

Содержание:

image not found or type unknown



Понятие источников международного права

Термин «источники права» употребляется в двух значениях — материальном и формальном. Под материальными источниками понимаются материальные условия жизни общества. Формальные источники права — это те формы, в которых находят свое выражение нормы права. Только формальные источники права являются юридической категорией и составляют предмет изучения юридических наук, в том числе международного права. Под источниками международного права можно также понимать и результаты процесса нормообразования.

Статья 38 Статута Международного Суда ООН содержит перечень источников международного права, на основании которых Суд должен решать переданные на его рассмотрение споры. К ним относятся:

- a) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;
- b) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;
- c) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;
- d) судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

Под общими международными конвенциями понимаются договоры, в которых участвуют или могут участвовать все государства и которые содержат такие нормы, которые обязательны для всего международного сообщества, то есть нормы общего международного права. К специальным относятся договоры с ограниченным числом участников, для которых обязательны положения этих договоров.

Международным обычаем, составляющим норму международного права, может стать такое правило поведения субъектов международного права, которое образовалось в результате повторяющихся однородных действий и признается в качестве правовой нормы.

Повторение действий предполагает продолжительность их совершения. Но международное право не устанавливает, какой период необходим для формирования обычая. При современных средствах транспорта и связи государства могут быстро узнавать о действиях друг друга и, соответственно на них реагируя, выбирают тот или иной образ поведения. Это привело к тому, что фактор времени уже не играет, как прежде, важную роль в процессе рождения обычая.

Решения международных организаций, выражающие согласованные позиции государств, могут явиться отправным моментом для образования обычая.

С возникновением правила поведения процесс образования обычая не завершается. Только признание государствами в качестве правовой нормы превращает то или иное правило поведения государств в обычай.

Обычные нормы имеют такую же юридическую силу, что и договорные нормы.

Квалификация правила поведения в качестве обычая является сложным вопросом. В отличие от договорных норм, обычай не оформляется каким-либо единым актом в письменном виде. Поэтому для установления существования обычая используются вспомогательные средства: судебные решения и доктрины, решения международных организаций и односторонние акты и действия государств.

К судебным решениям, которые являются вспомогательным средством, относятся решения Международного Суда ООН, других международных судебных и арбитражных органов. Передавая спор в Международный Суд ООН или другие международные судебные органы, государства нередко просят их установить наличие обычной нормы, обязательной для спорящих сторон.

Международный Суд ООН в своей практике не ограничивался констатацией существования обычаев, но давал им более или менее четкие формулировки. В качестве примера можно назвать решение Международного Суда ООН по англо-норвежскому спору о рыболовстве 1951 года, содержащее, в частности, определение обычной нормы, в соответствии с которой прибрежные государства могли в качестве исходной линии для отсчета ширины территориальных вод применять и прямые линии.

В некоторых случаях судебные решения могут положить начало формированию обычной нормы международного права.

В прошлом труды выдающихся ученых в области международного права часто рассматривались в качестве источников международного права. В настоящее время также нельзя исключать значение доктрины международного права, которая в некоторых случаях способствует уяснению отдельных международно-правовых положений, а также международно-правовых позиций государств. В частности, спорящие стороны в своих документах, представляемых в международные судебные органы, используют иногда мнения специалистов по различным вопросам международного права.

Вспомогательным средством для определения существования обычая являются односторонние действия и акты государств. Они могут выступать как доказательство признания того или иного правила поведения в качестве обычая. К таким односторонним действиям и актам относятся внутренние законодательные и другие нормативные акты. Международные судебные органы для подтверждения существования обычной нормы нередко прибегают к ссылкам на национальное законодательство.

Официальные заявления глав государств и правительств, других представителей, в том числе в международных органах, а также делегаций на международных конференциях также могут служить подобным доказательством.

Вспомогательным средством для определения обычая могут считаться совместные заявления государств (например, коммюнике по итогам переговоров).

