

Издательская группа «ЮРИСТ»



# ИТРАЖИНИ И АЖДАНСКИИ ПРОЦЕСС

• 2008

ISSN 1812-383X



9 771812 383773 >

♦ гражданину возвращают заявление с предложением обратиться в районный суд в порядке гл. 25 ГПК РФ.

Этот замкнутый круг не только приводит к тому, что нарушаются права конкретного лица, но и свидетельствует о необходимости корректировки ГПК РФ в свете Определения КС РФ от 2 марта 2006 г. № 58-О. Потому что при сохранении действующей ситуации множество граждан и организаций остаются без судебной защиты. Представляется правильным исправить ч. 1 ст. 251 ГПК РФ, а также внести соответствующие изменения в Постановления Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» и от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части».

- <sup>1</sup> См.: Определение Кассационной коллегии ВС РФ от 16 января 2007 г. № КАС06-521; Определение ВС РФ от 2 апреля 2008 г. № 81-Г08-1.
- <sup>2</sup> Определение судьи ВС РФ Королева Л.А. № ВКПИ07-54 от 16 июля 2008 г. С. 4.

- <sup>3</sup> См.: Постановление Президиума ВС РФ от 12 июля 2006 г. № 3пв06 // Извлечение опубликовано в БВС РФ. 2007. № 5. С. 27. См. практику: Определение ВС РФ от 18 июня 2008 г. № 72-Г08-3.
- <sup>4</sup> Определение судьи ВС РФ Королева Л.А. № ВКПИ07-54 от 16 июля 2008 г. С. 3—4.
- <sup>5</sup> См.: Определение Кассационной коллегии ВС РФ от 19 июня 2007 г. № КАС07-239; Определение Кассационной коллегии ВС РФ от 26 февраля 2008 г. № КАС08-10.
- <sup>6</sup> См.: Определение ВС РФ от 5 февраля 2007 г. № ГКПИ07-149; Определение Кассационной коллегии ВС РФ от 17 апреля 2007 г. № КАС07-122.
- <sup>7</sup> См.: Медведев И.Р. Проблемы оспаривания неопубликованных (незарегистрированных) нормативных правовых актов // Закон. 2007. № 12. С. 141—142.
- <sup>8</sup> Определение ВС РФ от 22 августа 2007 г. № 11-Г07-22.
- <sup>9</sup> Определение ВС РФ от 23 мая 2007 г. № 15-Г07-5. Не что похожее см.: Определения ВС РФ от 11 апреля 2007 г. № 55-Г07-3; от 4 июня 2008 г. № 39-Г08-2.
- <sup>10</sup> Качанов Р.Е. Место и роль судебного нормоконтроля в обеспечении противодействия неопубликованным нормативным актам публичной администрации // Административное и муниципальное право. 2008. № 4. С. 74—75.

## Вопросы применения Гаагской конвенции 1970 года о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам

Автором статьи рассматриваются особенности применения Гаагской конвенции.

*The author of the article considers the characteristics of a use of the Hague Convention.\**

Ходыкин Р.М.,

каунсел международной юридической фирмы «Clifford Chance», старший преподаватель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (Университета) МИД РФ, кандидат юридических наук

18 марта 1970 г. в Гааге была подписана Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам (далее — Гаагская конвенция).

Гаагская конвенция регулирует порядок направления судебных поручений за границу и порядок их исполнения и призвана упростить ранее существовавший порядок получения доказательств из-за границы.

Российская Федерация присоединилась к Гаагской конвенции Федеральным законом от 12 февраля 2001 г. № 11-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о получении за границей доказательств по гражданским или торговым де-

лам», между тем российские участники судебного процесса и судебные органы пока не применяют этот международный договор. Фактически в базе судебной практики автору удалось найти только одно дело, в котором есть ссылка на Гаагскую конвенцию — Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 28 ноября 2006 г. № А35-1249/99-С13, в котором, отменяя судебный акт, суд кассационной инстанции рекомендовал нижестоящему суду истребовать доказательства из Германии в соответствии с Гаагской конвенцией.

Хотя вопросы применения Гаагской конвенции привлекают внимание ученых и практиков<sup>1</sup>, необходимо признать, что исследования этого междуна-

родного договора не теряют своей актуальности. В данной статье приводится анализ некоторых вопросов, с которыми можно столкнуться при применении Гаагской конвенции.

#### Сфера действия Гаагской конвенции

Статья 1 Гаагской конвенции предусматривает: «Судебный орган одного Договаривающегося государства, подписавшего Конвенцию, может в соответствии с положениями своего законодательства запросить посредством судебного поручения компетентный орган другого Договаривающегося государства о получении по гражданским или торговым делам доказательств или выполнении другого процессуального действия». При этом ст. 2 Гаагской конвенции предусматривает, что каждое государство назначает так называемый центральный орган, в обязанности которого входит принятие судебных поручений, исходящих из-за границы, и направление их компетентным органам (в том числе судам) своего государства.

Таким образом, порядок направления поручения значительно упростился, суд может напрямую направить его в центральный орган государства, в котором предполагается получить необходимые доказательства.

Порядок направления документов через специально назначаемые центральные органы встречается и в других международных договорах по вопросам гражданского процесса, например, в Гаагской конвенции 1965 г. о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам. Для целей этой конвенции центральным органом России назначила Министерство юстиции Российской Федерации<sup>2</sup>, следовательно, все судебные поручения должны направляться в его адрес.

Между тем, несмотря на ратификацию Россией также и Гаагской конвенции, центральный орган по ней не назначен до сих пор. Такая ситуация, при которой односторонности, создает определенные преимущества для российской стороны, поскольку иностранные судебные органы по общему правилу<sup>3</sup> не могут направить свои судебные поручения в Российскую Федерацию, в то время как российские судебные органы не лишены возможности направлять судебные поручения в соответствующие компетентные органы иностранных государств.

Еще одной особенностью применения Гаагской конвенции является порядок присоединения к ней. Так, в силу ст. 39 Гаагской конвенции «присоединение будет действительным только для отношений между присоединяющимся государством и теми договаривающимися государствами, которые заявят о своем согласии на присоединение». В частности, согласие на присоединение Российской Федерации к Гаагской конвенции выразили следующие государства: Кипр, Аргентина, Австралия, Латвия, Эстония, Польша, КНР, Болгария и Словения<sup>4</sup>, так что российские судебные органы могут на основании Гаагской конвенции направлять судебные поручения о получении доказательств только в названные страны. Интересно отметить, что в вышеупомянутом Постановлении Федерального арбитражного суда Центрального округа от 28 ноября

2006 г. № А35-1249/99-С13 суд кассационной инстанции рекомендовал в соответствии с Гаагской конвенцией истребовать доказательства из Федеративной Республики Германии, что противоречит ст. 39 Гаагской конвенции, так как эта страна не заявила о своем согласии на присоединение России.

