

БЕЛОРУССКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

УДК 340; 321.01

ЕГОРОВА АЛЕКСАНДРА ГЕОРГИЕВНА

ИНОСТРАННЫЙ ЭЛЕМЕНТ В НАЦИОНАЛЬНОМ ПРАВЕ

СПЕЦИАЛЬНОСТЬ 12.00.01 –

**ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И
ГОСУДАРСТВА;
ИСТОРИЯ ПРАВОВЫХ УЧЕНИЙ**

**Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук**

Минск 2002

Работа выполнена на кафедре теории и истории государства и права
Белорусского государственного университета

Научный руководитель – доктор юридических наук, профессор, заведующий
кафедрой теории и истории государства и права Белорусского государственного
университета

Абрамович Александр Михайлович

Официальные оппоненты:

заведующий кафедрой теории и истории государства и права Гродненского
государственного университета им. Я. Купалы, доктор юридических наук,
профессор Сильченко Н.В.;

декан факультета права Европейского гуманитарного университета,
кандидат юридических наук, доцент Соколова А.А.

Оппонирующая организация – Академия управления при Президенте Республики
Беларусь.

Защита состоится "25" апреля 2002 г. в 16⁰⁰ часов на заседании
Совета по защите диссертаций Д/02.01.01. Белорусского государственного
университета по адресу: 220050, г. Минск, пр. Ф. Скорины, 4, главный корпус
БГУ, ауд. 206.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Белорусского
государственного университета

Автореферат разослан "—" марта 200:

Ученый секретарь
Совета по защите диссертаций:

В.Н.Сатолин

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы диссертации. Современные процессы глобализации и интернационализации различных сфер общественной жизни качественным образом повлияли на правовое развитие государств. Во-первых, формирование национальных правовых регуляторов стало осуществляться при более полном учете опыта правового регулирования общественных отношений, сложившегося в других странах. Во-вторых, национальная практика правоприменения, освоенная иностранным элементом, приобретает черты специфической разновидности правоприменения. В этих условиях теоретико-прикладное исследование проблем определения и функционирования иностранного элемента в национальном праве является достаточно актуальным.

Вместе с тем, проведенные исследования данного рода касались больше частно-правовой сферы общественных отношений международного характера, а имевшие место публично-правовые исследования иностранного или международного элемента также не выходили за рамки конкретных отраслей юридической науки. В результате международное частно-правовое направление научных исследований попыталось в качестве своего предмета избрать иностранный (международный) элемент, что не увенчалось успехом, а сам предмет отрасли международного частного права традиционно занял место одного из элементов сферы общественных отношений, лишь осложненного иностранным элементом. С другой стороны, публично-правовая юридическая наука не выработала самостоятельных теоретических подходов ни к определению, ни к формам взаимодействия иностранного элемента с национальным правом в рамках публичных отраслей как национального, так и международного права.

Исследованием взаимодействия национальных правовых систем на микроуровне, как то применения иностранных норм и правовых институтов, предпочитают заниматься конкретные отраслевые юридические науки, что не дало возможности обобщить эти исследования на высоком теоретическом уровне и осуществить их изначально с позиций общетеоретических концепций. И тем более, неоправданно мало внимания уделяется исследованиям самого характера и структуры регулируемых отношений, основаниям их возникновения с точки зрения особенностей, обусловленных присутствием иностранного элемента в виде иностранного юридического факта, иностранного субъекта и иностранного объекта.

В результате, возникает потребность в комплексном теоретико-прикладном исследовании проблемы определения понятий иностранного элемента и национального права, а также в изучении форм взаимодействия иностранного элемента и национального права, особенно на правотворческом и правоприменительном уровнях. Данные исследования интегрируют как сам характер изучаемых явлений, так и подходы теоретико-правовых и отраслевых юридических наук к изучению иностранного элемента. Итогом этих исследований станет новое качественное развитие подотрасли теоретико-правовой науки - правовой компаративистики, изучающей природу и функционирование иностранного

элемента, в том числе и правового. Данные теоретические обобщения позволяют повлиять на качество развития отраслевых юридических наук, непосредственным объектом которых является исследование иностранной правовой материи. К числу таких дисциплин относятся достаточно молодые, особенно для Республики Беларусь, направления научных исследований – конституционное право зарубежных стран, гражданское и торговое право зарубежных государств, международное торговое право, международное частное право и др.

Комплексное исследование иностранного элемента с точки зрения его восприятия национальным правом помогает придать динамизм правотворческим процессам с позиций построения научно обоснованных подходов к заимствованию иностранного правового опыта регулирования общественных отношений.

Доктринальный элемент проведенного исследования станет основой для правоприменительной практики, которая все в большей степени обращается к регулированию отношений, осложненных иностранным элементом.

К тому же ряд выводов и предложений диссертационной работы поможет избежать ошибок при осуществлении унификации как в частно-, так и в публично-правовой сферах.

Обозначенные направления применения результатов диссертационного исследования в конкретных отраслевых юридических науках и сферах функционирования правовой системы чрезвычайно актуальны для Республики Беларусь.

Во-первых, молодая национальная юридическая наука пополнится важным с точки зрения интеграционных процессов компонентом – теорией иностранного элемента, что придаст новый импульс в развитии, прежде всего, теоретико-правовой науки. В результате активизируется и сравнительно-правовое направление исследований правовой действительности. Отраслевые юридические науки, занимающиеся исследованием иностранного элемента, получают возможность развиваться в единой системе, детерминированной научной доктриной теоретического исследования инородных компонентов, функционирующих в правовой системе Беларуси.

