

УДК 340.1; 321.01

**НАЦИОНАЛЬНОЕ ПРАВО И ИНОСТРАННЫЙ ЭЛЕМЕНТ:
ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ***канд. юр. наук А.Г. ЕГОРОВА*

Анализируются теоретические аспекты взаимодействия национального права и иностранных элементов. Рассмотрены три формы нормативного взаимодействия национальных правовых систем и их компонентов в виде присвоения нормативного объема элемента иностранного происхождения, признания иностранного нормативного регулятора относительно инородного элемента, компромиссной оговорки, существующей в нескольких детализированных разновидностях. Определена проблема коллизионных норм и их конструкций применительно к общетеоретическим проблемам.

Анализ иностранного элемента с теоретико-правовой точки зрения позволяет сделать вывод о том, что иностранный элемент есть не что иное, как сторона правоотношения, которое возникло в иностранном государстве или в пределах внеюрисдикционных для государств сфер и может служить основанием для возникновения другого правоотношения, возникшего в иной национально-правовой сфере.

Сама же проблема иностранного элемента представляется проблемой конкуренции нескольких правопорядков относительно объекта регулирования. При этом как бы происходит правовая "эксплуатация" иностранного субъекта и эффект национального регулирования иностранного объекта зависит от удобного стечения действий и событий (т. е. юридического факта), где основным гарантом правопорядка является международно-правовая договоренность правовых систем в форме международного права как в его публичном, так и частном "исполнениях".

Обозначенные компоненты проблемы позволяют нам выделить три формы взаимодействия национального права и иностранного элемента: признание иностранного элемента в качестве первоначально возникшего в собственной среде с собственным правовым режимом; присвоение иностранного элемента за счет модификаций национально-правового характера; компромиссная оговорка альтернативного характера, сложившаяся в пользу иностранного или национального права.

Рассмотрим каждую из предложенных форм и дадим обстоятельный анализ, прежде всего, нормативным основаниям данного рода взаимодействия.

Признание иностранного элемента

Институт признания изначально имеет международно-правовой характер. Так, в международном публичном праве это понятие определяется как юридический акт субъекта международного права, констатирующий "наличие определенного юридически значимого факта или ситуации в международном общении..." [1, с. 165]. К сожалению, теоретико-правовая наука нередко сужает данное понятие до дипломатического акта, с помощью которого существующие государства заявляют о согласии с появлением нового государства или правительства [2, с. 360]. Такая позиция представляется ограничивающей не только институт признания в международном праве, но и само явление признания в практике международного взаимодействия национальных правовых систем.

На наш взгляд, признание в современных условиях глобализации общественной жизни должно рассматриваться широко, с учетом как международных, так и внутригосударственных тенденций, определяющих взаимодействие разнородных правовых компонентов. Любая национальная правовая система как при своем формировании, так и в процессе реализации нормативного массива вынуждена либо констатировать присутствие иностранного элемента в собственной правовой среде и, таким образом, уделять ему должное регулятивное внимание, либо в нормативной форме отрицать возможность его присутствия или правового регулирования в качестве иностранного элемента. Современные условия международного общения не допускают самой возможности игнорирования иностранного элемента правовыми системами. Правда, история знает случаи, когда подобная практика имела место. Так, правовая система Древнего Рима отличалась изоляционистским характером, который объяснялся скорее не исключением себя из международного взаимодействия с другими правовыми системами, как утверждает профессор А.А. Рубанов [3, с. 20], а превосходством над другими системами права, и, прежде всего, в сфере гражданского права. Подтверждением является высказывание Цицерона: "Предки наши оказались выше всех народов государственной мудростью; достаточно сравнить наши законы с их Ликургом, Драконом, Солоном. Нельзя даже поверить, насколько беспорядочно – прямо-таки до смешного! – гражданское право всех народов, кроме нашего" [4, с. 113]. Подтверждением, пусть и ограниченного, но все же реального

взаимодействия римской правовой системы с образованиями иностранного характера является то, что римляне заимствовали институт ипотеки из греческого права, а правила об общей аварии имели финикийское происхождение и применялись под названием "Родосский закон о выброшенном море".

"Институции" Гая прямо указывали на то, что каждый народ вправе сам себе устанавливать право (Дигесты, 1.1.9).

Таким образом, даже, по мнению некоторых авторов, изоляционистская в правовом плане позиция правовой системы Древнего Рима не исключала возможности признания иностранного элемента как основания для правоприменения, но по несколько другим правилам.

Современные же условия глобализации общественной жизни и интернационализации права тем более заставляют нас широко и многоаспектно посмотреть на природу иностранного элемента и на характер его взаимодействия с правом, сложившимся в иных геополитических условиях [5].