Также в судебной практике иностранных государств возникал вопрос о применении Гаагской конвенции по кругу лиц, в частности: может ли конвенция применяться для получения доказательств из-за границы, если истец и ответчик находятся в стране суда (например, если российским судом рассматривается спор между российскими компаниями), но подлежащее получению доказательство находится за границей? С одной стороны, при ответе на этот вопрос необходимо учитывать международный характер Гаагской конвенции, который подразумевает наличие определенного иностранного элемента в споре, например иностранного участника. С другой стороны, сама Гаагская конвенция такого требования прямо не вводит ни в тексте, ни в преамбуле. Интересно отметить, что Верховный Суд США в деле *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v United States District Court for Southern District of Iowa*<sup>5</sup> решил, что Гаагская конвенция применяется как к местным, так и к международным разбирательствам и представляет собой альтернативный национальному праву способ получения доказательств. Такой вывод суда следует признать правильным, поскольку необходимость получения доказательств за границей может возникать при рассмотрении спора, независимо от национальной принадлежности стороны. При этом нахождение доказательств за границей само по себе уже свидетельствует о международном характере процессуального правоотношения и как следствие — применимости Гаагской конвенции.

Небезынтересным представляется вопрос о круге отношений, к которым применяется Гаагская конвенция.

Статья 1 предусматривает возможность получения доказательств по «гражданским или торговым делам», в то время как данное понятие в Гаагской конвенции не определено. Общий подход заключается в том, что Гаагская конвенция не применяется к разбирательствам, вытекающим из публично-правовых отношений, соответственно судебный орган не может направлять поручение о получении за границей доказательств по такой категории дел на основании Гаагской конвенции.

Когда речь идет о сугубо публичных отраслях права (таких, как уголовное, административное и т.п.), как правило, все единодушно во мнении, что Гаагская конвенция применяется к получению доказательств по таким делам не может. Сложности вызывают те отрасли или правовые институты, которые содержат в себе как частноправовые, так и публично-правовые нормы. В частности, возникал вопрос, следует ли относить к гражданским или торговым делам трудовые споры и дела о банкротстве?<sup>6</sup>

Определение природы спора — весьма непростая задача, особенно если учесть, что Гаагская конвенция применяется государствами с различными правопорядками и как следствие одни и те же кате-

## АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ НАУКИ И ПРАКТИКИ

гории споров могут по-разному пониматься в различных государствах. В такой ситуации, прежде чем ответить на вопрос о природе спора, необходимо понять, правом какой страны необходимо руководствоваться при установлении его природы. В науке международного частного права эта проблема получила название «проблема квалификации», и ей в российском праве посвящена ст. 1187 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Как известно, существует три варианта разрешения проблемы квалификации.

*Квалификация lex fori.* При этой квалификации все юридические понятия, подлежащие квалификации, истолковываются в соответствии с правом страны суда.

*Квалификация lex causae,* которая предусматривает истолкование юридических понятий в соответствии с тем правом, которое подлежит применению при рассмотрении дела по существу.

*Автономная квалификация.* При ней юридические понятия истолковываются не в привязке к какой-либо конкретной правовой системе, а на основе сопоставления различных правовых систем и выявления общих признаков того или иного правового института.

Гагская конвенция не содержит норм о том, какой вариант решения проблемы квалификации следует выбирать. В связи с этим хотелось бы отметить дело *Re State of Norway's Application (No. 1)*<sup>7</sup>, рассмотренное английскими судами. В деле рассматривалось судебное поручение норвежского суда о получении доказательств, при этом по норвежскому праву спор являлся налоговым, но Английский апелляционный суд признал, что в соответствии с английским правом дело является гражданским или торговым (т.е. применил квалификацию *lex fori*), и удовлетворил заявление о получении доказательств.

Представляется, что целям Гагской конвенции, закрепленным в преамбуле этого международного договора, более соответствовала бы автономная квалификация понятия «гражданские или торговые дела» (путем выявления общих признаков этого понятия в различных правовых системах), хотя в российском законодательстве по умолчанию используется квалификация *lex fori* (ст. 1187 ГК РФ).

Наконец, интереснейшая проблема возникает, когда встает вопрос не о природе спора, а о цели получения определенного доказательства. Можно ли исполнять просьбу о получении доказательства, если целью его получения является использование в публично-правовом процессе? Как следует поступить суду, если доказательство истребуется по гражданскому делу, но высока вероятность того, что оно будет использовано против стороны в уголовном или публично-правовом процессе? Этот вопрос, в частности, обсуждался при составлении Отчета о работе специальной комиссии по конвенции от 12–15 июня 1978 г. и встречался в судебной практике различных государств, но не получил однозначного разрешения.

В некоторых случаях суды исполняли поручения, несмотря на то, что доказательства могли быть позже использованы по уголовному делу<sup>8</sup>.

Напротив, в других делах Гагская конвенция была истолкована как не предоставляющая права истребовать доказательства, если они могут быть использованы в другом деле. Этот подход наглядно

иллюстрируется решением Палаты Лордов по делу *Westinghouse Uranium Contract (No. 1) (No. 2)*<sup>9</sup>, где высшая судебная инстанция Великобритании признала, что правомерно будет отказать в исполнении поручения со ссылкой на 5-ю поправку к Конституции США<sup>10</sup>, поскольку доказательство может быть использовано в антимонопольном или уголовном деле.

При этом разработчики и комментаторы Гагской конвенции в большинстве своем полагают, что возможность использования доказательств в другом процессе не может препятствовать применению Конвенции.

Хотя многое будет зависеть от обстоятельств конкретного дела, на наш взгляд, представляется правильным отказывать в исполнении судебных поручений, если доказательствами по делу подтверждается, что целью получения доказательства является использование этого доказательства в уголовном или ином публичном процессе. Это следует прежде всего из цели принятия Гагской конвенции — упрощение получения доказательств по гражданским или торговым делам. В отношении публично-правовых разбирательств существуют другие международные договоры, которые предусматривают иной порядок получения доказательств за границей. Так, на международном уровне принят ряд документов о борьбе с легализацией (отмыванием) денег, предусматривающий порядок направления судебных поручений<sup>11</sup>. Таким образом, Гагская конвенция по общему правилу не должна применяться к получению за границей доказательств, которые предназначаются для уголовного-правового или публично-правового разбирательства.

Еще одним важным вопросом сферы применения Гагской конвенции является вопрос о том, что следует понимать под «судебным органом» в ст. 1 Гагской конвенции, т.е. какие органы уполномочены в соответствии с Гагской конвенцией направлять поручения о получении доказательств. Например, в некоторых странах направление судебного поручения вправе делать секретарь суда, а не сам суд. Можно ли в этом случае признать секретаря «судебным органом»?

Не вдаваясь в дискуссию о толковании понятия «судебный орган» в различных государствах — участниках Гагской конвенции, остановимся только на одном моменте: должен ли международный арбитраж (третейский суд) рассматриваться как судебный орган по Гагской конвенции?