Во-вторых, отечественная практика правотворчества может избежать крайних явлений механицизма при осуществлении правовой рецепции иностранных норм и институтов.

В-третьих, национальный правоприменитель, используя обобщенные выводы и предложения, содержащиеся в диссертационной работе, сможет относиться к правоприменительному процессу, осложненному иностранным элементом, как к специфической стороне деятельности по применению инородных норм и правовых институтов, что повысит не только качество такого правоприменения, но и общий уровень правоприменительной системы, призванной решать как непосредственные задачи применения права, так и стратегические вопросы международного взаимодействия национальных правовых систем.

Связь работы с крупными научными программами, темами. Диссертационное исследование выполнено в рамках госбюджетной научно-исследовательской темы "Методика заимствования иностранного правового

опыта" (ГБ-1098), разработанной по заказу Министерства образования Республики Беларусь.

Тема диссертации согласуется с пятилетним планом научно-исследовательской работы кафедры гражданского права Полоцкого государственного университета на тему "Проблемы формирования частного права в правовой системе Республики Беларусь" (Раздел I "Анализ зарубежных и национальных доктрин частного права. Оценка системы частного права и ее элементов"; Раздел II "Исследование правовых универсалий, определяющих содержание системы частного права").

Диссертационное исследование также согласуется с основным направлением научных исследований юридического факультета Полоцкого государственного университета: "Сравнительное правоведение".

Цель и задачи исследования. Целью диссертационного исследования является разработка концепции функционирования иностранного элемента в национальном праве.

Для достижения данной цели исследователем ставились следующие задачи:

- определить понятия "иностраный элемент" и "национальное право";
- выявить формы взаимодействия национального права с иностранным элементом;
- определить характер участия иностранного элемента в процессе национального правотворчества;
- установить особенности использования иностранного элемента в правоприменительной деятельности.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования является функционирование иностранного элемента как национального социального и правового явления в сфере инородной правовой системы.

Предмет исследования составляют: признаки иностранного элемента и национального права; формы взаимодействия национального права с иностранным элементом; использование иностранного элемента в правотворчестве и правоприменении.

Методология и методы проведенного исследования. Методологическую основу проведенного диссертационного исследования составляют основные положения теории научного познания, законы и категории диалектического развития явлений и процессов. Теоретическую базу исследования составили труды ведущих ученых-правоведов: Р. Давида, Х. Гаггериджа, К. Цвайгерта, Х. Кегца, Н.В. Сильченко, Б.Н. Топорнина, В.П. Звекова, Г.К. Дмитриевой, М.М. Богуславского, Л.А. Лунца, И.А. Юхо, А.Х. Саидова, Н. Неновски и др.

При этом проводился анализ, в том числе и в историческом аспекте, законодательных актов, учитывающих природу иностранного элемента и, таким образом, регулирующих отношения с участием иностранного элемента, целого ряда государств европейского, азиатского, американского регионов (проведен анализ более 70 источников, действовавших в разное время)

На уровне отдельных норм, правовых институтов и отраслей права, сложившихся в различных правовых системах, проводилось и сравнительно-правовое исследование. Типология правовых элементов осуществлялась применительно к трем правовым семьям романо-германского, англо-американского и религиозно-общинного типов. Отдельному сравнительно-правовому анализу подвергались правовые системы более 20 государств.

Изучалась специальная литература по правовой компаративистике, правовому прогнозированию и проблемам преемственности в праве.

Нормативно-правовую базу диссертационного исследования составляли конституции государств, международно-правовые акты, содержащие принципы международного права, а также нормы национальных законов, отражающих общие принципы права и характер участия иностранного элемента в национальном механизме правового регулирования.

Научная новизна и значимость полученных результатов. Научная новизна диссертационного исследования состоит в том, что впервые на монографическом уровне освещаются вопросы комплексного характера, отражающие взаимодействие национального права с иностранным элементом.

Проведенное автором исследование позволяет улучшить качество правотворческой и правоприменительной деятельности как процессов, осложненных иностранным элементом, а в перспективе, возможно, представляющих собой самостоятельные специфические звенья соответственно правотворческого и правоприменительного процессов, использующих иностранный элемент.

Диссертационное исследование позволяет обобщить характер признаков иностранного элемента и национального права, определив существенные черты этих социально-правовых явлений.

В работе впервые предложено определение иностранного элемента как части юридической модели общественного отношения, сложившейся за рубежом; определены формы взаимодействия национального права с иностранным элементом; определены место и роль иностранного элемента в национальном правотворчестве и правоприменении.

Практическая (экономическая, социальная) значимость полученных результатов. Результаты диссертационного исследования, с одной стороны, являются вкладом в развитие теории международного взаимодействия национальных правовых систем, с другой стороны, позволяют субъектам, осуществляющим правотворческую и правоприменительную деятельность с участием иностранного элемента, воспользоваться научно обоснованными рекомендациями по реализации форм взаимодействия национального права с иностранным элементом.

Автор разработал конкретные предложения по совершенствованию практики использования иностранного элемента в национальных сферах правотворчества и правоприменения. Использование указанных результатов приведет к более эффективному привлечению процессуальных и материально-правовых средств при реализации в национальной правовой среде элементов иностранно-

происхождения. В определенной степени это избавит национальную практику от механического восприятия иностранных компонентов, в том числе и правового характера.

