О.Н. Толочко

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО



Для студентов учреждений высшего образования

О.Н. Толочко

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Допущено
Министерством образования Республики Беларусь
в качестве учебного пособия для студентов
учреждений высшего образования
по специальностям «Правоведение»,
«Экономическое право»



Минск
«Вышэйшая школа»
2022

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412.2(я73)
Т52

Рецензенты: кафедра международного права юридического факультета ГрГУ им. Я. Купалы (заведующий кафедрой кандидат юридических наук ***М.И. Игнатик***); заведующий кафедрой международного экономического права БГЭУ кандидат юридических наук, доцент ***Т.В. Телятицкая***

Толочко, О. Н.

Т52 Международное частное право : учебное пособие / О. Н. Толочко. — Минск : Вышэйшая школа, 2022. — 360 с. ISBN 978-985-06-3462-7.

Учебное пособие по курсу международного частного права разработано в соответствии с программой курса международного частного права для специальностей «Правоведение» и «Международное право» и предназначено для студентов первой и второй ступеней высшего образования, аспирантов, преподавателей, а также для практикующих юристов.

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412.2(я73)

Учебное издание

Толочко Ольга Николаевна

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Учебное пособие

Редактор ***Т.К. Хваль***. Художественный редактор ***С.Д. Чирков***.
Компьютерная верстка ***Ю.Н. Трусевич***. Корректор ***Т.К. Хваль***

Подписано в печать 11.08.2022. Формат 60×90/16. Бумага офсетная.
Печать офсетная. Усл. печ. л. 22,5. Уч.-изд. л. 23,3. Тираж 200 экз. Заказ 2668.

Республиканское унитарное предприятие «Издательство "Вышэйшая школа"».
Свидетельство о государственной регистрации издателя, изготовителя,
распространителя печатных изданий № 1/3 от 08.07.2013.
Пр. Победителей, 11, 220004, Минск.
e-mail: market@vshph.com http://vshph.com

Открытое акционерное общество «Типография "Победа"».
Свидетельство о государственной регистрации издателя, изготовителя,
распространителя печатных изданий № 2/38 от 29.01.2014.
Ул. Тавлая, 11, 222310, Молодечно.

Все права на данное издание защищены. Воспроизведение всей книги или ее любой части не может быть осуществлено без разрешения издательства.

ISBN 978-985-06-3462-7

© Толочко О.Н., 2022
© Оформление. УП «Издательство "Вышэйшая школа"», 2022

Введение

Учебное пособие представляет собой краткое изложение курса международного частного права и адресуется студентам специальностей «Международное право» и «Правоведение», а также преподавателям, магистрантам, аспирантам, практикующим юристам и всем, кто интересуется данной отраслью правоведения.

Учебная дисциплина «Международное частное право» изучается в соответствии с учебными планами юридических специальностей учреждений высшего образования Республики Беларусь. Цель учебной дисциплины — глубокое и всестороннее понимание будущими юристами сущности и особенностей правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом.

В ходе изучения дисциплины «Международное частное право» ставятся следующие ***задачи***:

• формирование у студентов необходимой теоретической и методологической базы в сфере регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом;

• всесторонний анализ особенностей правового регулирования в различных сферах международного частного права: отношения собственности, обязательственные отношения, брак и семья, наследование, рассмотрение гражданских и экономических споров и т.д.;

• изучение тенденций международной унификации материально-правовых и коллизионных норм, регулирующих широкий спектр вопросов в сфере международного частного права;

• применение полученных знаний из гражданского права, трудового права, семейного права и других учебных дисциплин при исследовании различных проблем международного частного права;

• формирование навыков применения норм международных договоров, законодательства Республики Беларусь и зарубежных стран в будущей профессиональной деятельности.

В результате изучения учебной дисциплины «Международное частное право» студенты должны:

—знать:

• историю возникновения и развития основных доктрин международного частного права, научную литературу и аналитические материалы по вопросам международного частного права;

• современные тенденции развития международного частного права, деятельность международных межправительственных и неправительственных организаций в области международного частного права;

• понятие, предмет, источники международного частного права, место международного частного права в системе права, отличия международного частного права от международного публичного права;

• основные принципы международного частного права;

• источники международного частного права: международные и национальные нормативные правовые акты, обычаи международного коммерческого оборота;

• материально-правовой и коллизионный методы правового регулирования;

• порядок применения и толкования коллизионных норм, механизмы ограничения действия коллизионных норм (применение императивных норм и оговорки о публичном порядке);

• проблемы применения иностранного права и порядок установления его содержания;

• правовой статус юридических и физических лиц;

• понятие и особенности регулирования гражданско-правовых и внешнеэкономических сделок, наследственных, брачно-семейных, трудовых отношений, внедоговорных обязательств, осложненных иностранным элементом;

• особенности рассмотрения в судах и арбитражах споров, вытекающих из гражданских и иных частноправовых отношений с участием иностранных физических и юридических лиц;

—***уметь***:

• выделять специфику регулирования правоотношения, осложненного иностранным элементом;

• определять применимое право на основании применения национальных и международных коллизионных норм;

• определять правовые режимы, предоставляемые субъектам нормами внутреннего законодательства и международными соглашениями, и последствия их установления для субъектов международного частного права;

• применять материальные и процессуальные нормы действующего законодательства к решению конкретных ситуаций;

• анализировать соответствие законодательства в сфере международного частного права в Республике Беларусь универсальным и региональным международным договорам;

• работать с документами, используемыми в международном коммерческом обороте.

Учебное пособие состоит из 17 глав, в которых последовательно изложены основные институты международного частного права. При подготовке были использованы труды отечественных и зарубежных специалистов по международному частному праву, нормативные правовые акты Республики Беларусь и зарубежных государств, международные договоры, публикации Международной торговой палаты и др.

Автор надеется, что книга будет полезна широкому кругу читателей наряду с другими ценными и полезными книгами по одному из наиболее интересных разделов правоведения — международному частному праву.

Глава 1



ПРЕДМЕТ, МЕТОДЫ И СИСТЕМА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

1.1. Предмет международного частного права

Международное частное право как самостоятельная часть правовой системы появилось сравнительно недавно и представляет собой одну из наиболее сложных для изучения и практического применения юридических дисциплин. Правоведы называют международное частное право высшей математикой юриспруденции и диалектическим упражнением для профессоров. В данной главе синтезированы практически все правовые формы, методы и средства. Применение норм международного частного права требует глубокого знания гражданского, семейного, трудового права, права интеллектуальной собственности, гражданского процесса, а также системообразующих юридических дисциплин: теории и истории права, римского частного права, логики, философии, экономики, социологии и многих других.

Современное общество не замкнуто в пределах территориально-государственных границ. Большинство социальных процессов имеет транснациональную, международную составляющую либо свою интернациональную проекцию. Так, вопросы брака и семьи могут быть внутригосударственными, но приобретают интернациональный характер, например при переезде семьи в другую страну или приобретении имущества за рубежом. Трудовые отношения становятся интернациональными при зарубежных командировках или работе на международную организацию. Поэтому значение международно-правовых средств регулирования таких общественных отношений исключительно велико.

Международное частное право сообразно его наименованию регулирует частноправовые (гражданско-правовые) отношения, складывающиеся между физическими и юридическими лицами в условиях международного общения.

Такие отношения, — не укладывающиеся в традиционную «внутригосударственную» систему правового регулирования и в силу этого требующие других подходов, — имели место на всех этапах развития человеческого общества.

В Древнем Риме, в эпоху расцвета римского права, необходимость учитывать при рассмотрении гражданских дел особенности правового статуса инородцев («перегринов», «варваров») обусловила появление соответствующих судебных решений.