Несмотря на интенсивный процесс кодификации международного права, значение обычая в международной жизни сохраняется. Одни и те же международные отношения могут регулироваться для одних государств договорными нормами, а для других — обычными.

Виды и соотношение источников международного частного права

Характер содержания международного частного права как полисистемного комплекса, объединяющего в себе нормы национальных правовых систем и международных договоров публичного права, предопределяет двойственность его источников. Ими, прежде всего, являются акты внутреннего законодательства государств и международные договоры, а также национальные и международно-правовые обычаи, которые практически повсеместно признаются основными источниками права в своих правовых системах.

Вместе с тем нельзя не отметить довольно широкое распространение в нашей стране точки зрения о том, международные договоры и обычаи не являются источниками МЧП, так как само международное частное право— это не более чем "элемент системы национального права", источниками которого могут выступать только национальные нормативные юридические документы: законы и подзаконные акты.

В то же время международные договоры и обычаи способны выступать в качестве источников норм, непосредственно регулирующих отношения между национально-правовыми субъектами различных государств или даже одной страны, в тех случаях, когда их действие в таком качестве будет санкционировано соответствующим государством.

В тех случаях, когда внутригосударственное право санкционирует применение правил международных договоров для регулирования общественных отношений, субъектами которых могут быть физические либо юридические лица, возникает проблема так называемых само исполнимых и несамоисполнимых договоров.

Нормы самоисполнимых договоров в силу их детальной проработанности и завершенности могут применяться для регулирования соответствующих общественных отношений без каких-либо конкретизирующих и дополняющих их норм. Практика зарубежных государств, конституции которых объявляют международные договоры частью права страны или даже выше его (США, Франция, Германия, Испания и др.), показывает, что самоисполнимыми, как правило, являются договоры, регулирующие отношения между национально-правовыми субъектами различной государственной принадлежности, то есть договоры, являющиеся источниками МЧП.

Несамоисполнимый договор, даже если государство санкционирует применение его правил внутри страны, требует для своего исполнения наличия акта внутригосударственного нормотворчества, конкретизирующего положения

соответствующего документа. Именно о таких внутренних актах шла речь в приведенных выше статьях ГК РФ и Закона о международных договорах. Необходимость их принятия объясняется тем, что несамоисполнимые международные договоры, как правило, имеют общий характер и определяют известные рамки, масштабы поведения, в пределах которых сами государства устанавливают права и обязанности субъектов национального права. Такие соглашения обычно принимаются в целях достижения определенного урегулирования отношений внутри страны (например, в области обеспечения и соблюдения прав и свобод человека) и не предназначены для регулирования отношений типа МНН.

Изложенное выше позволяет прийти к выводу, что международные договоры и общепризнанные принципы и нормы международного права, наряду с актами национального законодательства отдельных государств, относятся к числу источников МЧП и способны непосредственно регулировать международные немежгосударственные невластные отношения. Поэтому они должны восприниматься и использоваться в этом качестве всеми физическими, юридическими лицами, государственными и общественными органами и организациями.

Необходимо также отметить, что законодательством Российской Федерации установлен принцип приоритетного применения положений международных договоров. Это означает, что в случае если международным договором нашей страны установлены иные правила, чем предусмотренные законодательством РФ, то применяются правила международного договора. Данный факт лишний подчеркивает необходимость тщательного изучения и анализа "международной составляющей" МЧП в процессе осуществления любого вида деятельности, выходящего рамки границ одного государства.

В странах общего (англосаксонского) права, к числу которых можно отнести Великобританию, США, Канаду, Австралию, Новую Зеландию и некоторые другие государства, в качестве источников международного частного права, наряду с международными договорами и национальным законодательством, признаются также судебные прецеденты. Под ними в теории права обычно понимал решения судов, вынесенные по конкретному делу и являющиеся обязательными для данных судебных органов, также для всех судов низшей инстанции при рассмотрении ими аналогичных дел в дальнейшем. В таких странах, как Великобритания и США, судебные прецеденты играют даже более существенную роль, чем акты писаного права. В этих государствах положения законов и подзаконных актов могут

изменяться или отменяться судебными решениями.