Говоря о признании иностранного элемента национальным правом, необходимо изначально отметить, что это самая широкая по своему объему форма взаимодействия двух разнородных компонентов. Объясняется это тем, что при данной форме объектом признания является как само социальное образование или явление (например, субъект, объект и т.д.), так и правовой объем регулирования данного образования, сложившегося за рубежом. Предварительно стоит отметить, что при реализации формы присвоения иностранного объекта национальным правом объектом такого присвоения будет выступать лишь правовой объем регулятивного статуса социального образования. Компромисс же, как форма взаимодействия национального права и иностранного элемента, вообще индифферентно относится к возможности конкретного фактического выбора регулятора, отдавая это на усмотрение субъектов правоотношения, закрепляя возможность такого выбора в форме нормативной альтернативы "по усмотрению сторон" или "если стороны не договорились об ином".

Таким образом, признание иностранного элемента национальным правом представляет собой, во-первых, нормативную определенность характера элемента правоотношения иностранного происхождения и, во-вторых, нормативно допускаемую возможность "переноса" правового статуса иностранного элемента из его собственной среды в инородную. На нормативном уровне это закрепляется в двух формах – дефиниционной и коллизионной.

Дефиниционная форма предполагает употребление в тексте нормативного документа терминов типа "иностранное предприятие", "иностраный гражданин", "зарубежное имущество" и т.д. Например, Закон Республики Беларусь "Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь" 1991 г. содержал целый ряд подобных терминов, определяя не только понятие "иностранные инвестиции", но и "иностранный инвестор", "предприятия с иностранными инвестициями" и т.д. Сегодня эту дефиниционную функцию выполняет Инвестиционный кодекс. Дефиниционная форма признания иностранного элемента национальным правом в данном случае представлена лишь терминологически, что свойственно отраслям права с развитой доктринально-толковательной базой, которая определяет понятия, исходя не из нормативного определения, а из доктринального понимания. Так, ст. 3 указанного закона лишь перечисляет иностранных инвесторов, относя к ним иностранные государства, иностранных физических лиц и т.д., но не дает нормативного понятия этим субъектам, так как данные дефиниции сложились доктринально и мы знаем, например, что иностранное физическое лицо – это гражданин, который имеет определенную политико-правовую связь с данным государством и может доказать таковую, не являясь гражданином государства пребывания.

Иная ситуация с дефинитивной формой признания иностранного элемента обстоит, если можно так сказать, в "точных" областях юриспруденции – уголовном, уголовно-процессуальном праве и т.д. Здесь дефиниции определены в конкретных статьях соответствующих нормативных актов. И отклонение от этих нормативных определений невозможно. Например, ст. 6 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь разъясняет понятия и наименования, содержащиеся в настоящем кодексе. В общей сложности данная статья излагает 53 дефиниции. При этом, однако, указывается, что понятия и наименования, содержащиеся в Уголовно-процессуальном кодексе, имеют значения, представленные в пунктах статьи, если нет особых указаний [6]. Аналогичную статью содержит и Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь, указывая, что применяемые в настоящем кодексе термины имеют определенные значения, если из текста или смысла кодекса не вытекает иное (ст. 1) [7, с. 304].

Вторая форма нормативного признания иностранного элемента и его правового статуса (коллизионная) представляет собой отсылочную концепцию к праву иностранного государства, предполагающую перенос правового статуса иностранного элемента из иностранной среды в национальную. Так, в соответствии с п. 1 ст. 1104 Гражданского кодекса Республики Беларусь правоспособность и дееспособность физического лица определяются его личным законом, т. е. правом страны, гражданство (подданство) которого это лицо имеет, или правом страны, в которой лицо постоянно проживает. Закон определяет и

третий случай наличия личного закона у беженца – это право страны, предоставившей убежище. С другой стороны, та же статья 1104 (п. 3) указывает, что гражданская дееспособность физического лица в отношении сделок, совершенных в Республике Беларусь, и обязательств, возникающих вследствие причинения вреда в Беларуси, определяется по законодательству Республики Беларусь [8].

Подобные ситуации определили необходимость выделения в каждой из форм взаимодействия иностранного элемента и национального права констатирующей и регулятивной сторон. В определенных формах эти стороны соотносятся по-разному. Суть же их заключается в следующем. Констатирующая сторона любой формы взаимодействия определяет статичную сторону соотношения иностранного элемента и национального права. Она, как правило, носит нормативно-определяющий характер и выстраивает логичную систему понятий и, самое главное, общих правил взаимодействия разнородных компонентов.

Регулятивная сторона форм взаимодействия отражает непосредственную динамику процессов этого взаимодействия, т. е. устанавливает конкретный объем прав и обязанностей иностранного субъекта, что свойственно другой форме взаимодействия – присвоению объема правового регулирования иностранного элемента национальным правом. В признании же иностранного элемента выражена больше констатирующая сторона взаимоотношений разнородных компонентов – иностранного элемента и национального права.

Определенной проблемой современного периода в признании правового объема статуса иностранного элемента является выбор нормативной формы регулирования в иностранном праве. Речь идет о применении права иностранного государства в период его признания. Согласно общепризнанной доктрине, в соответствии с декларативной теорией признания государства иностранное право подлежит применению в силу указания национальных норм. Поэтому применение иностранных законов не ставится в зависимость от признания или непризнания иностранного государства [9, с. 158]. С другой стороны, с образованием нового государства на его территории, как правило, может действовать сразу несколько нормативных систем: рудиментная, которая объективно остается от прежнего государства и не может быть сразу отменена новой властью, и формирующаяся. Типичным примером являются все бывшие союзные республики, а ныне самостоятельные государства СНГ.

