нишино, П. Норт, И. Оруку, Л. Раапе, Р. Фентиман, Дж. Чешир, М. Хасан, Х. Шак и др.

Практическая база исследования.

В процессе работы обобщается практика арбитражных судов РФ, судов общей юрисдикции РФ, международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ и опыт иностранных судебных учреждений в исследуемой области.

Научная новизна исследования.

Научная новизна диссертационной работы заключается в том, что автором впервые предпринята попытка комплексного исследования проблемы применения норм иностранного права в международном частном праве и судебной практике Российской Федерации.

Важнейшими аспектами научной новизны диссертационного исследования являются следующие:

- проведен критический анализ теоретических основ применения иностранного права;
- выявлены нуждающиеся в изменении недостаточно разработанные положения ГК РФ, АПК РФ, ГПК РФ, посвященные применению норм иностранного права;
- проанализирована проблема ограничения в применении, уклонении и отказ от применения иностранного права со стороны российских судебных учреждений;
- изучены способы установления содержания иностранного права, используемые как в Российской Федерации, так и за рубежом;
- внесены предложения по совершенствованию российского законодательства в области применения иностранного права в целом и процесса установления содержания иностранного права в частности.

Проведенное исследование позволило сформулировать и обосновать следующие **основные положения, выносимые на защиту:**

1. Теоретические основания, сформулированные юридической мыслью в поисках ответа на вопрос о причинах придания юридического значения иностранным правовым нормам условно делятся диссертантом на четыре направления: 1) прикрепленность правовых норм к предметам материального мира; 2) метаюридическое (неправовое) обязательство государств придавать юридическое значение иностранным правовым нормам; 3) соответствующее обязательство, вытекающее из общепризнанных норм международного публичного права; 4) свободный подход к международному взаимодействию иностранных правовых систем, который по своей сути отрицает наличие каких-либо теоретических основ.

2. Говоря о проблеме последствий для действительности соглашения о выборе права, подлежащего применению, признания ничтожным договора, в текст которого оно было включено, диссертант дает оценку ст. 1215 ГК РФ. Если суд на основе соглашения сторон о применимом праве признает договор, в текст которого оно было включено, недействительным, то опять возникает коллизионный вопрос, продиктованный необходимостью вновь установить

право, на основе которого будут определяться последствия недействительности договора. В связи с тем, что соглашение о выборе подлежащего применению права, может быть достигнуто не только при подписании основного договора, но и впоследствии, вплоть до стадии судебного разбирательства, то ссылка в ст. 1215 ГК на ст. 1210 ГК может быть истолкована в том смысле, что имеются в виду лишь случаи, когда соглашение о применимом праве не является частью текста основного договора, признанного недействительным. При такой трактовке ст. 1215 ГК РФ проблема сохраняется, соответственно диссертантом обоснован тезис о целесообразности учета в отечественном законодательстве имеющегося зарубежного опыта регулирования вопросов недействительности как основного договора, так и соглашения сторон о применимом праве, в целях устранения пробелов, сохраняющихся в третьей части ГК РФ. А именно, автором предлагается внести дополнительно в ст. 1215 ГК РФ часть 2, изложив ее в следующей редакции: «Существование и действительность контракта или любого его условия определяются по праву, которое явилось бы применимым в силу ст.1210-1214,1216 ГК РФ, как если бы этот контракт или его условие являлись действительными».

3. По мере накопления судебной практики необходима выработка более четких позиций для судов в отношении распределения обязанности по установлению содержания иностранного права в делах по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности. В диссертации обосновано предложение о том, что содержание абз.3 п.2 ст. 1191 ГК РФ и абз.3 п.2 ст. 14 АПК РФ необходимо заменить на положения, предусматривающие процессуальную обязанность участвующих в деле сторон предоставлять суду информацию, необходимую для установления содержания иностранного права в делах, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности.

4. По мнению диссертанта, применение отечественного права (*lex fori*), предусмотренное п.3 ст.1191 ГК РФ имеет место не в силу "близости" с материальным отношением или в силу презумпции идентичности отечественного и иностранного права, содержание которого не установлено. Принцип *lex fori* применяется судебными органами по причине невозможности реализации коллизионной нормы. Не имея возможности обратиться к документам, содержащим нормы иностранного права, судья вынужден применять отечественное законодательство и другие нормативные акты.

5. По мнению автора, п.3 ст.1191 ГК РФ и п.3 ст.14 АПК РФ не дает четкого представления о временном факторе и о том, насколько настойчивым должен быть суд в деле установления содержания иностранного права. Одного временного критерия — «разумные сроки», недостаточно. Должен быть закреплен еще один критерий, препятствующий необоснованному уклонению судей от применения иностранного права или необоснованному отказу от его применения. По мнению диссертанта, анализируемая норма - п.3 ст.1191 ГК РФ, п.3 ст.14 АПК РФ нуждаются в конкретизации. Следовало бы дополнить их указанием на то, что если предпринимаемые настойчивые усилия и меры, предусмотренные статьями п.2 ст.1191 ГК РФ и п.2 ст.14 АПК РФ не привели к

установлению содержания иностранного права или требует несоразмерных расходов (неоправданных усилий) и сопряжено с существенным (неоправданным) замедлением судебного процесса, суд обязан применить российское право. Включение этих положений в содержание ст.ст. 1191 ГК РФ и 14 АПК РФ будет дополнительной гарантией от необоснованного уклонения судебных органов от обязанности применения норм иностранного права. Внесение вышеуказанных дополнений в законодательство будет означать, что судья обязан в каждом конкретном случае аргументировать вынужденную необходимость применения отечественного права вместо иностранного права.

6. Диссертантом обоснован тезис о необходимости— в том числе, с учетом зарубежного опыта — осуществления практических мероприятий по созданию на государственном уровне эффективного механизма обеспечения судов необходимой информацией об иностранном праве, в частности, автору представляется необходимым:

- издание официальных документов по международному и иностранному праву, сборников, содержащих сведения об иностранном праве;
- издание журнала сравнительного правоведения;
- опубликование всех решений без исключения по делам, в которых применялось иностранное право;
- создание специального отдела в структурах Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ, состоящего из лиц, в обязанности которых должно входить изучение и анализ иностранного права.

7. На практике возможности судов вышестоящих инстанций по осуществлению функций проверки соблюдения нижестоящими судами норм материального права в делах, когда обжалуемое решение вынесено на основе норм иностранного права, весьма ограничены. Опираясь на позитивный зарубежный опыт, в частности Германии, по мнению диссертанта, представляется возможным включить в российское процессуальное законодательство, в частности в ст. 1191 ГК РФ и ст. 14 АПК РФ дополнительную следующую фразу: «Информация о нормах иностранного права, на которых основано судебное решение, должна обязательно содержаться в материалах дела». По мнению диссертанта, включение предлагаемого положения, позволит четко определить функции и роль вышестоящих судов в делах, решения по которым вынесены с применением иностранного права.

8. Диссертантом обосновывается тезис о необходимости законодательного «повышения» роли и ответственности Министерства Юстиции РФ в вопросе обеспечения информацией об иностранном праве судебных органов РФ и информацией о российском праве иностранных судебных органов посредством внесения изменений в существующее Положение «О Министерстве Юстиции Российской Федерации».

Добавление в пп.20.п.6 Положения «О Министерстве Юстиции Российской Федерации»⁴ еще одной дополнительной функции – «обеспечение

⁴ Утверждено Указом Президента РФ. От 02.08.1999г. №954 (с последующими изменениями) // СЗ РФ. 1999. №32. Ст.4043.