На этот вопрос следует дать отрицательный ответ. При принятии Конвенции разработчики исходили из того, что под судебным органом не следует понимать арбитражи (третейские суды)<sup>12</sup>, следовательно, арбитраж не может направлять судебные поручения в соответствии с Гагской конвенцией.

В 1989 г. Каналская делегация предложила распространить действие Конвенции на арбитражи (третейские суды), но до настоящего времени это предложение не принято.

Однако некоторые государства в своем внутреннем законодательстве распространили действие Конвенции на арбитражные разбирательства<sup>13</sup>. В Англии Гагская конвенция была имплементирована посредством Закона 1975 г. о доказательствах (иностранных разбирательствах). В соответствии с

названным законом арбитраж не может направлять судебные поручения для истребования доказательств. В то же время стороны могут, с согласия состава арбитража, обратиться к государственному суду с заявлением об истребовании доказательств и (или) допросе свидетелей<sup>14</sup>.

Похожее регулирование содержится и в Законе Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже». Так, в ст. 27 названного Закона предусматривается: «Третейский суд или сторона с согласия третейского суда могут обратиться к компетентному суду Российской Федерации с просьбой о содействии в получении доказательств. Суд может выполнить эту просьбу, руководствуясь правилами, касающимися обеспечения доказательств, в том числе судебных поручений». При этом названная норма не распространяет действие Гаагской конвенции на арбитраж — напротив, она представляет собой самостоятельное национальное регулирование, предусматривающее полномочия государственного суда по выполнению поручения международного арбитража. При выполнении подобного поручения, государственный суд должен руководствоваться ст. 73—74 АПК РФ или ст. 62—63 ГПК РФ.

*(Продолжение см. в следующем номере)*

<sup>1</sup> См.: Марышева Н.И. Присоединение России к Гаагским конвенциям 1965 и 1979 гг. по вопросам гражданского процесса // Журнал российского права. 2001. № 6; Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским и торговым делам от 18 марта 1970 г. // Арбитражный суд Свердловской области. Электронный журнал. 2008. № 1. Доступно на сайте: [www.katerinburg.arbitr.ru](http://www.katerinburg.arbitr.ru) (по состоянию на 11 июля 2008 г.); см. также: Ануфриева Л.П. Международное частное право: в 3 т. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс: Учебник. М.: БЕК, 2001. С. 373—375.

<sup>2</sup> См.: Указ Президента Российской Федерации от 24 августа 2004 г. № 1101 «О центральном органе Российской Федерации по конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам».

<sup>3</sup> Исключение из общего правила предусмотрено гл. II Гаагской конвенции, предусматривающей получение доказа-

тельств дипломатическими или консульскими представителями и уполномоченными лицами, а также ст. 24 Гаагской конвенции, наделяющей государство правом назначить иные органы для исполнения судебных поручений.

<sup>4</sup> По информации с интернет-сайта Гаагской конференции по международному частному праву: [www.hcch.net](http://www.hcch.net) (по состоянию на 7 июня 2008 г.).

<sup>5</sup> 482 U.S. 522, 107 S.Ct. 2542, 96 L.Ed.2d 461 (1987).

<sup>6</sup> Special Commission Report on the Operation of the Hague Service Convention and the Hague Evidence Convention // 28 I.L.M. 1558 (1989).

<sup>7</sup> [1989] 1 All ER 661.

<sup>8</sup> Gerber, P. Legal Professional Privilege: Can One Party to Litigation Seek to Call Evidence Under Compulsion from the Opposing Party's Solicitor? // Bond Law Review, Vol. 17, issue 1, 2005, p. 113—115.

<sup>9</sup> [1978] 2 W.L.R. 81 [1977] 1 All E.R.

<sup>10</sup> Поправка V: «Ни одно лицо не должно привлекаться к ответственности за преступление, караемое смертью, либо за иное позорящее преступление иначе как по представлению или обвинительному заключению большого жюри, за исключением дел, возбуждаемых в сухопутных или морских частях либо в милиции, призванной на действительную службу во время войны или опасности, угрожающей обществу; ни одно лицо не должно за одно и то же правонарушение дважды подвергаться угрозе лишения жизни или телесного наказания, не должно принуждаться в каком-либо уголовном деле свидетельствовать против себя, не должно лишаться жизни, свободы либо собственности без должной правовой процедуры; частная собственность не должна изыматься для общественных нужд без справедливого вознаграждения». Цит. по: Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты / Под ред. и со вступительной статьей О.А. Жидкова. М., 1993. С. 41.

<sup>11</sup> См., например: Договор государств — участников Содружества Независимых Государств о противодействии легализации (отмыванию) преступных доходов и финансированию терроризма (заключен в Душанбе, 5 октября 2007 г.); Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Болгарии о сотрудничестве и взаимной помощи в области борьбы с незаконными финансовыми операциями и финансовыми операциями, связанными с легализацией (отмыванием) доходов, полученных незаконным путем (заключено в Москве, 7 июня 1999 г.); и др.

<sup>12</sup> Angus Roger, Colin Magee. Extracting Information in the Teeth of the Evidence // Lloyd's list, 7 March 2001.

<sup>13</sup> Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Convention (28 October to 4 November 2003), p. 9.

<sup>14</sup> Angus Roger, Colin Magee. Op. cit.

## Характер дела как основной фактор специализации арбитражных судов

*Анализируя критерии определения подведомственности споров арбитражным судам, автор выделяет характер субъективных прав и интересов, подлежащих защите, и характер правоотношений, из которых возникают споры.*

*The author marks out the nature of the subjective rights and interests being liable to defence and the nature of the relations which of arise the arguments. \**

*Бурчевский Д.В., магистр частного права, старший преподаватель Уральского государственной юридической академии*

Наличие в процессуальном праве института подведомственности обусловлено необходимостью разграничения круга дел, разрешение которых от-

носится к ведению различных юрисдикционных органов. Соответственно подведомственность с точки зрения функционального назначения пони-

\* BURACHEVSKIJ D.V. NATURE OF CASE AS BASE FACTOR OF SPECIALIZATION COURT OF ARBITRATION

ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА «ЮРИСТ»