Проблема еще больше усложняется, если на территории признаваемого государства функционирует еще и традиционная нормативная система, как правило, религиозно-общинного типа. Правовые системы такого характера имеют две разновидности. Те государства, которые по своей идеологии являются религиозными, имеют правовую систему комплексного характера, состоящую из логично согласованных элементов религиозного и светского права. Например, сирийский закон "О личном статусе" представляет собой образец нормативной согласованности светских и религиозных регулятивных элементов, в особенности в отношении брачно-семейных отношений в традиционном обществе [10].

Другая группа государств, как правило, имеющая европеизированное право, функционирует в правовом плане как государство с дуалистической правовой системой – традиционной и светской (или европеизированной). Примерами таких государств являются Япония, где наряду с европейским континентальным правом действует традиционное право гири; Китай, имеющий регулятивную основу в виде традиционного права, называемого "ритами", и также европеизированного романо-германского права. Как правило, такие государства не подвержены серьезным территориальным международным изменениям, и потому проблема функционирования на их территории второй системы, оставшейся от прежнего государства, отсутствует. В остальных же случаях вопрос об объеме признаваемого иностранного права остается открытым. К тому же соотношение двух и более одновременно функционирующих систем имеет и технократические проблемы взаимодействия, особенно в области правоприменения.

Для реализации всех этих обозначенных проблем предлагается разработать конвенцию, предметом которой стало бы создание концепции отсылок к иностранному праву. В данном документе должны содержаться правила отсылок и, самое главное, их объект. Государства должны договориться по вопросу двух принципов:

- 1) отсылки должны осуществляться к той правовой системе, которая имеет больший нормативный объем;
- 2) необходима разработка единого механизма взаимодействия правовых систем, функционирующих на одном политическом пространстве, определяющего технологию такого взаимодействия.

В первом случае требования обосновываются на большей согласованности той системы, которая имеет больший нормативный объем. Как правило, на начальных этапах речь идет о наличии старых нормативных конструкций. Такие непопулярные с политической точки зрения мероприятия, как использование устаревших регуляторов, все же помогут качественно реализовать механизм правопреемства в праве как во временной, так и в пространственной системах [11, с. 14].

Разработка единой технологии взаимодействия норм внутри правовой системы объясняется общими тенденциями в праве, которые носят все более технократический характер. Можно высказать предположение о доминирующем характере технократической стороны функционирования национальных правовых систем.

Итак, признание иностранного элемента национальным правом, как одна из форм взаимодействия этих образований, в большей степени констатирует дефиниционно-коллизийный механизм такого взаимодействия. К тому же данная констатация не ограничивается нормативными рамками, а выходит на уровень взаимодействия макрообъектов в целом, в том числе носящий чисто технократический характер, что до недавнего времени не рассматривалось в качестве непосредственного объекта юридической науки.

"Присвоение" иностранного элемента

Данная форма взаимодействия национального права с иностранным элементом является самой распространенной в практике отношений правовых систем современности. Кроме того, анализируемая форма была исторически первой концепцией, обосновывающей чисто территориальный характер законов, которой придерживались первые коллизийлисты. Так, голландский ученый Ульрик Губер утверждал, что иностранные законы, по общему правилу, не должны применяться на территории Голландии, поскольку все законы носят изначально территориальный характер [12, с. 51]. По мнению другого коллизийлиста XVII века Иоганнеса Вута, национальным правом в исключительных случаях может признаваться действие иностранного закона в силу *comitas gentium* ("международной вежливости") [12, с. 52]. Причем, действие иностранных регуляторов на территории государства, по мнению ученых того периода, не должно подрывать суверенитет государства и его граждан. Таким образом, доктринальные основания принципа присвоения правового объема социального образования, сложившегося за рубежом, начали складываться еще в XVII веке, а в начале XX столетия эти доктринальные правила были активно использованы наукой международного частного права и оформлены в национальных законодательствах в виде оговорки о публичном порядке.

К сожалению, советская юридическая наука уделяла этому институту недостаточное внимание по причине ограничения самой возможности отсылки к иностранному праву, как к порождению буржуазной системы, чуждому по своей природе всей системе социалистического советского права. Лишь в 1991 году с принятием новых Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик была активизирована возможность союзных республик обращаться к иностранным правовым регуляторам и, таким образом, ставить вопрос о реализации различных форм взаимодействия национального права и иностранного элемента.

Следовательно, можно сказать, что до 1991 года советская юридическая наука и практика стояли на позициях моноформы – тотального присвоения правового объема функционирования иностранного элемента. Данная ситуация прослеживалась во всех сферах правового регулирования – и в частных, и в публичных отраслях законодательства. Так, ст. 557 Гражданского кодекса БССР 1964 года ставит объем гражданской правоспособности иностранных граждан в зависимость от объема правоспособности собственных граждан, устанавливая, к тому же, возможность применения к иностранным субъектам специальных ограничений.