информацией об иностранном праве судебных органов, органов нотариата и иных органов юстиции» было бы логичным ввиду упоминания в п. 2 ст. 1191 ГК РФ в числе первых способов установления содержания иностранного права, имеющих у судов – «... обращение за содействием и разъяснением в Министерство Юстиции РФ...». Включение данной функции возложит на Министерство Юстиции РФ обязанность, которая будет корреспондировать праву судебных органов на обращение за содействием и разъяснением в Министерство Юстиции РФ.

9. Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства предусматривает специальный механизм, призванный облегчить процесс установления содержания иностранного права, согласно которому все запросы отечественных судов должны быть направлены через препровождающее учреждение в получающее учреждение. Причем, оба этих органа согласно российским традициям правоприменения и оказания судебной взаимопомощи должны быть в рамках Министерства Юстиции РФ. Тщательное исследование юридически важных обстоятельств в рамках данного конвенционного механизма позволяет дать точный и квалифицированный ответ. Главное отличие этого механизма от подобных процедур в рамках СНГ - опосредованная вовлеченность иностранного компетентного органа в российский правоприменительный процесс, направленность передаваемой информации на рассмотрение конкретного судебного дела.

Теоретическая и практическая значимость работы.

Результаты исследования могут быть реализованы в процессе совершенствования норм внутригосударственного законодательства и правоприменительной практики арбитражных судов, судов общей юрисдикции, третейских судов Российской Федерации.

Отдельные положения диссертации могут быть использованы в дальнейших научных разработках, посвященных проблемам применения иностранного права в судебной практике, установления содержания иностранного права, как в рамках международного частного права, так и в рамках арбитражного процессуального права, гражданского процессуального права.

Положения и выводы настоящего исследования могут быть использованы при ведении курса лекций и семинарских занятий по международному частному праву, гражданскому процессу, арбитражному процессу в высших учебных заведениях, для написания учебных и методических пособий.

Апробация результатов проведенного исследования.

Диссертация подготовлена и обсуждена на кафедре конституционного и международного права Казанского государственного университета им. В.И. Ульянова-Ленина.

Основные положения диссертационного исследования были отражены автором в шести опубликованных научных статьях и излагались автором в форме докладов и выступлений на 46-м ежегодном собрании Российской Ассоциации международного права (Санкт-Петербург, июнь 2003г.) и на 48-м ежегодном собрании Российской Ассоциации международного права (Москва,

июнь 2005г.), на Всероссийской научно-практической конференции «Российское общество и государство в период 1945-2005 годов: особенности и тенденции развития» (Казань, май 2005г.), на Всероссийской ежегодной научно-практической конференции «Актуальные проблемы юридической науки и судебной практики» (Казань, апрель 2004г.).

Положения диссертации апробировались также автором во время чтения лекций и проведения семинарских занятий по курсу Международное частное право на юридическом факультете КГУ им. В.И. Ульянова-Ленина и на факультете юриспруденции Татарского государственного гуманитарно-педагогического университета.

Кроме того, некоторые идеи и теоретические выводы по теме настоящего исследования являются результатом консультаций и обсуждения в Университете ван Амстердам (Universiteit van Amsterdam) во время пребывания автора в Королевстве Нидерландов в рамках гранта TEMPUS TACIS в 2005г.

Структура работы.

Структура диссертационного исследования обусловлена предметом, целью и задачами настоящей работы. Состоит из введения, трех глав, заключения, перечня используемых сокращений и списка использованных нормативных актов, практических материалов и литературы.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы диссертации, анализируется степень ее разработанности, формулируются цели и задачи исследования, определяются его объект и предмет, теоретическая база и методологическая основа, аргументируется научная новизна и практическая значимость исследования, излагаются основные положения, выносимые на защиту, а также приводятся сведения об апробации результатов исследования.

Первая глава «Теоретические и правовые основания применения и ограничения в применении иностранного права» состоит из четырех параграфов и посвящена исследованию теоретических оснований применения иностранного права, анализу имеющегося коллизионного и процессуального законодательства РФ по вопросам применения иностранного права, исследованию правовых основ ограничения в применении и причины уклонения судебных органов от применения иностранного права.

В первом параграфе «Теоретические основания применения норм иностранного права» - дается анализ становления и развития проблемы объективности существования национальных правовых систем, теоретических основ взаимодействия национальных правовых систем между собой.

Если объективность существования национальных правовых систем лишь в самое последнее время стала объектом дискуссии, то вокруг названного вопроса велись и ведутся споры. В целом все попытки решить эту проблему идут в четырех основных направлениях.

Первая из четырех главных идей, сформулированных юридической мыслью в поисках ответа на вопрос о причинах придания юридического

значения иностранным правовым нормам, состоит в том, что теоретической основой этого служит прикрепленность правовых норм к предметам материального мира. (Бартол, Э. Франкенштейн, Г.Кегель, А.Баттифоль и др.)

Оценивая данное направление в целом, следует подчеркнуть, что его положительной стороной является стремление разрешить проблему теоретических основ международного взаимодействия национальных правовых систем, оставаясь в рамках "внутригосударственного" права.

Коренной же порок этого направления состоит в неправильном взгляде на сущность права, так как право не является природным феноменом.

Второе направление поисков ответа на вопрос о теоретических основах международного взаимодействия национальных правовых систем основывается на мысли (П. Губер, Ф. Савиньи, С. Ливермор, Л. Бар), что право одной страны придает юридическое значение иностранным правовым нормам в силу того, что на государстве лежит соответствующее метаюридическое обязательство, которое считается неправовым.

Оценивая теорию метаюридического обязательства в целом, следует подчеркнуть, что ее кардинальная слабость заложена в свойственной ей постановке вопроса. Она ищет ответ в системах внеправовых норм, регулирующих отношения между государствами. Между тем само существование правил такого рода, по меньшей мере, спорно. Тем более нет оснований для утверждения, что эти системы содержат нормы, посвященные именно проблеме использования в одной стране правовых норм другой страны.

Третье направление поисков ответа на вопрос о теоретических основах взаимодействия национальных правовых систем строится на тезисе, что правовая система одной страны придает юридическое значение иностранным правовым нормам вследствие того, что на государстве лежит соответствующее обязательство, вытекающее из общепризнанных норм международного публичного права (П. Манчини, Ф. Кан, Э. Цительман).

Краеугольный камень теории – тезис о наличии в международном праве общепризнанных норм, возлагающих на государство обязательство придавать юридическое значение иностранным правовым нормам.

Четвертое направление поисков ответа на вопрос о теоретических основах взаимодействия национальных правовых систем строится на тезисе, что национальная правовая система свободна в подходе к своему международному взаимодействию с другими национальными правовыми системами. Сторонники этого направления (П. Вут, И. Вут, Э. Бартэн, Э. Рабель, Б. Карри, А. Мерен, Д. Тротмэн, Д. Кайверс, Э. Эренцвейг), рассматривают глобальный процесс взаимодействия как результат свободного выбора, осуществляемого каждой национальной правовой системой. Относительно механизма реализации этого выбора высказаны два основных мнения. Этот выбор реализуется, по мнению большинства, в деятельности судов (и других юрисдикционных органов), по мнению меньшинства — в процессе нормотворчества.

Мысль о свободном подходе национальной правовой системы к своему международному взаимодействию по существу означает отрицание, что такое взаимодействие вообще имеет какие-либо теоретические основы.