Так, по свидетельству древнеримских юристов, один из споров по наследованию касался не только самих наследственных прав, но и родства наследодателя и наследника. Согласно формуле «юридическим отцом ребенка является юридический муж его матери» претор должен был установить наличие юридического брака между наследодателем и матерью наследника. Брак был заключен не по римскому праву, а по «варварским» обычаям наследодателя. Перед претором встали вопросы, является ли в таком случае наследник законным, ведь требования римского права не соблюдены, должен ли претор основать свое решение на нормах «варварского» права или следует отдать предпочтение собственному, «квиритскому» римскому праву. Один из видных юристов того времени Ульпиан выразил мысль о том, что иногда правосудие, достижение справедливости (*justitia*) может потребовать учета норм чужого права.

Действительно, конечной целью правосудия является *justitia* — справедливость. Если суд намерен вынести справедливое решение, а не применить любой ценой собственную, пусть и лучшую, норму права, ему придется в некоторых случаях обращаться к иностранному законодательству.

Например, иностранный купец, приехавший торговать товарами, является собственником этих вещей на основании своего национального закона, а не на основании норм римского права. Непризнание за ним права собственности делает невозможной торговлю. Однако и заведомое, без проверки законности владения признание за ним права собственности будет несправедливо: вдруг «купец» завладел этими вещами противоправно? Для выяснения титула собственности в таких случаях необходимо обращаться к нормам иностранного права, без чего любое решение — как непризнание права собственности, так и признание без законных на то оснований — будет неправосудным.

Таким образом, уже на ранних этапах развития правовой системы сложилось понимание того, что для качественного регулирования отношений с участием иностранцев либо по поводу иностранной собственности недостаточно обычных внутригосударственных

средств правового регулирования и требуется поиск неких других форм, которые позволяли бы учитывать интернациональную, трансграничную специфику.

Впоследствии эти проблемы неоднократно возникали и обсуждались в средние века. «Если против жителя Болоньи вчиняется иск в Модене, — писал в XIII в. глоссатор Аккурсий, — то он не должен судиться по статутам Модены, которым он не подчинен». Постглоссаторы XIV в. Бартол и Бальд тоже оставили довольно подробные комментарии римских текстов о применении иностранного права и считаются первыми создателями целостной концепции коллизионного права.

В XVI в. француз Шарль Дюмулен предложил теорию «автономии воли сторон», согласно которой законодателю не следует препятствовать самостоятельному выбору сторонами применимого к их отношению права. Поскольку определение права, которое должно быть применено к тому или иному случаю, — дело непростое, то почему бы не дозволить сторонам договора самим договориться также и в этом вопросе? Его соотечественник и современник Бертран д'Аржантрэ, исследовав проблему применения иностранного права к вопросам собственности, сделал вывод о безусловном применении к недвижимым вещам права той страны, где это имущество находится, в противном случае территория государства рискует превратиться в конгломерат земельных наделов, подчиненных праву разных государств. Данный принцип — принцип безусловного применения к недвижимому имуществу права места его нахождения — является основополагающим и для современного международного частного права.

Все более частые случаи применения судами норм иностранного права получили философско-теоретическое обоснование в трудах голландцев Ульриха Губера и братьев Вут — Павла и Иоганнеса, — выдвинувших в XVII в. теорию «международной вежливости» (*comitas gentium*). Суд применяет иностранное право в частных делах из вежливости и уважения к иностранному суверену, а тот в свою очередь должен в соответствующих случаях также вести себя вежливо, применяя на своей территории голландское право. Данная теория внесла свой вклад в доктрину и практику международного частного права как одна из ранних попыток объяснить феномен применения судами иностранного законодательства. Однако на самом деле суд применяет иностранное право не из «вежливости», а из необходимости выносить справедливые, правосудные решения.

Вообще международное частное право как регулятор экономических отношений трансграничного характера развивалось прежде всего в тех странах, которые занимали лидерские позиции в международной торговле и связанном с ней торговом мореплавании. Поэтому на протяжении XVI—XVII вв. центрами теории и практики международного частного права были Франция и Голландия, позднее — Великобритания, США. Значительный вклад в развитие международного частного права внесли российские юристы XIX в. А сам термин «международное частное право» (*private international law*) был предложен американским юристом, судьей Верховного Суда США Джозефом Стори в 1834 г. в его труде «Комментарии к конфликтному праву».

Надо сказать, что международное частное право в англо-американской правовой традиции именовалось как «конфликтное право» (*conflict law*), что было призвано подчеркнуть основную особенность данной правовой подсистемы — возможность применения судом иностранного права. Как будет показано далее, это действительно основополагающая идея, базис международного частного права. Присутствие в частноправовом (гражданско-правовом) отношении иностранного элемента обусловливает недостаточность средств правового регулирования, имеющихся у национальной правовой системы, и в силу данного обстоятельства суду приходится обращаться к иностранному праву, к международным договорам, международным обычаям и иным инструментам, являющимся для внутригосударственной правовой системы нетипичными, особенными. Именно этот фактор определяет специфику международного частного права как регулятора общественных отношений.

Таким образом, предметом международного частного права выступают особые группы отношений, связанные с интернационализацией общественной жизни. В отличие от международного публичного права, регулирующего отношения между государствами как суверенами, субъектами власти на своих территориях, международное частное право имеет своим предметом имущественные и связанные с ними неимущественные отношения между несуверенными субъектами (физическими, юридическими лицами, принадлежащими различным государствам).

В специальной литературе наиболее распространенной является трактовка предмета международного частного права как общественных отношений частноправового (гражданско-правового) характера, осложненных иностранным элементом.

Международные частноправовые отношения очень разнообразны. Они могут быть гражданскими, брачно-семейными, трудовыми, транспортными, авторскими, патентными.

Таким образом, в самом общем виде *международное частное право* можно определить как совокупность правовых норм, регулирующих гражданско-правовые, брачно-семейные, трудовые и иные отношения с иностранным элементом.

В настоящее время термин «международное частное право» является общеупотребительным, хотя в англоязычной литературе, как уже отмечалось, употребляется также термин «конфликтное право», акцентирующий основную идею международного права — коллизию (конфликт) внутригосударственных правопорядков, призванных регулировать трансграничные частноправовые отношения.

В последнее время роль международного частного права в правовой системе заметно возросла. Интеграция экономики, встраивание предприятий в международную систему разделения труда и тот факт, что сегодня большинство предприятий так или иначе совершают внешнеторговые операции, требуют эффективного правового регулирования международных производственных и торговых отношений. Развитие культурного и делового сотрудничества, научно-технический прогресс обусловливают необходимость совершенствования международной системы охраны интеллектуальной собственности и отношений, связанных с новыми технологиями — искусственным интеллектом, биомедицинскими, космическими технологиями и т.д. Миграция населения, беспрерывное движение работников, студентов, семей стимулируют совершенствование международного трудового, брачно-семейного, наследственного права. Нет никаких сомнений, что эта тенденция сохранится в среднесрочной и долгосрочной перспективе.

1.2. Методы международного частного права

Предметом международного частного права являются имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, осложненные иностранным элементом. В отсутствие иностранного элемента такие отношения регулируются гражданским правом, точнее — теми отраслями права и законодательства, которые построены на гражданско-правовых началах: брачно-семейным правом, правом интеллектуальной собственности, трудовым правом и т.д. Вследствие широты предмета правового регулирования, который не исчерпывается лишь нормами Гражданского кодекса, говорят о частноправовых отношениях, что сообразуется и с названием отрасли — международное частное право.

Элементами гражданско-правового отношения выступают его субъекты, объект, содержание правоотношения (права и обязанности сторон), а также юридические факты, послужившие осно-

ваниями его возникновения. В случае, когда любой из названных элементов находится за рубежом либо иным образом связан с иностранным правопорядком, такое отношение составляет предмет уже не гражданского права (или брачно-семейного, трудового, авторского, патентного и т.д.), а международного частного права со всеми вытекающими правовыми последствиями.