# ИТРАЖИНИ И АЖДАНСКИИ ПРОЦЕСС

2009

ISSN 1812-383X



9 771812 383773 >

- <sup>22</sup> Совет Европы и Россия. 2000. № 3. С. 30–50.
- <sup>23</sup> Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2006. № 3. С. 1.
- <sup>24</sup> Документ содержится в СПС «Консультант+».
- <sup>25</sup> Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2007. № 6. С. 67, 142–143.
- <sup>26</sup> Для упрощения структуры контрольных органов и сокращения сроков разбирательства (сроки рассмотрения заявлений в среднем составляли 6 лет), а также для упрочения судебных начал системы контроля в Совете Европы предусматривалась реформа механизма контроля за соблюдением конвенции. Она нашла воплощение в протоколе № 11, открытом для подписания в 1994 г. Контрольный механизм Совета Европы, состоявший из трех органов — Европейской комиссии, Комитета министров и Европейского Суда, действовал в таком составе до 1 ноября 1998 г. С 1 ноября 1998 г. в соответствии с проводимой реформой Европейский Суд начал работать на постоянной основе и в качестве единственной инстанции за счет слияния контрольных функций Комиссии и Суда (ст. 19 протокола № 11). При этом отпала необходимость в рассмотрении дел двумя органами. Одновременно Комитет министров лишился юрисдикционных полномочий, что освободило систему контроля от присущих ей тогда «политических» компонентов (см.: Шаромова Г.И. К вопросу о юрисдикции Европейского Суда // Вестник ВАС РФ. 1998. № 4).
- <sup>27</sup> Подробнее об этом: Рожкова М.А., Афанасьев Д.В. Новые правила обращения в Европейский Суд по правам человека: текст Регламента, новеллы, комментарии. М.: Статут, 2004. — 121 с.
- <sup>28</sup> Рожкова М.А., Афанасьев Д.В. Новые правила обращения в Европейский Суд по правам человека: текст Регламента, новеллы, комментарии. М.: Статут, 2004. — 120 с.
- <sup>29</sup> <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Loesva&sessionId=14490962&skin=hudoc-en>
- <sup>30</sup> <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Taykov&sessionId=14490962&skin=hudoc-en>

## Вопросы применения Гаагской конвенции 1970 года о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам

Автором статьи рассматриваются особенности применения Гаагской конвенции.

*The author considers peculiarities of applying the Hague Convention\**

Ходыкин Р., каунсел международной юридической фирмы «Clifford Chance», старший преподаватель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (Университета) МИД РФ, кандидат юридических наук

(Продолжение. Начало см. в № 12/2008 г.)

### Исполнение поручения

Гаагская конвенция содержит предписания, которые позволяют регулировать отношения по получению доказательств без обращения к нормам того или иного правопорядка. Между тем урегулировать все возникающие вопросы в одной конвенции невозможно, поэтому по вопросам, не урегулированным этим международным договором, приходится субсидиарно применять право какой-то страны. Гаагская конвенция содержит также ряд норм, устанавливающих, право какой страны подлежит применению по конкретному вопросу.

В частности, такой нормой Гаагской конвенции является ст. 9, предусматривающая порядок получения доказательств:

«Судебный орган, исполняющий судебное поручение, применяет законы своего государства в отношении методов и процедуры исполнения.

Однако в случае, если запрашивающий компетентный орган власти просит о соблюдении установленной формы, такая просьба удовлетворяется при условии, если данная форма не противоречит законодательству запрашиваемого государства или если

ее применение не будет невозможным ввиду несовместимости с внутригосударственной практикой и процедурой или из-за практических трудностей».

В этой норме в качестве основного правила закрепляется принцип *lex fori* — закон страны суда, широко распространенный в сфере гражданского процесса. В то же время в отношении формы получения доказательства допускается применение закона иностранного государства, если суд, исполняющий поручение, сочтет это возможным.

В практике применения Гаагской конвенции часто возникает вопрос о том, в соответствии с каким правопорядком должна определяться относимость и допустимость подлежащих истребованию доказательств. Может ли суд, получивший судебное поручение из-за границы, отказываться от его исполнения, если истребуемое доказательство является неотносимым или недопустимым по праву запрашиваемого государства? К примеру, в США нет единого мнения по этому вопросу даже несмотря на то, что речь идет об одной стране<sup>1</sup>.

Гаагская конвенция этот вопрос прямо не регулирует, следовательно, необходимо определить, правом какой страны следует руководствоваться при решении этого вопроса. Возможны два вариан-

\* KHODYKIN R. APPLICATION OF THE HAGUE CONVENTION (1970) ON TAKING EVIDENCE ABROAD IN CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS

та — закон страны суда, исполняющего поручения, и закон страны суда, направившего поручение.

По общему правилу суд в силу принципа *lex fori* руководствуется своим собственным правом по вопросам гражданского процесса, в том числе и по вопросам допустимости доказательств. С другой стороны, исполнение судебного поручения, которое является допустимым по законодательству запрашивающего государства, но недопустимым с точки зрения законодательства запрашиваемого государства, не нанесет ущерба интересам запрашиваемого государства, ибо полученное доказательство будет использовано за границей, и суверенитет запрашиваемого государства от этого никак не пострадает. Сказанное позволяет предположить, что суд, исполняющий судебное поручение, вправе истребовать доказательства, несмотря на то что такое доказательство является недопустимым с точки зрения национального права этого суда, если только исполнение поручения не нанесет ущерба суверенитету страны суда.

Переходя к регулированию непосредственно процедуры получения доказательств из-за границы, нельзя обойти стороной ст. 5 Гагской конвенции, которая предусматривает права центрального органа в случае несоответствия запроса Гагской конвенции. Такие случаи могут возникать, например, когда центральный орган считает, что запрос направляется по делу, которое не является гражданским или торговым или если судебное поручение направлено органом, который не является «судебным органом» в смысле, который вкладывает в это понятие Гагская конвенция. В этих случаях центральный орган незамедлительно информирует орган запрашивающего государства, который направил судебное поручение с изложением возникших возражений (ст. 5 Гагской конвенции). Кроме того, основания для отказа в исполнении судебного поручения перечислены в ст. 12 Гагской конвенции, в силу которой в исполнении судебного поручения может быть отказано, если: а) исполнение поручения в запрашиваемом государстве не входит в компетенцию судебной власти или если б) запрашиваемое государство находит, что исполнение поручения может нанести ущерб его суверенитету и безопасности.

В случае если центральный орган не усмотрел нарушений Гагской конвенции и передал дело в суд, то последний может направить запрос в центральный орган с просьбой разъяснить возникшие противоречия. С другой стороны, по нашему мнению, суд может самостоятельно отказать в исполнении судебного поручения по основаниям, предусмотренным Гагской конвенцией без обращения в центральный орган, поскольку суд не связан действиями и/или упущениями центрального органа.

Кроме того, если бы функция суда при исполнении судебного поручения ограничивалась только направлением запроса в центральный орган, это бы привело к необоснованному лишению участвующих лиц их процессуальных прав. В частности, согласно ст. 7 Гагской конвенции запрашиваемый орган вправе затребовать информацию о времени и месте проведения запрашиваемых процессуальных действий, чтобы заинтересованные стороны и их представители могли присутствовать. В то же время

присутствие заинтересованных сторон и их представителей при совершении действий центральным органом не предусматривается. Учитывая, что только открытое судебное заседание с участием заинтересованных сторон и их представителей может обеспечить процессуальные права сторон надлежащим образом, следует признать за судом право самостоятельно разрешать возникающие противоречия.