Таким образом, диссертант приходит к выводу, что теоретическая мысль в данной области переживает определенный кризис, которая выражается в частности в том, что на первый план в науке выдвинулись направления, обосновывающие свободный подход к международному взаимодействию иностранных правовых систем и даже отрицающие объективность существования. Между тем, этот подход входит в противоречие с одним из фундаментальных принципов международного права – принципом суверенного равенства, который подразумевает взаимное уважение правосубъектности государств, их право определять и осуществлять по своему усмотрению свои отношения с другими государствами в соответствии с международным правом. Процесс взаимодействия в глобальных масштабах представляет собой весьма пеструю и насыщенную картину, поскольку, различные национальные системы взаимодействуют друг с другом в разных формах, и далеко не на одинаковых условиях. Это свидетельствует о том, что каждая из национальных правовых систем обладает широкими возможностями выбора, однако, по мнению диссертанта это не означает, что международное взаимодействие лишено теоретических оснований в принципе.

Во втором параграфе «Законодательство Российской Федерации по вопросам применения иностранного права» исследуется система и содержание законодательства о применении иностранного права (ГК РФ, АПК РФ, ГПК РФ, СК РФ, ФЗ «О международном коммерческом арбитраже»), проводится сравнительно-правовой анализ, выявляются его особенности. Главным образом, диссертант анализирует решения судебных органов по спорам, относящимся к обязательственным отношениям.

Сравнительно - правовой анализ советского законодательства и ныне действующего, приводит к выводу о том, что ГК РФ сохранил принципиальный подход к иностранному праву, заключающийся в том, что применение его норм возможно в случаях, предусмотренных международным договором и внутренним законодательством. Но в отличие от Основ гражданского законодательства СССР, следуя конституционному принципу приоритета положений международных договоров РФ перед национальным законодательством, п.1 ст. 1186 ГК РФ ставит на первое место в иерархии источников, на основании которых определяется подлежащее применению право, международные договоры РФ.

Также ст.1186 ГК РФ в данном перечне источников не содержит упоминания о соглашении сторон в качестве одного из оснований применения иностранного права. Но, учитывая содержание ст.1210 ГК РФ «Выбор права сторонами договора», новое российское законодательство, как и ранее действовавшее, признает принцип автономии воли сторон как исходный для определения применимого права.

В отличие от Основ гражданского законодательства СССР, в ГК РФ имеется весьма существенное дополнение, согласно которому применение

иностранного права, возможно также на основе обычаев, признаваемых в Российской Федерации (п.1 ст.1186). Вместе с тем существующая правоприменительная практика пока не дает примеров применения иностранного права на основе обычаев.

В связи с этим, автор замечает, что сходные нормы содержатся в п. 5 ст. 13 нового АПК РФ (от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ), но который в отличие от ГК РФ, не предусматривает возможности применения иностранного права на основе обычаев, признаваемых в Российской Федерации.

При регулировании вопроса о применении иностранного права, ни новый ГПК РФ, ни новый АПК РФ не повторяют в своем тексте точный перечень источников и их иерархию, названные для определения применимого права в п.1 ст.1186 ГК РФ.

Хотя, согласно п.5 ст.11 ГПК РФ суд в соответствии с федеральным законом или международным договором РФ при разрешении дел применяет нормы иностранного права. Несмотря на то, что в указанном пункте ст.11 ГПК РФ международные договора стоят на втором месте после федеральных законов в качестве источников применения иностранного права, это - по мнению автора, не противоречит по содержанию общему положению п.1 ст. 1186 ГК РФ, в частности об иерархии названных источников. При этом следует учитывать, что п.4 той же ст.11 ГПК РФ предусматривает приоритет положений международных договоров РФ перед российским законодательством.

Таким образом, несмотря на то, что третья часть ГК РФ и новые редакции АПК РФ и ГПК РФ, вступившие в силу также 2002 году, в соответствующих статьях текстуально по-разному устанавливают порядок определения применения иностранного права, из их анализа следует, что суд применяет иностранное право в соответствии с международным договором РФ и федеральным законом.

Далее автор переходит к анализу Федерального Закона «О международном коммерческом арбитраже», в котором предусмотрен иной порядок определения подлежащего применению права, что нашло отражение и в ГК РФ.

Как следует из ст.28 Закона, при определении применимого права исходным пунктом для международного коммерческого арбитража является: свобода выбора права сторонами — принцип автономии воли сторон. Этот же принцип является основополагающим и для государственных судов РФ (ст. 1210 ГК РФ).

Однако между формулировками п. 1 ст. 28 Закона и п. 1 ст. 1210 ГК РФ имеется важное отличие. Если в ГК РФ говорится о выборе права сторонами, то в Законе говорится о разрешении спора в соответствии с «нормами права», которые стороны избрали. Таким образом, вполне очевидно, что формулировка Закона может служить основанием более широкого толкования свободы сторон согласовать источники регулирования их спора, в соответствии с которыми международным коммерческим арбитражем будет рассматриваться дело.

Требующая особого внимания, особенность определения применимого права международным коммерческим арбитражем предусмотрена в п. 2 ст. 28

Закона, согласно которой при отсутствии какого-либо указания сторон, суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимым. Аналогичная формулировка содержится в п.2 §13 Регламента МКАС при ТПП РФ. Таким образом, в отличие от государственных судов, которые при отсутствии соглашения сторон должны руководствоваться национальными коллизионными нормами, международный коммерческий арбитражный суд имеет гораздо более широкие полномочия, руководствуясь коллизионными нормами, которые он считает применимыми, а не исключительно коллизионными нормами страны местонахождения.

Согласно п. 1 ст. 1211 ГК РФ (которая применяется при разрешении споров по контрактам, заключенным после 1 марта 2002г), при отсутствии соглашения сторон к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Вероятно в отношении контрактов, заключенных после введения в действие третьей части ГК РФ, определение применимого права по такому же принципу в большинстве случаев не будет отличаться от применения действующего в РФ коллизионного регулирования.

Ряд новелл ГК затрагивают вопросы участия сторон в процессе установления содержания иностранного права. В отличие от Основ ГЗ участники дела вправе не только представлять документы, подтверждающие содержание соответствующих норм, но могут и иным образом содействовать суду в выяснении их содержания (абз.2 п.2 ст.1191 ГКРФ). Более того, по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, бремя доказывания содержания норм иностранного права может быть возложено судом на стороны (абз.3 п.2 ст.1191). Автор поддерживает данную новеллу законодателя, так как роль лиц, участвующих в деле, в процессе установления содержания норм иностранного права повышена самым существенным образом.

Третий параграф «Применение иностранного права на основании российских коллизионных норм» посвящен анализу коллизионных норм российского законодательства как правовых основ применения иностранного права судебными органами.

Основной массив коллизионных норм содержится в части третьей ГК РФ, в разделе VI, в главах 66-68.

Также необходимо отметить, что коллизионные нормы содержатся и в других федеральных законах, например, в Семейном кодексе РФ, раздел VII (ст.156), в Кодексе Торгового мореплавания Российской Федерации 1999г, в ст.ст. 415-416.

В рамках данного параграфа автор детально анализирует коллизионные нормы, на основе которых определяется правовое положение лиц, особенно коммерческих организаций, а также право, применимое к договорам и к односторонним сделкам по выдаче доверенности, так как на практике это наиболее часто применяемые нормы.

Сфера действия права, подлежащего применению, или объем обязательственного статуса определяется в ст.1215 ГКРФ. Нормы, содержащиеся в этой статье, впервые сформулированы в российском

законодательстве. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что приведенный перечень носит не исчерпывающий характер, в связи с чем, правом, подлежащим применению, могут определяться помимо перечисленных, и иные вопросы, возникающие в связи с договорными отношениями. При возникновении правовых отношений из договора обязательственный статут определяет исковую давность (ст.1208ГК) основания взимания, порядок исчисления и размер процентов и денежным обязательствам (ст.1218ГК), регулирует обязательства вследствие неосновательного обогащения, возникшего в связи с существующим или предполагаемым правоотношением, по которому приобретено имущество (п. 2 ст. 1223). В то же время расширение сферы его действия не безгранично. Общеизвестно, что он не распространяется на правосубъектность, правоспособность сторон договора, которые определяются личным статутом, а также на вопросы, определяемые статутом вещных прав на требования к форме сделки.