По характеру иностранного элемента, присутствующего в частноправовом отношении, можно выделить основные группы отношений, включенных в предмет международного частного права:

• частноправовые отношения с иностранным ***субъектом***, в качестве которого может выступать иностранное физическое или юридическое лицо, а в некоторых случаях и иностранное государство;

• частноправовые отношения с иностранным ***объектом***, когда за рубежом находится спорное имущество либо за рубежом должны быть совершены какие-то действия во исполнение обязательства;

• частноправовые отношения, основанные на ***юридических фактах***, имевших место за границей, например за рубежом был заключен договор или выдана доверенность либо произошло какое-то событие (рождение, смерть, причинение вреда и т.д.).

Кроме того, в состав предмета международного частного права включаются также отношения ***процессуально-процедурного*** характера, связанные с разрешением соответствующих гражданских дел в судах и арбитражах разных стран, с признанием и приведением в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений, с оформлением официальных документов, предназначенных для использования за рубежом, и др.

В силу присутствия иностранного элемента в таком правоотношении законодатель использует специфический метод правового регулирования, суть которого состоит в выборе применимого к данному отношению права (правопорядка) того или иного государства. Такой метод правового регулирования именуется ***коллизионным.*** Применяя коллизионный метод правового регулирования, законодатель делает выбор в пользу одного из конкурирующих правопорядков исходя из предположения, что данное общественное отношение наиболее тесно связано именно с ним и применение норм права данного государства будет наиболее справедливо для урегулирования ситуации.

Например, при заключении брака гражданки Республики Беларусь и гражданина Италии возникает вопрос, правом какого государства — Беларуси или Италии — должна регулироваться форма брака. Решив данный вопрос в пользу одного из «конкурирующих» правопорядков, законодатель фактически урегулирует отношения,

поскольку в дальнейшем к нему применяется действующая норма соответствующего национального законодательства — белорусского или итальянского.

В силу того что выбор применимого права — лишь первый шаг в решении юридического дела, коллизионный метод правового регулирования называют также непрямым или косвенным, имея в виду, что применение классической нормы права к отношению будет вторым, завершающим шагом. Коллизионный метод регулирования, основанный на определении пределов применения собственного права и отсылке в необходимых случаях к праву другой страны, является для международного частного права фундаментальным, системообразующим. Это отличительная особенность международного частного права, его основная идея и изначальная сущность.

Вместе с тем в современном международном частном праве применяется и обычный для других правовых подразделов ***материально-правовой*** метод, состоящий в непосредственном установлении правил поведения для сторон международного частноправового отношения, в прямом определении их прав и обязанностей. Во многих случаях законодатель стремится осуществлять непосредственную юрисдикцию в отношении иностранцев на своей территории, собственности, обязательств и т.д. Поэтому современное международное частное право оперирует обоими этими методами: и коллизионным (непрямым, косвенным), и материально-правовым (прямым, непосредственным).

Выбор законодателем метода правового регулирования тех или иных международно-частноправовых отношений зависит от многих обстоятельств. Жестких правил здесь нет: играют свою роль и установившиеся обычаи регулирования, и удобство, и экономические интересы, и другие самые разные факторы.

Например, отношения в сфере интеллектуальной собственности, отношения в сфере иностранных инвестиций, отношения процессуального характера традиционно регулируются прямым материально-правовым методом — изданием правил, непосредственно регулирующих отношения с иностранным элементом. А брачно-семейные и наследственные отношения в силу чрезвычайного разнообразия норм в разных странах и трудностей в приведении их к какому-то общему знаменателю, как правило, регулируются коллизионным методом — указанием на применимое к отношению право того или иного государства. В других случаях использование коллизионного или материально-правового метода зависит от наличия или отсутствия международного договора, от экономических интересов государства и т.д. Например, договор международной купли-продажи товаров урегулирован одноименной Венской кон-

венцией 1980 г.*, более 100 статей которой содержат довольно подробные правила заключения, изменения, исполнения договора, ответственности за неисполнение и ненадлежащее исполнение и др. Однако если заинтересованное государство не участвует в этой Конвенции, то перед сторонами или судом встает вопрос о выборе применимого к договору права, и тогда в действие вступают коллизионные правила национального законодательства. По некоторым видам отношений государства заключают договоры, содержащие коллизионные нормы, например, таковой является Гаагская конвенция 1971 г. о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям. Таким образом, однозначных правил о том, какой метод должен быть применен к урегулированию тех или иных частноправовых отношений, в международном частном праве нет.

1.3. Соотношение международного частного права с другими отраслями права

Вопрос о месте международного частного права в общей системе права и его соотношении с другими отраслями права и законодательства остается в доктрине дискуссионным. Предлагаемые правоведами различные точки зрения имеют под собой серьезную аргументацию, и в то же время каждая из них уязвима для критики.

Частноправовые отношения с иностранным элементом в отличие от международных публичных — межгосударственных — отношений находятся в юрисдикции суверенных государств; споры по таким делам правомочны рассматривать их суды. Этот факт дает основания относить международное частное право к сфере национального права, поскольку регулирующие нормы — как коллизионные, так и материально-правовые — формируются национальным законодателем. Л.А. Лунц, М.М. Богуславский и некоторые другие правоведы полагали, что международное частное право представляет собой самостоятельную отрасль национального (советского или, позднее, российского применительно к данным авторам) права. Согласно этой точке зрения в каждом государстве действует собственное международное частное право. Нормы его могут развиваться в разных государствах в унисон, быть похожими, однако это нормы национального права данной конкретной страны. Данная точка зрения довольно широко распространена в специальной литературе.

* В учебном издании приводятся международные договоры, зарегистрированные и опубликованные в Собрании договоров Организации Объединенных Наций (https://treaties.un.org/).

Некоторые ученые, например М.И. Брагинский, считали международное частное право не самостоятельной отраслью внутригосударственного права, а подотраслью гражданского права, что обосновывалось, в частности, его местом в системе законодательства (часть Гражданского кодекса).

Другие авторы, например В.Г. Тихиня, относя международное частное право к внутригосударственной правовой системе, не соглашались с тезисом о его принадлежности лишь гражданскому праву. Нормы международного частного права регулируют не только гражданские, но и брачно-семейные, трудовые, процессуальные и иные отношения. Поэтому, по мнению В.Г. Тихини, международное частное право является не отраслью права, а, скорее, группой норм различной отраслевой принадлежности.

Вместе с тем отнесение международного частного права к внутригосударственной правовой системе гипертрофирует роль законодателя отдельно взятого государства. Действительно, такие дела находятся в суверенной юрисдикции государств, и к ним применяются коллизионные или материальные нормы национального права страны суда. Однако национальный законодатель не слишком свободен в урегулировании такого рода отношений. Нормы международного частного права, предметом которых выступают отношения международного, трансграничного, характера, формируются не столько волей национального законодателя, сколько согласованием воль ряда или даже большинства государств. Именно поэтому в разных странах они похожи, а попытки государства установить правила, идущие вразрез с мировой практикой, довольно быстро корректируются мягкой силой международного права.

Очевидная роль международного права в развитии национальных норм, регулирующих частноправовые отношения с иностранным элементом, а также рост числа международных договоров частноправовой направленности являются убедительными аргументами в пользу отнесения международного частного права к общей системе международного права (И.П. Блищенко, Л.Н. Галенская). Согласно этой теории международное право регулирует любые отношения, выходящие за пределы территориальных границ отдельно взятого государства, и подразделяется на международное публичное право и международное частное право. Последнее, таким образом, принадлежит международной, а не национальной правовой системе. Нормы международного частного права формируются согласованием воль государств в форме международных договоров и международных обычаев и имплементируются в национальное законодательство так же, как и нормы публичного международного права.

