

С. Э. Гафаров

аспирант

Воронежский государственный университет

ПРОБЛЕМА ИНОСТРАННОГО ЭЛЕМЕНТА В МЕЖДУНАРОДНОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

В настоящей работе будет рассматриваться «иностраннный элемент» как понятие внутринационального законодательства. Сфера международно-правового регулирования в рамках данной статьи не затрагивается. Цель статьи — доказать наличие проблемы теоретического осмысления содержания иностранного элемента для международного гражданского процесса России.

С появлением международного частного права (МЧП) и международного гражданского процесса (МГП) появляется термин «иностраннный элемент» (либо его аналоги в различных системах права). С нашей точки зрения, он исполняет роль гипотезы (только в объеме более, чем для одной нормы права) для всего корпуса МЧП/МГП, т.е. определяет круг дел, для которых требуется специальное регулирование, требуется применение корпуса норм МЧП/МГП. В связи с тем что содержание иностранного элемента может различаться, возникает вопрос эффективного (как наиболее соответствующего целям правового регулирования) объема иностранного элемента (далее — «ИЭ»¹): какие именно правоотношения должны определяться как имеющие иностраннный элемент в международном гражданском процессе.

С позиции поставленной проблемы содержание понятия «ИЭ» представляется не исследованным. В большинстве имеющихся работ, связанных с анализом ИЭ, не только не затрагивается проблема должного (наиболее эффективного) содержания ИЭ, но и не раскрывается механизм его формирования вообще. Это вызвано тем, что ИЭ исследуется традиционно в МЧП, в связи с чем большинство авторов применяют для национальных правил международного гражданского процесса то понятие ИЭ, которое имеется в МЧП. Поэтому возникает впечатление, что для МГП нет никакой разницы, как определять ИЭ. В действительности же объем ИЭ может различаться.

¹ Здесь и далее, если не оговорено иное, «ИЭ» означает любую правовую конструкцию, которая выделяет круг правоотношений в качестве связанного с иностранными государствами, а также указывает на применение к данному правоотношению специальных норм МЧП/МГП (нормы для правоотношений, связанных с иностранными государствами). Таким образом, в статье ИЭ рассматривается не как конкретное выражение права РФ, но как неотъемлемый элемент любой системы МЧП/МГП с функцией определения «обремененных иностранной связью» отношений.

Проанализируем имеющиеся в правовой литературе воззрения на сущность ИЭ, а затем рассмотрим, как в законодательстве регулируется ИЭ для МЧП и МГП. Все без исключения авторы говорят, что ИЭ имеет место в случае «связи правоотношения» с двумя или более странами. Например, как пишет М. Иссад, МЧП включается в регулирование, когда «возникающее между двумя лицами правоотношение имеет связь с двумя и более странами»²; Дж. Чешир, П. Норт указывают, что ИЭ имеет место «...когда рассматриваемый судом вопрос касается факта, события или сделки, находящихся в столь тесной связи с иностранной системой права, что возникает необходимость обратиться к этой системе»³. Несмотря на наличие указаний на связь⁴, далеко не все авторы раскрывают то, как соотносится данная связь и ИЭ.

Помимо указания на связь, большинство авторов также называют в качестве примеров ИЭ три основных случая проявления ИЭ: субъект права — иностранное лицо, объект права находится за рубежом, юридический факт имел место за границей. Другие возможные варианты проявления ИЭ также не исключаются.

В юридической литературе встречаются попытки объяснить соотношение связи правоотношения с иностранным правом и ИЭ. Так, В. В. Кудашкин полагает, что ИЭ является межсистемным понятием⁵. Основные мысли В. В. Кудашкина по данному вопросу можно представить в следующих тезисах:

1. Критерием для выделения ИЭ является связь отношения с несколькими системами права: «Названные связи можно сгруппировать в следующие виды: 1) связи между субъектами общественных отношений, 2) между субъектами и объектами общественных отношений, а также 3) связи, возникающие в результате волевого опосредования материального содержания (действия) либо независимо от него (события)»⁶.

² Иссад М. Международное частное право / Пер. с фр.; Ред. и послесл. М. М. Богуславского; Примеч. Л. Р. Сюкияйнена. М.: Прогресс, 1989. С. 14.

³ Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Пер. с англ. С. Н. Андрианова; Под ред. М. М. Богуславского. М.: Прогресс, 1982. С. 20.