Далее диссертант переходит к рассмотрению и анализу соглашения о выборе права, подлежащего применению, где исходным правилом, закрепленным ст. 1210 ГК, является принцип «автономии воли». Проведенный анализ позволил автору сделать вывод, что такое соглашение представляет собой особую гражданско-правовую сделку, специфика которой проявляется в том, что при ее заключении стороны не преследуют цель непосредственного установления, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей, а лишь выбирают ту правовую систему, которая наряду с основным договором будет регулировать права и обязанности сторон по этому договору, а также иные элементы его обязательственного статута и на основе которой, будут разрешаться споры между сторонами. В этой связи очевиден вспомогательный характер такого соглашения по отношению к основному договору.

Также диссертант анализирует проблему последствий признания недействительным договора, содержащим соглашение о выборе права, подлежащего применению, а именно каковы последствия для действительности соглашения о выборе права, подлежащего применению, признания ничтожным договора, в текст которого оно было включено. Если суд на основе соглашения сторон о применимом праве признает договор, в текст которого оно было включено, недействительным, то опять возникает коллизионный вопрос, продиктованный необходимостью вновь установить право, на основе которого будут определяться последствия недействительности договора.

Со вступлением в силу части третьей ГК некоторая актуальность данной проблемы еще сохраняется, в связи с чем, автор находит целесообразным учет в отечественном законодательстве имеющегося зарубежного опыта в регулировании вопросов, связанных с недействительностью как основных договоров, так и соглашений о применимом праве, с тем чтобы устранить пробелы, сохранившиеся после принятия третьей части ГК РФ. А именно диссертантом предлагается внести в ст. 1215 ГК РФ дополнительно часть 2: «Существование и действительность контракта или любого его условия определяются по праву, которое явилось бы применимым в силу ст.1210-

1214,1216 ГК РФ, как если бы этот контракт или его условие являлись действительными».

Исходным правилом российского международного частного права, закрепленным в ст.1210 ГК РФ, является принцип «автономии воли», в соответствии с которым «стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору».

Рассматривая вопрос о применении иностранного права при отсутствии соглашения сторон о выборе права, автор отмечает, что во многих случаях стороны не согласовывают применимое право ни при заключении договора, ни в ходе его исполнения, ни при возникновении спора. При отсутствии такого соглашения применимое право устанавливается судом на основании соответствующих коллизионных норм - ст. 1211—1214 ГК РФ.

В международной арбитражной практике отсутствует единый подход к определению арбитражами разных стран подлежащего применению права, руководствуясь нормами, которые он считает применимыми. В то время как одни арбитражные суды продолжают применять коллизионные нормы страны местонахождения арбитража, другие прибегают к кумулятивному применению коллизионных норм правовых систем, связанных с конкретным спором, третьи основывают выбор права на общих принципах коллизионного права, характерных для большинства стран. Имеется также практика применения коллизионных принципов, не относящихся к какой-либо национальной правовой системе.

Также автор обращает внимание на то, что необходимость обращения к иностранному праву может возникнуть еще на стадии определения права, подлежащего применению. Согласно ст.1187 ГК РФ, при определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий осуществляется, по общему правилу, в соответствии с российским правом. Однако, если при определении указанного права юридические понятия, требующие квалификации, неизвестны российскому праву или известны в ином словесном обозначении, либо с другим содержанием и не могут быть определены посредством толкования в соответствии с российским правом, то при их квалификации может применяться иностранное право.

В четвертом параграфе «Ограничение в применении и уклонение от применения иностранного права» рассматриваются правовые основания ограничения применения иностранного права, такие как оговорка о публичном порядке, императивные нормы международного частного права, а также случаи и причины уклонения судебных органов от применения иностранного права. В диссертации приводится и анализируется судебная практика, как российская, так и зарубежная, касающаяся уклонения судов от применения норм иностранного права, а также ограничения в их применении.

Как известно в большинстве стран мира, в том числе и в России, существует проблема уклонения судами от применения или надлежащего применения иностранного права. Такая практика подвергается критике как в

зарубежной (Х. Шак, Р. Фентиман), так и в отечественной юридической литературе (Ю.А. Тимохов, М.Г. Розенберг).

В диссертации анализируются причины уклонения судов от применения иностранного права. Одна из них состоит в том, что в большинстве случаев судебные органы недостаточно хорошо знают содержание иностранного права, практику его применения в судебных учреждениях других стран. Кроме того, не имея достаточных знаний о правовой культуре и правовых традициях соответствующей страны и ее правовой системе, трудно составить адекватное мнение об его содержании.

В связи с этим важно различать случаи, когда объективно иностранное право трудно установить (расходы, время и т.п.) и случаи, когда установить и применить его является практически невозможным, например, в случаях, когда требуется определить, применимо ли в конкретном случае правило о публичном порядке.

Другими причинами уклонения от применения норм иностранного права является: отсутствие достаточной информации о нем, нерешенность определенных проблем, например, имеются пробелы в правовом регулировании, отсутствуют квалифицированные эксперты и т.д.

Что касается оговорки о публичном порядке, то согласно отечественному законодательству, отказ от применения норм иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации (ст. 1193 ГК РФ).

В практике российских судебных органов нередко возникает вопрос о применении таких правовых источников, которые не встречаются в российской правовой системе, такие как судебный прецедент, нормы религиозных правовых систем. В таких случаях перед судьей может встать весьма сложная задача – решить вопрос о совместимости указанных правовых источников с национальным правопорядком. Разумеется, это сделать достаточно сложно, так как в отечественном законодательстве не содержится четкого определения «публичного порядка». Но вместе с тем в российском законодательстве имеются критерии, опираясь на которые можно определить “*ordre public*”.

В юридической литературе ставился вопрос о том, обязан ли суд в конкретном случае обосновать факт неприменения им иностранного права⁵. По мнению диссертанта, исходя из содержания абз.2 ст. 1193 ГК РФ следует сделать вывод, согласно которому в случае, если суд придет к выводу о явном противоречии основам правопорядка (публичному порядку) РФ последствий применения им нормы иностранного права, суд обязан доказать явную несовместимость с российским правом. В каждом конкретном случае применения оговорки о публичном порядке, влекущей отказ от применения

⁵ Фаткудинов З., Арсланов К. Применение судами иностранного права в гражданском и арбитражном процессе // Российская юстиция.2002. №4. - С.28.

нормы иностранного права, суд обязан аргументировать свою позицию такого отказа.

В современной российской судебной практике, однако, отсутствуют примеры применения указанной нормы (ст. 1193 ГК РФ) при рассмотрении конкретных споров.

Другим ограничением применения судом иностранного права являются императивные нормы, которые является «продолжением» норм, относящихся к публичному порядку. Необходимо, прежде всего, обратить внимание на различие между обычными императивными нормами и так называемыми сверхимперативными нормами (п.3 ст.162 ГК РФ, п.2 ст.414 КТМ РФ). Нормы, относящиеся к категории сверхимперативных, подлежат применению к конкретному правоотношению независимо от того, какое право призвано его регулировать. Устранить их применение не могут ни соглашение сторон о выборе права, ни коллизионные нормы страны суда. В третьей части ГК РФ предприняты попытки решить сложную проблему взаимодействия коллизионных норм и императивных норм материального права как страны суда, так и третьей страны в ст.1192, впервые включенной в российское законодательство по международному частному праву.

