

А.Г. Егорова

## Иностранный элемент в национальном праве

В юридической науке иностранный элемент не имеет своего доктринального, а уж тем более соответствующего нормативного определения. Чаще всего данный элемент существует в виде трихотомного образования, представляющего собой в каждом конкретном случае либо субъект отношения – иностранный гражданин, иностранное юридическое лицо, иностранное государство, либо объект отношения – имущество, которое находится за границей, либо юридический факт, имевший место за границей, либо наличие всех трех указанных элементов одновременно [1-3]. Данный подход былработан наукой международного частного права, которая чаще и эффективнее всего взаимодействует с иностранными явлениями и другими образованиями социального характера. К сожалению, теоретико-правовая наука не занималась исследованием этого понятия, за исключением, может быть, изучения микрообъектов – иностранных правовых институтов, отраслей права и т.д. [4-5].

В то же время целый ряд юридических наук, в том числе и отраслевых, активно использует такое явление как «иностранный элемент». Например, международное право в вопросах экстрадиции пользуется терминами «иностранное лицо», «иностранный гражданин». Такие относительно новые для нашей правовой системы науки, как гражданское и торговое право зарубежных стран, сравнительное конституционное право и другие, вообще не могут обходиться без использования этого термина. Следовательно, созрела необходимость разработать такое понятие иностранного элемента, которое бы в принципе могло быть использовано как общетеоретическая конструкция всеми отраслевыми юридическими науками, и в особенности сравнительно-правовыми.

В международно-правовой науке термин «иностранный элемент» употребляется в значении социального явления, сложившегося в другом государстве. Более того, наука международного публичного права в аналогичном смысле употребляет термин «иностранное государство», рассматривая, таким образом, другие суверенные образования в качестве инородных ему самому явлений международного характера.

Наука международного частного права большее внимание уделяет понятиям «иностранный объект» и «иностранный юридический факт», подчеркивая значимость правового регулирования имущественных отношений, осложненных данными иностранными элементами. Государство, в том числе и иностранное, рассматривается не в качестве суверена, а как равноправный участник имущественных и личных неимущественных отношений.

На наш взгляд, слабой стороной обозначенных позиций международно-правовой науки является ее отношение к иностранному элементу как к некоей данности иностранного происхождения, и потому являющейся инородной по отношению к собственной национально-правовой среде уже в силу самого факта такого происхождения. Причина данной позиции видится в недооценке роли правоотношения как юридической модели общественного отношения, сложившейся за рубежом и возможно могущей стать основанием для порожд-

дения другого правоотношения уже в иной национально-правовой сфере. Такая взаимосвязь порождает целую цепь отношений правового характера между различными правовыми системами, представляющую собой систему международного взаимодействия национальных правовых систем на макроуровне.

В плане оценки иностранного элемента как определенной стороны правоотношения заслуживает внимания позиция профессора Г.К. Дмитриевой, которая ставит деление иностранных элементов на три группы в зависимости от того, «к какому структурному элементу правоотношения они относятся» [6]. Такая позиция дает основание говорить о том, что иностранный элемент не просто социальное явление или образование, возникшие в другом государстве, а сторона или стороны правоотношения, сложившегося в иностранном государстве.

В зависимости от того, на основании какого типа нормы в национальной правовой среде возникло соответствующее правоотношение, можно выделить и соответствующий тип иностранного элемента, являющегося таковым для другой правовой сферы национального характера.

Иностранный элемент романо-германского происхождения относится к открытому типу, поскольку возникшее в континентальной кодифицированной среде правоотношение может восприниматься другими правовыми системами в целом. Например, признавая иностранное предприятие субъектом немецкого права, мы не просто констатируем факт его функционирования на территории Германии, но и определяем объем его имущественных прав, оценивая, таким образом, объект иностранного происхождения, а также выясняем факт государственной регистрации предприятия на территории Германии, что является оценкой юридического факта иностранного происхождения. Таким образом, взаимодействуя с иностранным субъектом, национальное право контактирует с иностранным правоотношением на всех уровнях. Это становится возможным благодаря абстрактному характеру романской нормы, рассчитанной на неограниченное число случаев типичного характера. Абстрактность континентальной нормы позволяет возникнуть вполне определенному правоотношению, сторонами которого всегда являются конкретные субъекты: должник – кредитор; обвиняемый – потерпевший; истец – ответчик и т.д.

Иная ситуация существует в англо-американской правовой сфере, где казуальность прецедентной нормы порождает неопределенность правоотношения именно в нормативном плане. Это означает, что характер прецедентной нормы, создаваемой по судейскому усмотрению, даже более конкретно, чем в романо-германском праве, определяет управомоченных и обязанных субъектов: «Х должен уплатить Y сумму денег в эквиваленте Z». С другой стороны, последующий судья, выносящий решение по аналогичному делу, может и не воспользоваться предшествующим прецедентом, а создать свой, руководствуясь собственным разумом как источником права. Поэтому в нормативном плане ситуация остается неопределенной до самого момента вынесения окончательного решения. Такая ситуация напрямую влияет и на характер иностранного элемента, оцениваемого в качестве такового другими правовыми системами. Тип этого иностранного элемента можно назвать «определенным», что, в принципе, и мешает другим субъектам правоприменения сделать вывод о том, возникло ли в иностранной среде правоотношение в целом, поскольку такое может быть выведено путем анализа целого ряда судебных или административных прецедентов, и то не всегда. В результате, иностранный элемент англо-американского происхождения в национальных правовых системах оценивается как один из элементов возникшего в иной среде правоотношения в зависимости от конкретных потребностей национального пра-

воприменителя. Законодательные источники хотя и подкорректировали данную ситуацию в плане большей нормативной определенности возникшего правоотношения, но только в рамках собственной правовой среды, поскольку англо-американское законодательство в его романском восприятии становится работающим источником права опять же после того, как по нему состоятся соответствующие судебные решения.

