

**ИЗБРАННЫЕ ДЕЛА МЕЖДУНАРОДНОЙ  
ЧАСТНО-ПРАВОВОЙ ПРАКТИКИ  
КОЛЛЕГИИ АДВОКАТОВ  
«МОНАСТЫРСКИЙ, ЗЮБА, СТЕПАНОВ  
& ПАРТНЕРЫ»**

**Выступление на конференции  
«Юридический бизнес в России»  
12 апреля 2006 года  
Конкурирующие услуги по российскому  
и иностранному праву**

*Монастырский Ю.Э.\**

Дамы и господа, мое выступление развивает тему конкуренции на рынке юруслуг между российскими и иностранными юридическими фирмами. Всем нам известно из учебников, что, хотя на территории всякого государства действует его право, в некоторых случаях правоприменители должны руководствоваться также иностранными юридическими нормами.

Российские суды, равно как и иностранные, не обязаны применять не свое публичное право, охраняющее интересы чужой государственной власти. Однако в сфере регулирования коммерческого оборота представления о справедливости и должном поведении схожи, поэтому с оговорками применение здесь иностранного права допускается.

**1. Основание применения и ограничения  
иностранного права**

Мы знаем, что порядок применения иностранного права составляет целый материальный и процессуальный институт и раздел законода-

---

\* Монастырский Юрий Эдуардович – к.ю.н., партнер юридической фирмы «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры».

тельства. Однако речь в моем выступлении пойдет не об этом, а об иностранном праве как факторе влияния на рынок юруслуг в России, предопределяющем выбор клиентами, среди которых и иностранцы, и представители нашего крупного бизнеса, своих консультантов.

Иностранное право вследствие более длительного его применения развитее российского и является тем эффективным рыночным инструментом, который сужает сферу конкуренции различных юруслуг на российской территории при участии российских клиентов, поскольку выключает из нее российские юридические фирмы.

Я уверен, что присутствующие в зале свободны от заблуждения в том, что, не являясь сертифицированным иностранным юристом, можно оказывать услуги по нероссийскому праву, хотя и подлежащему применению в российских судах. Нетрудно представить в суд заверенный текст иностранного закона. Но без подтверждения того, что это последняя его редакция, что содержащиеся в нем положения не перекрываются другими, более специальными правилами из другого законодательного акта, это будет неправильным применением, не в соответствии «с доктриной и судебной практикой соответствующего иностранного государства» (ст. 119 ГК), т.е. не с полным уяснением того судебного толкования, каковое в данную минуту имеет место.

Однако проблема вовсе не в том, что судебный процесс обременяется процедурами доказывания неизвестного суду иностранного права, занимает больше времени, требует дополнительных усилий, расходов для клиентов. Российские суды не столь часто применяют иностранное право. Любой судья не расположен обращаться к зарубежным нормам, преодолевая естественное и понятное в таких случаях неудобство. Кроме того, по законодательству существуют условия, когда иностранное право не должно применяться (противоречие т.н. «публичному порядку» и т.п.).

В доктрине не получил должного развития другой важный тезис о том, что иностранное право не может применяться, если в деле отсутствует значимый «иностраннный элемент», который создает правовую связь отношений сторон с международной торговлей и с иностранными правовыми порядками. Как это ни странно, среди обилия публикаций на тему международного коммерческого арбитража и международного частного права эта точка зрения, абсолютно уместная для целей создания сбалансированного регулирования, мало кем высказывается. Между тем она, как я покажу ниже, имеет важное значение.

Нет ничего плохого в том, что суды путем применения иностранного права предоставляют защиту субъективным правам, возникшим под действием иностранной правовой системы, ведь объем этих прав от законодательства к законодательству может быть разным. В английском праве, например, имеется приверженность принципу предпочтительности денежной компенсации за нарушение обязательств. Как в правовой системе континентального типа, в российском гражданском праве действует приоритет исполнения в натуре обязательства, которое возникло либо из договорных, либо из иных отношений.

## **2. Результат распространения услуг по иностранному праву**

Проблема состоит в чрезмерном распространении услуг по иностранному праву на российской почве, что находит выражение в подчинении отношений сугубо внутренним иностранному праву, в использовании стандартных форм иностранного права в российской юридической практике, в распространении иностранной терминологии, во влиянии иностранного права на структуру документов и т.д.