Как и в случае применения оговорки о публичном порядке, разумный предел применения сверхимперативных норм, исключающих применение иностранного права, может быть найден только путем длительной практики их применения.

В работе отмечаются и другие примеры уклонения российских судов от применения иностранного права по иным причинам.

Глава вторая «Установление содержания иностранного права» состоит из четырех параграфов.

Первый параграф «Квалификация иностранного права: «Факт» или «право» и иные подходы» посвящен исследованию различных подходов к пониманию иностранного права в разных странах, так и выявлению новых подходов.

Вопрос о том, является ли иностранное право – фактом или правом, в разных странах решается неодинаково. Например, страны «общего права» стоят на позиции, в соответствии с которой, иностранное право – это фактическое обстоятельство, которое должно быть доказано в суде (Великобритания, США). Практика и доктрина других государств исходят из того, что иностранное право – это правовая категория (Россия, Италия, Германия). В соответствии с этим существует два метода установления содержания иностранного права.

Условность противопоставления двух рассматриваемых методов к установлению содержания иностранного права предопределяется тем, что в самих странах, придерживающихся трактовки иностранного права как факта, признается особый характер такого фактического обстоятельства, как иностранное право. Более того, многие исследователи (М.М. Агарков, Х. Шак, Р. Фентиман, Ю.А. Тимохов) подвергают критике оба подхода к иностранному праву как права или как фактического обстоятельства. В настоящее время просматривается тенденция к стиранию существенных различий в

законодательстве разных стран в подходах к установлению содержания иностранного права.

Ярким примером указанной тенденции в отечественном законодательстве является абз.3 п.2 ст.1191 ГК РФ и абз.3 п.2 ст.14 АПК РФ, позволяющие судам возлагать бремя доказывания иностранного права на участвующих в процессе стороны по делам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности. Хотя, необходимо отметить, что отечественная доктрина всегда исходила из понимания иностранного права именно как правовой категории, подлежащего установлению судом *ex-officio*.

Диссертант также в качестве примера приводит Федеральные правила США о гражданском процессе 1966г., которые также ориентируют суды США рассматривать и толковать иностранное право как правовую категорию, а не как фактическое обстоятельство. И это при том, что США относятся к правовой системе стран общего права, относящее иностранное право к фактическому обстоятельству⁶.

Таким образом, вышеизложенное свидетельствует об условности деления и противопоставления двух подходов к иностранному праву как к правовой категории и как к фактическому обстоятельству.

Диссертант поддерживает позицию тех авторов (Ю.А. Тимохов), которые предлагают производить деление стран по их отношению к иностранному праву не только исходя из квалификации иностранного права в качестве права или факта, но и с использованием иных характеристик, как представляется, более подвижных. К их числу относятся такие критерии, как степень ограничения возможности применения судами иностранного права (публичный порядок и свехимперативные нормы); распределение обязанности по установлению содержания иностранного права (применение иностранного права судом *ex-officio* или возложение бремени доказывания его существования и содержания на стороны); способы выяснения содержания иностранного права; последствия невозможности такого выяснения (отказ в иске или применение национального права); признание или непризнание нарушения иностранного права в качестве основания для обжалования и отмены судебного решения; полномочия вышестоящих судов в отношении судебных решений, вынесенных с применением иностранного права.

Второй параграф «Обязанность установления содержания иностранного права» посвящен рассмотрению вопроса о том, на ком лежит обязанность устанавливать содержание иностранного права – на суде или на сторонах.

Анализ, проведенный в диссертационном исследовании показывает, что в странах общего права установление содержания иностранного права представляет собой обязанность участвующих в деле сторон, а в странах континентальной системы права — обязанность суда. При этом в странах континентальной системы права наметилась тенденция к тому, что при определенных обстоятельствах на стороны возлагается обязанность оказывать

⁶ См: Тимохов Ю.А. Иностранное право в судебной практике. – М.: Волтерс Клувер. 2004. – С. 64.

суду соответствующую помощь в деле установления содержания норм иностранного права и даже возлагается на них бремя доказывания этого содержания.

На практике в большинстве случаев предпочтение отдается сочетанию перечисленных вариантов. При этом, если ведущая роль в деле установления (доказывания) содержания иностранного права возлагается на суд, то резервируется ряд ситуаций, в которых, как исключение из общего правила, такая роль отводится сторонам.

В связи с появлением новеллы - абз.3 п.2 ст.1191 ГКРФ возникает несколько вопросов, требующих ответа на уровне либо законодательном, либо - правоприменительном.

Прежде всего, обращает на себя внимание, определенное несоответствие рассматриваемой нормы с иными положениями действующего российского законодательства. В юридической литературе уже обращалось внимание на то, что возложение «бремени доказывания» содержания норм иностранного права на стороны находится в противоречии с положениями процессуального законодательства о доказательствах и доказывании⁷.

В данном случае возложение на участников судебного процесса «бремени доказывания» содержания иностранного права следовало бы квалифицировать как возложение на них процессуальной обязанности по предоставлению суду необходимой информации, позволяющей установить содержание иностранного права. А суд наделен правом принятия решения о том, достаточно ли этой информации, предоставленной сторонами для установления содержания иностранного права и, следовательно, для разрешения спора.

В случае использования судом своего права возложения «бремени доказывания» иностранного права на стороны-участников процесса, возникают вопросы о последствиях такого решения. Прежде всего, непонятно, в какой мере осуществление судом данного полномочия освобождает его от обязанности установления содержания норм иностранного права по должности (ex-officio), возложенной на него п. 1 ст. 1191 ГКРФ. По мнению диссертанта, возложение указанной обязанности на стороны может влечь за собой пассивность суда. В противном случае это может привести к тому, что при рассмотрении требований, связанных с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, суды, возложив рассматриваемую обязанность на стороны, сами будут уклоняться от принятия хотя бы минимальных мер по установлению содержания норм иностранного права.

Поэтому необходимо исходить из того, что даже при разрешении споров по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, реализация судом полномочия по возложению рассматриваемой обязанности на стороны не может служить основанием для его освобождения от активной роли по установлению

⁷ Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И.В. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья. М., 2000. С. 205

содержания норм иностранного права. Возложение полностью этой обязанности на стороны может носить лишь субсидиарный характер.

В то же время на сами стороны в этих спорах, независимо от реализации судом указанного полномочия, возлагается процессуальная обязанность устанавливать содержание иностранного права и обосновывать свою позицию, по крайней мере, ссылками на его нормы.

В диссертации рассматривается вопрос о том, следует ли норму абз.3 п.2 ст.1191 ГК РФ понимать таким образом, что бремя доказывания содержания норм иностранного права может быть возложено на обе стороны одновременно, или же суд вправе возложить такое бремя либо на истца, либо на ответчика, или одновременно на обе стороны по своему усмотрению. При ответе на него диссертант учитывает, что правосудие осуществляется на основе состязательности (ст. 9 АПК РФ). Поэтому возложение, например, на ответчика «бремени доказывания» иностранного права в ситуации, когда установление его содержания может объективно привести к удовлетворению иска, противоречило бы упомянутым нормам процессуального законодательства.

В параграфе третьем «Способы установления содержания иностранного права» рассматриваются способы, используемые в процессе установления содержания иностранного права, как в Российской Федерации, так и за рубежом.

Среди различных способов установления содержания иностранного права, как показывает судебная практика, предпочтение отдается неофициальным процедурам, то есть процедурам, не связанным с обращением в Министерство Юстиции или с использованием правовой помощи. Эти процедуры более просты, чем официальные, хотя степень их надежности находится под вопросом. В тех странах, где установление содержания иностранного права возлагается на судей, указанные процедуры осуществляются наиболее эффективно. В случае же, если иерархия средств доказывания иностранного права отсутствует в конкретной стране, судья вправе выбрать из всех средств наиболее оптимальное на его взгляд.