Полученные результаты диссертационного исследования используются в учебном процессе юридического факультета Полоцкого государственного университета при чтении лекций и проведении практических занятий по дисциплинам: "Сравнительное правоведение", "Международное частное право", "Гражданское право".

Основные положения диссертации, выносимые на защиту.

1. Иностранный элемент в национальном праве необходимо рассматривать в качестве компонента юридической модели общественного отношения, сложившегося за рубежом, но обладающего потенциальными территориально-временными возможностями стать основанием для возникновения правоотношений в другой национально-правовой среде.

Разновидность самих иностранных элементов определяется в зависимости от их принадлежности к определенному типу правовых семей. На основании этого необходимо выделять иностранные элементы открытого типа, присущего романо-германской правовой семье; неопределенного типа, сложившегося в среде англо-американского права; закрытого типа, свойственного религиозно-общинным правовым традициям.

2. Национальное право осуществляет взаимодействие с иностранным элементом в трех формах: юридического признания факта существования и первичного собственного правового объема иностранного элемента, нормативного присвоения регулятивного правового объема иностранного элемента с помощью национальных норм; компромиссной оговорки, реализуемой в пользу национального или иностранного права, что поставлено в зависимость либо от воли законодателя, либо от воли непосредственных участников правоотношения.

Условием качественной реализации всех трех предложенных форм является ограничение общего присвоения национальным правом регулятивного правового объема иностранных элементов, что может быть осуществлено путем нормативно-доктринального закрепления оснований и принципов такого ограничения.

3. Реализация иностранного элемента предполагается на двух основных уровнях: правотворческой и правоприменительной деятельности соответствующих субъектов.

В сфере национального правотворчества иностранный элемент может реализовываться в формах: правовой рецепции; создания национальной нормы при учете факта и содержания иностранного правового регулирования; создания специальных национальных норм, регулирующих отношения с иностранным элементом. Каждая из указанных форм обладает специфическими особенностями в виде:

- существования объекта правового заимствования при реализации правовой рецепции, под которым предлагается понимать иностранный правовой

элемент, привносимый из одной правовой системы в другую определенной группой субъектов с целью совершенствования функционирования национальной правовой системы,

- учета процесса интегрирования разносистемных правовых основ, к числу которых предлагается относить: принципы права; отрасли права и правовые институты, традиционные для всех правовых систем,

- создания универсальных понятий посредством реализации элементов практики автономной квалификации и использования методологических основ правовой компаративистики.

Непосредственное применение иностранного элемента в правоприменительной системе касается: выбора правопорядка между национальным, иностранным и международным; установления содержания иностранного правопорядка при учете оценки общих компонентов правовых систем, принадлежащих к разным семьям права (источников права, системы права, характера нормы) и непосредственного изучения конкретных норм; непосредственной реализации норм, осложненных иностранным элементом в виде установления фактической и юридической основ дела и вынесения решения по делу.

Личный вклад соискателя. Основные положения и выводы диссертационного исследования являются результатом самостоятельного исследования автора избранной темы.

Апробация результатов диссертации. Основные положения докладывались автором на республиканской научно-практической конференции "Система права и законодательства Республики Беларусь: состояние, перспективы развития", 1999 год (Гродненский государственный университет); межвузовской научно-практической конференции "Правовые акты: социальная обусловленность, качество, применение и совершенствование", 1999 год (Белорусский институт правоведения); международной научно-методической конференции "Экономика и право переходного периода", 2000 год (Гродненский филиал Института современных знаний); республиканской научно-практической конференции "Проблемы законности и правопорядка в Республике Беларусь", 2000 год (Полоцкий государственный университет); международной научно-практической конференции "Теоретические и практические проблемы соотношения международного и национального права", 2000 год (Гродненский государственный университет); международной научно-практической конференции "Правовое обеспечение экономических реформ в славянских государствах", 2000 год (Белорусский государственный экономический университет); межвузовской научно-практической конференции "Проблемы совершенствования правового образования и воспитания", 2000 год (Брестский государственный университет); Международном Конгрессе "Наука и образование на пороге III тысячелетия", 2000 год (Национальная академия наук Республики Беларусь).

Опубликованность. Основные результаты диссертационного исследования опубликованы автором в научной статье, помещенной в научном журнале и в научной статье, опубликованной в сборнике научных трудов, в семи сборни-

ках материалов конференций и в трех сборниках тезисов докладов. Общий объем публикаций составляет 42 страницы. Три работы подготовлены диссертантом в соавторстве.

Структура и объем диссертации. Характер исследования, его цель и задачи обусловили структуру диссертации, состоящей из общей характеристики работы, трех глав, заключения, списка использованных источников. Данное научное исследование выполнено объемом 97 страниц. Список источников (229 наименований) занимает 12 страниц.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Первая глава "**Историкография и методология диссертационного исследования**" содержит обзор литературы по проблемам определения содержания иностранного элемента и его взаимодействия с национальным правом.

Диссертант определял круг вопросов, которые остались неразрешенными теорией и практикой международного взаимодействия национальных правовых систем, и определил свое место в решении данных задач, к числу которых в первую очередь он относит: 1) разработку понятийно-категориального аппарата в сфере нормативного взаимодействия иностранного элемента и национального права, и, прежде всего, таких понятий как "иностраный элемент" и "национальное право" (применительно к иностранным образованиям); 2) нормативно-доктринальное определение форм взаимодействия национального права с иностранным элементом; 3) определение места и роли иностранного элемента в правотворческой и правоприменительной деятельности.

