



- 1. Источник международного частного права

Источник права — это форма существования правовых норм. Как и само международное частное право в целом, его источники имеют двойственный и парадоксальный характер. Специфика источников международного частного права порождена его предметом регулирования. С одной стороны, международное частное право представляет собой отрасль национального права, следовательно, его источники имеют национально-правовой характер. С другой - международное частное право регулирует именно международные гражданские правоотношения, следовательно, международное право выступает самостоятельным источником этой отрасли права. В пользу данной точки зрения говорит и сама нормативная структура международного частного права: унифицированные международные нормы (и материальные, и коллизионные) непосредственно входят в его структуру и являются ее неотъемлемой частью. Именно такое положение вещей и предопределяет двойственный характер источников международного частного права (одновременно и национальные, и международно-правовые).

Национальным источником международного частного права является вся внутренняя правовая система в целом, весь правопорядок данного государства. Такой подход при определении национальных источников международного частного права связан с тем, что его основополагающей частью являются коллизионные нормы, отсылающие не к конкретному закону, а ко всей правовой системе, ко всему правопорядку в целом. На первом месте среди внутренних источников международного частного права стоят, естественно, законы и подзаконные акты. Во многих государствах приняты специальные законы о МЧП. Но даже в таких государствах национальное гражданское, торговое, семейное, трудовое, гражданско-процессуальное и арбитражное законодательство в целом можно назвать источником международного частного права. Немаловажное место среди источников занимают и национальные правовые обычаи в сфере международного частного права (следует сразу отметить ограниченное количество таких обычаев во всех государствах).

Конкретные вопросы регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом в основном регламентируются во внутригосударственных подзаконных актах, ведомственных и межведомственных инструкциях, которые также входят в

правовую систему государства и выступают в качестве источников международного частного права. Национальная судебная и арбитражная практика выделяется как самостоятельный источник международного частного права, но это также часть национального правопорядка, поэтому судебную практику можно отнести и к национальному праву как источнику международного частного права.

По аналогии с национальным правом можно утверждать, что источником международного частного права является международное право в целом. В систему международно-правовых источников международного частного права входят международные договоры, международные правовые обычаи и система негосударственного регулирования внешнеторговой деятельности (МКП). Из всех международно-правовых источников международного частного права основное значение принадлежит именно международным договорам. Кроме того, нельзя забывать, что общепризнанные нормы и принципы международного права являются частью правовой системы большинства государств и имеют примат над нормами национального права в случае их противоречия.

Парадоксальный характер источников международного частного права проявляется в том, что самостоятельными источниками этой отрасли права являются такие формы существования правовых норм, которые в других отраслях права считаются либо вспомогательными источниками, либо средствами определения и толкования правовых норм, либо просто правовыми институтами. Это связано с тем, что международное частное право отличается особой сложностью, и в нем, как ни в какой другой отрасли права, имеется огромное количество пробелов. Такими источниками международного частного права можно назвать судебную и арбитражную практику (и национальную, и международную), доктрину (науку) права, аналогию права и аналогию закона, автономию воли сторон, общие принципы права цивилизованных народов.

Источники российского международного частного права перечислены в ГК (ст. 3, 5-7, 1186), ГПК (ст. 11), АПК (ст. 13), СК (ст. 3-6). Российское законодательство в качестве источников международного частного права признает национальное право, международные договоры и обычаи, аналогию права и закона.

1.2 Обычай как источник международного частного права

Международно-правовую систему невозможно представить без международного обычая не только из-за того, что в современном международном праве многие отрасли и институты состоят частично или полностью из обычных норм, но и

потому, что продолжают возникать новые нормы обычного права в тех областях, где по различным причинам невозможно договорное регулирование.

Некоторые особые черты международного обычая, такие, как, например, способность заполнять пробелы в договорном праве, связывать, как правило, все государства международного сообщества, способность к изменениям по мере изменений потребностей общества и практики государств, позволяют сделать вывод о том, что международный обычай никогда не сможет полностью быть заменен международным договором в рамках системы международного права.

Как в отечественной, так и в зарубежной международно-правовой литературе неоднократно указывалось, что не всякое повторение может привести к созданию обычной нормы международного права. Повторение одних и тех же действий может и не привести к созданию нормы поведения, а если такая норма поведения появляется, она не обязательно должна быть юридической нормой.

В международном частном праве, под обычаем понимается сложившееся на практике правило поведения, за которым признается юридическая сила. Наряду с этим традиционным видом обычаев в международном праве стали признаваться правила, зафиксированные первоначально либо в международных договорах, либо в таких неправовых актах, как резолюции международных совещаний и организаций.