⁴ См. также: Международное частное право: Учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби: Проспект, 2004. С. 11; Звеков В. П. Международное частное право: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2004. С. 30; Лунц Л. А. Курс международного частного права: Международное частное право. Общая часть. М.: Гос. изд-во юрид. литературы, 1959. С. 15—16; Вольф М. Международное частное право / Пер. с англ. С. М. Рапопорт; Под ред. Л. А. Лунц. М.: Гос. изд-во иностр. литературы, 1948. С. 15; Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Н. И. Марышева М.: Юрист, 2004. С. 18; Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учеб. курс: В 3 ч. М.: Изд. дом «Городец», 2004. С. 11.

⁵ См.: Кудашкин В. В. К вопросу об иностранном элементе в гражданско-правовом отношении // СПС «Консультант Плюс».

⁶ Там же.

2. Характер такой связи (направленность связи вовне одной системы права): «...выделение видов связей в отрыве от второго критерия также ничего не дает для выделения иностранного элемента в общественном отношении. ... С точки зрения поставленного вопроса определяющими являются не волевые⁷, а системные характеристики, точнее, направленность возникающих связей вовнутрь либо вовне системы».

3. Объективность ИЭ — независимость ИЭ от национальных правовых систем; он ставит какое-либо правоотношение в специфический «межсистемный» статус: «Именно иностранный элемент определяет сущностную характеристику отношения в качестве международного частного и, следовательно, обуславливает последующее проявление указанного элемента в правоотношении при регулирующем воздействии права на общественное отношение».

С точки зрения В. В. Кудашкина, отдельно от обремененного ИЭ правоотношения возникает новое правоотношение — коллизионное — по определению «национальной принадлежности» правоотношения: «Национальная принадлежность объективно присуща любому правоотношению. Но в случае наличия в нем иностранного элемента его «национальность»...не очевидна, что обуславливает возникновение специфического правоотношения по определению применимого права...»⁸.

Указанные утверждения В. В. Кудашкина нельзя признать верными. Во-первых, остается непонятным, что такое «направленность связей вовне системы» (второй признак). Фактически это не что иное, как связь с иностранной правовой системой, т.е. первый признак. Если «связи» направляют себя из системы «внутригосударственных отношений» с целью взаимодействия с другими системами, то сложно сказать, что имеется в виду под словом «связи». В общем словоупотреблении «связь» не обозначает существо, способное к волеизъявлению и целеполаганию.

Во-вторых, непонятна концепция В. В. Кудашкина о коллизионных правоотношениях: отстаивается ли здесь взгляд на коллизионные нормы как на процессуальные, или речь идет о «правоотношении» между нормами права (определение национальной принадлежности правоотношения см. выше). Если имеется в виду последнее, то это представляется не соответствующим сложившемуся в теории права понятию правоотношения. Правоотношение «...есть отношение общественное — следовательно, отношение только между людьми. Это декларативно признается со времен Савиньи...»⁹. Поэтому правоотношений между нормами права не существует.

В-третьих, автор смешивает несколько взаимосвязанных явлений действительности: «ИЭ» как понятие соответствующей системы права, с одной стороны, и объективные предпосылки для введения в граждан-

⁷ В. В. Кудашкин приводил точку зрения Л. Б. Тиуновой, указывающей, что характер выражается в равенстве субъектов отношения (т.е. автономии воли), отсутствии подчинения. Именно это и понимается под волевыми характеристиками.

⁸ Имеется в виду «коллизионное правоотношение».

⁹ *Магазинер Я. М.* Объект права // Правоведение. 2000. № 6. С. 202—203.

ско-правовое регулирование «ИЭ» как правового термина — с другой. ИЭ не может детерминироваться «межсистемностью», если это элемент системы права (не имеет значения, какой). ИЭ должен определяться в контексте своего существования.

Таким образом, смешение *причины возникновения* иностранного элемента (и в конечном итоге причины возникновения МЧП и МГП) и ИЭ как *правового понятия* приводит В. В. Кудашкина к неправильно-му, с нашей точки зрения, выводу о том, что значение ИЭ детерминируется особенностями системы общественных отношений.

Почему этот вывод неверен? Дело в том, что у слов нет «идеальных автономных значений»¹⁰, которые определялись бы независимо от воли и сознания людей. «ИЭ» и любые его эквиваленты, функционально предназначенные для обозначения имеющей правовое значение связи правоотношения с иностранным государством, определяются конкретным правом конкретных стран.