Мне могут возразить, что нет ничего плохого в том, что более разработанные иностранные документы адаптируются, приспосабливаются для применения российскими фирмами, скажут, что это помогает качеству услуг. Хотелось бы обратить внимание, что это не всегда так.

Подобно тому, как вследствие интернационализации международных коммерческих связей получил распространение английский язык как средство международного общения, в юридическом документообороте широко применяются английские проформы. Они выработаны английской и американской юридической практикой, фирмами, обслуживающими наиболее инвестирующие в мире бизнес-сообщества.

Приходится наблюдать, как без всяких поправок и оговорок в наш документооборот внедряются иностранные проформы (common law). Известно, что российская правовая система в большей степени близка германской. Мы воспринимаем так называемую пандектную систему регулирования, которая устанавливает иерархическую структуру соотношения более общих и специальных норм. Далее в континентальной правовой системе для юридического прогнозирования и передачи волеизъявления принят метод толкования закона. Толкование – уяснение смысла нормы применительно к конкретной жизненной ситуации (конкретному нарушению, конкретной сделке и т.д.). В то время как система common law использует метод сравнений и описаний. Поэто-

му юридические документы системы common law очень объемны и по-своему структурированы, они используют массу перечислений и своим содержанием напоминают клятвы и односторонние декларации.

Английские проформы используют такие стандартные формулировки, которые юридического значения в принципе не имеют. Например, «каждая из сторон подтверждает, что является полноценным субъектом права, обладает для целей ведения предпринимательской деятельности всеми установленными законодательством и присущими соответствующему статусу правоспособностью и способностью отвечать по своим обязательствам всем своим имуществом, не обладая никакими привилегиями, ограничивающими, в частности, размер ответственности по настоящему договору». Такие заявления (statements), видимо, создают ответственность по законодательству common law, но они совершенно юридически бессодержательны по российскому праву. Объемные стандартные формы common law, конечно, могут произвести впечатление на клиента и в какой-то степени влиять на цену услуг, но это не является примером того качества, которого должны добиваться хорошие юристы континентальной системы, где приняты подходы, когда документы целенаправленно сокращаются без потери их смысла и значения.

Я хочу привести цитату видного французского ученого Рене Давида, который при сравнении стилей в работе юристов common law и континентальной системы говорит о том, какие документы считаются образцом во Франции: «Юридическая формула считается тем более совершенной, чем она короче и выдержанней, в том самом концентрированном смысле, который понимают и которым восхищаются лишь опытные юристы».

В системе common law, где правовые нормы создаются судами, нет строгой терминологии. В преамбуле договора системы common law обычно содержатся определения терминов. Этот подход, сам по себе не вызывая больших возражений, если речь идет о технических терминах, не очень приемлем для континентальной системы, оперирующей строгой юридической терминологией. Например, во многих договорах представляющих собой кальку проформы common law используется категория «добросовестный приобретатель», как лицо, купившее вещь в неведении о том, что лицо, ее продавшее, было не уполномочено на отчуждение. В соответствии с российским правом «добросовестный приобретатель» – лицо, которое не только не знало, но «и не мог-

ло знать» о неправомерности отчуждения. Поэтому, если при применении российского права была использована английская проформа, то для опровержения добросовестности, вопреки тому, что в ней написано, достаточно доказать не только умысел, но и небрежность приобретателя.

### **3. Причина распространения услуг по иностранному праву**

Иностранное право предоставляет действительно более гибкие инструменты регулирования все время усложняющегося имущественного оборота. Это достигается определенной культурой правоприменителей. Нашим судам иногда не хватает необходимой гибкости, отвечающей потребностям устойчивых интересов определенных групп субъектов. Примером служит отношение наших высших судебных инстанций уже в течение более чем трех лет к такой важной правовой форме инвестирования, как Соглашение акционеров. Общеизвестно, что Соглашение акционеров регламентирует так называемые «стратегические инвестиции». Оно позволяет закреплять договоренности контролирующих акционеров. Соглашение устанавливает, какие решения эти, например два или три, акционера, которым в совокупности принадлежит контроль, должны принимать на собраниях.