Гагская конвенция не ограничивает круг доказательств, которые могут быть получены из-за границы. Наиболее часто Гагская конвенция используется для допроса свидетелей или истребования письменных доказательств. Эксперты по Гагской конвенции высказались за широкое толкование термина «доказательство» и предложили также применять Гагскую конвенцию к получению документов об актах гражданского состояния, выписок из государственных реестров и т.п.<sup>2</sup>

Кроме того, преобладает мнение, что назначение экспертизы ДНК для установления отцовства подпадает под условия Конвенции<sup>3</sup>.

Судебное поручение, как правило, содержит указание на доказательство, которое должно быть истребовано судом, или действия, которые необходимо совершить суду запрашиваемого государства (например, допрос свидетелей). В соответствии со ст. 3 Гагской конвенции в судебном поручении следует указывать также информацию, необходимую для его исполнения. Кроме того, рекомендуется представлять тексты соответствующих норм законодательства запрашивающего государства, которые должны быть применены к исполнению поручения, чтобы упростить задачу суду, выполняющему это поручение<sup>4</sup>.

Выше уже цитировалась ст. 9 Гагской конвенции, в соответствии с которой суд, исполняющий судебное поручение, поступившее из-за границы, может соблюсти особую форму, указанную в запросе, если ее применение не будет невозможным ввиду несовместимости с внутригосударственной практикой и процедурой или из-за практических трудностей. При этом данная норма не должна трактоваться узко — отказ в применении запрошенной судом иностранного государства формы должен быть экстраординарной мерой, применяемой в исключительных ситуациях. Например, по общему правилу незнание иностранного процессуального законодательства не должно рассматриваться как практические трудности, препятствующие исполнению судебного поручения.

В деле *J Barber & Sons (a firm) v Lloyd's Underwriters and Others*<sup>5</sup> был направлен судебный запрос из США, в котором суд просили провести видеозапись допроса свидетелей в соответствии с процедурой «deposition» (такая процедура подразумевает запись допроса свидетеля на видеокамеру для последующего просмотра составом суда и присяжными). Судья отделения Королевской скамьи отказал в применении этой особой формы, указав: «Хотя нельзя сказать, что видеозапись не может быть исполнена, соображения возможного стресса для свидетелей не перевешивают ценность и удобство видеозаписи при проведении допроса». В данном случае основанием для отказа в применении специальной формы явилась именно несовместимость с внутригосударственной практикой, а не практические трудности.

Также практические трудности может вызывать перекрестный допрос (cross examination) в соответствии с правом Англии и США. В этих странах порядок допроса следующий: сначала свидетеля допрашивает сторона, его вызвавшая (так называемый прямой допрос — direct examination или examination-in-chief). После этого проводится так называемый перекрестный допрос, под которым понимается допрос свидетеля противоположной стороной. Основная цель перекрестного допроса — показать несоответствия в показаниях свидетеля. При этом вопросы, задаваемые свидетелю в ходе перекрестного допроса, могут, с точки зрения российского суда, не относиться к предмету доказывания по делу. Стоит отметить, что перекрестный допрос может занимать достаточно продолжительный период времени (до нескольких дней).

В практике российских судов перекрестный допрос в том смысле, который вкладывается в это понятие в странах «общего права», не встречается. В этой связи представляется целесообразным проводить его с участием представителей сторон и по образцу процесса в странах «общего права» (отводить основную роль в допросе свидетеля именно представителям сторон). Порядок извещения сторон об исполнении судебного поручения регулируется ст. 7 Гаагской конвенции.

Также стоит обратить внимание на другие практические трудности, возникающие в ходе исполнения судебных поручений из-за границы или направления судебных поручений за границу. В частности: может ли российский суд отходить от списка вопросов для допроса свидетеля, полученного от суда запрашиваемого государства, т.е. исключить вопросы, которые не могут быть заданы свидетелю в соответствии с российским законодательством (например, вопросы, не относящиеся к предмету спора) или задать дополнительные вопросы?

Однозначного ответа на этот вопрос пока не выработано. Между тем представляется, что суду, исполняющему поручение, стоит проявлять осмотрительность при исключении вопросов, которые не могут быть заданы свидетелю по российскому праву. Как уже говорилось, в задачи сторон по доказыванию в иностранном судебном разбирательстве может входить не только установление истины по рассматриваемому вопросу, но и выявление противоречий в показаниях свидетеля. Между тем российская правовая система не будет затронута, если такие вопросы будут заданы, ибо это доказательство будет использовано в иностранном, а не российском суде.

Кроме того, практические трудности вызывает и перевод документов с иностранного языка, или наоборот.

Языку судебных поручений посвящена, помимо прочего, ст. 4 Гаагской конвенции, которая предусматривает:

«Судебное поручение составляется на языке запрашиваемого органа или сопровождается переводом на этот язык.

Однако Договаривающееся государство должно принять судебное поручение, составленное на английском или французском языке либо сопровождаемое переводом на один из этих языков, если по

этому поводу не существует оговорки, предусмотренной статьей 33».

В ст. 33, в свою очередь, предусматривается, что любое Договаривающееся государство в момент подписания, ратификации или присоединения к Гаагской конвенции вправе сделать оговорку, что оно не будет принимать запросы только на своем языке.

Необходимость включения второго абзаца об английском и французском языках обусловлена практическими трудностями, с которыми могут столкнуться судебные органы при направлении судебных поручений. В качестве примера разработчики Гаагской конвенции обсуждали ситуацию, в которой японский суд будет направлять судебное поручение в Турцию — в Японии практически невозможно найти переводчика на турецкий язык, а в Турции также затруднительно найти человека со знанием японского языка, в то время как в обеих странах есть большое количество английских и французских переводчиков<sup>6</sup>.

Также Договаривающиеся государства в силу абз. 4 ст. 4 Гаагской конвенции вправе указать другой язык или другие языки, на которых судебное поручение может быть направлено. Например, Нидерланды заявили, что центральный орган будет принимать судебные поручения на немецком или английском языках.

Российские суды обычно используют специализированные организации переводчиков для осуществления перевода судебных документов на иностранные языки. Как показывает практика, переводы юридических документов, сделанные такими переводчиками, могут настолько исказить действительность, что зачастую трудно понять не только детали, но и общий смысл документа. Один и тот же юридический термин может переводиться на русский язык разными словами, которые для юриста имеют отличающиеся значения, в то время как переводчик рассматривает их как синонимы. Если российский суд получает документ, перевод которого ему непонятен, имеет смысл для начала обсудить его с переводчиком и попытаться понять смысл этого документа, выяснить, как еще могут быть переведены те или иные фразы, и лишь после этого обращаться в центральный орган или в запрашивающее государство с просьбой разъяснить смысл судебного поручения.