Уголовное законодательство БССР также негативно относилось к предоставлению возможности наказания иностранных субъектов иностранными юрисдикционными органами (!). Так, в соответствии со ст. 5 Уголовного кодекса БССР 1960 года лица без гражданства, совершившие преступления за пределами Беларуси и понесшие наказание за границей, могли быть полностью освобождены от отбывания наказания белорусским судом. Аналогичным образом белорусский уголовный закон пытался установить и ответственность иностранных граждан за преступления, совершенные вне пределов Беларуси, по уголовному законодательству БССР, правда, оговорив ограничения "случаями, предусмотренными международными договорами" (ч. 3 ст. 5 Уголовного кодекса).

Тенденции тотального присвоения регулятивного объема иностранного элемента национальными системами обнаруживали себя и на макроуровне, т. е. на уровне взаимодействия национальных правовых систем. Так, ссылаясь на приверженность советской правовой системы "философии коммунизма", Верховный суд штата Калифорния США не признал прав советского гражданина на наследственное имущество, находящееся в Калифорнии, хотя суд не мог найти случаев, когда бы Советский Союз отрицал равенство наследственных прав граждан США [13, с. 4].

Современный характер взаимодействия национальных правовых систем свидетельствует об иных тенденциях в формах соотношения иностранного элемента и национального права, а именно:

– определились нормативные и доктринальные основания для присвоения регулятивного объема иностранного элемента национальным правом;

– возникла необходимость оформления принципов ограничения присвоения национальным правом правового объема иностранного элемента.

К сожалению, на сегодняшний день национальные нормативные основания для ограничения "всеурегулирования" национального права не сложились в виде определенных систем. Национальные нормы больше структурированы, нежели систематизированы в надлежащем виде.

Ошибочно полагать, что принятие в ряде стран самостоятельных законов о международном частном праве решило проблему систематизации норм, регулирующих функционирование иностранного элемента в частно-правовых отношениях. Во-первых, национальные законы о международном частном праве носят коллизионный характер и не разрешают правовую ситуацию по существу. Во-вторых, эти нормы, как и нормы материально-правового характера, не включаются в систему международно-правовых регуляторов, особенно публично-правового характера. На сегодняшний день наметилась положительная тенденция унификации материально-правовых норм, регулирующих отношения с участием иностранного элемента [14].

Но, как нам представляется, эти процессы должны проходить при учете следующих значимых моментов:

1. Унификация частно-правовой сферы регулирования общественных отношений, осложненных иностранным элементом, может дать эффективный регулятивный результат, если будет проходить в общей системе унификационных процессов национальных законодательств и иных компонентов правовых систем современности. Как отмечал М. Ансель, "при переходе от старой унификации к новой гармонизации снова обнаруживается, что наука должна отойти от норм права и обратиться к правовым системам в целом" [15, с. 26].

2. Данная общая унификационная система включает в себя три структурных блока – частно-правовой, публично-правовой и технической.

На наш взгляд, ведущим блоком в этой системе является компонент частно-правового характера, поскольку современные тенденции "функционализма" и "неофункционализма" в условиях правовой интеграции дают свой реальный результат. Это объясняется тем, что процессы правового сближения отдельных социальных групп и государств по экономическим интересам наиболее адекватно отражают природу человеческих потребностей, состоящих, прежде всего, в удовлетворении и реализации имущественных интересов. Недаром представители функционалистской модели интеграции говорили даже о появлении "всемирной социально-психологической общности" при постоянном отмирании суверенитетов государств [16].

Кроме того, большое значение для функционирования уже созданной структуры имеет технология процессов взаимодействия частно-правовых и публично-правовых компонентов друг с другом, а также внутренних элементов каждой из сфер.

3. И, наконец, в качестве условия унификационного процесса должны быть заложены принципы ограничения присвоения правового объема иностранного элемента национальным правом. Данные принципы тесно связаны с пониманием доктринальных оснований для реализации рассматриваемой формы, поэтому вначале проанализируем эти основания.

Международная практика взаимодействия правовых систем выработала ряд доктринальных положений, ограничивающих возможность национального права сослаться на зарубежные правовые регуляторы при регулировании общественных отношений, осложненных иностранным элементом. Таким образом, речь идет об "исключительной компетенции" национального права в регулировании данного вида отношений. Все многообразие доктринальных оснований присвоения иностранного элемента можно свести к следующим положениям.

Первое: иностранные правовые регуляторы не применяются, если они противоречат основополагающим принципам национального права государства. Характер этих принципов различными авторами оценивается по-разному. Так, авторитетный немецкий юрист Л. Раапе говорит о том, что эти принципы представляют собой нормы, обладающие высшей юридической силой и имеющие принципиальное значение для государства и его граждан [17, с. 102]. Другой ученый – советский юрист-международник Л.А. Алексидзе говорит о рассматриваемых принципах, как о совокупности императивных норм, которые составляют "костяк существующего в данном обществе правопорядка" [18, с. 215].

Как видим, ни одно из понятий не дает нам четкого нормативного определения принципа национального права. На наш взгляд, речь идет не о принципах права как явления человеческой цивилизации и закономерности общественного развития, а о нормах, сложившихся в данной национальной системе в силу специфических социальных, экономических, этнографических и других условий.

