

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 340.1; 321.01

ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ИНОСТРАННОЕ ПРАВО

канд. юрид. наук, доц. А.Г. ЕГОРОВА (Полоцкий государственный университет)

Рассматриваются стадии правоприменения с точки зрения изучения и применения иностранных правовых норм. Дается анализ установления фактической и юридической основы дела относительно оценки правоотношения, осложненного иностранным правовым элементом.

Общее установление содержания иностранного правопорядка непосредственным образом влияет на конкретное установление содержания норм, что в соответствии с традициями и доктриной правоприменения предполагает не только установление юридической, но и фактической основы дела, а также принятие решения по делу.

Данные стадии, присутствующие в любом правоприменительном процессе, имеют свои особенности, обусловленные присутствием иностранного элемента. Поэтому более подробно рассмотрим данные звенья правоприменительной цепи с учетом названного обстоятельства.

Установление фактической основы дела

Согласно устоявшейся точке зрения, на данной стадии происходят исследования фактов и обстоятельств реальной жизненной действительности, которые имеют юридическое значение, т.е. предусмотрены нормами права [1].

В отличие от обычных условий правоприменения при анализе фактических обстоятельств, осложненных иностранным элементом, в первую очередь происходит установление признака «иностранности» субъекта, объекта или юридического факта. То есть правоприменитель, учитывая требования национального закона и юрисдикции государств относительно данного характера элемента, определяет:

- является ли физическое лицо иностранным гражданином или лицом без гражданства; имеет ли юридическое лицо статус иностранного образования; является ли иностранное политическое образование - государство - признанным с точки зрения норм международного права;
- действительно ли имущество находится вне пределов действия национальной юрисдикции;
- в рамках какого национального правового поля произошло определенное событие или было произведено соответствующее действие.

Согласно общепринятой международно-правовой концепции, иностранцем признается лицо, не являющееся гражданином страны пребывания, но обладающее гражданством другого государства. Соответственно лицом без гражданства считается лицо, которое не обладает гражданством какого бы то ни было государства. В своих правах и обязанностях иностранные граждане и лица без гражданства уравнены национальным законодательством большинства стран. К тому же, как правило, любая национальная система права конкретизирует определение этих двух категорий субъектов. Так, в соответствии с Законом Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» от 3 июня 1993 года иностранными гражданами в Республике Беларусь признаются лица, не являющиеся гражданами Беларуси, но имеющие доказательства своей принадлежности к гражданству другого государства (ч. 1 ст. 1). Лицами без гражданства в Республике Беларусь признаются лица, не являющиеся гражданами Беларуси и не имеющие доказательства своей принадлежности к гражданству другого государства (ч. 3 ст. 1).

Часто национальному правоприменителю приходится устанавливать не только факт гражданства, но и обстоятельство постоянного проживания лица на территории другого государства, что также определяется понятием «иностранность» субъекта. В частности, в науке международного частного права развит институт «домицилия», а в соответствии со статьей 1103 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее - ГК РБ) личным законом физического лица считается право страны, гражданство (подданство) которой это лицо имеет. Личным законом лица без гражданства считается право страны, в которой это лицо постоянно проживает. Поэтому в правоприменительной практике при определении иностранных характеристик физического лица очень важна связь этого лица с определенной территорией государства, а не с самим суверенитетом, что мы называем политико-правовой связью с государством, именуемой гражданством. Связь с территорией детерминируется в правоприменительной практике обстоятельствами

конкретного дела, т.е. тем, что лежит в основе возникшего вопроса о праве или имеющего место юридического факта - имущественные факторы или политическое решение проблемы и т.д.

Тенденции интернационализации субъекта, и в особенности физических лиц, прослеживаются на примере практики европейского региона. В соответствии с Договором, учреждающим Европейское Сообщество 1992 года, установлен институт гражданства Европейского Союза. Согласно статье 17 Договора, каждое лицо, имеющее гражданство государства-члена Союза, является гражданином Союза. В соответствии со статьей 18, каждый гражданин Союза имеет право на свободное передвижение и постоянное проживание на территории государств-членов Союза. Статья 19 Договора определяет, что каждый гражданин Союза, проживающий на территории государства-члена Союза, гражданином которого он не является, имеет право участвовать в голосовании и баллотироваться в качестве кандидата на муниципальных выборах в государстве-члене, в котором он проживает, на тех же условиях, что и граждане этого государства. Правда, способы осуществления этого права должны быть установлены единогласным решением Совета по предложению Комиссии и после консультации с Европейским Парламентом. Способы осуществления этого права также могут предусматривать отступление там, где они оправданы специфическими проблемами государства-члена. Не исключена региональная реализация данных нормативных положений и другими сообществами.