Чтобы устранить все эти практические трудности (в том числе трудности перевода), могут допускаться ситуации, при которых судебный персонал запрашиваемого государства присутствует при исполнении судебного поручения в запрашиваемом государстве и даже сам осуществляет допрос свидетелей. В силу ст. 8 Гаагской конвенции Договаривающееся государство может заявить, что сотрудники судебного персонала запрашиваемого органа могут присутствовать при исполнении судебного поручения, а также в соответствии со ст. 27 (b) Гаагской конвенции, даже без соответствующего заявления по ст. 8, иностранный судья может присутствовать при исполнении судебного поручения в стране его исполнения, если это допускается законодательством Договаривающегося государства, в котором это поручение исполняется. В частности, суды США позволяют немецким и итальянским

судьям, направившим судебные поручения, присутствовать во время судебного заседания по его исполнению и лично допрашивать свидетелей на своем языке<sup>7</sup>.

#### Современные средства связи

Настоящее время характеризуется бурным развитием электронных средств связи, которые проникают и в сферу гражданского процесса. Например, в некоторых судах теперь уведомление о времени и месте судебного заседания направляется по электронной почте<sup>8</sup>, кроме того, в некоторых странах уже можно осуществить подачу искового заявления и через Интернет.

Текст Гаагской конвенции не конкретизирует способ направления судебных поручений. Статья 2 Гаагской конвенции говорит, что судебные поручения «направляются» центральному органу запрашиваемого государства. С учетом того что Гаагская конвенция принималась в 60-х годах прошлого века, вряд ли в момент ее принятия разработчики подразумевали возможность использования современных средств связи, таких как электронная почта или Интернет. Скорее всего, под «направлением» в Гаагской конвенции подразумевалась обычная почта, которая позволяет направлять оригинал судебного запроса.

Между тем Специальная комиссия рекомендовала принимать запросы о правовой помощи, полученные посредством современных средств связи, например по электронной почте<sup>9</sup>. Надо сказать, что многие центральные органы и суды иностранных государств уже начали принимать судебные документы из-за границы, поступившие посредством электронной почты, поэтому в целях ускорения получения доказательства из-за границы можно рекомендовать судебным органам направлять копию судебного поручения по электронной почте с одновременным направлением оригинала по почте или посредством курьерской службы.

#### Досудебное раскрытие доказательств

Интересным также является вопрос о досудебном раскрытии доказательств (pre-trial discovery) по Гаагской конвенции. Вопрос этот регулируется ст. 23 Гаагской конвенции, которая звучит следующим образом: «Договаривающееся государство в момент подписания, ратификации или присоединения может заявить, что оно не исполняет судебные поручения, которые направляются в целях получения материалов, известных в государствах общего права как досудебное раскрытие документов».

Эта норма была включена в Гаагскую конвенцию по инициативе Великобритании, поскольку понятие «досудебное раскрытие доказательств» отличается даже в странах общего права. При этом Великобритания настаивала на данной оговорке, чтобы иметь возможность «исключить слишком широкие запросы».

Досудебное раскрытие в США имеет, скорее, концептуальные особенности. В американской литературе указывается, что в этой стране основное бремя по собиранию доказательств в первую очередь ложится на стороны, в то время как в континентальном процессуальном праве это входит в задачу суда<sup>10</sup>. Между тем термин «досудебное» не означает, что доказательство истребуется до возбуждения судом дела, а лишь предусматривает раскрытие доказательств после пода-

чи иска, но до рассмотрения дела по существу. Именно поэтому Специальная комиссия посчитала, что различия в законодательствах различных стран не столь существенны, и рекомендовала сторонам не делать эту оговорку или ограничивать сферу ее применения<sup>11</sup>.

По общему правилу судебное разбирательство в США начинается подачей краткого искового заявления, в котором кратко излагаются фабула дела, основные факты и в общем виде формулируются средства правовой защиты, испрашиваемые истцом (например, указывается, что истец просит взыскать убытки, размер которых будет определен позже). На этой стадии истец не обязан детально описывать все доказательства и формулировать исковые требования. Такой подход не характерен для российского процесса, более того, подача подобного иска в арбитражный суд может служить основанием для оставления иска без движения на основании ст. 128, п. 5 ч. 1 ст. 125 АПК РФ. После подачи такого краткого искового заявления истец может заявить об истребовании доказательств от своего оппонента и, с учетом полученных документов, окончательно сформулировать предмет и основания своих исковых требований. В результате в США истец вправе истребовать очень широкий круг доказательств, а в иных странах возможность получения доказательств ограничена рамками исковых требований.

К примеру, в деле *Panayiotou v Sony Music Entertainment*<sup>12</sup>, где истец выступал от имени популярного певца Джорджа Майкла, было подано ходатайство в Английский суд об истребовании доказательства из США. Английский суд ограничил запрос в соответствии со своими стандартами и истребовал только доказательства, непосредственно относящиеся к предмету доказывания и идентифицированные с достаточной определенностью. В то же время в литературе встречается мнение, что если бы истец обратился напрямую в суд США, в соответствии со ст. 1782 Свода законов США, он бы смог истребовать более широкий круг доказательств<sup>13</sup>. Статья 1782 Свода законов США (получение доказательств в США для использования в иностранных разбирательствах) предусматривает, что суд США оказывает содействие в получении доказательств или в силу судебного поручения, или по заявлению заинтересованного лица. При этом практика судов США исходит из того, что заинтересованное лицо не обязательно должно первоначально обращаться в суд за судебным поручением, а может напрямую обратиться в американский суд на основании ст. 1782<sup>14</sup>.

Необходимо отметить, что несколько судебных округов решили, что американский суд при рассмотрении заявлений о раскрытии доказательств должен принимать во внимание законодательство иностранного государства и не истребовать доказательства, которые не подлежат раскрытию по закону страны суда<sup>15</sup>. В других судебных округах суды не принимают во внимание законодательство страны суда и исходят из того, что суд страны, в которой происходит судебное разбирательство, может оценить допустимость и вес доказательства в соответствии со своим национальным правом, поэтому разрешение истребовать доказательства в соответствии с правом США не затрагивает прав иностранного суда<sup>16</sup>.

Во время подписания, ратификации или присоединения к Гаагской конвенции государство мо-

жет заявить, что оно будет исполнять запросы о правовой помощи, к которым применяется данная статья, только если будет установлена связь между истребуемой информацией и судебным разбирательством<sup>17</sup>. При подписании конвенции все государства, кроме США, сделали эту оговорку. Интересно отметить, что Российская Федерация при присоединении к Гаагской конвенции не сделала такой оговорки, то есть формально ничто не препятствует российскому суду в исполнении судебных поручений, направленных на досудебное раскрытие доказательств в том смысле, который вкладывается в этот термин право США.

В 2003 г. специальная комиссия по Гаагским конвенциям отметила, что цель введения ст. 23 Гаагской конвенции (избежать запросов общего характера) не совсем точно отражена в тексте статьи. Логичнее было бы принять модель, закрепленную в ст. 16 Дополнительного протокола 1984 г. к Межамериканской конвенции о получении доказательств за границей:

«Государства-участники должны исполнять запросы о правовой помощи о получении и копировании документов, если удовлетворяются следующие условия:

(а) судебное разбирательство было начато;

(б) документы идентифицированы разумным образом по дате, содержанию или иной надлежащей информации;

(в) запрос о правовой помощи указывает на факты и обстоятельства, которые дают требующей стороне основания полагать, что истребуемые документы находятся или находились во владении, на сохранении или под контролем, или известно лицо, от которого они истребуются.