Используя работы предшественников, практику взаимодействия национальных правовых систем, современные потребности функционирования общества, автор в настоящей главе определяет концепцию диссертационного исследования, состоящую в следующем: *международное взаимодействие национальных правовых систем порождает проблему иностранного элемента в национальном праве, суть которой состоит в конкуренции нескольких правовых порядков относительно объекта регулирования при определении характера национальной юрисдикции субъекта и данности юридического факта, где основным гарантом стабильности правопорядка является международно-правовая согласованность правовых систем относительно регулирования субъекта, объекта и юридического факта на уровне национальных и международных норм.*

Во второй части первой главы рассматриваются методология и научные методы, которые автор использовал в процессе исследования содержания иностранного элемента и его функционирования в национальной правовой системе.

Вторая глава "**Национальное право и иностранный элемент: теоретические аспекты взаимодействия**" представлена двумя разделами: "*Проблема определения понятий "национальное право" и "иностраный элемент"*"; "*Формы нормативного взаимодействия национального права с иностранным*

элементом". Проведенные исследования относительно данных вопросов позволили определить следующие концептуальные положения:

Понятие "национальное право" с точки зрения его соотношения и взаимодействия с иностранным элементом целесообразно рассматривать в двух значениях: как право конкретного политического образования, действующее в рамках государственных границ, и как право конкретного этноса, существующее независимо от формальных рамок государственной юрисдикции, что согласуется с концепцией функционирования территориальных и персональных правовых систем.

Введение двух значений понятия "национальное право" позволяет определить термин иностранный элемент, который в случае его соотношения с национальным правом конкретного государства будет представлять собой систему субъекта, объекта и юридического факта иностранного происхождения и характера, а в случае взаимодействия с этнически детерминированным понятием "национальное право" будет рассматриваться не как иностранный, а как "иностранно-родной элемент", то есть элемент, принадлежащий к другой персональной правовой системе.

Иностранно-родной элемент применительно к реалиям национального права необходимо рассматривать как элемент юридической модели общественного отношения, сложившейся за рубежом, который может стать основанием для возникновения других правоотношений в иной национальной правовой среде. Данная взаимосвязь порождает целую цепь отношений правового характера между различными правовыми системами, представляющую собой систему международного взаимодействия национальных правовых систем.

В зависимости от того, на основании какого типа нормы, детерминированного традициями определенной правовой семьи, возникло соответствующее правоотношение, необходимо выделять и соответствующий тип иностранно-родного элемента.

Иностранно-родной элемент романо-германского происхождения относится к открытому типу, поскольку возникшее в континентальной кодифицированной среде правоотношение может восприниматься другими правовыми системами в целом. Это становится возможным, благодаря абстрактному характеру романской нормы, которая рассчитана на неопределенное число случаев типичного характера. Иностранно-родной элемент англо-американского типа можно назвать неопределенным, поскольку казуальность прецедентной нормы порождает неопределенность правоотношения в нормативном плане. Иностранно-родной элемент религиозно-общинного происхождения относится к закрытому типу, детерминированному религиозно-социальными догмами и по этой причине не всегда воспринимается другими цивилизованными правовыми системами. Как правило, возникшее правоотношение в религиозно-общинной среде воспринимается иными системами только как факт наличия или отсутствия определенного явления или состояния.

Существование и реализация форм взаимодействия национального права с иностранно-родным элементом основаны на динамике разрешения проблемы ино-

странного элемента, суть которой заключается в конкуренции нескольких право порядков относительно объекта регулирования. В результате этого можно обозначить три основные формы взаимодействия национального права с иностранным элементом:

- признание иностранного элемента в качестве изначально возникшего в другой правовой среде со специфическим правовым режимом;
- присвоение регулятивного правового объема иностранного элемента за счет модификаций национально-правового характера;
- компромиссная оговорка альтернативного плана, сложившаяся в пользу иностранного или национального права.

Признание иностранного элемента национальным правом представляет собой, во-первых, нормативную определенность иностранного происхождения элемента правоотношения и, во-вторых, нормативно допускаемую возможность "переноса" правового статуса иностранного элемента из его собственной правовой среды в инородную. На нормативном уровне это закрепляется в двух формах -- дефинитивной, определяющей объема правовых понятий социальных образований иностранного происхождения, и коллизионной, нормативно отсылающей к праву другого государства с целью урегулирования вопроса, возникшего в другой национально-правовой сфере

Реализация коллизионной формы предполагает необходимость выработки и принятия специальной конвенции, определяющей концепцию отсылок к иностранному праву. Причем, предлагается в данный документ заложить следующее принципиальное положение: отсылки должны осуществляться к той правовой системе, которая имеет больший нормативный объем. Также необходима разработка единого технологического механизма взаимодействия правовых систем.

Форма присвоения регулятивного правового объема иностранного элемента, подчиняющаяся новым тенденциям в сфере взаимодействия правовых систем, не должна носить тотального характера. С этой целью необходимо определить нормативные и доктринальные основания для присвоения регулятивного объема иностранного элемента национальным правом, сформулировав принципы ограничения присвоения национальным правом правового объема иностранного элемента.