Деструктивная точка зрения на сей счет состоит в том, что в открытых акционерных обществах такие соглашения ничтожны, поскольку акционер имеет присущие ему имманентно права голосовать так, как ему хочется, а отказ от права неправомерен. Не буду занимать много внимания почтенной аудитории опровержением этой точки зрения, но очевидно одно – она меньше отвечает коммерческому обороту, поскольку без уверенности в судебной защите своих прав и обязательств другой стороны крупные инвестиции вряд ли возможны. По этой причине Соглашения акционеров подчиняются иностранному праву путем предварительного создания искусственного оффшорного элемента, и вся с этим связанная юридическая работа уходит к иностранным юридическим фирмам.

Другая причина – многовековой опыт практики имеет как я уже говорил, отражение в российской правовой среде, хотя и не в полной мере адекватной, но тем не менее довольно солидной базе стандартных форм, используемых в отсутствие приличных российских проформ.

Далее, сказывается значение интернационализации мировой экономики и работы регулирующих институтов, что находит выражение в конвенциях, разработке различных типовых правил, например принципов договорного права UNIDROIT и т.д.

Немалую роль играет деятельность международного арбитража, могущего рассматривать внутренние споры по иностранному праву.

Однако все это правоприменение должно сопровождаться задействованием норм, которые у нас в законодательстве содержатся, но в действительности не работают. Непонятно, например, что есть императивные нормы *lex fori*, применяемые независимо и наряду с выбранным правом. Если бы высшие судебные инстанции растолковали бы эту категорию, то это расширило бы область услуг по российскому праву по многим проектам.

Недостатком также является отсутствие работающего механизма правовой помощи, который позволял бы быстро и оптимально, по запросу суда или самостоятельно, получать официальную информацию о содержании иностранного права.

#### **4. Основные правовые проблемы и выводы**

Дамы и господа, мне представляется, что нам как юристам, как гражданам нашей страны необходимо быть патриотами своего права и по возможности способствовать его утверждению в практике, вводить в употребление отечественные юридические продукты, и прежде всего формы документов, свободных от текстовых нагромождений из чуждой нам правовой системы *common law*.

Вполне уместно использовать подходы наших зарубежных коллег в том, как они популяризуют и рекламируют свои третейские суды, стандартные формы, стремятся повсеместно распространять сферу применения и использования своего права. Суды, например, могут запрещать российским компаниям (а с этим мы сталкивались уже два раза), связанным третейской оговоркой, судиться в России, что, хотя не имеет правового эффекта в России, влечет вполне конкретную ответственность перед этими судами наших физических и юридических лиц.

Я бы считал главной правовой проблемой отсутствие официальных разъяснений по вопросу о том, что есть т.н. «иностраннный элемент». Допустимо ли применение иностранного права к отношениям сугубо внутренним, если стороны это право избрали под влиянием своих западных консультантов, подчинили договор иностранному праву, являясь российскими фирмами, а он не заключается вне России и не касается активов за пределами России?

Некоторые советские и российские ученые говорили, что для понимания иностранного элемента в отношениях нужно иметь в виду тот

воображаемый интерес иностранной государственной власти, который побуждал бы ее в случае спора даже к дипломатическому вмешательству. Таким образом подчеркивалась значимость этой правовой категории: гражданства, принадлежности юридического лица к чужой юрисдикции и т.д. Наши ученые, представители арбитражного сообщества, видимо, находясь под обаянием всего иностранного, считают, что иностранный элемент может быть многообразен и проявлять себя в разных, в том числе совсем незначительных формах. Высказывается также точка зрения о том, что внутренние отношения, даже в отсутствие иностранных элементов, без ущерба для российских императивных норм можно подчинить иностранному праву. Неадекватность, непрактичность этой точки зрения вполне очевидна, т.к. она в конечном счете способствует своего рода «процессу глобализации» на рынке: вытеснению отечественных юруслуг и повсеместному распространению иностранных юруслуг, а также утверждению стандартов *common law* в нашей континентальной системе права. Я думаю, что российское юридическое сообщество, активными участниками которого вы, уважаемые присутствующие, являетесь, должно сформировать к этому свое отношение. Благодарю за внимание.