В отличие от иностранной характеристики физических лиц, иностранные юридические лица как бы имеют двойной статус. С одной стороны, будучи образованными на основании законодательства одной страны и объявленными национальными юридическими лицами согласно теории инкорпорации, они осуществляют свою деятельность и на территории других государств - имеют представительства и филиалы, заключают и исполняют сделки и т.п. С другой стороны, эти предприятия могут быть объявлены национальными юридическими лицами другими государствами в силу теории фактической деятельности, если таковое в данных странах имеет нормативное выражение. Кроме того, ряд проблем возникает и с перемещением капитала через границу, который входит в состав уставного фонда так называемых совместных предприятий, объявленных национальными юридическими лицами. Представляется, что разрешение этих и подобных им проблем должно происходить следующим образом.

Во-первых, правоприменительная практика при определении иностранных характеристик юридического лица должна отдавать предпочтение так называемой теории центра эксплуатации, суть которой состоит в том, что юридическое лицо признается принадлежащим той стране, на территории которой оно осуществляет свою фактическую хозяйственную деятельность в широком смысле слова независимо от того, где оно зарегистрировано или имеет свой административный орган управления.

Во-вторых в теории и на практике необходимо установить критерии осуществления такой деятельности для того, чтобы считаться юридическим лицом той или иной страны.

В-третьих, факторы регистрации и местонахождения управленческого органа могут использоваться лишь при решении вопросов, связанных с образованием и прекращением деятельности юридического лица. Сама же деятельность происходит в условиях правового поля той страны, где юридическое лицо реализует свой объем правосубъектности, конституированный правом страны учреждения или административного центра, но фактически предоставленный опять же правом страны осуществления деятельности. Так, согласно статье 1113 ГК РБ, иностранные юридические лица осуществляют в Республике Беларусь предпринимательскую и иную деятельность, регулируемую гражданским законодательством в соответствии с правилами, установленными этим законодательством для такой деятельности юридических лиц Беларуси, если законодательством Республики Беларусь для иностранных юридических лиц не предусмотрено иное. Статья 1120 устанавливает, что возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество, являющееся предметом сделки, как правило, определяются по праву места совершения сделки (ч. 1).

Теория эксплуатации юридического лица имеет тенденцию к распространению, несмотря на то, что ее противники присвоили ей удел теории, реализуемой преимущественно в развивающихся странах.

Примерами, подтверждающими иную ситуацию, являются: во-первых, закрепление принципа центра эксплуатации во многих важнейших международных конвенциях, например в Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года, Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге и международных операциях по факторингу 1988 года, Конвенции Совета Европы о признании неправительственных организаций 1986 года и др.; во-вторых, ссылки на рассматриваемую теорию в законодательствах стран, отнюдь не являющихся сторонницами центра эксплуатации. Так, § 13(B) раздела 2 книги 1 Германского торгового уложения 1897 года предусматривает, что «для заявлений образцов подписей, подачи документов и регистрации, если зарубежное право не требует иного, действуют соответственно предписания в отношении головных отделений или отделений по месту нахождения общества». Согласно § 24 раздела 1, «местом нахождения союза считается, если не установлено иное, место, в котором находится его правление».

Статья 26 Торгового кодекса Португалии 1888 года предусматривает, что «любой коммерсант, чтобы пользоваться правами, признаваемыми за ним настоящим Кодексом, и защитой, предоставляемой фирме, должен внести ее в торговый реестр округов, в которых имеет свое главное предприятие».

