

Ш.Жолдасова,
ТДЮУ мустақил изланувчиси

НЕКОТОРЫЕ ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ КВАЛИФИКАЦИИ ИНОСТРАННОГО ПРАВА

Аннотация: в статье рассматриваются вопросы применения и квалификация иностранного права. В частности, анализируется опыт зарубежных стран, доктрина и правоприменительная практика судов развитых государств из различных правовых систем. В заключении автор отмечает актуальность развития механизмов и правового регулирования применения иностранного права и выстраивания соответствующей судебной правоприменительной практики.

Ключевые слова: применимое право, коллизия, правовая квалификация, иностранное право.

Abstract: the article deals with the application and qualification of foreign law. In particular, it analyzes the experience of foreign countries, the doctrine and law enforcement practice of courts of developed countries from various legal systems. In conclusion, the author notes the relevance of the development of mechanisms and legal regulation of the application of foreign law and the formation of appropriate judicial law enforcement practice.

Keywords: applicable law, conflict of laws, legal qualifications, foreign law.

В рамках коллизионного регулирования частноправовых отношений имеется правовая проблема порядка и методов применения судами иностранного права. Как правило, на практике судов возникает вопрос о необходимости руководствоваться собственными средствами установления содержания иностранного закона или применять процессуальные приемы и способы, имманентные тому правопорядку, которому подчинено правоотношение, а также в некоторых юрисдикциях имеется подход отношения к иностранному праву как праву или как факту.

Решение данных вопросов имеет прямое влияние на конечное решение суда в отношении дела осложненного иностранным элементом с коллизией, отсылающей к праву другого государства. Так, если суд подходит к иностранному праву как факту, то доказывание фактов лежит на стороне (сторонах), суд лишь оценивает доказательства. Если иностранное право квалифицируется как право, то стороны находятся во власти того движения и действий, которые предпринимает суд, хотя и заинтересованы в установлении надлежащего содержания иностранного права, в силу чего активны в сборе и представлении доказательств по поводу толкования и установления содержания иностранной нормы или закона.

Вопрос о том, является ли иностранное право фактом или правом, решается в разных странах по-разному. В частности, в Великобритании и США (странах «общего права»), привелегирует позиция, что суд в принципе должен применять свое собственное, национальное, внутригосударственное право. В данном случае суд признает не иностранное право, а конкретное субъективное право, возникшее под действием иностранного закона. Таким образом, применение иностранного права рассматривается не как применение юридической нормы, а как установление судом каких-то фактических обстоятельств, необходимых для решения дела. [1]

Следует отметить, что в английской юридической литературе указывается на четыре принципиальных подхода английского права к иностранному праву:

- 1) иностранное право — это факт, а не закон;
- 2) будучи фактом, иностранное право должно быть формально доказано, так как его содержание судье неизвестно, оно должно быть доказано специалистом;
- 3) как факт, иностранное право должно доводиться до сведения суда в соответствии с тем же порядком, который предусмотрен процессом для иных фактов;
- 4) если об иностранном праве заинтересованная сторона не заявляет или не может его доказать, суд будет применять английское право, исходя из презумпции, что иностранное право такое же, как и английское право. [2]

Таким образом, с точки зрения доктрины англосаксонского права иностранное право есть вопрос факта. Его доказывание осуществляется по добровольному решению сторон, самими сторонами и путем экспертного мнения. Суд не может признать его общеизвестным, даже если оно действительно известно. [3] Решение иностранного суда не обязательно для английского суда. [4]

Общий подход к иностранному праву в США в основном заключался в том, что суд должен был относиться к нему так, как если бы оно было фактом; его нужно было доказывать, и применялись обычные правила о доказательствах. Решение суда по вопросу об иностранном праве не имели силу прецедента. [5]

В доктрине международного частного права США иностранное право рассматривается как фактическое обстоятельство, которое должно быть доказано в ходе судебного процесса. Более того, если необходимых доказательств не представлено, можно исходить из тождества права США и соответствующего иностранного государства и, как следствие, применять право США. [6]

Во Франции суды также применяют иностранное право, как факт и бремя доказывания относится к сторонам. [7] В Италии доктрина исходит из того, что отсылка отечественной коллизионной нормы к иностранному закону приводит к превращению иностранного закона в собственный. Следовательно, судья должен установить содержание иностранного закона и что он при этом не связан тем, как данный закон применяется в соответствующем издавшем его государстве. Со временем под воздействием практических потребностей суд изменил позицию и начал применять и устанавливать содержание иностранного закона и стремиться применить его так, как он действует в соответствующем государстве. При этом, неправильное применение иностранного закона является основанием для пересмотра решения.

В судебной практике Швеции, Норвегии и Дании иностранное право применяется судом в брачно-семейных делах, исходя из того, что здесь нет места для усмотрения сторон.

В тех странах Латинской Америки, которые являются участниками Гаванской конвенции 1928 года, известной под названием Кодекс Бустаманте, действуют нормы, выраженные в этой конвенции. В рамках применения иностранного права судами, стороны могут «доказывать» иностранное право путем представления свидетельства двух юристов — граждан соответствующей страны, при отсутствии иных доказательств

содержание иностранного права может быть установлено дипломатическим путем, неправильное применение иностранного права служит основанием для кассационного обжалования. [8]

В практике Германии иностранное право имеет характер зарубежного права и при его применении внутри страны не подвергается трансформации во внутреннее право на основе норм международного частного права и не становится фактом. Право иностранного государства подлежит применению в том виде, в котором оно применяется за границей. Германский судья связан иностранным законом и судебной практикой в том же объеме, что и иностранный судья [9].