Суть указанных оснований представляется следующей: во-первых, иностранные нормы не применяются, если они противоречат основополагающим принципам национального права государства применения, которые должны иметь конституционное закрепление и, таким образом, обладать высшей юридической силой; во-вторых, иностранный правовой регулятор не подлежит применению, если его положения противоречат нормам морали и справедливости, под которыми необходимо понимать нормы морали и справедливости всего цивилизованного общества, а не какой-то конкретной общности; в-третьих, иностранная норма не применяется, если она противоречит коренным интересам государства, которые оцениваются не только с точки зрения норм *jus co-*

gens, но и с позиции возможного причинения негативных последствий отношениям субъекта международного права с другими государствами.

Третья глава **"Иностраннный элемент в национальном правотворчестве и правоприменении"** структурно представлена двумя разделами: *"Национальное правотворчество и иностраннный элемент"*; *"Иностраннный элемент в правоприменительной деятельности"*.

Проведенный анализ места и роли иностранного элемента в двух важнейших компонентах правовой системы позволяет определить следующие теоретико-прикладные положения.

Сфера национального правотворчества опосредует иностраннный элемент в трех основных формах: а) субъект правотворчества заимствует иностранные правовые элементы, то есть создает национальные нормы, учитывая опыт других правовых систем в регулировании общественных отношений; б) субъект правотворчества создает национальную правовую норму (акт), но учитывает практику правового регулирования, имеющуюся в иных странах, то есть исходит из факта признания и согласования разногласий в правовом регулировании общественных отношений разными системами; в) субъект правотворчества создает правовые акты и правовые нормы, регулирующие непосредственно отношения с иностраннным элементом, которые будут складываться в национальной правовой среде.

В плане реализации правовой рецепции необходимо определить объект правового заимствования, под которым предлагается понимать иностраннный правовой элемент, который изучается и переносится из одной правовой системы в другую определенной группой субъектов с целью совершенствования функционирования национальной правовой системы.

Создание национальных правовых норм при учете практики правового регулирования, сложившейся в другой правовой системе, в современных условиях детерминировано процессами правового интегрирования разнотипных правовых компонентов, в качестве каковых предлагаются: принципы права, отрасли права и правовые институты, традиционные для всех правовых систем.

Как форма опосредования иностранного элемента, национальный правотворческий процесс (создание норм внутригосударственного применения, направленных на регулирование отношений, осложненных иностраннным элементом) должен быть подвергнут модификациям следующего характера.

Во-первых, необходимо отойти от практики создания отраслевых актов, регулирующих отношения с иностраннным элементом, то есть от унификационных актов наподобие законов о международном частном праве, нередко соединяющих в себе элементы частного и публичного права; предлагается публично-правовой компонент, регулирующий отношения с иностраннным элементом, включить в конституции или в важнейшие конституционные акты, а частно-правовой – в гражданские кодексы (уложения) (для систем кодифицированного права) или в нормативное звено права справедливости (относительно правовых систем англосаксонского типа).

Во-вторых, национальные субъекты правотворчества должны выработать общую стратегическую концепцию формирования норм, регулирующих отношения с иностранным элементом, суть которой состоит в следующем: необходимо изначально создавать единые нормативные регуляторы с учетом процессов, происходящих в межсистемных отношениях как в частной, так и в публичной сферах, а не принимать новые нормы, различающиеся по своему содержанию, что требует непосредственной внутренней унификации.

Процесс выработки указанных регуляторов на межсистемном уровне включает важнейшее звено - автономную квалификацию правовых понятий, без которой не могут быть созданы единые идентичные регуляторы межсистемного характера. Выработанные универсальные понятия должны быть как можно более абстрактными и охватывать существенные черты сравниваемых первичных понятий национального характера

Осуществление всех правотворческих форм опосредования иностранного элемента предполагает активное использование в правотворческом процессе элементов сравнительного правоведения.

Реализация иностранного элемента в национальной правоприменительной сфере предполагает наличие следующих специфических этапов: выбор определенного правопорядка между национальным, иностранным и международным; установление содержания избранного правопорядка; непосредственная реализация полномочий по применению нормы, осложненной иностранным элементом.

Основным юридическим средством выбора определенного правопорядка является коллизионная норма, которая имеет тенденцию распространения как на частно-правовые, так и на публично-правовые отношения. Применение коллизионной нормы должно подчиняться общим правилам, суть которых, как представляется, состоит в следующем. Во-первых, коллизионная норма должна применяться именно как норма с присущими ей традиционными звеньями, а не как доктринальное правило. Во-вторых, коллизионная норма не должна иметь приоритета в национальной правовой сфере перед материально-правовыми нормами высшей степени когентности для данной правовой системы. В-третьих, коллизионная норма применяется лишь единожды, то есть при наличии в иностранном праве аналогичных коллизионных регуляторов, отсылающих обратно, применяется материальное и процессуальное право страны, коллизионная норма которой была применена изначально

При установлении содержания иностранного права необходимо выделять общее и конкретное поведение субъекта правоприменения при осуществлении указанных действий. В состав общего алгоритма действий должна входить оценка правовой системы в целом и, особенно, такого ее значимого компонента, как право. Оценка элементов иностранных правовых систем должна осуществляться с учетом трихотомии правовых семей, то есть принадлежности правовых систем к определенным "кругам" романо-германского, англо-американского и религиозно-общинного типов. Под установлением содержания иностранного правопо-

рядка конкретного характера следует понимать установление содержания норм иностранного права в рамках конкретной отрасли.

Непосредственное применение нормы, осложненной иностранным элементом, предполагает ряд стадий в виде установления фактической основы дела, определения юридической основы дела и принятия решения по делу. Данные звенья одной цепи, носящие национальный характер, имеют ряд особенностей, вызванных спецификой правоприменительного процесса, осложненного иностранным элементом.