В странах континентальной системы права, в том числе и в России, прецеденты не являются источниками прав. В этих государствах судебная власть не обладает полномочием принимать юридически обязательные нормативные положения, а решения судебных органов обязательны только для тех дел, по которым они вынесены. В тоже время, судебная практика в странах континентальной системы играет существенную роль в вопросах уяснения содержания, правильного применения и толкования правовых норм в процессе их реализации.

Некоторые авторы к числу источников МЧП относят также правовую доктрину — научные труды и высказывания пользующихся известностью и авторитетом иных юристов. Сторонники этой точки зрения утверждают, что в сфере международного частного права значительно чаще, чем в рамках других нормативных правовых образований, возникает необходимость применения аналогии закона и аналогии права. Данный процесс практически всегда происходит на основе и в рамках концепции и схем, разрабатываемых не на законодательном, а на доктринальном уровне. Все это, по их мнению, предопределяет безусловную практическую значимость соответствующих теоретических конструкций в МЧП.

Нет никаких оснований для определения в качестве источника МЧП и так называемого права, творимого участниками правоотношений. Речь в данном случае идет преимущественно о правилах поведения, разрабатываемых субъектами внешнеэкономических сделок на основе соглашения между ними и закрепляемых в соответствующих контракта. Такие соглашения, дополняя положения нормативных правовых актов, более детально определяют содержание прав и обязанностей сторон сделки, процедуру их реализации, форму и порядок осуществления расчетов между контрагентами, виды и объем их ответственности и т. д.

Изложенное выше позволяет отнести к числу источников международного частного права внутреннее законодательство государств, международные договоры, судебные прецеденты (для стран англосаксонской системы права), а также внутригосударственные и международно-правовые обычаи.

Удельный вес различных источников МЧП в правовых системах государств неодинаков. Он зависит от многих факторов, в числе важнейших из которых следует выделить исторические традиции развития правовых институтов и правовой культуры, а также национальные особенности правотворческой и правоприменительной деятельности той или иной страны. Справедливость такого

утверждения нетрудно проследить при более детальном анализе классификации, основных разновидностей и содержания отдельных видов источников международного частного права.

Внутреннее законодательство государств

В современном мире существуют два основных подхода к проблеме регулирования международных немежгосударственных невластных отношений на уровне национального законодательства. Для первого из них характерно закрепление норм международного частного права в многочисленных отраслевых законах и подзаконных актах внутреннего права. Специфика второго состоит в принятии государством специальных кодификационных законодательных актов по вопросам МЧП.

Российская Федерация относится к числу государств, в которых не существует единой национальной кодификации норм международного частного права. В законодательстве нашей страны подобные положения находят закрепление в отраслевых, комплексных или специальных нормативных правовых актах различного уровня и происхождения. Ключевое положение среди них занимает Конституция РФ 1993 г.

Применительно к МЧП значение Основного закона РФ состоит прежде всего в том, что, закрепляя основы государственного и общественного строя России, Конституция определяет содержание категории "публичный порядок государства" и устанавливает тем самым общие пределы действия иностранных законов и подзаконных актов на территории нашей страны того, который конституционные нормы призваны непосредственно регулировать отношения типа МИН. Речь в данном случае идет, например, о ч. 3 ст. 62 Конституции, посвященной определению статуса иностранных граждан, или о ст. 8, 67, 75, 79, регламентирующих правовые основы осуществления инвестиционной и внешнеэкономической деятельности.

Во внутреннем праве России существует значительное количество нормативных актов, содержащих коллизионные нормы международного частного права. Важнейшими среди них являются Гражданский Кодекс РФ (части которого соответственно были приняты в 1994, 1996 и 2001 г.)