Более того, в рамках даже одной системы права для различных отраслей содержание ИЭ может быть различным. Большинство авторов забывают об этом обстоятельстве. Приведем пример: в монографиях и учебниках часто указывается, что МГП представляет собой совокупность правил гражданского процесса, подлежащих применению к делам с участием иностранного элемента. При этом ИЭ понимается с точностью так, как было уже указано выше.

Так, Н. И. Марышева полагает, что «под международным гражданским процессом понимается совокупность процессуальных норм, регулирующих рассмотрение судами гражданских дел по правоотношениям с иностранным элементом»¹¹. Аналогично МГП рассматривается многими другими авторами¹². А. А. Мамаев прямо утверждает, что «...в международной жизни не только спорное материальное, но и процессуальное правоотношение всегда осложнено иностранным элементом» (далее следует перечисление трех известных элементов)¹³. Однако даже в рамках российского права ИЭ имеет различное содержание для МЧП и МГП¹⁴:

¹⁰ Обоснование данного тезиса см. подробно: *Гафаров С. Э.* Определение понятий в современной российской правовой литературе (на примере понятия «подсудность») // Труды молодых ученых ВГУ. 2006. Вып. 1/2. С. 154—163.

¹¹ *Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Н. И. Марышева.* М.: Юрист, 2004. С. 511.

¹² См., например: *Нешатаева Т. Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс: Учеб. курс: В 3 ч. М.: Изд. дом «Городец», 2004. С. 364; *Шак Х.* Международное гражданское процессуальное право: Учебник / Пер. с нем. М.: БЕК, 2001. С. 6.

¹³ *Мамаев А. А.* Международная судебная юрисдикция по гражданским делам с участием иностранных лиц: Дис. ... канд. юрид. наук. М.: РГБ, 2003. С. 53 (<http://diss.rsl.ru/diss/03/0328/03032801.pdf>).

¹⁴ Естественно, слов «иностранный элемент» нет в АПК или ГПК РФ. Необходимо еще раз уточнить, что ИЭ в настоящей статье понимается как понятие, выделяющее круг дел, по которым подлежат применению специальные нормы для правоотношений, связанных с иностранными государствами.

Для МЧП содержание ИЭ определяется п. 1 ст. 1186 ГК РФ: «*Право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, настоящего Кодекса, других законов (пункт 2 статьи 3) и обычаев, признаваемых в Российской Федерации*».

Исходя из этого, для МЧП Российской Федерации ИЭ выражается следующим образом:

- а) участником правоотношения является иностранный гражданин либо иностранное юридическое лицо;
- б) объект гражданских прав находится за границей;
- в) иные случаи обременения иностранным элементом (при этом не указывается, что считать иностранным элементом).

Что касается международного гражданского процесса, то согласно ст. 247 АПК РФ и ст. 398 ГПК РФ специальные нормы применяются только для дел с участием *иностранных лиц*; существуют также для отдельных случаев специальные нормы процессуального взаимодействия с иностранным государством (судебные поручения, получение доказательств из-за границы и др.) независимо от особенностей существующего правоотношения. На эту особенность российского МГП обратила внимание Л. П. Ануфриева¹⁵.

Таким образом, ИЭ может иметь разное содержание в различных системах МЧП и МГП. Исходя из этого явственно следует, что понятие ИЭ не детерминируется некоей абстрактной межсистемностью, но зависит от тех или иных концепций построения МЧП/МГП.

Конечно, в рамках авторской терминологии В. В. Кудашкина можно словосочетанием «иностранный элемент» обозначать причины появления международного частного права. Тем не менее из содержания цитированной работы усматривается намерение автора выявить содержание «ИЭ» как правового понятия.

Несомненно, у В. В. Кудашкина были основания говорить об определенной объективности ИЭ (в смысле функционального элемента). Однако данный правовед не раскрывает их должным образом. Слова «межсистемный характер» означают, что имеется определенная связь отношений с несколькими странами. Проблема вовсе не в том, что имеется связь — связи могут быть совершенно разными. Для объяснения причины появления иностранного элемента необходимо пояснить, какая это конкретно связь и чем, почему вызывает она к жизни «ИЭ» как правовое понятие.

Нельзя не согласиться, что объективно в современном мире суще-

¹⁵ См.: Международное частное право: Учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. С. 589.

