

- документы, выполняющие функции паспорта в некоторых зарубежных странах (водительское удостоверение, карточка страхователя и др.);

- иные документы, относящиеся к важным личным документам в соответствии со сложившейся правоприменительной практикой (диплом об окончании вуза, дипломы и аттестаты о присуждении ученых степеней и ученых званий, служебное удостоверение, трудовая книжка и др.).

Субъективная сторона рассматриваемого преступления характеризуется виной в форме прямого умысла. *Субъектом преступления* является лицо, достигшее 16-летнего возраста.

Литература

1. Уголовный кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 2 июня 1999 г.: одобр. Советом Респ. 24 июня 1999 г.: текст Кодекса по состоянию на 12 июля 2013 г. // Эталон–Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2013.

2. Судебная практика по уголовным делам: вопросы уголовного и уголовно-процессуального права: сб. действ. постановлений Пленума Верховного Суда Респ. Беларусь, обзоров судебной практики, постановлений и определений кассационных и надзорных судебных инстанций за 2005–2009 гг. / сост. Н.А. Бабий. — Минск: ГУИСТ БГУ, 2010.

3. Сборник постановлений материалов к Уголовному кодексу Республики Беларусь (по сост. на 1 дек. 1995 г.) / сост. А.И. Лукашов. — Минск: Репринт, 1996.

4. Комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь (изм. и доп. 1993–1994 гг.) / С.Е. Данилов, А.И. Лукашов, З.А. Саркисова; под ред. А.И. Лукашова. — Минск: Репринт, 1994.

5. Уголовное право Республики Беларусь. Особенная часть: учеб. пособие / Н.А. Бабий [и др.]; под ред. Н.А. Бабиной, И.О. Грунтова. — Минск: Новое знание, 2002.

Статья поступила в редакцию 20.12.2013 г.

В.А. Литвинко

кандидат юридических наук, доцент
БГЭУ (Минск)

ОБ УСТАНОВЛЕНИИ И ПРИМЕНЕНИИ НОРМ ИНОСТРАННОГО ПРАВА: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ И ПРАКТИЧЕСКИЙ АСПЕКТЫ

В статье анализируются положения законодательства Республики Беларусь, посвященные установлению содержания иностранного права. Рассматриваются способы установления содержания иностранного права в суде. Автор считает целесообразным дополнить Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь отдельной статьей о том, что бремя доказывания содержания норм иностранного права возлагается на стороны.

In the article is analyzed the legislation norms of Republic of Belarus, which is devoted to establishment of the foreign law contents. Means of establishment of the foreign law contents in courts are considered. The author considers it is worthwhile to fill up the Code of civil procedure of Republic of Belarus with the separate article that the burden of proof of foreign law contents is laid on to the parties.

В современной юридической практике общих и хозяйственных судов рассмотрение

споров с участием иностранных лиц получает все большее распространение. Практически в каждом деле, в котором участвует иностранное лицо, суды в той или иной степени применяют иностранное право.

В юридической литературе — как национальной, так и зарубежной — появляются исследования, посвященные проблемам установления содержания и применения иностранного права. В то же время остались нерешенными многие вопросы как о применении норм иностранного права, так и об установлении его содержания, что свидетельствует об актуальности данной проблемы, решение которой невозможно без теоретического осмысления и обеспечения системного рассмотрения международно-правовых и внутригосударственных аспектов сотрудничества в установлении содержания иностранного права.

Проблемы, касающиеся сферы применения иностранного права в суде, в той или иной мере исследовали как белорусские, так и зарубежные ученые. В этой связи среди российских авторов следует отметить Л.П. Ануфриеву, М.М. Богуславского, Р.Р. Галстяна, Т.К. Дмитриеву, Н.Ю. Ерпылеву, В.П. Звекова, Т.Н. Нешатаеву, И.С. Перетерского, В.В. Терешкову и др. Во всем мире широко известны труды Т. Еричинского, М. Майка, П. Норта, М. Пандана, П. Стона, Р. Фентимана, Дж. Чешира, Х. Шака и др. Проблемами применения иностранного права в суде занимались Г.А. Василевич, В.Н. Годунов, В.С. Каменков, В.Г. Тихиня, Я.И. Функ, В.Ф. Чигир и некоторые другие.

В Республике Беларусь до сих пор отсутствуют диссертационные исследования, посвященные установлению содержания иностранного права в суде.

Принцип применения норм иностранного права и(или) обычаев, используемых в международной торговле сформулирован в ст. 26 ХПК (в ред. от 8 июля 2008 г.) [1] и определяет, в каком порядке суд устанавливает существование норм иностранного права в случае его применения и содержание этих норм.