Лицо, у которого истребуются документы, может, когда это необходимо, отрицать, что оно владе-

ет, контролирует или хранит истребуемые документы, или может возражать против предоставления или копирования документов, в соответствии с требованиями конвенции».

(Окончание см. в следующем номере)

- <sup>1</sup> Conflict of Laws. 3-rd ed. /by E.F. Scoles, P. Hay, P.J. Borchers, S.C. Symeonides. — St. Paul, Minn, 2000. P. 518.
- <sup>2</sup> См.: Report on the work of the Special Commission on the operation of the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters. P. 420.
- <sup>3</sup> Ibidem.
- <sup>4</sup> Explanatory Report by Mr. Ph. W. Amram. P. 7 // доступно на сайте: <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp120e.pdf> (посещено 14 июля 2008 г.).
- <sup>5</sup> [1986] 2 All ER 845.
- <sup>6</sup> См.: Explanatory Report by Mr. Ph. W. Amram. P. 8 // Доступно на сайте: <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp120e.pdf> (посещено 14 июля 2008 г.).
- <sup>7</sup> Explanatory Report by Mr. Ph. W. Amram. P. 11 // Доступно на сайте: <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp120e.pdf> (посещено 14 июля 2008 г.).
- <sup>8</sup> Такая практика, например, встречается в Арбитражном суде Свердловской области. См.: <http://www.ekaterinburg.arbitr.ru/>
- <sup>9</sup> Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Convention (28 October to 4 November 2003). P. 9.
- <sup>10</sup> Fellas J. Obtaining Evidence Abroad for Use in International Litigation: Evidence Located in the United States // International Business Lawyer, July/August 2001. P. 300.
- <sup>11</sup> См.: Report on the work of the Special Commission on the operation of the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters. Pp. 420–421.
- <sup>12</sup> [1994] 1 All ER 755 (Ch. D).
- <sup>13</sup> Fellas J. Op. cit. P. 298.
- <sup>14</sup> Application of Malev Hungarian Airlines 964 F2d at 97, 101 (2nd Cir 1992), John Deere Ltd v Sperry Corp 754 F2d 132, 136 (3rd Cir 1985).
- <sup>15</sup> Fellas J. Op. cit. P. 301.
- <sup>16</sup> Там же.
- <sup>17</sup> Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Convention (28 October to 4 November 2003). Pp. 7–8.

## Третьи лица в хозяйственном судопроизводстве Беларуси

*Прямой связи между третьими лицами в гражданском праве и схожим институтом хозяйственного процессуального законодательства нет. Однако субъектный состав участников хозяйственного процесса определяется по модели спорного материального правоотношения и взаимосвязанных с ним правоотношений. Третьи лица с самостоятельными требованиями на предмет спора и не заявляющие таких требований являются двумя важными в процессуальном смысле группами лиц, которые не только различаются, но и имеют схожие признаки.*

*There is no direct connection between third persons in civil law and the similar institute of economic procedure legislation. However, the subject composition of participants of economic procedure is determined by the model of disputable material law relations and the related legal relations. Third persons with autonomous demands on the subject-matter of the dispute and the third persons not declaring such demands are two important groups of persons in terms of procedure which not only differ from one another but also have similar features.\**

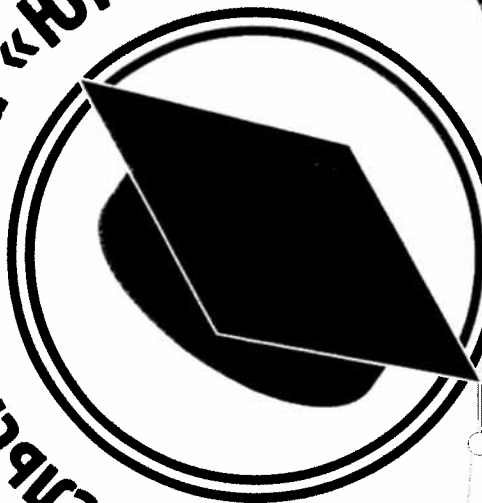
*Каменков В., Председатель Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, профессор, заслуженный юрист Республики Беларусь, доктор юридических наук, председатель ОО «Белорусский союз юристов»*

С участием третьих лиц может исполняться практически любой гражданско-правовой или хо-

зяйственный договор, спор о котором может быть предметом рассмотрения хозяйственного суда.

\* KAMENKOV V. THIRD PERSONS IN ECONOMIC PROCEEDINGS OF BELARUS

Издательская группа «ЮРИСТ»



# ИТРАЖИНИ И АЖДАНСКИИ ПРОЦЕСС

2009

ISSN 1812-383X



9 771812 383773

## Вопросы применения Гаагской конвенции 1970 года о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам

Автором статьи рассматриваются особенности применения Гаагской конвенции 1970 г.

*Issues Regarding Application of the 1970 Hague Convention on the Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters.\**

*Ходыкин Р., каунсел международной юридической фирмы «Clifford Chance», старший преподаватель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (Университета) МИД РФ, кандидат юридических наук*

(Окончание. Начало см. в № 12 за 2008 г.)

### Право отказаться от дачи показаний

В соответствии с Гаагской конвенцией лицо может отказаться от дачи показаний, если оно имеет привилегии или служебный долг.

В частности, ст. 11 Гаагской конвенции предусматривает:

«При исполнении судебного поручения лицо, которого оно касается, может отказаться от дачи показаний в той мере, в какой оно имеет привилегии или служебный долг отказаться от дачи показаний:

а) согласно законодательству запрашиваемого государства либо

б) согласно законодательству запрашивающего государства, что оговорено в судебном поручении или же подтверждено иным образом, запрашивающим органом в обращении к запрашиваемому органу».

Привилегии и служебный долг являются юридическим институтом, предоставляющим право лицу отказаться от дачи показаний без наступления для этого лица каких-либо негативных правовых последствий.

Вопрос о служебном долге или привилегии при исполнении судебного поручения может возникнуть в двух случаях: (1) когда в текст судебного запроса включается информация о том, при каких обстоятельствах свидетель может отказаться от дачи показаний; (2) когда свидетель в ходе судебного заседания в суде запрашиваемого государства ссылается на свое право отказаться от дачи показаний.

В случае если свидетель ссылается на привилегию или служебный долг по законодательству запрашиваемого государства, то суд сам может дать оценку своему собственному законодательству и сделать вывод о том, имеет ли право свидетель отказаться от дачи показаний.