Необходимо отметить, что и практика СНГ идет по пути использования указанной теории определения национальности юридического лица. Так, в соответствии с Соглашением о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 года под хозяйствующими субъектами понимаются предприятия, их объединения, организации любых организационно-правовых форм, а также граждане, обладающие статусом предпринимателя в соответствии с законодательством, действующим на территории государств-участников Содружества Независимых Государств, и их объединения (ст. 2),

Еще большей проблемой является определение иностранного статуса государства. Для правоприменителя важен как сам фактор самостоятельного существования иностранного государства, так и факты, связанные с этим - нахождение имущества на территории иностранного государства, проживание лица в конкретном иностранном государстве и т.д. От решения вопроса о том, является ли политическое образование самостоятельным субъектом-сувереном, зависит решение и всех других правоприменительных вопросов, порожденных иностранным элементом.

В науке международного права определились две концептуальные позиции по вопросу о признании государства. Сторонники первой утверждают, что новое политическое образование может быть признано самостоятельным субъектом международного права лишь после его признания другими государствами (конститутивная теория) [2]. Другие заявляют о том, что для этого достаточно факта самопровозглашения государства (декларативная теория) [3, 4]. Несмотря на сильную позицию сторонников декларативной теории, все же отметим ее слабую состоятельность к правоприменительной практике. Дело в том, что правоприменитель прежде всего связан нормой права, а затем уже доктринальными факторами, которые он может использовать, а может и не использовать в своей деятельности при достаточности нормативных источников правового регулирования. Поэтому, для того чтобы решить вопрос о факте существования и «иностранности» государства, а также связанные с этим другие вопросы объектов и фактов, правоприменитель в первую очередь должен руководствоваться определенными нормативными актами, которые он прежде всего найдет в договорах о правовой помощи, актах о признании и т.д. В таком случае правоприменитель будет уверен в устойчивости правовой связи между его государством и государством признанным. В худшем случае правоприменитель должен иметь «на руках» хотя бы акт провозглашения суверенного образования, носящий нормативный характер, присущий практике самопровозглашенного государства. Но в такой ситуации правоприменитель будет действовать на свой страх и риск, признавая новое образование иностранным, которое в перспективе очень скоро может прекратить свое существование. Рассмотрение двух других, обозначенных нами, вопросов носит как бы стратегический характер, зависимый от фактора «иностранности» субъекта, но вместе с тем имеющий важное практическое значение.

Определяя правовой режим объекта, находящегося вне пределов территории государства, правоприменителю необходимо различать фактическое и юридическое нахождение этого объекта вне пределов территории. Дело в том, что очень часто вещь или иной объект, фактически находящийся в другой стране, юридически признается объектом своего государства и потому иностранным считаться не может. Так, государственная собственность за рубежом, как правило, объявляется неприкосновенной. Обладая своего рода иммунитетом, такое имущество не может быть без согласия государства-собственника подвергнуто отчуждению, аресту и т.д. Его также нельзя насильно удерживать на территории иностранного государства, оно не может быть продано с публичных торгов. Более того, органы иностранного государства, на территории которого находится собственность другого государства, не могут даже входить с предложением о рассмотрении вопроса о том, принадлежит ли данное имущество чужому государству, если последнее заявляет о том, что имущество принадлежит ему («доктрина акта государства»). Нормативно данное положение содержится в специальном отраслевом законодательстве. Например, в Республике Беларусь это закреплено на уровне системы гражданского законодательства.

Следовательно, правоприменитель должен изначально выяснить правовой режим объекта, что и определит его иностранный или национальный характер.

Часто, особенно в публично-правовых отношениях, субъект рассматривается в роли объекта. Такая подмена понятий объясняется несовершенством законодательных формулировок. Так, в соответствии со ст. 5 Уголовного кодекса Республики Беларусь (далее - УК РБ) лицо, совершившее преступление на территории РБ, подлежит ответственности по настоящему кодексу (ч. 1). Лицо, совершившее преступление на судне, приписанном к порту Республики Беларусь, находящемся в открытом водном или воздушном пространстве вне пределов Беларуси, подлежит уголовной ответственности по УК РБ, если иное не предусмотрено международным договором Республики Беларусь. По настоящему кодексу уголовную ответ-

ственность несет также лицо, совершившее преступление на военном корабле или военном воздушном судне Республики Беларусь независимо от места их нахождения (ч. 3). В данном случае основную смысловую нагрузку должен нести термин «преступление», а не «лицо, совершившее преступление», и тогда в технико-юридическом смысле все встанет на свои места.