Значительное количество коллизионных норм содержится также в Семейном кодексе РФ от 29 декабря 1995 г.; в разделе VII "Применение семейного законодательства"| семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства", а также в Основах законодательства РФ о нотариате от 11 февраля 1993 г. в главе XXI "Применение нотариусом норм иностранного права. Международные договоры".

В соответствии с ч. 4 п. 1 ст. 2 части первой ГК РФ 1994 г. к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом, применяются правила, установленные гражданским законодательством Российской Федерации.

Значительное количество норм, относящихся к международному частному праву, содержатся в законах и подзаконных актах Российской Федерации, регламентирующих процедуру осуществления внешнеэкономической и инвестиционной деятельности с иностранным участием. Как правило, эти акты носят комплексный характер и содержат правила поведения, относящиеся к различным отраслям права — административному, финансовому, таможенному, трудовому, гражданскому и др. В числе наиболее важных из них следует назвать Законы "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" от 9 июля 1999 г.; "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений" от 25 февраля 1999 г.; "О валютном регулировании и валютном контроле" от 9 октября 1992 г., Таможенный кодекс Российской Федерации от 18 июня 1993 г.; "О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации" от 7 июля 1993 г.; "О государственном регулировании внешнеторговой деятельности" от 13 декабря 1995 г.; "О соглашениях о разделе продукции" от 30 декабря 1995 г.; "О лизинге" от 29 октября 1998 г.; "О мерах по защите экономических интересов Российской Федерации при осуществлении внешней торговли товарами" от 14 апреля 1998 г.; "Об экспортном контроле" от 18 июля 1999 г. и др.

Отдельные нормы МЧП нашли свое отражение в Законе "О правовом положении иностранных граждан в СССР" от 24 июня 1981 г., а также в ряде других союзных нормативных актах, продолжающих действовать в настоящее время на территории РФ. Содержатся они и в таких документах, как Законы "О банках и банковской деятельности в РСФСР" от 2 декабря 1990 г. с последующими изменениями и дополнениями; "Об инвестиционной деятельности в РСФСР" от 26 июня 1991 г.; "О залоге" от 16 января 1992 г.; "О недрах" от 21 февраля 1992 г.; Патентном законе 23 сентября 1992 г.; "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях

мест происхождения товаров" 23 сентября 1992 г.; "О страховании" от 27 ноября 1992 "О сертификации продукции и услуг" от 10 июня 1993 "Об авторском праве и смежных правах" от 9 июля 1993 г.; "О континентальном шельфе Российской Федерации" от 30 ноября 1995 г.; "Об исключительной экономической зоне российской Федерации" от 17 декабря 1998 г.; Воздушном кодексе Российской Федерации от 19 марта 1997 г.; Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. и др.

Значительное число нормативных актов Российской Федерации посвящено вопросам международного гражданского процесса. Соответствующие нормы прежде всего содержатся в Гражданском процессуальном кодексе (ГПК) РСФСР 1964 г. в разделе VI "Гражданские процессуальные права иностранных граждан и лиц без гражданства, иски к иностранным государствам, судебные поручения и решения иностранных судов. Международные договоры". Той же проблеме посвящен раздел V "Производство по делам с участием иностранных, лиц" Арбитражного процессуального кодекса (АПК) Российской Федерации от 5 мая 1995 г. Не менее важное значение в этом смысле имеет и Закон "О международном коммерческом арбитраже" от 7 июля 1993 г., который устанавливает основополагающие принципы и правила рассмотрения споров с иностранным участием в третейских судебных органах России. 21 июля 1997 г. в России был принят Федеральный закон "Об исполнительном производстве", определяющий, среди прочего, порядок совершения исполнительных действий в отношении иностранных граждан, организаций и лиц без гражданства. Им также устанавливается процедура исполнения судебных актов и актов других органов иностранных государств в Российской Федерации.

Весьма близкими к охарактеризованному выше российскому законодательству по содержанию и основополагающим принципам построения являются законы и подзаконные акты, принятые в странах Содружества Независимых Государств.