При анализе фактической основы дела национальный правоприменитель определяет: является ли субъект правоотношения (физическое лицо, юридическое лицо или государство) иностранным; действительно ли имущество находится вне пределов действия национальной юрисдикции, в рамках какого национального правового поля произошло определенное событие или было произведено соответствующее действие.

Установление юридической основы дела предполагает правовую квалификацию установленных фактических обстоятельств дела, где правоприменитель осуществляет выбор правовой нормы, подлежащей применению, определяет действие нормы, устанавливает подлинность текста нормы. Данные действия правоприменитель осуществляет с учетом особенностей применения норм иностранного права к отношениям с иностранным элементом.

Непосредственное принятие решения по делу, осложненному иностранным элементом, характеризуется тем, что в большинстве случаев акты такого правоприменения адресуются для исполнения юрисдикционным органам иностранных государств. В остальном признак "иностранности" национальной правоприменительной деятельности не свойственен.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенные исследования иностранного элемента в национальном праве позволяют сделать следующие выводы и предложения:

I Иностраный элемент применительно к национальному праву необходимо рассматривать в качестве компонента юридической модели общественно-го отношения, сложившейся за рубежом, и который может стать основанием для возникновения других правоотношений в иной национальной правовой среде. Данная взаимосвязь представляет собой систему отношений правового характера между различными правовыми системами на макро- и микроуровнях.

В зависимости от принадлежности к определенному типу правовых систем необходимо выделить следующие виды иностранных элементов:

- открытого типа, характерного для романо-германской правовой семьи, позволяющей по причине абстрактности норм воспринимать иностранным субъектам возникшую юридическую модель общественного отношения в целом;
- неопределенного типа, свойственного англо-американской семье права, основанной на прецедентных традициях, порождающих неопределенность правоотношения до момента разрешения дела;

- закрытого типа, детерминированного религиозно-социальными догмами традиционного права, что порождает возможность для иностранного субъекта воспринимать возникшие в религиозно-общинной среде правоотношения только как факт наличия или отсутствия определенного явления или состояния

Понятие и содержание национального права с позиций его соотношения и взаимодействия с иностранным элементом необходимо рассматривать в двух значениях: как право конкретного политического образования, действующее в пределах государственных границ и как право конкретного этноса, функционирующее независимо от формальных рамок государственной юрисдикции, что основывается на функционировании территориальных и персональных правовых систем. В случае взаимодействия иностранного элемента с правом конкретного государства, он должен рассматриваться в виде системы субъекта, объекта и юридического факта иностранного происхождения [1, 3]

2. Взаимодействие национального права с иностранным элементом осуществляется в трех основных формах: юридического признания иностранного элемента в качестве изначально возникшего в другой правовой среде со специфическим правовым режимом; компромиссной оговорки альтернативного характера, сложившейся в пользу иностранного или национального права; нормативного присвоения регулятивного правового объема иностранного элемента за счет модификаций национально-правового характера. Существование и реализация данных форм основаны на проблеме конкуренции нескольких национальных правопорядков относительно объекта регулирования

Юридическое признание иностранного элемента необходимо рассматривать как допускаемую национальным правом нормативную возможность функционирования иностранного элемента в соответствии с нормами собственного права, что определяется посредством дефиниций, устанавливающих объем иностранных правовых понятий и коллизий, нормативно отсылающих к праву определенного государства. При этом, признание иностранного элемента национальным правом предполагает нормативное закрепление как факта иностранного происхождения элемента правоотношения, так и возможности реализации его правового статуса в иной правовой среде.

Коллизионная оговорка представляет собой результат развития автономной воли определенных субъектов – обладающих властными полномочиями (субъекты правотворчества) и непосредственных участников правоотношения, что находит свое отражение в национальных нормах отсылочного характера. Практическая реализация коллизий, отсылающих к праву конкретного государства, определяет необходимость разработки и принятия специальной международной конвенции, которая бы определяла концепцию отсылок к иностранному праву, базируясь на общем правиле: отсылки должны осуществляться в пользу той правовой системы, которая имеет больший нормативный объем. Данный конвенционный документ должен содержать и единый технократический механизм взаимодействия правовых систем, существующий на доктринальном уровне.

Присвоение регулятивного объема иностранного элемента предполагает подчинение его статуса нормам инородного национального режима, способного урегулировать возникшие отношения с иностранным элементом. При этом важное значение приобретают нормативные и доктринальные основания для присвоения регулятивного объема иностранного элемента национальным правом, а также пределы ограничения присвоения национальным правом самого правового объема иностранного элемента [7; 8].

3. Основания и принципы ограничения доминирования национального или иностранного правопорядков являются гарантом качественной реализации форм взаимодействия национального права с иностранным элементом. Для этого предлагаются следующие основания и принципы такого ограничения:

а) иностранные правовые нормы не применяются:

- если они противоречат принципам национального права, имеющим конституционное закрепление, или международным правовым нормам, признанным национальной правовой системой;

- если они противоречат нормам морали и справедливости, характерным для всего цивилизованного общества;

- если они противоречат коренным интересам государства, что оценивается с точки зрения норм *jus cogens* и с позиций оценки возможного нарушения балансов взаимоотношений государства с другими субъектами международного права;

б) национальные правовые регуляторы не могут применяться:

- на основании только лишь разницы социально-политических систем, к которым принадлежат иностранный элемент и национальное право;

- если они отрицают иностранное правовое регулирование социального образования или явления, которое осуществляется в виде применения иностранных норм за рубежом [8; 12].