Юридический факт как реальное событие или действие может произойти на территории любой страны. Но не всякий факт, как мы знаем, будет иметь юридическое значение. Поэтому для правоприменителя очень важно установить, придается ли в данной правовой системе определенному фактическому обстоятельству юридическое значение.

Кроме того, в правоприменительной практике, осложненной иностранным элементом, большое значение имеет не только сам юридический факт, но и его фактические последствия. Но в собственном смысле этого слова данные последствия таковыми назвать нельзя, потому что в другой стране они уже будут рассматриваться в качестве самостоятельного юридического факта. Например, работник получил дозу негативного воздействия на организм на предприятии в Германии, а само заболевание возникло в Беларуси. Что здесь будет являться юридическим фактом, а что его последствиями, сказать трудно, поскольку белорусский правоприменитель будет прежде исходить из факта заболевания, а не работы в других странах. Поэтому, в частности, ГК РБ содержит ряд формулировок относительно подобных ситуаций. Так, статья 1129 ГК РБ определяет, что «права и обязанности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по праву страны, где имело место действие или иное обстоятельство (выделено мною – А.Е.), послужившее основанием для требования о возмещении вреда» (ч. 1).

Установление фактической основы дела не может происходить без одновременной юридической оценки составных этой основы. Данные обстоятельства мы можем наблюдать, анализируя фактор «иностранности» рассмотренных элементов.

Установление юридической основы дела

Согласно общепринятой точке зрения, установление юридической основы дела предполагает правовую квалификацию установленных фактических обстоятельств дела [5]. На данной стадии правоприменитель осуществляет: выбор правовой нормы, подлежащей применению; определяет сферу ее действия; проверяет подлинность текста нормы.

Данные действия имеют некоторые особенности относительно правоприменительной практики с участием иностранного элемента. Речь идет об особенностях при применении норм иностранного права к отношениям с иностранным элементом, а не о разнице национальных норм, что значительно упростило бы проблемы.

Осуществляя выбор правовой нормы, правоприменитель изначально определяет ее отраслевую принадлежность. Не во всех правовых системах право имеет свою отраслевую выраженность. Так, система англо-американского права представлена правовыми институтами. Даже исследовательские работы ученых говорят о таком институциональном своеобразии. Данная черта определяется и в специализации практикующих юристов.

Национальный правоприменитель, как правило, самостоятельно решает вопрос об отраслевой принадлежности норм в том смысле, что он производит данную дифференциацию, основываясь на характере общественных отношений, которые, по мнению правоприменителя, должны регулироваться определенной нормой.

Большое значение при отраслевом выборе нормы играет доктринальный аспект правоприменения, поскольку правоприменитель как бы вычленил из сложившейся традиционной практики проблему предмета и технику применимого метода, которые применяются в данной правовой системе относительно сложившихся там отношений. Поэтому правоприменитель должен не только дать юридическую, но и доктринальную оценку применения иностранного нормативного регулятора в национальной практике правоприменения. Вместе с тем, он не может и отказаться от такой миссии, ограничиваясь лишь применением буквы закона. Вспомним хотя бы формулировку статьи 1095 ГК РБ, которая требует при применении иностранного права устанавливать не только содержание его норм, но и учитывать практику толкования и доктрину, сложившихся в иностранном государстве.

Поиск иностранной нормы может привести к констатации факта ее отсутствия. Возможно ли в таком случае говорить об использовании аналогии? Представляется, что да. Данная позиция основывается на разработанной немецкими учеными М. Соломоном и Э. Рабелем концепции функционального сравнения, суть которой сводится к тому, что изначальному сравнению в правовых системах подлежат не нормы и правовые институты, а реальные жизненные обстоятельства, и лишь потом способы их регулирования [6, 7]. В развитие этой теории другой известный немецкий ученый К. Цвайгерт предложил так называемое сравнительное правовое толкование, идея которого состояла в заимствовании иностранных способов и методов правоприменения при иногда различной нормативной трактовке ситуации [8]. Поэтому приме-

нение аналогии в данном случае не совсем подходит к общетеоретическому пониманию. Дело в том, что положения отдельных отраслей законодательства требуют при отсутствии нормы, либо даже при ее обнаружении, в иностранной системе применения собственной нормы. Так, п. 4 статьи 1095 ГК РБ устанавливает: «если содержание норм иностранного права, несмотря на предпринятые в соответствии с настоящей статьей меры в разумные сроки, не установлено, применяется право Республики Беларусь». Но при этом не исключается использование аналогичной правоприменительной практики, сложившейся в других правовых системах. Именно в этом понимании и возможно применение аналогии.