К числу стран, в национальном праве которых отсутствуют специальные нормативные акты, кодифицирующие нормы МЧП, можно также отнести, в частности, Францию, Португалию, Испанию, Италию, Алжир, Египет, Болгарию, Китай, Монголию, Японию. В этих государствах регулирование международных немежгосударственных невластных отношений осуществляется на основе нормативных предписаний, закрепленных в гражданских, гражданско-процессуальных, семейных, трудовых, торговых кодексах, а также в ряде отраслевых и комплексных нормативных актов. Среди них наиболее известным является Французский гражданский кодекс (Кодекс Наполеона) 1804 г., который

оказал решающее воздействие на формирование и развитие цивилистического законодательства многих стран Европы, Азии, Северной и Южной Америки.

Нормативные правовые акты, содержащие нормы международного частного права, начинают играть все более важную роль и в правовой системе тех государств, где на протяжении многих десятков лет безусловное предпочтение отдавалось судебной практике.

Неизбежным следствием охарактеризованного выше подхода к развитию внутригосударственных источников международного частного права является неуклонное увеличение количества нормативных актов, содержащих его нормы. Такая ситуация в конечном счете негативно сказывается на эффективности правоприменительной деятельности в соответствующей сфере. Отсутствие единого кодификационного документа, регламентирующего основополагающие вопросы МЧП, усугубляет проблему противоречивости и пробельности правового регулирования международных немежгосударственных невластных отношений на национальном уровне, приводит к дублированию одних и тех же положений в различных законодательных актах, порождает их "конкуренцию" друг с другом.

Поэтому все большее распространение во внутригосударственном законодательстве получает практика разработки специальных законов о международном частном праве. К сегодняшнему дню они приняты, в частности, в Австрии (1978 г.), Венгрии (1979 г.), Польше (1965 г.), Румынии (1992 г.), Турции (1982 г.), ФРГ (1986 г.), Швейцарии (1987 г.) и некоторых других странах.

Как правило, указанные нормативные акты состоят из трех основных частей, содержащих нормы, которые посвящены регулированию: 1) общих вопросов МЧП (квалификация, взаимность коллизионных норм, установление содержания и пределов действия иностранного права, обратная отсылка, личный статут субъектов МЧП и его изменение, пределы автономии воли сторон правоотношений); 2) коллизионных вопросов, возникающих в рамках широкого круга отношений в сфере гражданского, семейного и трудового права; 3) вопросов международного гражданского процесса (компетенция судов и других внутригосударственных органов при рассмотрении и решении ими дел с участием иностранных субъектов, правовое положение иностранцев в процессе, признание и исполнение иностранных арбитражных и судебных решений и др.).

Международные договоры

Международные договоры представляют собой соглашения между государствами и другими субъектами международного права, разрабатываемые на основе согласования их волеизъявлений в целях единообразного регулирования определенных разновидностей общественных отношений.

В современном мире нормативно-правовое регулирование взаимоотношений субъектов различной государственной принадлежности уже не может осуществляться исключительно посредством национального законодательства отдельных стран в силу его разрозненности и противоречивости. Все более важное значение в этом процессе придается международным договорам, содержащим нормативные предписания унифицированного характера, специфика подобных соглашений состоит прежде всего в том, что, будучи результатом согласования волеизъявлений властных образований — государств, они, как правило, содержат правила поведения, которые напрямую адресуются участникам международных немежгосударственных невластных отношений (например, физическим или юридическим лицам). Поэтому многие международно-правовые источники МЧП способны, наряду с актами внутригосударственного права, выступать в качестве непосредственных источников юридических прав и обязанностей субъектов конкретных правоотношений.

Характерной особенностью процесса современного международного правотворчества является тенденция расширения участия в нем международных межправительственных организаций (ММПО).