В соответствии со ст. 1095 ГК [2] при применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм согласно их официальному толкованию, практике применения и доктрине в соответствующем иностранном государстве. В целях установления содержания норм иностранного права суд может в установленном порядке обратиться за содействием и разъяснением в Министерство юстиции, иные компетентные государственные органы Республики Беларусь, в том числе находящиеся за границей, либо привлечь экспертов.

Как указывается в п. 35 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь «О практике рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц» от 2 декабря 2005 г. [3], запросы хозяйственного суда об иностранном законодательстве могут направляться в порядке подготовки дела к судебному разбирательству. Если надобность в получении информации выявится в ходе судебного разбирательства, дело может быть отложено или приостановлено. В случае необходимости запрос вправе направить апелляционная, кассационная или надзорная инстанции.

При получении хозяйственным судом из компетентных органов, организаций или от специалистов копий соответствующих нормативных правовых актов, надлежащим образом заверенных и переведенных на язык судопроизводства в хозяйственном суде, и в иных случаях, предусмотренных ХПК, существование и содержание норм иностранного права и(или) обычаев считаются установленными.

В установлении содержания норм иностранного права судам важную помощь могут оказать международные договоры Республики Беларусь по этим вопросам [4, с. 63]. В частности, Европейская конвенция об информации о зарубежном праве (1968) [5] и Дополнительный протокол к этой Конвенции (1978) вступили в силу для Республики Беларусь

2 октября 1997 г.

Согласно ч. 4 ст. 1095 ГК, если содержание норм иностранного права, несмотря на принятые меры, в разумные сроки не установлено, применяется право Республики Беларусь. Невозможность установления норм иностранного права в этом случае должна быть мотивирована в решении хозяйственного суда. Хозяйственные суды наделены правомочием применять при рассмотрении споров не только нормы иностранного права, но и обычаи, используемые в международной торговле.

Подходы к определению иностранного права сводятся к двум направлениям: определению «факта» или «права».

При установлении содержания норм иностранного права суд должен основываться на их официальном толковании, практике применения и доктрине в соответствующем иностранном государстве.

В доктрине стран англо-саксонского (общего) права, например США, Великобритании, господствует мнение, согласно которому иностранное право служит одним из фактических обстоятельств, подлежащих доказыванию. Если такое обстоятельство будет доказано, то возможно применение коллизионной нормы страны суда, рассматривающего дело. А значит, наличие каких-либо прав, возникших на основании иностранного права, расценивается как факт, позволяющий применить свой национальный закон. С точки зрения доктрины англо-саксонского права, иностранное право — это вопрос факта [6, с. 17–42].

Для многих европейских стран, относящихся к романо-германской системе права, в частности ФРГ, Франции, иностранное право является правовой категорией. Оно должно применяться именно как право, а не рассматриваться как фактическое обстоятельство, служащее предпосылкой для применения национального права суда. Таким образом, с точки зрения доктрины этих стран при применении иностранного права суд устанавливает не вопросы факта, а вопросы права. В белорусской (советской) доктрине международного частного права иностранное право традиционно рассматривается (по крайней мере, большинством авторов) как правовая категория. Однако следует отметить, что не все советские авторы придерживались данной позиции. Например, М.М. Агарков, учитывая условный характер противопоставления двух подходов, отмечал, что применение судом иностранного закона с точки зрения советского права является вопросом факта, а не права: «Противопоставление вопросов факта вопросам права является лишь условным обозначением проблемы, возникшей вследствие того, что по всем законодательствам по-разному регулируется отношение суда к вопросу о существовании и применении закона и к установлению фактических обстоятельств дела» [7, с. 66].

В доктрине международного частного права в США иностранное право рассматривается как фактическое обстоятельство, которое должно быть доказано в ходе судебного процесса. Более того, если необходимых доказательств не представлено, возможно исходить из тождества права США и соответствующего иностранного государства и применять право США. Так, при рассмотрении дела *Louknitsky v. Louknitsky* Апелляционный суд штата Калифорния исходил из того, что право этого штата по вопросам собственности применяется в Китае, поскольку не представлены доказательства противного [8, с. 15–22].

Вместе с тем, согласно Федеральным правилам США о гражданском процессе 1999 г., регулирующим гражданский процесс в федеральных окружных судах США, в ст. 44.1 «Установление иностранного права», предусматривается, что суд, устанавливая иностранное право, может принимать во внимание любые имеющие значение материалы или источники, включая заявления под присягой, независимо от того, представлены ли они стороной или нет, допусти-

мы ли они в соответствии с Федеральными правилами о доказательствах. То, что установит суд, должно рассматриваться как решение суда по вопросу о праве [9, с. 360]. Таким образом, Федеральные правила ориентируют суды США на отношение к иностранному праву как к правовой категории, а не как к фактическому обстоятельству [10, с. 95].