Хочется также отметить большую прогрессивность сравнительно-правового толкования. Решая вопрос о действии иностранной нормы, мы определяем, действует ли она в данный момент, на какую территорию она распространяет свое действие и всех ли субъектов касается. Необходимо отметить, что в основе легитимности действия иностранной нормы лежит указание национальной нормы на возможность ее применения.

Вопрос действия правовой нормы на момент разрешения конкретного дела представляет собой задачу юридуко-технического характера, которую правоприменитель решает, используя правила действия закона во времени, сложившегося в иностранной правовой системе. Эти правила мало чем отличаются друг от друга в зависимости от характера правовых систем. Они основаны на общих принципах права, являющихся источниками права не только в международно-правовой, но и нередко в национально-правовой сферах.

То же самое касается и определения территории действия иностранной нормы, исходя из уже проанализированного нами обстоятельства «иностранности» политического образования - суверена.

Что же касается установления действия иностранной нормы по кругу лиц, то правоприменитель испытывает здесь определенные затруднения. Из круга участников дела правоприменитель обязательно будет выделять национальных и иностранных субъектов, применяя к ним различные правовые стандарты хотя бы в отношении языка судопроизводства, времени ознакомления с делом и т.д. Но основная проблема, которую испытывает правоприменитель - это, если можно так выразиться, «стыковка» нескольких национальных правовых порядков, на основе которых нужно вынести справедливое решение по делу. Ведь даже стороны договора, избравшие право определенной страны на момент заключения сделки, будут не согласны (вернее одна из сторон) с тем, что возникший спор разрешится не в соответствии с собственным национальным законом. Эта ситуация носит всеобщий характер. И потому понятие справедливости должно быть истолковано правоприменителем не с точки зрения применения «чужого» или «своего» права, а с позиций результата восстановления нарушенного права, что обуславливается общепринятыми нормами нравственно-этического характера.

Данный фактор должен лежать и в основе непосредственного принятия решения по делу как завершающей стадии правоприменительного процесса, которая, кстати, не имеет какой-то особой «иностранной» выраженности за исключением, может быть, того, что акты такого правоприменения адресуются для исполнения иностранным юрисдикционным органам.

В любом случае вынесенное решение должно соответствовать справедливости как категории общественной, неразделенной границами и взглядами идейно-политического содержания. Ведь недаром латинское слово «юстиция» (*justitia*) переводится на различные языки мира одновременно и как «правосудие», и как «справедливость».

ЛИТЕРАТУРА

1. Вишневский А.Ф., Горбатов Н.А., Кучинский В.А. Общая теория государства и права / Под общ. ред. А.Ф. Вишневого. - 2-е изд., исправл. и доп. - Мн.: Тисей, 1999. - С. 367.
2. Оппенгейм Л. Международное право. Т. I, п/т 1. - М.: Юридическая литература, 1946. - С. 136 - 137; Анцелотти Д. Курс международного права. - М.: Прогресс, 1961. - С. 164-165.
3. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т. 1. - М.: МГУ, 1996. - С. 184.
4. Моджорян Л.А. Основные права и обязанности государств. - М.: Юридическая литература, 1965. - С. 82.
5. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. - М.: Юристь, 1997. - С. 418.
6. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). - М.: Юристь, 2000. - С. 49 - 50.
7. Zweigert K., Kotz H. Introduction to Comparative Law. Amsterdam, 1977. - Vol. 1. - P. 223 - 241.
8. Zweigert K., Puttfarken H. Critical evaluation comparative law // *Adelaide law rev.* - 1976. - Vol. 5, № 4. - P. 343-356.