4. В сфере национального правотворчества иностранный элемент реализуется в трех основных формах: правовой рецепции; создания национальной нормы при учете практики правового регулирования в других системах; создания специальных национальных норм, регулирующих отношения с иностранным элементом.

Правовая рецепция предполагает наличие объекта правового заимствования, под которым предлагается понимать иностранный правовой элемент, создаваемый в одной правовой системе и рецептируемый в другую определенной группой субъектов с целью совершенствования функционирования национальной правовой системы. Основным в плане реализации правовой рецепции является определение объекта правового заимствования.

Учет иностранной практики правового регулирования схожих общественных отношений обусловлен процессами интегрирования разнотипных правовых основ, к которым предлагается относить: принципы права, а также отрасли права и правовые институты, традиционные для всех правовых систем. Данная форма взаимодействия национального правотворчества и иностранной практики регулирования общественных отношений определяет процессы уни-

фикации национальных норм, где основным межсистемным способом такой интеграции должна стать идентификация принципов-основ, а не конкретных норм частного регулятивного значения.

Создание специальных норм, направленных на регулирование отношений с иностранным элементом в современных условиях, должно предполагать не создание унифицированных актов, регулирующих данные отношения, а инкорпорацию этих норм в блоке публично-правового (первичность закрепления в конституциях или конституционных актах) и частно-правового (включение в гражданские кодексы, уложения, нормативные звенья прецедентной системы) характеров. Данный процесс должен основываться на создании универсальных правовых понятий посредством реализации элементов практики автономной квалификации и использования методологических основ правовой компаративистики [2, 11].

5. Иностранный элемент в национальной правоприменительной сфере предполагает свою реализацию посредством следующих специфических этапов правоприменения: выбора правопорядка между национальным, иностранным и международным, установления содержания избранного правопорядка, непосредственной реализации нормы, осложненной иностранным элементом.

Юридическим средством выбора правопорядка является коллизионная норма, присутствующая как частно-правовой, так и публично-правовой сферам регулирования общественных отношений. Данное юридико-техническое средство не должно иметь приоритета в национальной правовой среде перед нормами, обладающими высшей степенью когнитности и закрепленными в конституционных актах. К тому же, коллизионная норма должна применяться как юридическая нормативная модель со всеми присущими ей традиционными элементами, а не как доктринальное правило.

Оценка содержания иностранного права в процессе правоприменения происходит с точки зрения анализа основных компонентов иностранных правовых систем (источников права, системы права, характера нормы права и специфики правопонимания) с учетом принадлежности правовых систем к определенным семьям романо-германского, англо-американского и религиозно-общинного права, а также в виде установления содержания норм иностранного права в рамках конкретной отрасли частно-правового или публично-правового характера [4, 10].

Непосредственное применение нормы, осложненной иностранным элементом, предполагает реализацию традиционных для правовых систем стадий правоприменения в виде установления фактической основы дела, определения юридической основы дела и принятия решения по делу, но с учетом специфики, вызванной иностранными характеристиками субъекта, фактом нахождения объекта вне пределов национальной юрисдикции и определением национально-правового поля, в рамках которого имело место определенное действие или событие.

Принятие решения по делу не обладает признаком какой-то "иностранности", за исключением адресного вынесения решений, направляемых для ис-

полнения иностранным юрисдикционным органом, качество приведения в действие которых зависит от уровня развития межсистемных связей правовой действительности в рамках международного взаимодействия национальных правовых систем [5; 6; 9]

СПИСОК ОПУБЛИКОВАННЫХ АВТОРОМ РАБОТ ПО ТЕМЕ ДИССЕРТАЦИИ

1. Егорова А.Г. Иностранный элемент в национальном праве // Веснік Віцебскага дзяржаўнага універсітэта. – 2001. – № 2. – С. 57–60.
2. Егорова А.Г. К вопросу об объектах правового заимствования // Формирование основ конституционного государства в Республике Беларусь: Сборник научных трудов. – Новополоцк: ПГУ, 2001. – С. 55–59.
3. Егорова А.Г. Иностранный элемент в национальном праве (методика исследования проблемы) // Экономика и право переходного периода: Материалы IV международной научно-методической конференции. – Гродно: Издательство Гродненского филиала НИСЗ, 2000. – С. 128.
4. Егоров А.В., Егорова А.Г. Роль третейских судов в развитии социального партнерства // Социальное партнерство: концепция, опыт, проблемы: Материалы Третьей международной научно-практической конференции (22–23 июня 2000 года). – Витебск, 2001. – С. 49–52.
5. Егорова А.Г. Иностранный элемент в национальном праве: проблема определения // Система права и законодательства Республики Беларусь: состояние, перспектива развития: Материалы республиканской научно-практической конференции / Под ред. И.В. Гущина В 2 ч. Ч. 2. – Гродно: ГрГУ, 1999. – С. 49–51.
6. Егорова А.Г. Право и управление в системе компаративистских исследований // Проблемы законности и правопорядка в Республике Беларусь: Материалы республиканской научно-практической конференции. – Новополоцк: ПГУ, 2000. – С. 29–30.
7. Егорова А.Г. Современное право как продукт интеграции разносистемных правовых основ // Проблемы законности и правопорядка в Республике Беларусь: Материалы республиканской научно-практической конференции – Новополоцк. ПГУ, 2000. – С. 416–419.
8. Егорова А.Г. Иностранный правовой элемент как объект правового заимствования // Правовые акты: социальная обусловленность, качество, применение и совершенствование: Материалы межвузовской научно-практической конференции. – Минск: БНИП, 1999. – С. 317–318.
9. Егоров А.В., Егорова А.Г. Сравнительное правоведение и формирование нового типа юридического мышления на постсоветском правовом пространстве // Проблемы совершенствования правового образования и воспитания: Материалы межвузовской научно-практической конференции – Брест: БрГУ, 2000. – С. 17–20.