ствует общественная потребность в МЧП и МГП, что эта потребность вызывает появление соответствующих направлений в системах права различных государств. Именно единство указанной потребности в странах и знаковая сущность права обуславливает объективное единство в том, что в МЧП и МГП разных правовых систем имеется понятие, служащее для выделения тех отношений, которые связаны с иностранными государствами и требуют специального регулирования. Еще в XIX в. известный правовед Ф. Мартенс отметил: «Невозможность разрешить вопросы международного частного права иначе, как исходя из понятия о международном общении, давно сознавали лучшие юристы»¹⁶.

Более того, ИЭ не является «межсистемным» и в другом смысле. Общественные потребности, системы хозяйственных межгосударственных связей вызывают бытие права, но не детерминируют содержание правовых терминов, хотя и влияют на них. Язык — система с большим выражающим потенциалом. Одна и та же структура (в том числе и конкретное содержание правовых терминов) может быть выражена огромным множеством способов. Тезис о «межсистемности» приемлем с определенной натяжкой при условии, если под ней факт влияния (а не детерминации, «определения») взаимоотношений государств и на содержание ИЭ.

Если подходить к вопросу с исторической точки зрения, то мы обнаружим, что МЧП и МГП как специальные нормы национального права создаются только с интенсификацией международного частного общения. Было время, когда связи частных лиц разных государств существовали, а МЧП и МГП не существовали, и, естественно, не имелось ИЭ. Поэтому сама по себе «межсистемность» какого-либо отношения не может породить ни ИЭ, ни МЧП/МГП.

Проанализировав имеющиеся точки зрения на ИЭ, а также действующее право России, мы приходим к выводу, что содержание ИЭ может быть различным даже в рамках одной системы права для МЧП и МГП. Также следует сделать выводы о том, что «иностранным элементом» в юридической литературе часто называются различные объекты. В связи с этим можно говорить об ИЭ в трех контекстах:

А) ИЭ — как функциональный элемент любой системы МЧП и МГП, выделяющий те отношения, к которым будут применяться специальные нормы МЧП и МГП (устанавливающий, какие связи с иностранным государством являются значимыми настолько, что к ним следует применять конкретные специальные нормы МЧП и МГП);

Б) «иностранный элемент» как конкретное словосочетание, термин в рамках российского права (или иной любой страны с аналогичной формализацией ИЭ).

Тем не менее, помимо общих черт «А», в разных правовых системах имеются и иные сходства — ряд связей безусловно включается в

¹⁶ Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов: В 2 т. Изд. 5-е, доп. и испр. СПб.: Типография А. Бенке, 1905. Т. 2. С. 307.

иностранный элемент: субъект правоотношения является иностранным лицом, объект находится за границей. Эти общие положения присущи практически всем системам права. Поэтому под ИЭ можно понимать

В) специфические связи между правоотношением и иностранным правопорядком, *обычно порождающие* специальное регулирование. Однако использование третьего понятия вносит подчас смешение контекстов, в связи с чем его целесообразнее не обозначать словосочетанием «иностранный элемент».

Второе понятие является весьма конкретным, его выражение совпадает с правовым понятием российской системы права. Тем не менее для определения формулы «идеального ИЭ» требуется выйти за пределы одной системы права и исследовать ИЭ со всех сторон. Поэтому ИЭ как первое понятие намного удобнее, так как может обозначать и специфику конкретных правовых систем путем добавления уточняющей характеристики (например, ИЭ РФ, ИЭ США).

Итак, можно считать доказанным тезис, поставленный в начале статьи: в целях исследования вопроса о генезисе, зависимостях и функциях объема, подлежащих специальному регулированию дел в МЧП/МГП, наиболее целесообразно использовать словосочетание «ИЭ» для обозначения первого понятия, т.е. как функционального элемента любой системы МЧП и МГП, выделяющего те отношения, к которым будут применяться специальные нормы МЧП и МГП.

Широко распространенной ошибкой исследователей является отождествление правового понятия ИЭ с любой связью правоотношения с иностранным государством. Это смешение приводит к убеждению в том, что ИЭ одинаков в разных правовых системах. В действительности, ИЭ является не просто знаком, обозначающим связь, а специфическим элементом правового регулирования (который даже в рамках российского права различается для МЧП и МГП).