В определенной мере примирить концепции внутригосударственной и международно-правовой природы международного частного

права попытались Р.А. Мюллерсон, Т.Н. Нешатаева и некоторые другие авторы, которые предложили рассматривать международное частное право как «полисистемный комплекс» на стыке национального и международного права. Международное частное право включает нормы международного права (договорные и обычные), нормы национального права и некоторые иные нормы негосударственного происхождения, что делает его таким особым уникальным комплексом, который частично относится к международному публичному праву и частично — к внутригосударственному праву.

Л.П. Ануфриева пошла в этом направлении еще дальше, обосновав позицию, согласно которой международное частное право является самостоятельной подсистемой права наряду с международным публичным правом и внутригосударственными правовыми системами.

Есть и другие интересные концепции, однако, как можно видеть, теоретический вопрос о природе и отраслевой принадлежности международного частного права пока остается открытым. Очевидно одно: международное частное право развивается не в вакууме, оно связано с целым рядом сопредельных отраслей права и законодательства и при этом имеет собственную специфику.

Так, сходство и внутренняя связь международного частного и международного публичного права проявляются в том, что оба эти права регулируют правовые отношения, возникающие в международной жизни общества; в число источников и международного публичного, и международного частного права входят международно-правовые договоры и международные обычаи. Международное публичное право и международное частное право строятся на общих принципиальных началах: суверенитета государств, невмешательства во внутренние дела, недопущения дискриминации, а также имеют во многом общий понятийный аппарат (оговорка о публичном порядке, реторсии, взаимность и т.д.).

Различия между международным частным правом и международным публичным правом можно провести по следующим критериям.

1. *По содержанию регулируемых отношений.* Международное публичное право регулирует прежде всего политические и экономические взаимоотношения государств: вопросы обеспечения мира и международной безопасности, суверенитета государств, дипломатических сношений, охраны окружающей среды и т.д. Отношения, регламентируемые международным публичным правом, носят не гражданско-правовой или частный, а межгосударственный характер.

2. *По субъектам отношений.* Основными субъектами международного публичного права являются суверенные государств, кроме

того, признается правосубъектность государственно-подобных образований, межгосударственных организаций, наций и народов, борющихся за свою независимость. В международном частном праве основными субъектами являются частные лица — физические и юридические. Государство тоже может быть субъектом международных частноправовых отношений, но эти случаи не являются типичными: государство выпускает заем, становится наследником имущества за границей и т.д. К тому же государство выступает в таких отношениях не как суверен, а *de jure gestionis* — как частное лицо.

3. ***По источникам.*** В международном публичном праве основными источниками являются международные договоры и международные обычаи. В международном частном праве акцент сделан на внутригосударственное право, а международные договоры применяются в той мере, в которой они включены в состав законодательства государства, право которого подлежит применению в данном конкретном случае.

Таким образом, международное частное право тесно связано с международным публичным правом и не может рассматриваться в отрыве от него.

В системе внутригосударственного права международное частное право занимает особое место. Оно представляет собой объединенные общими принципами нормы различных отраслей, регулирующих имущественные и личные неимущественные отношения, осложненные иностранным элементом. Так, раздел брачно-семейного права, регулирующий браки с иностранцами, международное усыновление, трансграничные алиментные обязательства и т.д., включен не в предмет брачно-семейного права, а в предмет международного частного права. То же можно сказать и о договорных, вещных, деликтных отношениях, содержащих иностранный элемент. Нормы трудового права, авторского, патентного законодательства, регулирующие трудовые, авторские, патентные отношения с иностранным элементом, также включаются в предмет международного частного права, а не «материнских» отраслей национального законодательства.

В целом в систему международного частного права включены:

• общая часть, которая регулирует вопросы, имеющие значение для всех норм и институтов международного частного права: предмет, методы международного частного права, источники международного частного права, его общие понятия (правовые категории), статус субъектов международного частного права физических, юридических лиц, государства, международных организаций;

• особенная часть, регулирующая вопросы права собственности и иных вещных прав, внешнеэкономические и иные сделки, международные перевозки грузов и пассажиров, денежные обя-

зательства, обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения, охрану интеллектуальной собственности, брачно-семейные, наследственные и трудовые отношения с иностранным элементом;

• международный гражданский процесс, международный коммерческий арбитраж и некоторые связанные с ними подотрасли процессуально-процедурного характера, регулирующие разрешение частных юридических дел с иностранным элементом.

1.4. Общие тенденции развития международного частного права как отрасли права и юридических наук

С развитием коммуникаций и информационных технологий, экономических, культурных и социальных связей между людьми, предприятиями и государствами значение международного частного права неуклонно возрастает. Происходит и качественное изменение системы регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом, что выражается в следующем.

Все более интенсивные международные связи требуют унификации, универсализации правового регулирования. Еще Т. Ассер, голландский правовед XIX в., мечтал о международном соответствии судебного решения — ситуации, при которой юридическая судьба спора фактически не зависела бы от места его разрешения: где бы ни находился суд, правовые нормы были бы настолько схожими, что исход дела был бы примерно одинаковым. Такое соответствие, по мнению приверженцев этой идеи — «универсалистов», — пошло бы на пользу международной торговле и гражданскому обороту.

Достижению этой цели способствует заключение международных договоров, в которых предусматриваются единообразные для государств-участников нормы международного частного права в той или иной сфере, а также разработка специалистами так называемых типовых законов — проектов нормативных правовых актов, предназначенных для принятия на внутригосударственном уровне. Принятие схожих по содержанию внутренних законов государствами так же, как и заключение международных договоров, способствует единообразию правового регулирования отношений с иностранным элементом и к тому же не требует взаимности и согласования воль государств. Учитывая то, что типовые законы разрабатываются, как правило, авторитетными правоведами и под эгидой универсальных и региональных международных организаций,

эти документы способны эффективно и качественно регулировать соответствующие гражданские или экономические отношения. Таковыми, к примеру, являются Типовые законы Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) об электронной торговле, об обеспеченных сделках, об электронной подписи и многие другие.

Однако тенденция к унификации правового регулирования отношений с иностранным элементом имеет свои побочные эффекты. Увеличение количества международных договоров с разным составом государств-участников неизбежно приводит к возникновению «второго этажа» коллизионных проблем — коллизий между нормами разных международных договоров. Это обстоятельство вынуждает включать в тексты международных соглашений специальные нормы или целые разделы, в которых устанавливаются взаимоотношения данного международного договора с другими, приоритеты, исключения, оговорки и т.д. Так, Всемирная (Женевская) конвенция об авторском праве 1952 г. закрепила правило, по которому в случае коллизий с нормами Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. применяются нормы Бернской конвенции, если оба участника правоотношения принадлежат к государствам, подписавшим указанную Конвенцию.

Трудности, связанные с согласованием воль в процессе унификации норм международного частного права, а также неизбежно возникающие противоречия экономических интересов государств, их правовых традиций и т.д. обусловливают противоположную тенденцию — стремление урегулировать соответствующие отношения на внутригосударственном уровне, совершенствовать свои собственные нормы международного частного права без оглядки на другие государства. Приверженцы такого подхода — «партикуляристы» — поддерживают концепцию национальной, внутригосударственной природы международного частного права и относятся к международным договорам как к части национального законодательства.

Сосредоточение на национально-правовых средствах регулирования отношений с иностранным элементом дает возможность максимального сопряжения норм международного частного права с остальной частью правовой системы страны, облегчает работу суда и адвокатуры, делает нормы понятными и предсказуемыми для внутригосударственных субъектов права. Одно из проявлений этой тенденции — кодификация внутригосударственных норм международного частного права, вплоть до принятия отдельного Закона «О международном частном праве». Такие законы сегодня есть во многих странах: Австрии, Венгрии, Испании, КНР, Польше, Португалии, Турции, Украине, Швейцарии, ФРГ и др. В Беларуси

принятие такого Закона тоже обсуждается, однако пока нормы международного частного права включены в Гражданский кодекс (Раздел VII «Международное частное право») и в другие кодексы и законы: Кодекс о браке и семье, Гражданский процессуальный кодекс, Закон «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства»* и многие другие.