В результате этого такие нормы должны, прежде всего, иметь свое конституционное закрепление и, таким образом, обладать высшей юридической силой. Будучи конкретными нормами, а не идеальными

установлениями морально-этического порядка, они, кроме того, должны определять права и обязанности субъектов правоотношений, включая государство в лице его органов. То есть для таких норм-принципов недостаточно дефинитивно-устанавливающего правового объема. Они должны обладать непосредственным регулятивным эффектом. В противном случае национальный правоприменитель всегда сможет найти обоснование своего отказа от применения иностранного правового регулятора как противоречащего публичному порядку государства.

К числу норм-принципов рассматриваемой категории в Республике Беларусь можно, в частности, отнести положения, закрепляющие режим государственной и частной собственности (ст. 13 Конституции), правовой статус иностранных граждан и лиц без гражданства на территории Беларуси (ст. 11 Конституции) и др.

Второе: не подлежит применению иностранный правовой регулятор, если его положения противоречат нормам морали и справедливости. Причем, оценка последних дается учеными исходя из собственной национальной практики понимания категорий морали и справедливости. Так, английские ученые Дж. Чешир и П. Норт отрицают возможность применения иностранных норм, если они противоречат фундаментальной концепции "справедливости в ее английском понимании" и "когда нарушаются английские концепции морали" [19, с. 181]. Л. Раале говорит о морали и справедливости, как об "основных нравственных воззрениях немецкого народа" [17, с. 101]. Л.А. Алексидзе указывает на "руководящие морально-политические принципы, не закрепленные юридически, но вытекающие из смысла правовой системы и социального строя, который она защищает" [18, с. 215].

На наш взгляд, заслуживает внимания позиция американской доктрины, положения которой в отношении норм морали и справедливости можно рассматривать в качестве руководящих для ограничения применения иностранных правовых регуляторов. Согласно американской судебной практике иностранные нормы не должны применяться в случаях нанесения ущерба морали цивилизованного общества или "явной несправедливости в отношении государства и его членов" [20, с. 241].

Правда, данные формулировки нуждаются в определенном уточнении. Во-первых, когда речь идет о цивилизованном обществе, то, на наш взгляд, понимается общество с соответствующим правосознанием народов. Во-вторых, оценка несправедливости в отношении государств находится в поле зрения международного права. Данная оценка может быть дана с позиции общих принципов международного права, закрепленных в ст. 2 Устава ООН и в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН 1970 г.

Третье: иностранная норма не применяется, если она противоречит коренным интересам государства. На первый взгляд, данное доктринальное основание лишь развивает предыдущее положение об оценке норм морали и справедливости, предложенное американской доктриной. На самом же деле речь идет не только о нарушении морально-этических норм, но и о причинении непосредственного вреда государству, о чем указывает ученый В.М. Корецкий [20, с. 242]. Данное обстоятельство указывает опять же на международно-правовой характер последствий нарушения рассматриваемых норм. Несколько либеральна в этом плане американская концепция, согласно которой речь идет не столько о причинении вреда, сколько об "игнорировании интересов государства" [21, с. 603].

Смешанной позиции придерживается английская доктрина, которая не отрицает причинения ни возможного ущерба государству, ни вреда "его добрым отношениям с иностранными государствами" [19, с. 181].

Представляется, что в данном случае доктринальное основание должно быть рассмотрено исключительно с точки зрения английской доктрины, поскольку применение силы или угроза силой, согласно *ius cogens*, исключает какое бы то ни было взаимодействие национального права и иностранного элемента. Позитивная трактовка "интересов государства" и "добрых отношений государства с иностранными государствами" дает возможность рассматривать именно регулятивную сторону отношений национального права и иностранного элемента. На основе регулятивного взаимоотношения данных образований должны формироваться и принципы ограничения присвоения правового объема иностранного элемента национальным правом. В качестве таковых принципов мы определяем следующее:

1. Принцип полисистемности.

2. Принцип доктринальной явности противоречия иностранного правового регулятора национальному праву.

3. Принцип противоречия иностранного регулятора результату национального регулирования.

Явление "полисистемности" рассматривается на различных уровнях общественной науки. К сожалению, правоведение, долго использующее явление систем, не затронуло в свое время этот серьезный пласт общественной природы. Социалистическая юридическая наука стояла на позициях "контрастирующего" сопоставительного правоведения, различая лишь буржуазные (империалистические) и социа-

листические правовые системы. Большинство работ советских авторов, касающихся проблем зарубежного права, должны были содержать идею отрицания всего, что не являлось социалистическим в праве, а уж затем выполнять информационную функцию.

Аналогичная тенденция возникла и в среде зарубежной юридической науки. Даже известный компаративист Р. Давид не смог в свое время удержаться от того, чтобы не поместить в своей основной работе и, более того, в концепции трихотомии правовых семей семью социалистического права, которая не особенно по своим юридико-техническим компонентам отличалась от романо-германской правовой семьи [22].

