**Источники международного частного права**

В юридической науке Казахстана и стран СНГ сложилась точка зрения, что когда речь идет об источниках права, то имеют в виду формы, в которых выражена та или иная правовая норма. Особенностью источников международного частного права является то, что многие правовые нормы и правила предусмотрены в различных международных договорах и соглашениях

Казахстанская сторона придерживается точки зрения в том, что основных видов источников в международном частном праве четыре:

1.международные договоры;

2.внутреннее законодательство;

3.судебная и арбитражная практика;

4.обычаи.

Вопрос об источниках международного частного права является весьма актуальным и в Казахстане, как и в других западных странах.

Существует два основных вопроса в международном частном праве:

1.Можно ли унифицировать нормы международного частного права так, чтобы одинаково решать все коллизии законов независимо оттого, суд какой страны рассматривает спор?

Существование международного частного права необходимо в силу наличия на земном шаре целого ряда самостоятельных внутригосударственных правовых систем, сильно отличающихся друг от друга по тем нормам, которыми они регулируют возникающие в повседневной жизни правоотношения. Судебные учреждения одной страны очень часто должны учитывать правовые нормы, действующие в другой стране".

2.Следующий важный вопрос - каким образом международно-правовая норма применяется к соответствующим отношениям внутри Государства?

М.М. Богуславский отмечает, что международно-правовая норма применяется к соответствующим отношениям только в результате трансформации, то есть преобразования в норму внутригосударственного права. Такая трансформация осуществляется путем ратификации, издания актов о применении международного договора или издания иного внутригосударственного акта. Однако и после их трансформации эти нормы сохраняют автономный характер по отношению ко всей системе права данной страны в целом. Поэтому о двойственности источников следует говорить в особом, условном смысле.

Круг международных договоров, подлежащих ратификации, установлен Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу Закона "О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров Республики Казахстан" от 12 декабря 1995 г. В частности, в статье 11 части 1 пункте 1 установлено, что ратификации подлежат международные договоры Республики Казахстан, исполнение которых требует изменения действующих или принятия новых законов, а также устанавливающие иные правила, чем предусмотрено законами Республики Казахстан.

Далее необходимо рассмотреть вопрос о соотношении международного договора и внутреннего Закона в Казахстане. С этой целью необходимо обратиться к Конституции Республики Казахстан 1995 года. В статье 4 в пункте 3 установлено следующее Правило: "Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона. Это означает, что при столкновении (коллизии) норм внутреннего законодательства и правил заключенного государством международного договора, преимущество будет отдано положениям международного договора.

Международные договоры

С момента приобретения Казахстаном независимости (16 декабря 1991 г.) международная активность республики возросла. По состоянию на 1 января 1998 г. Республикой Казахстан подписано выше 800 международных договоров. Многие из заключенных международных договоров Казахстана являются источниками международного частного права. Так, следует назвать двусторонние договоры об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам. В частности, Казахстан заключил договоры о правовой помощи с Литовской Республикой (9.08.1994 г.), Китайской Народной Республикой (14.01.1993 г.), Монголией (22.10.1993 г.) и другими странами.

Государства - члены Содружества независимых государств (СНГ) заключили 22 января 1993 г. Конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам.

Цель всех этих договоров в том, чтобы обеспечить взаимное признание и соблюдение имущественных и личных прав граждан одного государства на территории другого. Договоры строго исходят из принципов равенства и уважения суверенитета каждой страны. В них регулируются отношения по вопросам сотрудничества между органами юстиции, правовой защиты, определения и разграничения компетенции судов и применения права, процессуальных прав иностранцев, исполнения поручений о правовой помощи, признания и исполнения решений по гражданским и семейным делам, признания и пересылки документов, выдачи преступников и другим видам помощи по уголовным делам. Таким образом, действует система договоров о правовой помощи, в которых решается целый комплекс вопросов, касающихся сотрудничества органов юстиции и охраны прав граждан.

Далее назову консульские конвенции, заключенные Республикой Казахстан. В частности, с Российской Федерацией (28.03.1994 г.), Украиной (20.01.1994 г.), Венгерской Республикой (09.03.1995 г.), Китайской Народной Республикой (10.08.1992 г.), Турецкой Республикой (02.09.1993 г.) и другими странами.

Следует назвать также соглашения Республики Казахстан с другими государствами в области транспорта,

К примеру, с Азербайджанской Республикой (24.02.1993 г.), с Исламской Республикой Иран (25.10.1993 г.), с Республикой Грузия (о международном автомобильном сообщении и о железнодорожном транспорте - оба 01.06.1993 г.). Специальные соглашения Казахстана о воздушном сообщении и сотрудничестве в области воздушного транспорта с Кыргызской Республикой (18.02.1994 г.), Литовской Республикой (21.07.1993 г.), Российской Федерацией (28.03.1994 г.), Австрийской Республикой (26.04.1993 г.), Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии (21.03.1994 г.). Венгерской Республикой (09.03,1995 г.), Французской Республикой (01.10.1993 г.), Китайской Народной Республикой (18.10.1993 г.), Монголией (27.10.1992 г.)

Важным источником международного частного права являются торговые договоры (соглашения, меморандумы) Казахстана с другими государствами:

с Австрийской Республикой (26.04.1993 г.), Республикой Польша (14.10. 1992 г.), Финляндской Республикой (29.09.1992 г.), Королевством Швеция (23.03.1994 г.), Канадой (29.03.1995 г.), Республикой Корея (03.07.1992 г.), Сирийской Арабской Республикой (27.03.1992 г.), Арабской Республикой Египет (14.02.1993 г.).