Обе названные тенденции — «универсализм» и «партикуляризм» — действуют и проявляются параллельно, поскольку в их основании лежат разные, но одинаково важные для права устремления. Поэтому нельзя говорить о правильности или ошибочности концепций «универсализма» и «партикуляризма». Международное частное право как сложная юридическая конструкция проявляется самыми разными гранями, и кропотливая работа «универсалистов» и «партикуляристов» в итоге позволяет решать стоящие перед правом задачи максимально эффективно.

Усложнение правового регулирования и увеличение общего количества регуляторных правил не всегда воспринимается позитивно со стороны субъектов гражданско-правовых отношений, судов, юридических служб и т.д. и не способствует укреплению международных связей. Чем больше правил издается на международном (договорном) и внутригосударственном уровнях, тем менее желательным выглядит для сторон обращение в суд, да и в конечном счете заключение внешнеторговых контрактов, завязывание культурных и деловых связей.

Поэтому на всех этапах развития международного частного права проявляется третья тенденция — переход от жестких коллизионных правил к более гибкому регулированию и возрастание роли принципа автономии воли сторон. Законодатель как бы говорит субъектам права: «Поскольку найти оптимальное нормативное решение вашей ситуации крайне трудно, а иногда невозможно, вы вольны сами выбрать регулирующий ваши отношения правопорядок или отдельные нормы, вы можете сами написать для себя правила и следовать им, а суд поддержит ваше общее решение, если оно является осознанным, добровольным и закреплено в договоре». Если стороны по каким-то причинам этого не сделали, а четких правил в отношении данного конкретного случая в международном договоре и в законе нет, то суд наделяется правом самостоятельно найти справедливое решение, применив нормы права

* В учебном издании приводятся нормативные документы, зарегистрированные и опубликованные в Национальном реестре правовых актов Республики Беларусь, размещенные на Национальном правовом Интернет-портале Республики Беларусь.

того или иного государства, наиболее связанного, по мнению суда, с данным конкретным правовым отношением. Данная тенденция — поощрение гибкого регулирования с учетом мнения сторон — позволяет международному частному праву не гипертрофироваться, не разрастаться нормами и актами толкования этих норм, а найти юридическое решение прямым способом, обратившись, если можно применить данную метафору, к «праву справедливости». Кроме того, такое решение вопроса позволяет восполнять пробелы в действующих нормах международного частного права и обеспечивать решение юридического дела даже в условиях отсутствия нормативного регулирования.

Наконец, еще одной тенденцией развития международного частного права выступает расширение сферы его применения, связанное с развитием науки и техники, а также с коммерциализацией технически новых отраслей: космической промышленности, биотехнологий, генной инженерии, информационных и коммуникационных технологий, искусственного интеллекта и т.д. Например, если ранее космическая отрасль была практически полностью в сфере действия публичного права, то теперь туда пришел бизнес, по заказу которого выполняются самые различные проекты, в том числе международные, с участием иностранных компаний. Соответственно появляется потребность в урегулировании этой сферы отношений как на коллизионном (определение применимого права), так и на материально-правовом уровне.

Применение технологий генной инженерии и биотехнологий помимо коллизионных и иных вопросов требует международного регулирования с учетом этических требований, соображений безопасности, прав потребителей. Как и в случае с космическими технологиями, с искусственным интеллектом и другими прорывными научно-техническими отраслями, каждая из них — самостоятельный предмет регулирования, требующий новых решений, основанных на достижениях правовых наук.

В настоящее время развитие общественных отношений заметно ускорилось. Мир не стоит на месте. Правовая система, важнейшей составной частью которой является международное частное право, должна отвечать этим изменениям. Названные общие тенденции выражают магистральные направления развития международного частного права. Однако в его отдельных областях тоже есть немало пробелов, проблемных вопросов и устаревших норм. Международное частное право было и остается «высшей математикой юриспруденции» — динамично развивающейся отраслью правовых наук и живым нормативным комплексом, большинство институтов которого на данный момент еще далеко от совершенства.

Глава 2



ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

2.1. Понятие и основная характеристика системы источников международного частного права

В самом общем виде под источниками права принято понимать внешние формы бытия правовых норм — официальные акты или иные тексты, в которых излагаются нормы права. Источниками внутригосударственного права являются, как правило, нормативные правовые акты: кодексы, законы, ратифицированные международные договоры и другие акты законодательства. В некоторых государствах источниками права являются судебные прецеденты. В мусульманских странах в качестве источников права могут применяться религиозные тексты. Реже, но тем не менее встречаются и правовые обычаи, регулирующие гражданско-правовые отношения.

Немного иная ситуация сложилась в международном частном праве. Специфика предмета и методов регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом обусловливает наличие гораздо более широкого спектра источников права. Можно утверждать, что в международном частном праве присутствуют все известные теории права виды: международные договоры, внутригосударственные законы и другие акты законодательства, судебные прецеденты, правовые обычаи, религиозные нормы и даже доктрина. Все эти источники, разумеется, приведены в определенную систему.

Система источников международного частного права — это внутренне согласованная совокупность официально признанных в качестве источников права текстов, содержащих нормы международного права. Системе источников международного частного права присущи такие специфические особенности, как множественность видов (практически все известные теории права) и — отчасти именно по этой причине — отсутствие единого кодификационного акта, в котором все эти нормы последовательно излагаются.

Выше уже отмечалось, что в некоторых странах приняты и действуют специальные законы о международном частном праве. Ученые спорят о целесообразности принятия таких законов. В Республике Беларусь тоже есть приверженцы такого подхода. Другие авторы в свою очередь полагают, что принятие такого закона не является решением проблемы систематизации источников международного частного права в силу особенностей предмета и методов регулирования. В предмет международного частного права входят очень разные по своему характеру отношения, которые трудно урегулировать одним актом. Применение разноплановых методов регулирования — коллизионного и материально-правового — делает задачу систематизации норм международного частного права одним актом крайне затруднительной, если вообще выполнимой. Хотя, конечно, некий общий свод коллизионных правил и общих принципов регулирования в законодательстве должен быть. В Республике Беларусь данную задачу выполняет раздел VII Гражданского кодекса, который так и называется — «Международное частное право».

Множественность видов источников порождает проблему приоритетов. Какой источник должен быть применен к данному конкретному отношению — международный договор или внутригосударственный закон; коллизионное правило или материальная норма законодательства; договор или обычай; судебный прецедент или международный договор?

Общая логика соотношения разных видов источников международного права состоит в следующем.

Международный договор, регулирующий данный конкретный вопрос, имеет приоритет перед нормой внутреннего законодательства в силу принципов *lex specialis derogat legi generali* (специальная норма отменяет общую) и *pacta sunt servanda* (договоры должны выполняться). Если по какому-то вопросу конкретные государства договорились между собой, что он будет урегулирован определенным образом (например, отношения в сфере международного лизинга), то норма международного договора является специальной по отношению к норме внутреннего законодательства, адресованной неопределенному кругу иностранных субъектов. Кроме того, договорившись об этом, государства взяли на себя обязательства выполнять этот договор. Если норма договора не приемлема с точки зрения внутреннего законодательства, то нужно либо не участвовать в таком договоре, либо денонсировать его.

Международный договор, таким образом, подлежит применению к частноправовому отношению соответствующего «географического» состава. Иными словами, если между ФРГ и Республикой

Беларусь заключен договор по определенному вопросу, например по защите инвестиций, и при этом возникший спор касается граждан или юридических лиц ФРГ и Беларуси, то в силу принципа *lex specialis derogat lege generali* суд должен применить этот международный договор, а не, например, внутренний закон ФРГ, адресованный неопределенному кругу иностранных субъектов.