В нашей стране доктрина традиционно исходила из понимания иностранного права именно как права, подлежащего установлению судом *ex-officio*. Так, белорусскими и российскими учеными-правоведами предлагается предусмотреть в ГК положение, согласно которому по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, бремя доказывания содержания норм иностранного права может быть возложено на стороны.

Подобные изменения в праве и в доктрине двух правовых систем, строящихся на противоположных подходах к вопросу об отношении к иностранному праву, свидетельствуют об условности противопоставления отношения к иностранному праву как к правовой категории и как к факту.

Так, рассматривая два традиционных подхода к иностранному праву (как к «факту» и как к «праву»), необходимо в большей степени затронуть второй подход. Прежде всего обращает на себя внимание возможность привлечения экспертов в целях установления содержания норм иностранного права. Следовательно, в хозяйственном и гражданском процессе можно назначить экспертизу для разрешения правовых вопросов.

Многие процессуалисты, однако, отрицают такую возможность. Например М.К. Треушников пишет, что «...знания в области права не относятся к специальным знаниям, на основе которых проводится экспертиза. Поэтому в гражданском (арбитражном) процессе нельзя назначить экспертизу для разрешения правовых вопросов, в том числе касающихся содержания и порядка применения норм иностранного права. В целях установления существования и содержания норм иностранного права арбитражный суд может в установленном порядке без назначения экспертизы обратиться за содействием и разъяснением в компетентные органы и организации Российской Федерации и за границей, либо привлечь специалистов (ч. 2 ст. 12 АПК РФ)» [11, с. 192–195].

Между тем АПК РФ, как и ХПК РБ, предусматривая, что в целях установления существования и содержания норм иностранного права можно привлекать специалистов (п. 2 ст. 12), не раскрывает содержания понятия «специалист». Однако АПК не относит «специалиста» к лицам, участвующим в деле (ст. 32), и иным участникам арбитражного процесса (ст. 43). Но термин «специалист» употребляется в АПК еще один раз для характеристики эксперта (п. 1 ст. 67), т.е. лица, обладающего специальными познаниями, чье заключение оценивается наряду с другими доказательствами (п. 1 ст. 45 и п. 3 ст. 68 АПК). Та же ситуация сложилась и в положениях ХПК Республики Беларусь.

Другие процессуалисты, понимая под специалистами практиков и ученых, считают, что их привлечение в процесс следует осуществлять в таком порядке, как для назначения эксперта. В итоге этот вопрос остается неоднозначным.

Таким образом, привлечение судом третьих лиц (экспертов или специалистов) для целей установления существования и содержания норм иностранного права является особенностью процесса применения иностранного права. Наличие в национальном праве (считается, что в нем иностранный закон трактуется как правовая категория) норм, допускающих такую возможность, свидетельствует о том, что граница между двумя вышеописанными методами применения иностранного права весьма условна.

Даже при отношении к иностранному праву не как к «факту», а как к правовой катего-

рии, сложно согласиться с тем, что суд одинаково применяет свое национальное и иностранное право.

Действительно, применяя иностранное право на основе его официального толкования, практики применения и доктрины в соответствующем иностранном государстве (т.е. основываясь на квалификации норм иностранного права в соответствии с принципами той правовой системы, к которой они принадлежат), суд преследует единственную цель — разрешить конкретный спор так, как он был бы разрешен в этом иностранном государстве.

Поэтому в ситуации, когда суд сталкивается с необходимостью применения иностранного права, ряд норм национального права по вопросам судебной процедуры не может быть применен, по крайней мере в полном объеме. Например, по общему правилу, в случае отсутствия норм права, регулирующих спорное отношение, национальный суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм разрешает спор, исходя из общих начал и смысла законов (аналогия права) [12, с. 332–335].

Таким образом, применяя иностранное право, национальный суд каждый раз действует на основании своеобразной процессуальной аналогии, т.е. стремится разрешить спор так, как он был бы разрешен судом соответствующего иностранного государства. Следовательно, разграничение правовых систем различных стран по методу применения иностранного права, т.е. отношения правовой системы государства к иностранному праву как к «факту» или как к «праву», может носить лишь весьма условный характер.

Однако при разрешении национальным судом спора о возможности суда по применению аналогии закона или, в особенности, аналогии права на основании норм иностранного права весьма ограничены.