Сложнее обстоит дело, когда свидетель ссылается на привилегии или служебный долг по законодательству запрашивающего государства. Статья 11 (b) Гаагской конвенции предусматривает,

что допрашиваемое лицо может отказаться от дачи показаний по праву запрашивающего государства, если это право оговорено в судебном запросе или в последующей переписке между судебными органами по поводу исполнения судебного поручения. Если же в судебном запросе привилегии или служебный долг не конкретизированы, суд, исполняющий судебное поручение, может запросить пояснения у запрашивающего суда, либо напрямую, либо через центральный орган. Представляется, что суд может также установить содержание иностранного права в порядке, предусмотренном ст. 1191 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Кроме того, ст. 11 (3) Гаагской конвенции предусматривает, что Договаривающееся государство может дополнительно заявить, что оно признает такие освобождения и запрещения, установленные законодательством других государств, кроме запрашиваемого или запрашивающего государства, в рамках, указанных в этом заявлении. При этом при принятии Гаагской конвенции разработчики руководствовались формулой: «Когда выезжаешь из своей страны, оставляешь привилегии, дарованные своим государством»<sup>1</sup>.

В России привилегия от дачи показаний предусмотрена ст. 51 Конституции Российской Федерации, которая предоставляет права не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников.

Кроме того, существуют определенные категории лиц, которые могут отказаться от дачи свидетельских показаний со ссылкой на привилегию и служебный долг.

Так, в российском законодательстве перечень лиц, которые не могут быть допрошены в качестве свидетеля, перечислен, помимо прочего, в ст. 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и ст. 69 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. Эти нормы предусматривают, что не могут быть допрошены в качестве свидетеля судьи, присяжные заседатели,

\* KHODYKIN R. QUESTIONS OF APPLICATION OF THE HAGUE CONVENTION OF 1970 ON TAKING EVIDENCE ABROAD ON CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS

священнослужители по обстоятельствам, которые им стали известны на исповеди, и член Совета Федерации, депутат Государственной Думы об обстоятельствах, которые им стали известны в связи с осуществлением ими своих полномочий.

Также в силу ст. 8 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Российской Федерации» не могут быть допрошены адвокаты об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с оказанием юридической помощи.

Право адвоката отказаться от дачи показаний также называется юридической привилегией (*legal privilege*) и признается в большинстве стран мира.

В то же время в некоторых государствах суд может признать, что адвокат должен давать показания, несмотря на юридическую привилегию, когда клиент прямо или косвенно отказался от юридической привилегии. При этом считается, что юридическая привилегия изначально была направлена на защиту интересов клиента, поэтому именно воля клиента должна иметь решающее значение при рассмотрении вопросов об обязанности адвоката давать показания. В этой связи интерес представляют дела *British America Tobacco Australia Services Ltd (BATAS) v Eurobanks for the USA* и *Nicholas Cannar v Eurobank for the USA*<sup>2</sup>, в которых австралийский суд исполнял судебное поручение суда США о допросе бывшего юриста компании. Юрист отказался от дачи показаний со ссылкой на юридическую привилегию, однако австралийский суд признал, что клиент, разместив материалы в публично-доступном месте, отказался от юридической привилегии, и поэтому адвокат должен быть допрошен<sup>3</sup>.

В соответствии с правом США адвокат может разглашать сведения, полученные от клиента, без разрешения последнего только в двух случаях: во-первых, если адвокат считает, что его клиент намеревается совершить преступление, которое может необратимо привести к смерти или серьезному увечью; во-вторых, адвокат может раскрыть конфиденциальные сведения клиента для доказательства или защиты своей позиции в случае конфликта между ним и клиентом<sup>4</sup>.

Необходимо отметить, что российское законодательство не предусматривает возможности для адвоката отказаться от юридической привилегии.

Кроме того, в иностранном праве обозначен еще ряд профессий, представители которых могут отказаться от дачи показаний со ссылкой на служебный долг или привилегию.

Например, при рассмотрении вопроса о возможности допроса служащих Английской Короны в деле *Re Pan American World Airways Inc and other's application*<sup>5</sup> английский Апелляционный суд пришел к выводу, что служащий Короны не может быть допрошен по обстоятельствам, которые ему стали известны при исполнении его обязанностей.

Также традиционно считалось, что могут отказываться от дачи показаний со ссылкой на служебный долг банковские служащие.

Служебный долг банковских служащих рассматривался английским судом в деле *Re State of Norway's Application (No. 1)*<sup>6</sup>, где исполнялся запрос норвежских властей об обязанности двух банковских служащих явиться перед уполномоченным лицом и дать показания. Английский судья разрешил такой допрос, но ограничил список вопросов. Банкиры обратились с апелляцией, в которой указывали помимо прочего, что допрос приведет к нарушению банковской тайны. Апелляционный суд удовлетворил апелляцию и указал, что при рассмотрении вопросов о служебном долге необходимо принимать во внимание баланс интересов: перевешивают ли интересы общества в целом обязательства о сохранении коммерческой и банковской тайны. В данном деле суд посчитал, что банковские служащие могут отказаться давать показания со ссылкой на банковскую тайну.

Швейцария традиционно считалась страной с очень высоким уровнем защиты банковской тайны, именно поэтому многие счета были открыты в швейцарских банках. В то же время в 1990 г. был принят ряд законов, направленных на борьбу с финансовыми преступлениями и легализацией (отмыванием) денег, результатом чего стали законодательные изменения, разрешающие банкирам, в определенных случаях, раскрывать данные о своих клиентах. Статья 47.4 Федерального закона Швейцарии о банковской деятельности предусматривает, что нормы о банковской тайне не превалируют над соответствующими нормами процессуального законодательства об истребовании доказательств. Процессуальное законодательство в кантонах Швейцарии различается. Так, по процессуальному законодательству кантона Женева банковский служащий может отказаться давать показания, если он запросил своего клиента освободить банк от обязательств по банковской тайне в связи с запросом, но клиент отказался, напротив, по законодательству кантона Цюрих более вероятно, что суд принудит банковского служащего к раскрытию банковской тайны<sup>7</sup>.

К сожалению, в рамках одной статьи невозможно осветить все вопросы применения Гаагской конвенции. Между тем, учитывая, что этот международный договор во многом представляет собой новый шаг в развитии международных соглашений по вопросам гражданского процесса, хочется выразить надежду, что в будущем российские суды будут чаще прибегать к его применению для получения доказательств из-за границы.

<sup>1</sup> Explanatory Report by Mr. Ph. W. Amram. P. 14. Доступно на сайте: <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl20e.pdf> (посещено 14 июля 2008 г.).

<sup>2</sup> [2004] NSWCA 158.

<sup>3</sup> Gerber P. Op. cit. P. 116–117.

<sup>4</sup> Бернам У. Правовая система США. Выпуск 3 / Науч. ред. В.А. Власихин. М.: РИО «Новая юстиция», 2006. С. 288–289.

<sup>5</sup> [1992] 3 All ER 197.

<sup>6</sup> [1989] 1 All ER 661.

<sup>7</sup> Andrew Keltie, Arun Srivastava. Piercing Swiss Banking Secrecy // New Law Journal, 1, 1999. P. 1434–1435.