Одной из старейших международных организаций, занимающихся разработкой проектов соглашений в области международного частного права, является Гаагская конференция по международному частному праву (ГКМЧП). Ее первая сессия была проведена в 1893 г. в Гааге по инициативе правительства Нидерландов. Многие годы эта организация не имела постоянной основы функционирования и созывалась от случая к случаю по предложению различных государств.

За период с 1951 по 1996 год в рамках ГКМЧП, таким образом, было принято 32 международных договора.

Значительную работу в области международно-правовой кодификации МЧП проводит также Международный институт унификации частного права (УНИДРУА), основанный в 1926 г. в Риме. В его работе принимают участие более 50 государств мира, включая Россию. Целями Института являются изучение путей гармонизации и

согласования частного права групп государств или отдельных стран, разработка его единообразных норм.

Одной из целей деятельности другого международного институционального органа — Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) — является разработка проектов международных конвенций и типовых законов в области права международной торговли, коммерческого арбитража и платежей, международных перевозок. К настоящему времени этим органом было принято несколько важнейших международно-правовых документов в данной области. Комиссия была учреждена на основе резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 2205 (XXI) от 17 декабря 1966 г. Она состоит из 36 членов, которые избираются Ассамблеей на шестилетний срок. Проекты документов, разрабатываемых Комиссией, принимаются либо на созываемых Генеральной Ассамблеей ООН конференциях, либо непосредственно на ее пленарных заседаниях.

Международные договоры, разрабатываемые указанными выше, а также некоторыми другими международными организациями, носят универсальный характер и рассчитаны на широкое применение. Однако серьезным препятствием на пути их всеобщего признания и распространения продолжают оставаться как значительные расхождения во взглядах на доктрину и практику международного частного права, существующие в странах англосаксонской и континентальной правовых систем, так и нежелание многих государств мира отказываться от применения собственных национально-правовых актов в пользу унифицированных норм международных договоров.

В заключение этого вопроса несколько слов следует сказать о двусторонних международно-правовых документах, не являющихся источниками МЧП, но оказывающих тем не менее значительное влияние на отношения, составляющие его предмет. В их числе особое место занимают консульские конвенции и договоры об устранении двойного налогообложения. Первые, в частности, определяют полномочия консульских учреждений по представлению своих физических и юридических лиц, а также защите их прав и законных интересов в официальных органах иностранного государства, в том числе в связи с решением вопросов гражданско-правового характера. Основной целью вторых является упорядочение взаимоотношений участников международных экономических связей с налоговыми органами стран-участниц, сокращение объема налоговых отчислений, а в некоторых случаях полное освобождение от их уплаты отдельных категорий физических или юридических лиц. На сегодняшний день наша страна участвует в более чем 30 договорах об устранении двойного налогообложения, включая

соглашения, подписанные с Австрией, Бельгией, Великобританией, Венгрией, Испанией, Индией, Италией, Канадой, Кореей, Словенией, США, Францией, ФРГ, Чехией, Швейцарией, Швецией, Югославией, Японией и некоторыми другими государствами.

Судебные прецеденты

Прецедентное право представляет собой совокупность норм, сформулированных в решениях судебных органов.

На сегодняшний день прецедентное право получило наибольшее распространение в странах, территории которых входили в свое время в состав Британской империи. В их числе следует назвать Великобританию, США, Австралию, Новую Зеландию, Канаду. В своей совокупности эти и некоторые другие государства образуют сегодня группу стран так называемой "англосаксонской системы права"**[5]**.

Исторически прецедентное право начало развиваться как совокупность общего права (common law) и права справедливости (law of equity). Различие между этими категориями впервые обозначилось около 600 лет назад в средневековой Англии, где существовали две основные разновидности судебных органов, каждой из которых было свойственно свое специфическое отношение к осуществлению правосудия. Если суды права справедливости отличал гибкий и творческий подход к оценке фактических обстоятельств дела, то для судов общего права было характерно более консервативное и традиционное отношение к процедуре разрешения споров и вынесению решений. Поэтому именно в судах права справедливости были выработаны такие важные цивилистические институты, не известные в то время общему праву, как доверительная собственность (trust), институт принуждения к исполнению договорного обязательства в натуре (specific performance) и другие.