Современное явление полисистемности в праве намного богаче. По подсчетам отдельных авторов на сегодняшний день юридическая география мира насчитывает более 200 правовых систем со специфическими системами права. Заметим, что речь идет о правовых системах территориального характера. Если же рассматривать всю палитру правовых систем, включая и персональные, то их количество, а, следовательно, и число межсистемных связей между ними заметно возрастет. В связи с этим получают и свое иное содержание принципы полисистемности в реализации регулятивной формы взаимодействия иностранного элемента и национального права. Современное содержание данного принципа должно заключаться в следующем: национальное право не может избирать в качестве регулятора иностранного элемента собственные нормы и институты, основываясь на одной только разнице социально-политических систем, к которым принадлежат иностранный элемент и национальное право.

Принцип полисистемности можно было бы условно назвать и принципом недискриминации иной системы. Тенденции реализации рассматриваемого принципа ограничения применения национального права к иностранному элементу наиболее сильно обнаружили себя в частно-правовой сфере. Так, ст. 158 Основ гражданского законодательства Союза ССР 1991 г. впервые закрепила правила о том, что в применении иностранного права не может быть отказано на основании отличия политических и экономических систем. Параграф 17 действующего Венгерского закона о международном частном праве 1979 г. говорит об общественно-экономических системах. Еще более либеральна в этом отношении позиция законодательств сообществ. Так, ст. 1200 Модельного Гражданского кодекса СНГ содержит указания на то, что в применении иностранной нормы вообще не может быть отказано лишь на основании отличия правовой, политической или экономической системы иностранного государства от собственной.

Такой подход явно гипертрофирует идею недискриминации правовых систем. Но вместе с тем он определяет некоторые тенденции, которые в скором времени могут быть реализованы хотя бы на региональном уровне. Речь, в частности, идет о недискриминации правовой системы по экономическому признаку, что явно прослеживается на примерах европейского и американского регионов.

Вместе с тем, на наш взгляд, так называемая недискриминация по правовому признаку, с точки зрения теории иностранного элемента, выглядит несколько абсурдной, поскольку сама проблема формы взаимодействия иностранного элемента и национального права основана на разнице в средствах правового регулирования.

Второй принцип ограничения в отказе на применение иностранных правовых регуляторов основывается на оценке противоречия данных регуляторов национальному праву. В данном случае само понятие "национальное право" трактуется широко и практически реализовывается как некий публичный элемент, установленный в режиме определенной правовой системы. Законодательства различных стран по-разному определяют этот публичный элемент: "основные принципы права" (ст. 6 Вводного закона к Германскому Гражданскому Уложению в редакции 1994 г.); "основные принципы законодательства" (ст. 828 Гражданского кодекса Вьетнамской Республики 1995 г.); "публичные интересы" (ст. 5 Закона КНР "О международных хозяйственных договорах" 1985 г.); "основы правопорядка" (ст. 1099 Гражданского кодекса Республики Беларусь); "публичный порядок" (ст. 167 Семейного кодекса России 1995 г.) и т.д.

Анализ подобных законодательных положений позволяет сделать вывод относительно того, что применение иностранных регуляторов должно исключаться национальной практикой правоприменения в случае противоречия их принципам права и международно-правовым нормам, признанным правовой системой. Во всех остальных случаях, например, противоречие общепринятым принципам морали, нравственности, суверенитету и безопасности страны и т.д., неприменение иностранных норм будет носить слишком абсолютный и неопределенный характер, что может породить злоупотребления со стороны национальной правоприменительной системы. Четкие же нормативные ориентиры и критерии в виде принципов национального и международного права помогут поставить реализацию рассматриваемой формы на правовую основу.

И последний принцип ограничения правового присвоения иностранного элемента – принцип противоречия иностранного регулятора результату национального правового регулирования. Данное доктринальное положение означает, что, во-первых, национальное право не должно отрицать возможность

инвариантного разрешения подобной сложившейся ситуации в других правовых системах; во-вторых, на основании этого не может отрицаться иностранное правовое регулирование социального образования или явления на том основании, что само применение иностранной нормы произошло за рубежом. Например, белорусский судья не может отказать истцу во взыскании алиментов на детей, рожденных в полигамном браке, заключенном в мусульманской стране. Но тот же мусульманин не может вступить в брак на территории Беларуси, если он уже состоит в браке, хотя бы и за рубежом. Следовательно, брачно-семейная норма белорусского законодательства будет иметь силу, превышающую мусульманскую, поскольку обе нормы противоречат друг другу по результату, который несовместим с принципами права обеих правовых систем.

Данное обстоятельство подтверждает необходимость оценки всех трех обозначенных принципов непризвращения иностранного элемента при реализации анализируемой формы взаимодействия иностранного права и иностранного элемента.