Если по данному конкретному вопросу между соответствующими государствами заключено два международных договора, один из которых содержит материальные нормы права (прямо указывает на права и обязанности сторон), а другой — коллизионные нормы права (указывает на применимое к отношению законодательство одной из стран-участниц), то следует применять первый из них. Это тоже вытекает из принципа *lex specialis derogat lege generali*: специальная норма договора соответствующих государств о конкретных правах и обязанностях субъектов исключает применение коллизионных норм и соответственно внутригосударственного права одной из сторон к данному случаю.

Если договоры, регулирующие соответствующие частноправовые отношения, между заинтересованными государствами не заключались, то к таким отношениям применяется внутригосударственное право. Однако гражданское право любого государства включает и материальные нормы права, и нормы международного частного права. В Республике Беларусь, например, отношения по наследованию регулируются Разделом VI Гражданского кодекса. Однако в случае присутствия в наследственном отношении иностранного элемента сначала необходимо определить применимое к такому отношению право, и совсем не обязательно это будет право Республики Беларусь. Следовательно, суд или нотариус сначала обращаются к коллизионным нормам международного частного права (раздел VII Гражданского кодекса) и уже затем к нормам материального наследственного права, содержащимся в разделе VI Гражданского кодекса Республики Беларусь либо в наследственном законодательстве другого государства, — в зависимости от содержания коллизионной нормы и в зависимости от фактических обстоятельств наследственного правоотношения.

В случае отсутствия норм международных договоров и внутреннего законодательства, регулирующих данное конкретное частноправовое отношение (такие случаи нередки в международном частном праве), применяются другие источники: обычаи, акты верховных судов, источники «негосударственного» («внезаконодательного») происхождения. Однако прежде чем обратиться к такому источнику, необходимо помнить о таких правовых средствах, как

аналогия закона и аналогия права: в Беларуси это ст. 5 Гражданского кодекса. И лишь в случаях, когда не только специальные, но и аналогичные нормы гражданского законодательства отсутствуют, суд обращается к такого рода источникам.

Следующими после внутреннего законодательства в иерархии источников стоят правовые обычаи и другие формы «внезаконодательного» регулирования: типовые проформы договоров, своды единообразных правил, всевозможные «общие условия», «кодексы поведения» и т.д. Данный пласт международных частноправовых норм получил наименование *lex mercatoria*, что в переводе с латыни означает «обычное торговое право». Еще раз подчеркнем, что такого рода нормы применяются либо с санкции государства (в некоторых странах ссылки на акты из разряда *lex mercatoria* включаются прямо в специальные законодательные акты), либо по соглашению сторон договорного отношения: так, как если бы содержащиеся в них положения были бы вписаны в контракт.

Наконец, если отсутствуют и международный договор, и регулирующая коллизионная или материальная норма национального законодательства, и адекватные аналогичные правила, и «негосударственное» регулирование, т.е. в праве обнаруживается пробел, то суд может обратиться и к юридической доктрине. Последнее, правда, — довольно редкое явление на практике. Тем не менее специфика международного частного права такова, что и эта возможность не исключена.

2.2. Международный договор как источник международного частного права

Потребности международного гражданского оборота обусловливают согласование воль государств для приведения норм права к некоему общему знаменателю в интересах участников мирового экономического процесса. Для того чтобы в разных странах частноправовые отношения, содержащие иностранный элемент, регулировались более или менее единообразно, государства заключают международные договоры, цель которых — унифицировать правовое регулирование, выработать единообразные международные нормы.

Государства могут договариваться между собой о единых правилах международной торговли, об охране интеллектуальной собственности, о регулировании семейных и наследственных правоотношений, об оказании правовой помощи по гражданским и се-

мейным делам и т.д. В случае заключения такой международный договор имеет приоритет перед нормами внутригосударственного законодательства, поскольку представляет собой акт согласования воль ряда заинтересованных государств в единообразном регулировании определенных частноправовых отношений.

Поскольку вопросы правового регулирования гражданских, торговых, семейных, авторских отношений сложны и требуют специальных знаний, над текстами многосторонних международных договоров работают наиболее квалифицированные и опытные ученые-правоведы. Часто такая работа ведется под эгидой авторитетных международных организаций, таких как Международный институт по унификации частного права в Риме (УНИДРУА), Комиссия ООН по международной торговле и праву (ЮНСИТРАЛ), Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС), Гаагская конференция по международному частному праву; Международная организация гражданской авиации (ИКАО), Международный морской комитет (ММК) и многие другие. Зачастую это отражается в общеупотребительных наименованиях международных договоров, например Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г., Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г. и т.д.

В силу стремительного развития мировой экономики, интенсификации международных экономических, социальных и культурных связей международный договор является основным источником международного частного права. Однако в конкретном государстве он имеет юридическую силу лишь тогда, когда это государство выразило суверенную волю участвовать в таком договоре. Как правило, это делается посредством ратификации или присоединения к договору.

В соответствии со ст. 8 Конституции Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им национального законодательства. При этом не допускается заключение международных договоров, которые противоречат Конституции.

Вслед за Венской конвенцией 1969 г. о праве международных договоров статья 1 Закона о международных договорах Республики Беларусь определяет международный договор Республики Беларусь как договор, заключенный в письменной форме Республикой Беларусь с иностранным государством (иностранными государствами) и (или) с международной организацией (международными организациями), который регулируется международным правом независимо от того, содержится он в одном документе или в нескольких

связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования и способа заключения (договор, соглашение, конвенция, решение, пакт, протокол, обмен письмами или нотами и другие наименования и способы заключения международного договора).

Таким образом, международный договор как источник международного частного права — это соглашение, которое заключено Республикой Беларусь с иностранным государством (иностранными государствами) и содержит нормы права по различным аспектам гражданских, гражданско-процессуальных, семейных и иных частноправовых отношений.

Место международного договора в системе гражданского законодательства нашей страны определено в ч. 2 ст. 6 Гражданского кодекса: нормы гражданского права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, вступивших в законную силу, являются частью действующего на территории Республики Беларусь гражданского законодательства, подлежат непосредственному применению, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения таких норм требуется издание внутригосударственного акта, и имеют силу того правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора.

К настоящему времени действуют сотни двусторонних и многосторонних международных договоров по самым различным вопросам международного частного права. В таких договорах содержатся не только материальные, но и коллизионные правовые нормы. Договоры могут быть как специальными — по отдельному конкретному виду гражданских правоотношений, — так и комплексными, содержащими множество разноплановых норм. Примерами специальных международных договоров могут служить Конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров, Мадридское соглашение 1891 г. о международной регистрации знаков, Конвенция 2007 г. о международном порядке взыскания алиментов на детей и иных форм содержания семьи и др. Комплексный характер имеют такие договоры, как Гаагская конвенция 1954 г. по вопросам гражданского процесса, Парижская конвенция 1883 г. по охране промышленной собственности. Комплексными являются также многосторонние и двусторонние договоры о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, например одноименная Конвенция СНГ 1993 г.

2.3. Внутреннее законодательство Республики Беларусь как источник международного частного права

Гражданские, семейные и иные частные вопросы находятся в юрисдикции суверенных государств и их внутренней системы правосудия. Именно поэтому в международном частном праве велика роль внутреннего законодательства настолько, что многие авторы относят международное частное право к внутригосударственной правовой системе.

Национальный суд всегда исходит из норм внутреннего права. Применение международных договоров, заключенных данным конкретным государством, для него тоже естественно, поскольку актом ратификации законодатель вводит такой договор в систему внутреннего законодательства и гарантирует его выполнение, в том числе применение судами и иными компетентными органами.

Немного сложнее обстоят дела с применением национальными судами источников международного частного права негосударственного, «внезаконодательного» происхождения, однако об этом речь пойдет ниже.

В системе законодательства каждой страны имеется условный «закон о международном частном праве» (необязательно это отдельный акт и необязательно именно с таким названием), в котором сосредоточены основные коллизионные нормы и правила их применения. Кроме того, нормы международного частного права содержатся в самых разных других законодательных актах. Это не только нормы, касающиеся выбора применимого права, но и материально-правовые нормы, непосредственно регулирующие различные гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом.