Упрощенным восприятием характеризуется иностранный элемент религиозно-общинного типа, который можно назвать закрытым для восприятия другими цивилизованными правовыми системами. Формируясь в рамках традиционного права, религиозно-общинное правоотношение носит детерминированный религиозно-социальными догмами характер. В результате само такое правоотношение в иных системах может восприниматься как факт наличия или отсутствия определенного явления или состояния. Иностранный правоприменитель, например, может констатировать факт полигамии как основание для возникновения алиментных правоотношений в национальной сфере; оценивать «ди» (уважение к старшим) как обстоятельство, смягчающее вину преступника, превысившего пределы необходимой обороны при защите старейшины и т.д. Сказанное относится к реалиям традиционного права, функционирующего в рамках конкретных правовых систем наряду, как правило, с другими типами права – европеизированного (Япония, Китай), заимствованного из англосаксонской среды (Австралия, часть Северной Африки). В последних случаях оценка иностранного элемента будет осуществляться исходя из соответствующих характеристик романо-германских или англосаксонских традиций, на которые мы указали выше.

Таким образом, для национального права иностранным элементом религиозно-общинного происхождения будет являться лишь факт юридического характера относительно события или действия, существующих в традиционной-правовой сфере. Конкретный же элемент традиционного правоотношения для других национальных систем необходимо определять как инородный элемент, что вполне соответствует традициям взаимодействия территориальных и персональных правовых систем.

Характеризуя иностранный элемент на основе трихотомии указанных семей, необходимо учитывать и тот факт, что национальный правоприменитель, даже имея такую возможность, не всегда задействует все составные элементы правоотношения, возникшего за рубежом. Он, прежде всего, исходит из потребностей практической ситуации, сложившейся в его национальной правовой среде. Анализ такого подхода позволяет сделать вывод о том, что иностранный элемент не представляет собой некий доктринально-нормативный монолит, неделимый ни в идеальном, ни в реальном (с точки зрения юридической практики) виде.

Представляется, что в основе правильной оценки иностранного элемента должны лежать две его составные – объем и основание. Под объемом предполагается понимать правоотношение в целом, вне зависимости от юридического интереса национального правоприменителя. Объем может быть родовым и предполагаемым. Родовой объем подразумевает реальную нормативную видимость элементов правоотношений. Он, как правило, присутствует в обоюдной оценке представителей родственных правовых систем, например, немецкой и французской, итальянской и греческой, шведской и латвийской и т.д.

Предполагаемый объем иностранного элемента можно констатировать при взаимодействии иностранного элемента и национального права, представленных разнородными правовыми системами – английской и немецкой, японской и канадской и т.д. Оценка объема в такой ситуации проводится по

факту наличия требуемого для анализа элемента правоотношения и очень часто на основе правоприменительного фактора, имеющего место за рубежом. Например, констатацию наличия определенного правоотношения в англо-американской правовой среде мы осуществляем, основываясь, как правило, на судебном решении, поскольку прецедентная система не дает возможности качественной оценки представителями других правовых систем всех правовых компонентов, составляющих правоотношение. В таких случаях объем иностранного элемента часто может совпадать с его основанием, под которым предполагается понимать тот элемент иностранного правоотношения, который имеет юридическое значение для национальной правовой сферы (как правило, для правоприменения).

Установление основания через объем является идеальным вариантом правильной оценки взаимодействия национального права с иностранным элементом, поскольку от этого зависит не только качество научной оценки иностранных компонентов, в том числе и правовых, но и эффективность форм взаимодействия национального права и иностранного элемента.

### ЛИТЕРАТУРА

1. *Луц Л.А.* Курс международного частного права: В 3 т. М., 1970. Т. 1. Общая часть. С. 19.
2. *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: В 3 т. М., 2000. Т. 1. Общая часть. С. 60.
3. *Pazdan M.* Prawo prywatne międzynarodowe. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN, 2000. S. 69.
4. *Тихомиров Ю.А.* Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 182-230.
5. *Основные институты гражданского права зарубежных стран* / Под ред. *В.В. Залесского.* М., 1999. С. 180.
6. *Международное частное право.* Учебник / Под ред. *Г.К. Дмитриевой.* М., 2000. С. 12-13.

### S U M M A R Y

*The types of the foreign element regulation in terms of law in Roman-German, English-American and religion-communal law family are defined. The structure of the foreign element relating to the law-capacity (generic and proposed) and foundation is defined. The components of the foreign element are analyzed.*

*Поступила в редакцию 16.03.2001*