Компромисс

Данная форма взаимодействия национального права и иностранного элемента представлена и реализуется в виде компромиссной оговорки нормативного характера. Как правило, в национальном законодательстве содержатся отсылки к нормативным актам международного и внутригосударственного характера или к правоустанавливающим актам самих субъектов правоотношения. От содержания этих нормативных и правоустанавливающих актов зависит выбор нормативного регулятора определенного национального или международного характера. На момент самой отсылки такой регулятор может отсутствовать. Например, не будет подписан международный договор о праве, применимом к договорам купли-продажи, будут отсутствовать конкретные нормативные акты, определяющие правоспособность индивида по сделкам с недвижимостью и т.д. Таким образом, отсылающие нормативные положения лишь обозначают возможную проблему, конкретное решение которой будет зависеть от определенных условий публичного или частно-правового (как правило, волевого) характера.

В соответствии со сложившейся практикой и потребностями теории, на наш взгляд, целесообразно выделить две разновидности рассматриваемой формы – публичную и частную оговорки.

Публичная оговорка представляет собой нормативную отсылку к международному договору или национальному законодательству, где определяются правовой статус и функционирование иностранного элемента. Такие оговорки, в частности, содержатся в процессуальном законодательстве Республики Беларусь. Так, в соответствии со ст. 544 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь подсудность судам Беларуси гражданских дел по спорам, в которых участвуют иностранные субъекты, определяется законодательством Республики Беларусь, если иное не установлено международными договорами или письменным соглашением сторон. В соответствии со ст. 8 Уголовного кодекса Республики Беларусь судимость или иные уголовно-правовые последствия совершения лицом преступления на территории иностранного государства имеют уголовно-правовое значение для привлечения лица к ответственности в Беларуси в соответствии с международными договорами. На момент отсылки самих законодательных актов, в том числе и международного характера, может не существовать.

Характер публичной оговорки показывает, что она может рассматриваться в двух видах: как международная и как национальная.

Международная разновидность отсылает к международно-правовым регуляторам. В основе ее существования и реализации находятся коллизионные нормы, которые определяют отношение национальной правовой системы к международно-правовым нормам. Так, в соответствии со ст. 6 Конституции США договоры, которые заключены или будут заключены Соединенными Штатами, являются верховным правом страны, и судьи штатов обязаны их исполнять, даже если в самой Конституции и законах штатов будут встречаться противоречащие положения. Статья 15 Конституции Российской Федерации 1993 г. объявляет общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры России составной частью своей правовой системы. В соответствии со ст. 8 Конституции нашей республики Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства. При этом ч. 3 указанной статьи запрещает заключение международных договоров, противоречащих конституции.

Международно-правовая оговорка имеет различные разновидности и с точки зрения характера самой отсылки к международным нормам. В одних случаях национальное законодательство делает это непосредственно, как, например, в рассмотренных выше примерах, и тогда мы ведем речь о прямой трансформации. В других случаях национальное законодательство делает это при помощи ряда ограничительных условий: ратификации, опубликования и т.д. Например, ст. 55 Конституции Франции закрепляет: "Договоры и соглашения, должным образом ратифицированные и одобренные, имеют силу, превышаю-

шую силу внутренних законов с момента опубликования при условии применения каждого соглашения или договора другой стороной". Статья 96 Конституции Испании предусматривает, что лишь "законно заключенные и официально опубликованные в Испании международные договоры составляют часть ее внутреннего законодательства". В соответствии с Гражданским кодексом Испании "правовые нормы, содержащиеся в международных договорах, не имеют прямого применения в Испании. Эти нормы применяются лишь после введения их во внутреннее право путем полного опубликования в Официальном бюллетене государства" (ст. 1.5).

Отдельные авторы, например, С.В. Черниченко, различают пять видов трансформации международных регуляторов в национальное право [23]. Наиболее распространенной и имеющей важное значение для взаимодействия национального права и иностранного элемента является такая разновидность международной оговорки, как отсылка к международному договору. В Республике Беларусь эта форма закреплена в Законе "О международных договорах" от 23 октября 1991 г. [24]. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 15 нормы права, содержащиеся в международных договорах, вступивших в силу, являются частью действующего на территории Республики Беларусь законодательства и подлежат непосредственному применению.

Публичная оговорка национального характера, отсылающая не к международно-правовым, а к национальным правовым регуляторам, также имеет свое применение в практике Республики Беларусь. В частности, ст. 1117 ГК РБ в вопросах определения формы и срока действия доверенности отсылает к национальному праву той страны, где выдана доверенность; ст. 1119 ГК РБ определяет общие положения о праве, применимом к праву собственности и к иным вещным правам, исходя из национального характера правовых регуляторов, сложившихся за рубежом, и т.д.

Таким образом, национальная оговорка либо играет роль отсылочной нормы к уже существующим актам, регулирующим иностранный элемент, либо отсылает к акту, не существующему на момент обращения, но который в случае практической необходимости может быть принят. Нужно заметить, что такое положение, когда отсылка осуществляется к явно отсутствующему акту, свойственно странам с формирующимися (реформируемыми) правовыми системами. В остальном же в практике других государств национальная публичная оговорка, с точки зрения общей теории права, является бланкетной нормой.

Подводя определенный итог, можно изложить следующее определение публичной оговорки. Публичная оговорка – это нормативная отсылка, как правило, законодательного характера, к неопределенному международному или национальному регулятору по вопросу регулирования иностранного элемента.