В Республике Беларусь система внутреннего законодательства о международном частном праве выглядит следующим образом.

В Конституции закреплены основы национального правопорядка, в том числе в отношении иностранных граждан. Согласно ст. 11 иностранные граждане и лица без гражданства на территории Беларуси пользуются правами и свободами и исполняют обязанности наравне с гражданами Республики Беларусь, если иное не определено Конституцией, законами и международными договорами. Ряд конституционных норм определяет основы права собственности, систему правосудия, взаимоотношения личности и государства и др. Эти нормы закладывают фундамент гражданско-правового, семейного, трудового, авторского законодательства, хотя не всегда речь идет именно об отношениях с иностранным элементом.

Основой законодательства о международном частном праве, ядром его норм и принципов является Раздел VII Гражданского кодекса Республики Беларусь, который так и называется — «Международное частное право». Раздел состоит из двух глав: главы 74 «Общие положения» и главы 75 «Коллизионные нормы». Там помимо общих правил применения коллизионных норм урегулированы вопросы гражданско-правового положения иностранных физических и юридических лиц; право, подлежащее применению к личным неимущественным правам; сделки с иностранным элементом; право собственности и иные вещные права; договорные и внедоговорные обязательства; интеллектуальная собственность; наследственное право.

В Гражданском кодексе довольно подробно урегулированы самые разные вопросы международного частного права. Однако он не затрагивает вопросов, урегулированных в специальных отраслях. Поэтому в каждом отраслевом кодификационном акте есть нормы, регулирующие соответствующие отношения, но осложненные иностранным элементом. Таковы, например:

• раздел VI Кодекса о браке и семье «Применение законодательства Республики Беларусь о браке и семье к иностранным гражданам и лицам без гражданства. Применение законодательства о браке и семье иностранных государств и международных договоров»;

• гл. 11 Банковского кодекса «Особенности создания и деятельности банка, учредителями (акционерами) которого являются иностранные инвесторы. Представительство иностранного банка на территории Республики Беларусь, особенности создания дочерних банков, открытия филиалов и представительств банков-резидентов за пределами Республики Беларусь, участие банков-резидентов в уставных фондах иностранных банков»;

• гл. 10 Воздушного кодекса «Международные полеты воздушных судов»;

• раздел X Гражданского процессуального кодекса «Международный гражданский процесс» и др.

Кроме того, нормы международного частного права закреплены в специальных Законах:

• «О международном арбитражном (третейском) суде» 1999 г.;

• «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» 2010 г.;

• «Об авторском праве и смежных правах» 2011 г.;

• «О патентах на изобретения, полезные модели и промышленные образцы» 2002 г. и др.

Важное значение имеют законодательные акты о внешней торговле, инвестициях, страховании, транспортной и иной экономической деятельности, в которых тоже содержатся нормы о правовом регулировании соответствующих отношений, осложненных иностранным элементом.

Уже из приведенного далеко не полного перечня Законов видно, что принятие единого консолидированного акта о международном частном праве довольно затруднительно. Скорее всего, даже в случае его принятия большая часть норм все равно останется в «материнских» отраслях права и законодательства: семейном, авторском, патентном, процессуальном и т.д.

2.4. Обычай и иные акты «внезаконодательного» происхождения

Особенности предмета и методов международного частного права, потребность в унификации для целей международного сотрудничества и общения норм, действующих в разных государствах, наличие пробелов, разночтений в толковании законодательных актов и международных договоров обусловливают особую роль обычного права и всевозможных «негосударственных» (или, лучше сказать, «внезаконодательных») источников международного частного права.

Международные экономические связи, внешнюю торговлю и обмен ведут все государства независимо от политических систем, культурных и религиозных особенностей, исторических традиций. Такие связи требуют адекватного правового регулирования, которое устраивало бы всех участников данных процессов.

Однако и государства, и субъекты хозяйствования, и граждане как непосредственные участники частноправовых отношений не всегда позитивно относятся к иностранному праву. Нежелание субъектов подчинять свои частные отношения иностранному праву, наличие пробелов в национальном праве, неспособность законодателя оперативно и эффективно регулировать отношения, осложненные иностранным элементом, постепенно привели к тому, что часть регулирующих такие отношения норм формируется без участия законодателя — парламента или иных официальных правотворческих структур.

Одной из таких форм регулирования является обычай.

Правовой обычай — это выработанное практикой правило поведения, имеющее нормативный характер (т.е. рассчитанное на многократное систематическое применение) и официально признаваемое в качестве источника права.

Известно, что правовой обычай является одним из источников международного публичного права. Однако частноправовой обычай отличается по своей природе от международного обычая, регулирующего отношения субъектов международного права. Основное отличие состоит в том, что международно-правовой обычай формируется всеобщей практикой государств, при этом сами государства должны признавать эту практику правовой нормой (такое признание называется *opinio juris*).

Частноправовой обычай в отличие от международного формируется практикой коммерческих предприятий или иных частных лиц, а не государств. Предприятия включают некие условия в свои контракты, эти условия шлифуются, совершенствуются, затем появляется устойчивое правило. Например, если товар забирается у экспортера самовывозом — транспортом импортера, то на импортере лежат все обязанности по уплате таможенных платежей, расходов на транспорт и т.д., а риск случайной гибели товара переходит на него в момент отгрузки. При многократном использовании это условие приобретает устойчивый характер, и указания на самовывоз как способ доставки товара становится достаточно, чтобы обе стороны хорошо понимали свои обязательства. Приблизительно так, например, сформировалось базисное условие международной поставки товара «франко-завод», или EXW (Ex Works).

Обычные базисные условия поставки были систематизированы Международной торговой палатой в едином документе, получившем название «Инкотермс» (*International Commercial Terms* — международные торговые термины). Этот документ является одной из наиболее известных кодификаций международных частноправовых обычаев. Примерно так же Международная торговая палата обобщила и опубликовала банковские обычаи по организации международных торговых расчетов, которые широко применяются всеми банками на планете.

Международная торговая палата является неправительственной международной организацией. Следовательно, «Инкотермс», «Унифицированные правила по инкассо», «Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов», «Международный кодекс рекламной практики» и другие публикации Международной торговой палаты представляют собой нормативные документы «внезаконодательного» происхождения. Первоначально эти кодификации основывались на устоявшейся обычной практике, однако в последнее время они редактируются Палатой на регулярной основе. Это дает основания некоторым авторам ставить под сомнение их обычный характер: обычай формируется практикой, а

здесь речь идет уже о нормотворчестве международной неправительственной организации. Так или иначе, все эти публикации совершенно точно не исходят от государства или ряда государств.

Другим примером нормативного акта «внезаконодательного» происхождения являются «Йорк-Антверпенские правила по общей аварии», принятые еще в XIX в. Конференцией специалистов по морскому праву. В настоящее время «Йорк-Антверпенские правила по общей аварии» действуют в редакции Международного морского комитета — неправительственной организации, созданной Ассоциацией международного права с целью содействия унификации морского и торгового права.

Многочисленные профессиональные ассоциации, другие негосударственные структуры работают над типовыми проформами (образцами) внешнеторговых договоров, которые в отсутствие норм международных договоров и национального законодательства могут также применяться судами при рассмотрении споров, вытекающих из таких договоров.

В настоящее время количество подобных актов настолько велико, что появился специфический термин *lex mercatoria* (лат.) — «обычное торговое право»), призванный обозначить эту часть системы международного частного права, не обязанную своим происхождением государству как законодателю.

Применение такого рода источников судами и арбитражами в Республике Беларусь предусмотрено п. 1 ст. 1093 Гражданского кодекса: «Право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иным иностранным элементом, определяется на основании Конституции Республики Беларусь, настоящего Кодекса, иных законодательных актов, международных договоров Республики Беларусь и не противоречащих законодательству Республики Беларусь международных обычаев».