В юридической литературе рассматривался вопрос о способах установления содержания иностранного права. К таким способам, в частности, относят:

- направление запросов в Министерство юстиции РБ 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.

Как показывает практика, Министерство юстиции — не только наиболее часто используемый источник получения информации об иностранном праве, но и тот орган, в который суды обращаются в первую очередь, когда при рассмотрении конкретного дела необходимо установить содержание иностранного права. В то же время судебная практика свидетельствует о том, что в нынешних условиях обращение в Министерство юстиции — наименее эффективный способ получения такой информации как минимум из-за длительности процедуры получения ответа на запрос, а также отсутствия соответствующих текстов законов иностранных государств.

В этой связи обращение суда в целях получения сведений об иностранном праве в Министерство юстиции или иные компетентные органы или учреждения в РБ и за границей является его правом, которому не корреспондирует обязанность указанных учреждений предоставлять такие сведения. Следует признать обоснованными высказанные в юридической литературе предложения о необходимости повышения роли Министерства юстиции Республики Беларусь в деле обеспечения судов информацией об иностранном праве и внесении в действующее законодательство соответствующих изменений.

Хозяйственный суд в ходе рассмотрения дела может направить в Министерство иностранных дел РБ запрос о предоставлении информации о праве того или иного государства по вопросам исполнения договоров. Однако зачастую получаемые ответы не позволяют суду их использовать.

Обращение в научные учреждения. В ходе рассмотрения дела хозяйственный суд направил запрос в один из правовых институтов с просьбой предоставить информацию об иностранном праве. Институт дал следующий ответ: «[Название института] является научно-исследовательским учреждением и в его компетенцию не входит рассмотрение писем граждан и организаций по существу и дача разъяснений».

Обращение в Торгово-промышленную палату. В одном из своих постановлений Президиум ВАС РФ в качестве источника информации о статусе иностранных лиц ссылался на документы, полученные от представительства Торгово-промышленной палаты Российской Федерации в Австрии. Аналогичные документы использовались ответчиком в деле МКАС № 291/1997. Полагаем, что данный подход можно использовать и в Республике Беларусь.

В практике хозяйственных судов имели место *обращения в посольства иностранных государств* в Москве с просьбой о предоставлении информации о праве этого государства.

Возможна ситуация, когда суд вправе обратиться к лицам, участвующим в деле, с предложением представить документы, подтверждающие содержание соответствующих норм иностранного права, и сторона представит текст закона с его переводом на русский язык. Однако, поскольку текст документа обычно поступает из Интернета, при вынесении решения у суда не будет оснований полагаться только на такой документ. Это свидетельствует о том, что нормы национального законодательства о применении иностранного права на практике зачастую оказываются декларативными.

Реальная возможность установления как содержания иностранной нормы, так и практики ее применения начнет существовать лишь тогда, когда условия процесса будут понуждать стороны приводить максимально полную правовую аргументацию своих позиций. В этой связи заслуживает поддержки новый подход к вопросам бремени доказывания содержания норм иностранного права.

В соответствии с действующим процессуальным законодательством, одним из оснований к отмене вышестоящим судом решения нижестоящего суда является неправильное применение норм материального права. Поэтому нарушение, неприменение закона, подлежащего применению, применение закона, не подлежащего применению, или неправильное применение (неверное истолкование) нормы иностранного права является безусловным основанием для отмены или изменения обжалуемого судебного решения.

В связи с этим возникает вопрос о том, каким образом суд вышестоящей судебной инстанции может проверить применен ли в конкретном деле тот иностранный закон, который подлежал применению в силу иностранного права, или не применил ли суд тот иностранный закон, который не подлежал применению в конкретном случае. Осуществление проверки возможно лишь при условии, что судьи вышестоящего суда знают иностранное право.

Следовательно, стоит сделать поправку в действующем процессуальном законодательстве и внести требование о том, что информация о нормах иностранного права, на которых основано решение, должна содержаться в материалах дела. На практике же установление содержания иностранного права ограничивается материалами, которые представляются сторонами. Однако стороны будут приводить тексты «выгодных» норм, подтверждающих правильность их позиций, и не представлять тексты тех норм, которые могут помочь оппоненту. Та-

ким образом, решения суда вряд ли можно признать законными.

Подводя итог вышесказанному, полагаем необходимым внести в ГПК норму, согласно которой по требованиям, связанным с осуществлением сторонами хозяйственной деятельности, бремя доказывания содержания норм иностранного права должно быть возложено на стороны, поскольку одним из оснований к отмене решения нижестоящего суда является неправильное применение, неприменение надлежащих норм права или их неверное толкование.