Поэтому именно общее право сегодня фактически составляет содержание того, что в доктрине принято именовать правом судебных прецедентов, или прецедентным правом.

Для правильного понимания существа прецедентного права очень важно уяснить содержание трех категорий, известных в странах англосаксонской системы под латинскими терминами *stare decisis*, *ratio decidendi* и *dictum*.

Stare decisis (дословно — придерживаться того, что было решено) — принцип, в соответствии с которым решение, вынесенное судебным органом, является обязательным при последующем разрешении аналогичного дела тем же самым судом или судом соответствующей юрисдикции низшей инстанции. Так, например, в США решение, принятое первичным судом какого-либо штата, будет создавать нормы права для будущих решений только данного суда, а не для других судов аналогичной юрисдикции этого или другого штата или апелляционных судов. В то же время решения Верховного Суда США будут являться обязательными для всех судебных органов этой страны.

Органы, применяющие прецедентное право, учитывают не все решение соответствующего суда, а лишь ту его часть, где сформулированы принципиальные правовые положения, на которых основано само решение. Именно они обозначаются в доктрине термином *ratio decidendi*. В свою очередь *dictum* (или *obiter dictum*) — заявления, ремарки, замечания, нашедшие отражение в решении суда, но не создающие тем не менее его правовую основу. Различие между указанными составляющими судебного решения не всегда достаточно просто установить. Поэтому вопрос о том, что есть в данном конкретном решении *ratio decidendi*, а что — *dictum*, определяет во многих случаях существо юридического анализа ситуации и содержание аргументов сторон в судебном заседании.

Суды стран общего права обладают большой свободой в определении тех случаев, когда в качестве регулятора тех или иных общественных отношений может быть использован прецедент. Это объясняется тем, что в реальной жизни практически не существует дел, полностью идентичных друг другу. Применение прецедента возможно только в тех случаях, когда наиболее важные фактические составляющие рассматриваемого спора или ситуации не отличаются от соответствующих обстоятельств дела, по которому ранее уже было вынесено решение, обладающее силой прецедента. Более того, указанные факты должны играть ключевую роль в обосновании принятия именно такого решения в прошлом. Поэтому суды могут прийти к выводу о невозможности использования прецедента, если установят, что соответствующие дела отличаются друг от друга по некоторым важным фактическим обстоятельствам, даже если по внешним признакам они будут казаться очень похожими друг на друга. Здесь также важно отметить, что если суд придет к выводу, что нормы определенного прецедента устарели и не отвечают сложившимся реалиям современного правового регулирования, то он может пересмотреть их в своем решении, создав, таким образом, новый прецедент **[6]**.

Возможность осуществления судом нормотворческой деятельности закреплена даже в некоторых законодательных актах европейских государств. Особую известность в этом смысле приобрела ст. 1 Швейцарского гражданского кодекса 1907 г. В ней прямо признается наличие пробелов в законодательстве и предоставляется судье право восполнять их в необходимых случаях. Значительную активность в оправдании широкого судебного правотворчества проявляют также германские юристы. Из толкования ст. 20 Конституции ФРГ, гласящей, что "правосудие связано законом и правом", они выводят принципиальную возможность для суда формулировать нормы, не содержащиеся в законе. Подобная позиция получила распространение и в таких, в частности, государствах, как Португалия, Япония, Мексика, Испания[7].

Правовые обычаи и обыкновения как регуляторы отношений в области международного частного права

Одним из источников современного международного частного права является правовой обычай. Он представляет собой сложившееся на практике правило поведения, за которым компетентными государственными органами признается юридически обязательный характер. К числу основных признаков, которым должна соответствовать практика, составляющая содержание обычая, обычно относят: продолжительность ее существования, постоянность и однородность соблюдения, определенность, не противоречие публичному порядку.