Помимо публичного характера компромиссная оговорка по выбору национального правопорядка может носить и частно-правовой характер. Речь не идет о регулировании исключительно частно-правовой сферы общественных отношений, хотя она в основном задействует данную отсылку. Под частной оговоркой предлагается понимать нормативную отсылку к некоему правоустанавливающему акту субъектов правоотношения. Таковыми могут быть и сделка гражданско-правового характера с иностранным предприятием, и выдача доверенности и т.д. Особенность частной отсылки состоит в том, что законодатель ставит выбор национального правового регулятора и его объем в зависимость от воли субъектов правоотношения, которые принадлежат к разным национально-правовым сферам.

Принцип частной отсылки признан в большинстве правовых систем и имеет свое нормативное закрепление. Так, в соответствии со ст. 1-105 Единообразного торгового кодекса США стороны вправе в случаях, когда сделка имеет разумную связь с данным штатом или государством, договориться о том, что их права и обязанности будут определяться по праву либо данного, либо другого штата или государства. И лишь при отсутствии такого соглашения указанный закон будет применяться к сделкам, имеющим надлежащую связь с данным штатом. Семейный кодекс Российской Федерации (п. 2 ст. 161) позволяет супругам, не имеющим общего гражданства или совместного места жительства, избирать законодательство, подлежащее применению для определения их прав и обязанностей по брачному договору. Статья 1120 ГК РБ устанавливает, что возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество, являющееся предметом сделки, определяются по праву страны места совершения сделки, если иное не установлено соглашением сторон.

Отличительной особенностью частной оговорки, по сравнению с публичной, является то, что она исходит из доктринальной данности иностранного субъекта и, таким образом, направлена на выбор национального правового регулятора в отношении объекта и факта.

Компромиссная форма взаимодействия национального права и иностранного элемента довольно удобна в применении, поскольку не содержит однозначно установленных правил относительно того или иного правового регулятора. В одних случаях это делают субъекты, наделенные правом издавать нормативные акты (публичные оговорки) [25], в других – сами субъекты правоотношений, реализующих свои полномочия в силу существующей нормы (частные оговорки).

Правоприменительное "удобство" реализации рассмотренной формы в то же время накладывает определенные дополнительные обязанности на субъектов издания коллизионных актов, ставя их в положение последней инстанции, либо способствующей, либо, напротив, мешающей развитию взаимоотношений между национальной правовой системой и иностранным элементом.

ЛИТЕРАТУРА

1. Ушаков Н.А. Международное право. – М.: Юрист, 2000. – 304 с.
2. Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. – М.: Юринформцентр, 1997. – 526 с.
3. Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. – М.: Наука, 1984. – 160 с.
4. Цицерон Марк Туллий. Три трактата об ораторском искусстве. – М.: Наука, 1972. – 311 с.
5. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. – М.: Спарк, 2000. – 279 с.
6. Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – № 77 – 78. – 2000.
7. Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь. – Мн.: Амалфея, 1999. – 304 с.
8. Гражданский кодекс Республики Беларусь. – Мн.: Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, 1999. – 512 с.
9. Международное частное право: Учеб. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2000. – 656 с.
10. Альхалаф Мухаммад ибн Исса. Заключение и расторжение брака по законодательству СССР и Сирии (сравнительный анализ): Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Минск, 1990. – 168 с.
11. Швеков Г.В. Преюстиция в праве. – М.: Юридическая литература, 1983. – 143 с.
12. Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. – М.: Издание г-на Брауна, 1915. – 321 с.
13. *In re Larkin's Estate* U.S. Supreme Court of California. 2 Aug. 1966 // *International Law Reports*. - L., 1971. Vol. 42.
14. Кабатова Е.В. К вопросу о современных проблемах международного частного права // *Государство и право*. – 2000. – № 8. – С. 54 – 60.
15. Ansel M. *Utilite et méthodes du droit comparé*. Neuchatel, Paris: PCNR, 1971. – 543 s.
16. Mitrany D. *A working Peace System*. – London: Royal Institute of International Affairs, 1943. – P. 10 – 15.
17. Раапе Л. Международное частное право. Пер. с нем. - М.: Прогресс, 1960. – 302 с.
18. Алексидзе Л.А. Некоторые вопросы теории международного права. – Тбилиси: ТГУ, 1982. – 215 с.
19. Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. Пер. с англ. - М.: Юридическая литература, 1982. – 282 с.
20. Корецкий В.Н. Избранные труды. Т. 1. – Киев: Вища школа, 1989. – 451 с.
21. *Black's Law Dictionary*. St. Paul, 1983. – 603 p.
22. Давид Р. Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1968. – 432 с.
23. Черниченко С.В. Теория международного права. В 2-х т. Т. 1: Современные теоретические проблемы. – М.: Изд-во "НИМП", 1999. – 336 с.
24. Вестник Национального собрания Республики Беларусь. – 1998. – № 29 – 30. – Ст. 469.
25. Василевич Г.А. Проблемы законотворческой деятельности Верховного Совета Республики Беларусь: Дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.02. – Минск, 1993. – 379 с.