Российский законодатель исходит из того, что главным способом установления содержания норм иностранного права является самостоятельная исследовательская деятельность суда. Содержание норм иностранного права устанавливается самим судом непосредственно на основе текстов иностранных законов и судебных решений. Признавая, в принципе, возможность установления содержания норм иностранного права на основе текстов иностранных законов и судебных решений, нельзя не обратить внимания на следующее.

Прежде всего, возникает вопрос об оценке различных источников, содержащих информацию об иностранном праве. Думается, что в свете положений ст.1191 ГК допустимо использование различных источников информации об иностранном праве. Однако необходим дифференцированный подход к оценке их достоверности. Необходимо учитывать, что суд может основываться только на текстах иностранных законов, переведенных на русский язык (п. 4 ст. 75 АПК РФ).

Разумеется, необходимо оговорится в том смысле, что самостоятельная исследовательская деятельность суда осуществляется при использовании любого другого из ниже перечисленных способов установления содержания норм иностранного права.

Процесс установления содержания иностранного права исключительно трудоемкое дело, в связи с чем, российский законодатель дает в п.2. ст. 1191 ГК РФ примерный перечень организаций, которые могут оказать содействие суду. К таким способам можно отнести, в частности: направление запросов в Министерство Юстиции РФ и иные учреждения; получение информации от лиц участвующих в деле; заключения иностранных юристов; инициативное изучение норм иностранного права; допрос в качестве свидетелей специалистов по иностранному праву из числа юристов и любых экспертов. В настоящей работе рассматривается каждый из вышеприведенных способов и приводится судебная практика РФ.

Анализ положений ст. 1191 ГК приводит к выводу о том, что законодатель позволяет суду и сторонам использовать всевозможные источники и способы выяснения содержания иностранного права. Например, возможно обращение в любые российские и иностранные организации, привлечение любых российских и иностранных специалистов. По сути, законодатель не предусматривает никаких ограничений для участников судебного процесса в отношении легальных источников и способов установления содержания иностранного права.

Первым способом, с которого суд, как правило, начинает выяснять содержание норм иностранного права, является запрос в Министерство юстиции РФ. В то же время, судебная практика показывает, что в нынешних условиях обращение в этот орган – наименее эффективный способ получения такой информации. В соответствии с Положением о Министерстве юстиции Российской Федерации⁸ к числу его основных функций относятся, в частности, осуществление обмена правовой информацией с иностранными государствами, а также координация деятельности по созданию национальных банков данных законодательства государств — участников Содружества Независимых Государств (пп. 20 п. 6). Однако обеспечение органов юстиции, в том числе судов, информацией об иностранном праве, по крайней мере, напрямую не упомянуто в числе основных функций этого министерства. Действующее законодательство сформулировано таким образом, что обращение суда в целях получения сведений об иностранном праве в Министерство юстиции РФ или иные компетентные органы или учреждения в России или за границей является его правом, которому четко не обозначена обязанность указанных учреждений предоставлять такие сведения.

В связи с этим, по мнению диссертанта, добавление в пп.20.п.6 Положения О Министерстве Юстиции Российской Федерации еще одной дополнительной функции – обеспечение информацией об иностранном праве судебных органов,

⁸ Утверждено Указом Президента РФ. От 02.08.1999г. №954 (с последующими изменениями) // СЗ РФ. 1999. №32. Ст.4043.

органов нотариата и иных органов юстиции было бы логичным ввиду упоминания в ст.1191 ГКРФ в числе первых способов установления содержания иностранного права, имеющих у судов – «... обращение за содействием и разъяснением в Министерство Юстиции РФ...».

Кроме того, диссертантом предлагается учесть зарубежный опыт по осуществлению практических мероприятий по созданию на государственном уровне эффективного механизма обеспечения судов необходимой информацией об иностранном праве. Диссертантом предлагается осуществить следующие мероприятия:

- издание на федеральном уровне официальных заключений по международному и иностранному праву, сборников, содержащих сведения об иностранном праве;
- издание общероссийского журнала сравнительного правоведения;
- официальное опубликование всех решений по делам, в которых применялось иностранное право;
- введение в структуру Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ специального отдела состоящего из числа лиц, в обязанности которых, должно входить изучение и анализ иностранного права (опыт Японии, Германии).

Среди иных «...компетентных органов организаций», упоминаемых в п. 2 ст.1191 ГК РФ, можно назвать Министерство иностранных дел РФ, научные учреждения, Торгово-промышленную палату РФ.

В целях установления содержания иностранного права суд может обратиться не только в российские, но и в иностранные компетентные органы или организации.

Еще одним способом установления содержания иностранного права является привлечение экспертов. Привлечение экспертов расценивается как обычный способ установления содержания норм иностранного права. Кроме того, во многих случаях еще до предъявления иска стороны прибегают к помощи экспертов по иностранному праву для выработки позиции в предстоящем споре.

Однако, некоторые процессуалисты (М.К. Треушников) отрицают такую возможность. Также комментаторы АПК 2002 г. обращают внимание на то, что возможность назначения экспертизы для выяснения вопросов иностранного права является исключением из общего правила, согласно которому для изучения права экспертиза назначаться не должна⁹. Таким образом, возможность привлечения судом экспертов для целей установления существования и содержания норм иностранного права является особенностью процесса применения иностранного права. Наличие в российском праве (в котором, как считается, иностранный закон трактуется в качестве правовой категории) норм, допускающих такую возможность, свидетельствует о том, что граница между двумя вышеописанными подходами к категории «иностранное право» весьма подвижна.

⁹ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации. М., 2003. С.35

Процессуальное законодательство в целом ориентирует суды на обязательность назначения экспертизы для разрешения вопросов, требующих специальных знаний. Между тем, допуская для установления содержания иностранного права использование такого вида доказательств, как заключение эксперта, процессуальное законодательство (ст. 14 АПК РФ) и ГК РФ (ст. 1191) не обязывает суды назначать экспертизу для этих целей. Суды вправе использовать здесь иные доказательства, прежде всего письменные, например заключения экспертов, специалистов. В этом состоит еще одна особенность применения норм иностранного права судами.

Четвертый параграф «Последствия неустановления содержания иностранного права и контроль вышестоящих судебных инстанций за применением иностранного права» посвящен следующим проблемам: во-первых, каковы должны быть действия суда, если содержание иностранного права не удастся установить; во-вторых, каковы юридические последствия неправильного установления или неверного применения иностранного закона. Повсеместно принятым ответом на первый из вопросов выступает положение, что при невозможности установить надлежащее содержание иностранного права применяется национальное право суда – *lex fori*. Таковы, например, четкие формулировки норм актов по международному частному праву Польши, Венгрии, Чехии, Швейцарии, ФРГ, Республики Беларусь, Украины и т.д. Не является исключением и Россия (п.3 ст. 1191 ГК РФ).

В чем заключаются основания применения отечественного права, предусмотренные п.3 ст.1191 ГК РФ? Очевидно, что *lex fori* применяется не в силу "близости" с материальным отношением. Связь между правом страны суда и отношением может отсутствовать либо быть незначительной. Также *lex fori* применяется не в силу презумпции идентичности отечественного права и иностранного права, содержание которого не установлено. Не имея возможности обратиться к иностранному праву, судья применяет отечественное. В этом проявляется традиционная субсидиарная функция *lex fori* (так же как и в случае с неустановлением содержания иностранного права). Основанием применения *lex fori* в данном случае является не коллизийная норма, а, наоборот, невозможность ее реализации.