Кроме того, действующее процессуальное законодательство должно быть дополнено требованием о том, что информация о нормах иностранного права, на которых основано решение, должна содержаться в материалах дела.

Возможность привлечения экспертов в процесс для установления содержания норм иностранного права имеет также нюансы в применении этой нормы, поскольку, например, в хозяйственном и гражданском процессе можно назначить экспертизу для разрешения правовых вопросов, однако положение о ней необходимо дополнительно разработать. Кроме того, в целях установления содержания норм иностранного права необходимо закрепить статус привлекаемых в процесс специалистов и третьих лиц (например, экспертов).

Привлечение к установлению содержания норм иностранного права Министерства юстиции и иных учреждений РБ; получение информации от лиц, участвующих в деле; допрос в качестве свидетелей специалистов по иностранному праву и любых экспертов будет давать результат лишь тогда, когда условия процесса будут вынуждать стороны фактически приводить максимально полную аргументацию своих позиций.

Литература

1. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 11 нояб. 1998 г.; одобр. Советом Респ. 26 нояб. 1998 г.; текст Кодекса по состоянию на 30 дек. 2011 г., № 334-З // Эталон—Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2011.
2. Гражданский кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г.; одобр. Советом Респ. 19 нояб. 1998 г.; текст Кодекса по состоянию на 3 июля 2011 г. / Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. — № 78. — 2/1837.
3. Постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь № 21 «О практике рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц», 31 окт. 2011 г. // Эталон—Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2013.
4. Жандаров, В.В. Хозяйственный процесс в Республике Беларусь: кратк. курс лекций / В.В. Жандаров. — Минск: Амалфея, 2009.
5. Письмо Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь «О вступлении в силу для Республики Беларусь Европейской конвенции об информации о зарубежном праве (1968 г.) и Дополнительного протокола к ней (1978 г.)»: текст по состоянию на 1 окт. 2009 г. // PRAVO.BY [Электронный ресурс]. — Режим доступа: www.pravoby.info/docum09/part30/alt30846.htm
6. Тимохов, Ю.А. Международное частное право. Современная практика / Ю.А. Тимохов. — М.: ТОН-Остожье, 2000.

7. Агарков, М.М. Применение советским судом иностранного закона / М.М. Агарков // Проблемы социалист. права. — 1938. — № 3. — С. 66.
8. Ларина, Т.В. Соглашение о подсудности. Когда неравные условия могут стать проблемой для участников / Т.В. Ларина // Арбитражная практика. — 2013. — № 5. — С. 15–22.
9. Malley, S.O. Laiton European Civil Practice / S.O. Malley. — L.: Publishing Press, 1989.
10. Тимохов, Ю.А. Иностранное право в судебной практике / Ю.А. Тимохов. — М.: Волтер Клувер, 2004.
11. Треушников, М.К. Судебные доказательства / М.К. Треушников. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Городец, 2005.
12. Общая теория права: учеб. пособие для вузов / С.Г. Дробязко, В.С. Козлов. — 2-е изд., испр. и доп. — Минск: Амалфея, 2007.

Статья поступила в редакцию 23.12.2013 г.

Г.Н. Москалевич
кандидат юридических наук, доцент
БГЭУ (Минск)

ПОНЯТИЕ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА МЕЖДУНАРОДНОГО ДОГОВОРА

Статья посвящена международному договору, составляющему правовую основу межгосударственных отношений и являющемуся универсальным источником международного права. Рассматриваются сущность и юридическая природа международного договора. Анализируются положения Венских конвенций и Закона Республики Беларусь «О международных договорах Республики», раскрывающие данное понятие. Рассматриваются наиболее известные в научной литературе определения международного договора.

Автор вносит предложения, направленные на совершенствование Закона Республики Беларусь «О международных договорах Республики».

The article is devoted to the international agreement as a legal framework of interstate relations and a universal source of international law. The essence and the legal nature of the treaty are considered. Some articles of the Vienna Conventions and the Law of the Republic of Belarus «On International Treaties of the Republic of Belarus», which reveal this concept, are analyzed. The most well-known in the scientific literature definitions of an international agreement are considered.

The author makes some suggestions for improvement of the Law «On International Treaties of the Republic of Belarus».

Введение

Нет ни одной отрасли международного права, становление и развитие которой не связано с договорами. Международные договоры регулируют межгосударственные отношения в области прав человека в сфере экономики, торговли, транспорта, в области науки и техники и др., а также гражданско-правовые отношения, имеющие международный характер.