Некоторые ученые выражали следующие позиции по вопросам применения иностранного права судами. Так, А.А.Лунц писал: «... иностранное право, применяемое судом, рассматривается как правовая категория, как норма права, а не как фактическое обстоятельство, существенное для данного дела. Отсюда ясно также, что нельзя говорить о «доказывании» иностранного, подлежащего применению, а надо говорить об установлении его содержания» [10]. М.М.Агарков отмечал, что с точки зрения советского права применение судом иностранного закона является вопросом факта, а не права. [11]

Следует отметить, что в настоящее время имеется тенденция к стиранию существенных различий в законодательстве разных стран в подходах к установлению содержания иностранного права. В частности, в английском праве идет признание того, что иностранное право — это факт особого рода. Так, Р.Фентиман указывает, что утверждение, что иностранное право — факт, вводит в заблуждение. У него гибридный статус в английском праве, считает он. Многие свидетельствуют о том, что к иностранному праву нельзя относиться как просто к факту: обстоятельства, при которых иностранное право должно применяться, даже вопреки воле сторон, определяется международным частным правом. [12]

Необходимо отметить, что английскими судами иностранное право трактуется как вопрос факта, но имеющий в своей основе вопрос права. [13] Особый характер иностранного права при отношении к нему как к факту проявляется в следующем. Вопросы, связанные с иностранным правом, разрешаются судьей, а не присяжными. [4]

Кроме того, английский суд может иметь свое собственное мнение относительно экспертного заключения, может не согласиться с экспертом, может вообще не привлекать его к делу. Целесообразность, возможность и допустимость доказывания иностранного права в ряде случаев без привлечения экспертов еще раз свидетельствует о неразумности квалификации иностранного права только как факта.

Еще одной особенностью такого факта, как иностранное право, является то обстоятельство, что апелляционные суды могут пересмотреть выводы нижестоящего суда относительно иностранного права, особенно когда такие выводы сделаны на основе прочтения текстов иностранных законов, а не непосредственно из заключения эксперта. В судебной практике Великобритании имеют место отступления от подхода к иностранному праву как к фактическому обстоятельству. Судебная практика делится на две части:

- 1) решения, в которых доктрина факта (the fact doctrine) строго применяется;
- 2) решения, в которых юридический характер ино-

стрannого права признается.

Следует отметить, что такие авторы как И.С. Перетерский, СБ. Крылов и Л.А. Лунц подвергая критике подход к иностранному праву как к факту характеризовали существующую в английском праве презумпцию соответствия иностранного права английскому как фикцию. [14] В современной литературе обращается внимание на то, что отношение к иностранному праву как к особому фактическому обстоятельству приводит к эклектике в правоприменении в ситуации, когда содержание одних норм иностранного права установлено, а других — нет. [15]

Таким образом можно видеть, что изменения в законодательстве, доктрине и юридической практике стран, придерживающихся различных подходов к иностранному праву, свидетельствуют о наличии тенденции к устранению существенных различий в таких подходах. [16]

Все это обуславливает актуальность развития механизмов и правового регулирования применения иностранного права и выстраивания соответствующей судебной правоприменительной практики.

Список литературы:

1. Богуславский М.М. Порядок применения и установления содержания иностранного права // Международное частное право: современные проблемы. Книга 2. - М. 1993. - С.204-205.
2. Clark D.S. The Use of Comparative Law by American Courts - In: The Use of Comparative Law by Courts. - Hague; London; Boston, 1999 -P.312.
3. Orucu E. Comparative Law in British Courts. In.: The use of Comparative Laws by Courts. - Hague; London; Boston, 1999-P.256, 266.
4. A Concise Treatise on Private International Law. - Littleton; Colorado. 1988. - P. 570.
5. Clark D.S. The Use of Comparative Law by American Courts - In: The Use of Comparative Law by Courts. - Hague; London; Boston, 1999 - P.309
6. The US Legal System. A Practice Handbook. Martinus Nijhoff Publishers. - 1983. - P. 150-151.
7. Batiffol, - p. 386; Anw. Ausl. Rechts (Zajtay) - P. 15.
8. Bar Ch. von. Internationales Privatrecht. MQnchen, - 1987. Bd. 1.- S. 324.
9. Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001. С. 305.307.
10. Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М. 1973г. С.369-370.
11. Агарков М.М. Применение советским судом иностранного закона/ Проблемы социалистического права. 1938. №3. С. 65-72.
12. Fentiman R. Foreign Law in English Courts. - Oxford, 1998. - P. 6-9,287.
13. North P.M., Fawcett J.J. Cheshire and North's Private International Law. 13th ed. - London; Edinburgh; Dublin, 1999. -P. 587- 588.
14. Перетерский И.С, Крылов СБ. Международное частное право. - М., 1959. - С. 54—55; Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. - С. 264.
15. Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И.В. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья. М., 2000. - С. 205.
16. Тимохов Ю.А. Применение иностранного права в судебной практике. -М.: Волтерс Клувер, 2004 -С.63.