Далее диссертант проводит анализ законодательства и правоприменительной практики ряда государств по вопросу допустимости отказа в иске или нет в связи с неустановлением содержания иностранного права. Диссертант приходит к выводу, что в тех странах, в которых установление содержания иностранного права составляет обязанность суда, то отказ в иске не допустим, например, Япония, Германия, Армения, Грузия, Австрия, Венгрия, Италию и др.

Соответственно, в тех странах, которые придерживаются позиции, что устанавливая содержание иностранного права обязаны стороны, то здесь отказ в иске судебные органы допускают в случае неустановления содержания иностранного права, например, Великобритания, Франция.

Но как ни парадоксально, в США, в стране так же, как и Великобритании, относящейся к странам системы общего права, принят иной подход. В этом

государстве неспособность доказать иностранное право не ведет автоматически к отказу в иске.

В России устанавливать содержание иностранного права обязан суд. При невыполнении этой обязанности ответственность не может быть переложена на стороны и иск не может быть оставлен без рассмотрения. Более того, даже в случае реализации положения абз.3 п.2 ст. 1191 ГКРФ, предусматривающего возможность перекладывания бремени доказывания содержания иностранного права на стороны, отечественный судья не вправе оставить иск без рассмотрения, если стороны не смогут представить доказательств.

В этих условиях возникает вопрос о том, на основании каких правовых норм надлежит рассматривать спор. В данном случае диссертант выделяет несколько вариантов решения проблемы: применение права страны суда (*lex fori*), обращение к международному унифицированному праву или к общим принципам права, обращение к вспомогательным привязкам (например, вместо отечественного права применять право места пребывания), обращение к сторонам о выборе права иного государства, содержание которого установить более вероятно.

Российский законодатель однозначно закрепил свою позицию на сей счет, указав в п.3 ст.1191 ГКРФ, что, несмотря на предпринятые в соответствии с настоящей статьей меры, в разумные сроки не установлено, то применяется российское право. Диссертант подробно анализирует указанную норму в данной части диссертации и приходит к выводу, что данная редакция п.3 ст. 1191 ГКРФ представляется не совсем удачной.

В частности, автор указывает, что наличие в законе термина «разумные сроки» позволяет с полным основанием утверждать, что относительно такой категории споров, для разрешения которых необходимо устанавливать содержание норм иностранного права, должны применяться иные, более длительные сроки рассмотрения дел и принятия решения судом первой инстанции (ст. 152 АПКРФ и ст. 154 ГПКРФ).

Вместе с тем анализируемая норма не дает четкого представления о том, насколько настойчивым должен быть суд в деле установления содержания иностранного права. Одного временного критерия — «разумные сроки», по-видимому, недостаточно. Должен быть еще один критерий, побуждающий суд к интенсивному принятию мер по установлению содержания иностранного.

В результате автор приходит к выводу, что п.3 ст.1191 ГКРФ и п.3 ст.14 АПКРФ нуждаются в дополнении. Следовало бы указать в них на то, что если предпринимаемые обстоятельные меры, предусмотренные статьями 1191 ГКРФ и 14 АПКРФ не привели к установлению содержания иностранного права или требует несоразмерных расходов (неоправданных усилий) и сопряжено с существенным (неоправданным) замедлением судебного процесса, суд применяет российское право.

Далее диссертант рассматривает вопрос о последствиях неправильного толкования или неправильного применения иностранного права и полномочиях вышестоящих судебных инстанций. Как известно полномочия судов, рассматривающих дела с применением иностранного права по

существу, в частности, в первой инстанции, и судов, проверяющих законность и обоснованность вынесенных решений, а также возможности тех и других по выяснению содержания норм иностранного права, различны.

Сами судьи признают, что на практике возможности установления содержания иностранного права ограничены теми материалами, которые представляются сторонами.

Однако в процессуальном законодательстве отсутствует требование об обязательном наличии в материалах дела текстов источников норм иностранного права, которыми суд руководствовался при принятии решения. Между тем нельзя требовать от вышестоящих судов знания таких норм. Поэтому для того, чтобы суды вышестоящих инстанций оказались в состоянии выполнять свои функции и реализовывать свои полномочия, действующее процессуальное законодательство должно быть дополнено положением о том, что информация о нормах иностранного права, на которых основано решение, должна обязательно содержаться в материалах дела.

Представляется, что ссылки на нормы иностранного права при отсутствии в материалах дела источников указанных норм (достоверных текстов иностранных законов и судебных решений, заключений специалистов по иностранному праву, справок из соответствующих компетентных органов и организаций и т.п.) не должны признаваться обоснованными.

Кроме того, в отношении текстов иностранных законов и судебных решений, а равно иных источников сведений об иностранном праве, необходимо сформулировать в законодательстве правила, содержащие критерии признания таких источников достоверными и достаточными для вынесения на их основе судебных решений.

В соответствии с российским законодательством простое неприменение иностранного права или неправильное определение применимого права вопреки требованиям коллизионной нормы не является безусловным основанием для передачи дела на новое рассмотрение. В России иностранное право признается как правовая категория, а не как фактическое обстоятельство. Поэтому, если фактические обстоятельства установлены нижестоящим судом полно и всесторонне, в принципе, вышестоящий суд может сам выяснить содержание иностранного права и разрешить спор по существу, приняв новое решение.

Глава третья «Международное сотрудничество Российской Федерации по вопросам применения иностранного права» состоит из двух параграфов.

Первый параграф «Применение иностранного права в случаях, предусмотренными международными договорами Российской Федерации», посвящен анализу международных договоров РФ, содержащих коллизионные нормы, которые являются основанием для применения иностранного права в каждом конкретном случае. Подобные коллизионные нормы содержатся в двусторонних договорах о правовой помощи, заключенных Российской Федерацией с Болгарией, Вьетнамом, Грузией, КНДР, Азербайджаном, Киргизией, Латвией, Молдовой, Монголией, Эстонией.

Следует заметить, что для целей определения статуса лиц международные договоры могут предусматривать не только коллизионные нормы, но и материальные нормы, прямо устанавливающие порядок такого определения. В качестве примера такого международного договора можно назвать Соглашение 1990г. между СССР и Австрийской Республикой о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений. Такие международные соглашения подписаны Россией с Люксембургом, Испанией и другими странами.

Многосторонние международные договоры с участием России также включают коллизионные нормы. Например, Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 1993г.), Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 1992г.). На их основании устанавливаются гражданская правоспособность и дееспособность юридических лиц и предпринимателей, возникновение и прекращение права собственности или иного вещного права на имущество, форма сделки, права и обязанности сторон по сделке. Эти нормы нередко применяются в практике арбитражных судов, несмотря на встречающееся в литературе критичное мнение, что коллизионные нормы указанной конвенции «законсервировали» практику, которая уже давно не отвечает современным тенденциям¹⁰. Эти соглашения продолжают применяться наряду с тем, что в литературе обоснованно доказывается необходимость реформирования коллизионного регулирования стран СНГ, разработки соглашения стран СНГ по коллизионным вопросам международных коммерческих контрактов.

Автор также рассматривает вопрос о применении международным коммерческим арбитражным судом норм права, не относящихся к праву конкретного государства, так называемые акты негосударственного регулирования, которые могут включать не только нормы национального права, но и нормы, которые не являются частью национального права, а относятся к вненациональному, транснациональному праву или к современному *lex mercatoria*, которое все чаще используется в международных контрактах для определения статуса обязательств. Среди таких документов можно назвать Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994г., правила ИНКОТЕРМС, модельные законы, международные торговые обычаи и обыкновения, типовые контракты и другие, которые в целом являются «иностранными» для отечественного правоприменителя.