10. Егоров А.В., Егорова А.Г. Правовая компаративистика мировой опыт применения и перспективы использования в Республике Беларусь // Наука и образование на пороге III тысячелетия: Тезисы докладов международного конгресса. В 2-х книгах. Кн. I – Мн., 2000. – С. 13-14.

11. Егорова А.Г. Автономная квалификация в международном частном праве // Правовое обеспечение экономических реформ в славянских государствах: Тезисы докладов Международной научно-практической конференции. – Мн.: БГЭУ, 2000. – С. 165-167.

12. Егорова А.Г. Пределы сближения правовых систем // Теоретические и практические проблемы соотношения международного и национального права: Тезисы докладов международной научно-практической конференции В 2-х ч. Ч. I. – Гродно: ГрГУ, 2000. – С. 93-95.

РЕЗЮМЕ

Егорова Александра Георгиевна

Иностраный элемент в национальном праве

Ключевые слова: иностранный элемент, национальное право, правовая система, национальное правотворчество, правоприменительная деятельность.

Объектом исследования является функционирование иностранного элемента в национальном праве.

Цель диссертационного исследования – разработка общетеоретического правового понятия иностранного элемента, определение форм взаимодействия национального права с иностранным элементом.

Основными методами, которые использовались при проведении исследования, являются общенаучные методы, а также сравнительно-правовой, логико-юридический, историко-политический и прогностический методы.

В результате исследования определены общетеоретическое правовое понятие и содержание иностранного элемента, а также формы нормативного взаимодействия национального права с иностранным элементом. Предложена концептуальная основа использования иностранного элемента в национальном правотворчестве и правоприменении.

Научная новизна диссертации состоит в разработке общетеоретического правового понятия иностранного элемента и форм его взаимодействия с основными компонентами национальной правовой системы.

Полученные в ходе исследования результаты могут быть использованы в правотворческой и правоприменительной деятельности, а также в учебном процессе при разработке и чтении курсов общей теории права и сравнительного правоведения и в ряде отраслевых юридических дисциплин, где излагаются вопросы применения иностранных норм.

РЭЗЮМЕ

Ягорава Аляксандра Георгіеўна

Замежны элемент у нацыянальным праве

Ключавыя словы: замежны элемент, нацыянальнае права, прававая сістэма, нацыянальная праватворчасць, правапрымяняльная дзейнасць.

Аб'ектам даследавання з'ўляецца функцыянаванне замежнага элемента ў нацыянальным праве.

Мэта дысертацыйнага даследавання – распрацоўка агульнатэарэтычнага прававога паняцця замежнага элемента, азначэнне форм узаемадзеяння нацыянальнага права з замежным элементам.

Асноўнымі метадамі, якія выкарыстаны пры правядзенні даследавання, з'яўляюцца агульнанавуковыя метады, а таксама параўнальна-прававы, логіка-юрыдычны, гісторыка-палітычны і прагнастычны метады.

У выніку даследавання вызначаны агульнатэарэтычнае прававое паняцце і змест замежнага элемента, а таксама формы нарматыўнага ўзаемадзеяння нацыянальнага права з замежным элементам. Прапанавана канцэптуальная аснова выкарыстання замежнага элемента ў нацыянальнай праватворчасці і правапрымяненні.

Навуковая навізна дысертацыі заключаецца ў распрацоўцы агульнатэарэтычнага прававога паняцця замежнага элемента і форм яго ўзаемадзеяння з асноўнымі кампанентамі нацыянальнай прававой сістэмы.

Атрыманія пры даследаванні вынікі могуць быць выкарыстаны ў праватворчай і правапрымяняльнай дзейнасці, а таксама ў вучэбным працэсе пры распрацоўцы і выкладанні агульнай тэорыі права і параўнальнага правазнаўства і ў шэрагу атраслявых юрыдычных дысцыплін, ў якіх разглядаюцца пытанні прымянення замежных норм.

SUMMARY

Egorova Alexandra Georgievna

Foreign Element in National Law

Key words: foreign element, national law, law system, national legislature, law application activity.

The subject of the research is the functioning of the foreign element in the national law.

The purpose of the dissertation research is elaboration of the theoretical law concept of the foreign element, determination of co-operation forms between the foreign element and national law.

The main methods which were used in the research are the general scientific methods, and also the method of the comparative law, logical-law method, historical-political and prognostic methods.

In the research result the theoretical law concept and contents of the foreign element and the forms for the normative co-operation between the national law and foreign element were defined. The author offers the conceptual basement for the use of the foreign element in the national legislature and law application process.

The scientific innovation of the dissertation is the attempt to create the theoretical law concept of the foreign element and the concept of the co-operation forms between the main components of the national law system.

The research result can be used in the legislature and law application activity, as well as in the study process concerning such subject as the theory of law, comparative law and in the other branches of law relating with the application to the foreign legal norms.