Кроме того, стороны договорного отношения могут прямо предусмотреть в договоре ссылку на такие акты, и этот выбор будет обязательным для суда.

В некоторых государствах применение судами норм из сферы *lex mercatoria* предусматривается гражданским и торговым законодательством. Так, согласно ст. 5 «Обычаи» Гражданского кодекса Российской Федерации обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. При этом обычаи, противоречащие обязательным

для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются.

Гражданский кодекс Республики Беларусь подобной статьи не содержит, однако в ст. 290 закреплено, что «обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычно предъявляемыми требованиями».

Таким образом, нормативные акты «внезаконодательного» происхождения являются специфическими источниками международного частного права, применение которых обусловлено спецификой предмета регулирования — частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом.

2.5. Роль судебной и арбитражной практики в международном частном праве

Как уже неоднократно отмечалось, трансграничные частноправовые отношения — весьма неоднородный и разнообразный с фактической, географической и юридической точек зрения конгломерат, который довольно трудно поддается единому целенаправленному правовому регулированию. Законодательство, международные договоры и обычаи, несмотря на их внушительное количество, все равно не способны учесть все случаи наперед и предложить правовое решение для каждой возможной фактической ситуации.

Не всегда возникающий между сторонами спор имеет юридическое решение в законодательстве. Правоотношение, сложившееся между субъектами, может быть новым для действующего законодательства либо обладать признаками или свойствами, из-за которых имеющиеся в законе нормы к данной ситуации неприменимы.

Однако суд не может отказать сторонам в правосудии лишь на том основании, что отсутствует регулирующая законодательная норма. В любой стране независимо от особенностей ее правовой системы признается право на доступ к правосудию и на справедливое разрешение юридического дела компетентным судом. Поэтому довольно часто первым, кто сталкивается с неурегулированными правоотношениями, является суд. Вынесенное в таких обстоятельствах судебное решение может служить отправной точкой для подобных случаев, если они будут повторяться в практике, и в этом смысле судебные решения по рассматриваемым частноправовым спорам могут быть причислены к (редким, но тем не менее) источникам международного частного права.

Согласно ст. 21 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь «в случае отсутствия нормы права, регулирующей спорные отношения, суд применяет норму права, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы права суд, разрешая спор, исходит из общих начал (принципов) и смысла законодательства (аналогия права)». Это означает, во-первых, что судебное решение должно быть вынесено также и в условиях отсутствия регулирующей правовой нормы, во-вторых, что судебное решение должно быть вынесено судом не произвольно, а с учетом общей направленности гражданского законодательства данной конкретной страны, с учетом общих (общечеловеческих) принципов гражданского права, а также с учетом действующих принципов и норм международного частного права.

Впоследствии, если возникнет подобный спор, в силу принципа единообразия судебной практики суд должен будет учесть решение, вынесенное по такому делу. В этом случае учет принятого ранее судебного решения будет иметь фактически характер судебного прецедента.

При разрешении частноправовых споров с иностранным элементом суды также руководствуются постановлениями высших судебных инстанций. Для белорусских судов такими актами являются, например, постановления Пленума Верховного Суда.

Тем не менее судебная практика в понимании отечественного законодательства и судебный прецедент — это далеко не одно и то же. Учет судом или сторонами соответствующих правоотношений сложившейся по данной категории дел судебной практики не является применением судебного прецедента. Судебный прецедент, как это имеет место в странах англо-американской правовой семьи, означает, что суд в аналогичной ситуации вынесет такое же решение, как в прецеденте, и укажет на этот прецедент как на источник права.

О чистом применении судебного прецедента как источника международного частного права, т.е. как прямого юридического основания для вынесения решения как правовой нормы, созданной судом, а не законодателем, можно говорить в случае применения отечественным судом, например, права Великобритании в соответствии с коллизионной нормой. Поскольку британское право фактически «соткано» из судебных прецедентов, то суд применит британский прецедент. Точно так же, применяя иностранное право, суд может применить и другие не типичные для отечественного права источники: канонические нормы, национально-правовые обычаи и т.п. Однако если мы говорим о практике белорусских

судов, о постановлениях высших судебных инстанций, то их роль состоит прежде всего в толковании правовых норм, в восполнении пробелов, в обеспечении единообразия применения законов, регулирующих частноправовые отношения, осложненные иностранным элементом. Прецедентами в строгом смысле слова решения судов Республики Беларусь не являются.

Необходимо отметить, что вопрос о значении судебной практики для системы правового регулирования в Республике Беларусь остается дискуссионным, чему в немалой степени способствует формулировка ст. 3 Гражданского кодекса, включившая «акты Конституционного Суда Республики Беларусь, Верховного Суда Республики Беларусь и Национального банка Республики Беларусь, изданные в пределах их компетенции по регулированию гражданских отношений» в систему гражданского законодательства. Данная норма небезупречна с теоретической точки зрения, однако она отражает актуальную в настоящий момент позицию белорусского законодателя.

Немного иначе обстоит дело с арбитражной практикой. Арбитраж — это негосударственный третейский орган по разрешению международных коммерческих частноправовых споров. Арбитражи в отличие от судов не объединены в единую структуру, функционируют автономно, не поднадзорны государственным, в том числе судебным, органам и не обязаны придерживаться единой правоприменительной практики. Поэтому решения арбитражей в еще меньшей степени имеют нормативный характер. Тем не менее некоторые признаки нормативности у них все же есть: решения авторитетных международных арбитражных судов учитываются как сторонами частноправовых коммерческих отношений, так и другими арбитражами при вынесении решений по аналогичным спорам. Приняв решение по конкретному спору, впоследствии арбитраж, как правило, придерживается той же линии при разрешении споров аналогичного характера, поскольку вряд ли правильно было бы принимать разные решения по схожим делам. Будучи по своей сути коммерческим предприятием, услуги которого заключаются в справедливом и эффективном разрешении внешнеэкономических споров, любой арбитраж дорожит своей репутацией и старается быть последовательным в своей юридической практике.

Так же, как и решения государственных судов, арбитражные решения могут восполнять пробелы в праве, давать толкования неоднозначным формулировкам законодательства и международных договоров. Поэтому арбитражная практика, как и судебная, занимает важное место в системе правового регулирования международных частноправовых отношений.

Нельзя не сказать о роли юридической доктрины, которая, в принципе, не может считаться релевантным источником международного частного права, однако в силу неизбежного наличия пробелов в правовом регулировании имеет большое влияние на принятие решений по частноправовым спорам, осложненным иностранным элементом. Истории известны случаи, когда со ссылкой на правовую доктрину принимались решения по реальным юридическим делам.

Так, при рассмотрении иска английской фирмы «Ромулус Филмс Лтд» к ВО «Совэкспортфильм» Внешнеторговая арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате СССР, обсудив вопрос о возможности принятия так называемой обратной отсылки к советскому праву, пришла к такому выводу: «Как бы ни решался этот вопрос по английскому коллизионному праву, принятие обратной отсылки во всяком случае зависит только от советского коллизионного права, а советское коллизионное право в согласии с господствующей доктриной и практикой не применяет категории обратной отсылки при разрешении споров по внешнеторговым сделкам, за исключением случаев, предусмотренных в заключенных СССР международных договорах». Далее Внешнеторговая арбитражная комиссия в этом своем решении сослалась на ч. 2 книги Л. Лунца «Международное частное право», а также на работы Хелла, Фальконбриджа и Баттифоля.

Таким образом, наряду с международными договорами и национальным законодательством государств международные частноправовые отношения регулируются также актами внезаконодательного происхождения — обычаями, актами международных организаций. Важную роль в регулировании таких отношений играют решения судов и арбитражей по гражданским и торговым делам, а в ряде случаев и доктрина международного частного права.