Кроме того, обычаями, признаваемыми в качестве источников международного частного права, являются и торговые обычаи. Российское законодательство в области международного частного права исходит из той общей посылки, что право, подлежащее применению, определяется не только на основании международных договоров и федеральных законов, но и обычаев, признаваемых в Российской Федерации. Из этой исходной позиции признания обычая как источника международного частного права исходят и действующие в России законы. Еще в Законе РФ о международном коммерческом арбитраже 1993 г. было предусмотрено, что «Во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке». Международный обычай представляет собой именно международную норму, которая призвана регулировать взаимоотношения субъектов международного права. Иное понимание международного обычая, пишет И.И. Лукашук, неизбежно ведет к утрате им юридического характера, так как правовое регулирование отношений может осуществляться только юридической нормой.

В ГК РФ обычаи (в Кодексе применен термин «обычаи делового оборота») фактически признаны вспомогательным источником права. Под обычаем делового оборота признается, «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» («сложившееся», т.е. достаточно определенное в своём содержании в какой-либо области предпринимательской деятельности, правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, «зафиксировано ли оно в каком-либо документе», т.е. опубликовано в печати, изложено ли во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т.д.). От международного обычая следует отличать международное обыкновение, это правило поведения государств, которому они следуют в своих взаимоотношениях, за которыми они не признают юридически обязательной силы. С торговыми обыкновениями приходится сталкиваться в области морских перевозок. Они складываются, например, в портах. Обыкновения могут регулировать взаимоотношения сторон только в тех случаях, когда стороны в той или иной форме признали необходимым применение обыкновений какого-либо морского порта. Нарушение международного обычая рассматривается субъектами международного права как правонарушение, а нарушение международного обыкновения - лишь как недружественный акт. К международным обыкновениям относятся, например, правила международной вежливости (*comitas gentium*), в частности правила дипломатического этикета и так называемого дипломатического протокола.

Встречались и такие юристы, которые не проводили различия между международным обычаем и международным обыкновением.

Если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями делового оборота, применимыми к отношениям сторон. В Информационном письме Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1996 г. было обращено внимание арбитражных судебных органов на применение обычаев в сфере международной торговли, в частности на использование формулировок Инкотермс, если стороны договорились об этом. Инкотермс - это правила толкования торговых обычаев, изданных Международной торговой палатой в Париже. В конкретном случае, рассмотренном арбитражным судом, стороны (российское акционерное общество и английская фирма) договорились о том, что поставка продукции будет осуществляться на условиях «сиф» (морская перевозка) в редакции Инкотермс 1990 г. (см. гл. 9). С 1 января

2000 г. действует Инкотермс 2000.

Согласно п. 1 ст. 414 КТМ РФ право, подлежащее применению к отношениям торгового мореплавания, определяется наряду с прочими источниками права, «признаваемыми в Российской Федерации обычаями торгового мореплавания».

Международный Коммерческий Арбитражный Суд в соответствии с Законом о международном коммерческом арбитраже 1993 г. (п. 3 ст. 28) и своим Регламентом (§ 13) учитывает торговые обычаи, применимые к конкретной сделке. При этом он применяет не только Инкотермс, которые подлежат использованию при наличии ссылки на них в контракте, но и вообще обычаи, широко известные в международной торговле, о которых стороны знали или должны были знать, включая в контракт этот торговый термин.

Принятые в международной торговой практике обычаи применяются арбитражным судом в тех случаях, когда это обусловлено в договоре, из которого возник спор, и тогда, когда к обычаям отсылает норма права, подлежащего применению к спорному правоотношению, а также если применение обычая основывается на положениях международного договора, действующего в отношениях между государствами, к которым принадлежат стороны в споре. Кроме того, в арбитражной практике допускается применение торговых обычаев и в случаях, когда в нормах права, подлежащего применению к спорному вопросу, не содержится необходимых указаний, а обращение к торговому обычаю вытекает из характера условия, относящегося к спору, например условия, обозначенного одним из распространенных в международной торговле терминов «франко», «фоб», «сиф» и т.п. Вследствие расхождения в содержании торговых обычаев, применяемых в отдельных странах, в практике МКАС принимается во внимание (при установлении содержания обычая) опыт внешнеторговых отношений между соответствующими странами и практика применения сторонами обычно принятых в торговых отношениях условий, связанных с обычаем, необходимость в обращении к которому возникла при разбирательстве спора.

Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

В ряде государств существенную роль в качестве источника международного частного права играют обычаи в области семейных и наследственных отношений. Это связано с историческими, национальными и религиозными традициями.

Список используемой литературы:

- 1. Международное частное право. Конспект лекций. Гетьман-Павлова И.В.М.: Юрайт, 2009. - 207 с.

1.2 Гражданский кодекс РФ