На самом деле ИЭ выделяет лишь существенные связи. Существенные с точки зрения законодателя и существенные для достижения целей МЧП/МГП (которые определяются им же). Общее указание в ст. 1186 ГК РФ на отношения, осложненные «иным иностранным элементом» еще не означает, что любая связь правоотношения с иностранным государством непременно повлечет за собой применение МЧП. Подразумевается, что такая связь должна быть достаточно существенной — только тогда она становится ИЭ. Например, составление договора на иностранном языке, определение валюты платежа в иностранной валюте и т.п. не будут признаваться наличием иностранного элемента. Правда, никаких критериев для определения «существенности» регулирования 6-й раздел ГК РФ не устанавливает.

После того как мы выяснили, что представляет собой ИЭ как специфический элемент системы МЧП/МГП, возникает закономерный вопрос: какое содержание у ИЭ наиболее целесообразно? Чем обуславливается объем ИЭ? Почему в гражданском и арбитражном процессе России законодатель ограничил применение специальных процессуаль-

ных правил только случаями наличия в деле «иностранных лиц»? Возможно ли применение специальных процессуальных правил и в случае наличия в деле ИЭ по ст. 1186 ГК РФ? Какое содержание ИЭ наиболее целесообразно в МГП? Является ли содержание ИЭ в МГП России надлежащим или оно не отвечает целям правового регулирования? Все эти вопросы требуют своего освещения.

Не претендуя на разрешение данной проблемы в настоящей статье, выскажем ряд предпосылок, на основе которых, с нашей точки зрения, следует отвечать на поставленный вопрос. В первую очередь необходимо определить, от чего зависят правовые понятия. Помимо уже рассмотренного вопроса об «идеальных значениях», обратим внимание на процесс формирования правовых понятий. Г. К. Дмитриева отмечает по поводу потребностей правового регулирования и иностранного элемента, что «частные правоотношения приобретают международный характер, когда в их составе появляется так называемый «иностраный элемент». Именно иностранный элемент придает им новое сущностное качество, порождая потребность в особых приемах и средствах правовой регламентации...»¹⁷.

В действительности динамика возникновения правовых понятий прямо противоположная. Сначала возникает потребность, а потом человек начинает искать пути ее удовлетворения. Применительно к нашей ситуации сначала возникла потребность в появлении МЧП/МГП, только затем начались поиски путей разрешения возникших проблем — и в процессе создания соответствующего корпуса норм ввели ИЭ как его элемент.

ИЭ (как правовой элемент) не является определенной связью правоотношения с иностранным государством, а лишь определяет круг релевантных связей для МЧП/МГП, т.е. в конечном итоге тот круг отношений, который должен специально регулироваться. С точки зрения содержания ИЭ представляет собой набор определенных признаков, релевантных для отнесения правоотношения к регулированию МЧП/МГП. В числе таких признаков может быть указание как на конкретные случаи связи спорного отношения с иностранным правовым порядком (субъект—иностранное лицо и т.п.), так и общее указание на связь как признак (например, ст. 1186 ГК РФ).

Выше было сказано, что ИЭ является специфической «гипотезой» для МЧП/МГП. Нам необходимо определить, какие задачи призвано разрешить специальное регулирование МЧП/МГП и установить, каким должен быть ИЭ для решения данных задач. Итак, ИЭ определяется теми задачами, которые стоят перед МЧП/МГП (при этом различные системы могут ставить перед собой самые различные цели).

Решение проблемы требует определения общественной потребности в МЧП/МГП. Здесь возникает сложность: право предназначено для

¹⁷ Международное частное право: Учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. С. 11.

регулирования общественных отношений. Право создается законодателем, государством — корпорацией специфической формы. «Общественные потребности» не существуют бессубъектно и могут быть отнесены только к конкретным личностям, группам, корпорациям (субъектам деятельности). Поэтому потребности конкретных субъектов еще не детерминируют правовую политику государства (но могут оказывать влияние). Следовательно, мы очень ограничены при определении «целей» МЧП/МГП и можем исходить либо из результатов уже существующего права, либо из тех моделей, которые конструируем сами (т.е. из конкретного текста, нормативного материала).

Таким образом, нам требуется вывести цели правового регулирования из существующего корпуса норм МГП и проверить, отвечает ли сложившаяся в настоящее время модель регулирования задачам и целям, заложенным в МГП России. Однако данные вопросы выходят за рамки настоящей статьи, целью которой являлась постановка проблемы и определение предположительных путей ее решения, в том числе путем определения понятия иностранного элемента.