Во втором параграфе «Международное сотрудничество Российской Федерации: обмен правовой информацией, правовая помощь в области установления содержания иностранного права» содержится анализ договоров о правовой помощи, подписанных Российской Федерацией или действующих для нее в порядке правопреемства обязательств СССР.

Практически во всех международно-правовых документах, в которых участвует Россия, предусматривается, что компетентные органы (центральные

¹⁰ Международное частное право/ под ред. Дмитриевой Г.К.. - М.: Проспект, 2000. - С 358., Бардина М.П. Определение права, применимого к существу спора, в практике МКАС // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража. - М., 2002. - С. 31.

органы юстиции или прокуратуры) договаривающихся сторон по просьбе предоставляют друг другу сведения о действующем или действовавшем на их территории внутреннем законодательстве и о практике его применения учреждениями юстиции (например, ст.15 Минской конвенции стран СНГ, ст.12 российско-польского, ст.15 российско-египетского, ст.3 российско-турецкого и других договоров). Аналогичные положения можно найти в соглашениях Российской Федерации с Республикой Кыргызстан, Азербайджанской Республикой, Греческой Республикой, Итальянской Республикой, Республикой Йемен, Республикой Кипр, Китайской Народной Республикой и многими другими.

Имеется также межправительственное Соглашение об обмене правовой информацией от 21.10.1994г., заключенное правительствами рядом стран СНГ. Составной частью указанного соглашения является Тематический перечень нормативно-правовых актов, подлежащих межгосударственному обмену в который включены, в частности, акты в области гражданского права, брака и семьи, гражданско-процессуального законодательства, арбитражного процесса, предприятий и предпринимательской деятельности, международного частного права и процесса, внешнеэкономических отношений.

К сожалению, действующие договоры о правовой помощи, на основе которых предоставляется информация о содержании иностранного права, не позволяют достигнуть уровня правоприменения, о котором идет речь в ст. 1191 ГКРФ. Содержание международных договоров, касающееся обмена правовой информацией, в целом схожи. К тому же договоры о правовой помощи связывают Российскую Федерацию с не очень большим числом государств, а их регулярное использование затрудняется определенной пассивностью Министерства Юстиции России, которое до сих пор не приняло Инструкцию о порядке обращения за правовой помощью. В результате суды не используют эффективно механизм, содержащийся в договорах о правовой помощи в своей судебной деятельности.

Что касается многосторонней конвенции в области установления содержания иностранного права, то 7 июня 1968 года под эгидой Совета Европы была заключена Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства. Данная Конвенция предусматривает специальный механизм, призванный облегчить процесс установления содержания иностранного права. К сожалению, в российском законодательстве нет официальной информации относительно назначения получающего учреждения РФ по Конвенции Совета Европы (ETS № 62). Все запросы отечественных судов должны быть направлены через препровождающее учреждение в получающее учреждение. Причем, оба этих органа согласно российским традициям правоприменения и оказания судебной взаимопомощи должны быть в рамках Министерства Юстиции РФ.

Тщательное исследование юридически важных обстоятельств в рамках данного конвенционного механизма позволяет дать точный и квалифицированный ответ. Главное отличие этого механизма от подобных процедур в рамках СНГ - опосредованная вовлеченность иностранного

компетентного органа в российский правоприменительный процесс, направленность передаваемой информации на рассмотрение конкретного судебного дела.

Необходимо отметить, что ряд зарубежных авторов оценивает невысоко эффективность указанной конвенции, а именно подчеркивается, что практическое значение этой конвенции до сих пор остается крайне незначительным¹¹.

Высшие судебные органы также используют международные связи в целях увеличения числа источников информации об иностранном праве. В качестве примера в диссертационном исследовании анализируется Соглашение О сотрудничестве хозяйственных, арбитражных судов Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины от 21.12.1991г. Также имеется Соглашение О взаимном сотрудничестве и обмене информацией, заключенное 19.03.1999г. Высшим Арбитражным Судом РФ и Верховным Судом Республики Казахстан.

Автор подчеркивает, что сотрудничество между Высшими судебными инстанциями государств, способствующее содействию в вопросе установления содержания иностранного права обладает большими перспективами и заслуживает всяческой поддержки, так как подобные межведомственные соглашения предоставляют возможность высшим судебным инстанциям договаривающихся государств напрямую обмениваться правовой информацией, разъяснениями судов по актуальным вопросам, минуя орган - Министерство Юстиции.

Подводя итог проведенному исследованию, диссертант отмечает, что международное сотрудничество в столь непростой области как установление содержания иностранного права необходимо развивать, выработать и закрепить в международных соглашениях четкий механизм обращения и получения конкретной помощи на поданный запрос о содержании иностранного права, с тем, чтобы на практике облегчить задачу судебных органов.

Еще Ф.Ф. Мартенс подчеркивал: «Международное общение есть единственно верное и положительное основание, на котором может развиваться международное частное право, и, исходя из него только, и могут быть разрешены запутанные и сложные вопросы о применении законов различных государств»¹². Тем более, есть все основания предполагать, что существующая тенденция все более активного применения иностранного права в российской судебной практике сохранится.

В заключении подводятся итоги диссертационного исследования, излагаются основные выводы по вопросам, составляющим предмет диссертационного исследования, а также формулируются рекомендации и предложения.

¹¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П., Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001. С.149-150; Шак Х.Международное гражданское процессуальное право. – М., 2001 - С. 309-310; Fentiman R. Foreign Law in English Courts. - Oxford, 1998. - P.242-244.

¹² Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов: В 2 т. Т. 2. М., 1996. С. 178.

По теме диссертации опубликованы следующие работы:

1. Галимуллина С.К. Применение иностранного права Арбитражными судами РФ и судами общей юрисдикции РФ в свете новейшего российского законодательства // Сборник аспирантских научных работ юридического факультета КГУ. Выпуск 5. Часть I. – Казань: Центр инновационных технологий, 2004. – С.182 –188.
2. Галимуллина С.К. Некоторые тенденции развития современного «коллизийного права» в международном частном праве // Сборник аспирантских научных работ юридического факультета КГУ. Выпуск 5. Часть I. – Казань: Центр инновационных технологий. 2004. – С.188 –195.
3. Галимуллина С.К. Установление содержания иностранного права в судебной практике РФ // Тезисы докладов Всероссийской ежегодной научно-практической конференции «Актуальные проблемы юридической науки и судебной практики». – Казань: Казанский филиал Российской Академии Правосудия. 2004. – С. 67-69.
4. Галимуллина С.К. Применимое право при разрешении споров в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате РФ // Сборник аспирантских научных работ юридического факультета КГУ. Выпуск 6. – Казань: Центр инновационных технологий. 2005. – С.133 –139.
5. Галимуллина С.К. Квалификация иностранного права: «факт» или «право» // Сборник аспирантских научных работ юридического факультета КГУ. Выпуск 6. – Казань: Центр инновационных технологий. 2005. – С.140 –145.
6. Галимуллина С.К. Участие Российской Федерации в международном сотрудничестве по вопросам применения иностранного права. // Тезисы докладов Всероссийской ежегодной научно-практической конференции «Актуальные проблемы юридической науки и судебной практики». – Казань: Изд-во «Таглитат» Института экономики, управления и права. 2005. – С. 70-76.
7. Мингазов Л.Х., Галимуллина С.К. Международное сотрудничество государств: обмен правовой информацией, правовая помощь в области установления содержания иностранного права. //Азербайджанский юридический журнал. – Баку: Университет «Азербайджан». 2006. - №1/2 – С. 107-115.