Нормативные положения международно-правовых и национальных обычаев будут являться обязательными для субъектов правоотношений только в том случае, если они в какой-либо форме признаны соответствующим государством. Такое санкционирование применения практики в качестве юридически обязательного правила поведения, которое в доктрине обозначается термином *opinio juris*, является необходимым условием возникновения и существования самого обычая. Формой внешнего выражения *opinio juris* может, в частности, служить признание неписаных правил поведения в качестве обычных норм права в решениях судов или официальных заявлениях (коммюнике, декларациях, меморандумах и др.) государственных органов и их должностных лиц.

Помимо обычаев, имеющих нормативно-правовой характер и применяющихся так же, как и любая другая норма права, в доктрине и практике выделяются еще так называемые обыкновения (торговые обычаи или обычаи делового оборота), играющие особенно большую роль при регулировании отношений сторон по торговым сделкам. Пункт 1 ст. 5 ГК России определяет обычаи делового оборота как "сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе". Как указывается в п. 3 ст. 28 Закона РФ о международном коммерческом арбитраже 1993 г., "во всех случаях третейский суд принимает решения в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке".

Таким образом, подобно обычаям, обыкновения — это правила поведения, сложившиеся в определенной области предпринимательской деятельности на основе постоянного и единообразного их применения. В то же время, в отличие от обычаев, они не являются источником права и применяются только при условии, что эти правила известны сторонам и нашли отражение в договоре в виде прямой или подразумеваемой отсылки к ним.

Торговые обыкновения рассматриваются судом в качестве составной части заключенного контракта, если такое правило не было исключено сторонами в какой-либо форме. Подтверждением этого тезиса может, в частности, служить п. 2 ст. 5 ГК Российской Федерации, который устанавливает, что "обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются".

В настоящее время по сравнению с другими источниками права обычаи делового оборота и торговые обычаи играют вспомогательную роль и применяются в большинстве своем в тех случаях, когда в национальном законе или международном договоре вообще отсутствует соответствующее предписание или оно недостаточно полно.

Изложенное выше позволяет прийти к выводу, что использование обыкновения в качестве нормативного регулятора международных не межгосударственных невластных отношений возможно в случаях, когда: 1) это вытекает из договора, заключенного сторонами; 2) к нему отсылает норма национального законодательства какого-либо государства; 3) его применение основывается на положениях международного договора, регулирующего взаимоотношения сторон.

Отграничение правовых обычаев от обыкновений не всегда просто осуществить, тем более что обыкновения в ходе их применения зачастую перерастают в обычаи. Кроме того, в праве каждой страны существует свой специфический подход как к определению обычая в качестве правовой нормы, так и к вопросу о границе между обычаем и обыкновением. Достаточно сказать, например, что в Испании и Ираке ИНКОТЕРМС имеют силу закона, а во Франции и Германии квалифицируются как международный торговый обычай. В свою очередь, Указом Президента Украины от 4 октября 1994 г. установлено, что при заключении субъектами предпринимательской деятельности Украины договоров, в том числе внешнеэкономических контрактов, предметом которых являются товары (работы, услуги), применяются правила ИНКОТЕРМС.

Огромное значение в современном международном деловом обороте имеют типовые договоры, или так называемые формуляры. Их условия заранее вырабатываются крупной компанией или производственным объединением, которое господствует на рынке соответствующего товара или услуги, и предлагаются иностранному контрагенту для подписания. При этом последний довольно часто не имеет возможности ни изменять, ни даже обсуждать предлагаемые условия. Такая ситуация наиболее типична в тех сферах, где существует фактическая или юридическая монополия крупных транснациональных корпораций.

В современном гражданском праве западных стран прослеживается тенденция придания типовым договорам нормативного значения. Поэтому, хотя формуляры строго юридически и не являются источниками права, но по существу в некоторых отношениях, в которых участвуют соответствующие организации, они заменяют нормы действующего законодательства, а их положениям придается сила норм торговых обычаев или обычаев делового оборота