Соглашения о поощрении и взаимной защите инвестиций (в западной юридической литературе они называются: двусторонние инвестиционные договоры - Вi1аtега1 Investment Тгеаtiеs) пришли на смену договорам о дружбе, торговле и мореплавании, появившимся более 200 лет назад.

После второй мировой войны положения договоров о дружбе, торговле и мореплавании стали включаться в инвестиционные договоры. Начиная с 1946 г. по 1966 г. США заключили 22, а с 1990 г. по 1994 г. - 18 инвестиционных договоров, в которых сформулированы положения о регулировании инвестиций и их защита. Эта эволюция договоров о дружбе, торговле и мореплавании была закономерной, потому что одной из целей данных договоров была защита граждан каждой страны для установления и ведения бизнеса, а также защита их имущественных интересов.

Таким образом, на протяжении почти 50 лет государства мира сформировали инструмент международного частного права для создания правил в области поощрения и защиты иностранных частных инвестиций. В Европе Западная Германия и Пакистан подписали первый двусторонний инвестиционный договор в 1959 г. К 1998 г. было заключено свыше 1200 договоров, а число их участников включало все мировые государства-экспортеры и около 80 развивающихся стран.

На научный взгляд казахстанский ученых, не только научный, но и практический интерес будет представлять практика Республики Казахстан в области заключения с другими государствами соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций. В 1989-1990 гг. СССР заключил 14 соглашений с зарубежными государствами о поощрении и взаимной защите инвестиций, в частности с Финляндией, Бельгией и Люксембургом, Великобританией, Германией, Францией, Нидерландами, Канадой, Италией, Австрией, Китаем, Швейцарией, Испанией, Республикой Корея, Турцией. Все эти Соглашения ратифицированы Верховным Советом СССР от 29 мая. 1991 г. Казахстан заключил свои соглашения подобного характера.

На 1 марта 1998 г. Казахстан заключил 28 соглашений с иностранными государствами о поощрении и взаимной защите капиталовложений. В частности, 1 мая 1992 г. с Республикой Турция, 19 мая 1992 г. с Соединенными Штатами Америки, 10 августа 1992 г. с Китайской Народной Республикой, 22 сентября 1992 г. с Федеративной Республикой Германия, 29 сентября 1992 г. с Финляндской Республикой, 14 февраля 1993 г. с Арабской Республикой Египет, 23 марта 1994 г. с Королевством Испания, 15 сентября 1994 г. с Литовской Республикой, 17 сентября 1994 г. с Украиной, 21 сентября 1994 г. с Республикой Польша, 22 сентября с Итальянской Республикой, 2 декабря 1994 г. с Монголией, 7 декабря 1994 г. с Венгерской Республикой и другие.

Нам представляется важным уточнить, что Казахстан в отдельных случаях заключил договоры о поощрении и взаимной защите капиталовложений (США, ФРГ), а в других соглашения о поощрении и взаимной защите инвестиций (Турция, Китай, Польша, Венгрия, Литва, Испания, Украина, Италия, Монголия, Египет).

Необходимо учесть, что часть соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций вступила в силу, т.е. ратифицированы обеими сторонами, некоторые же не вступили в силу. Официальным источником правовых норм, регулирующих соответствующие инвестиционные отношения, могут быть только тексты ратифицированных соглашений.

Все казахстанские соглашения о поощрении и взаимной защите инвестиций имеют примерно одинаковую структуру: определения; поощрения инвестиций и разрешение на инвестирование; защита инвестиций и их правовой режим; экспроприация и компенсация; переводы платежей, связанных с инвестициями; суброгация (передача прав); споры между одной договаривающейся стороной и инвестором другой договаривающейся стороны; споры между договаривающимися сторонами; более благоприятные условия; консультации и обмен информацией; применение соглашения; поправки; вступление в силу; срок действия и прекращение действия.

Все соглашения о защите инвестиций включают четыре основных обстоятельства, которые государства принимают на себя в связи с деятельностью на их территории инвесторов другого государства. В частности, договаривающиеся стороны обязуются создавать благоприятный режим для капиталовложений инвесторов и связанной с ними деятельностью; обеспечивать надлежащую защиту иностранной собственности; предоставлять иностранному инвестору возможность беспрепятственного перевода своих доходов. Государства соглашаются также на рассмотрение споров по вопросам капиталовложений с инвестором в международном арбитраже. Далее необходимо назвать подписанные Казахстаном соглашения (конвенции) об избежании двойного налогообложения. В частности, с Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии (21.03.1994 г.), Венгерской Республикой (07.12.1994 г.), Итальянской Республикой (22.09.1994 г.), Республикой Польша (21.09.1994 г.), США (24.10.1993 г.).

Также нормы, относящиеся к правовому положению иностранных граждан, имеются в заключенных Казахстаном двусторонних соглашениях следующего вида: "Меморандуме между Правительством Республики Казахстан и Правительством Исламской Республики Иран о порядке оформления виз при взаимных поездках граждан" (16.05.1994 г.). "Меморандуме об основных принципах решения вопросов связанных с гражданством и правовым статусом граждан Республики Казахстан, постоянно проживающих на территории Российской Федерации, и граждан Российской Федерации, постоянно проживающих на территории Республики Казахстан" (28.03.1994 г.), "Соглашении между Правительством Республики Казахстан и Правительством Монголии о взаимных поездках граждан" (02.12.1994 г.), "Соглашении Между Правительством Республики Казахстан и Правительством Монголии о сотрудничестве по вопросам привлечения не работу граждан Монголии и Республики Казахстан по трудовому договору" (02.12.1994 г.), "Договоре между Республикой Казахстан и Российской Федерацией о правовом статусе граждан Республики Казахстана постоянно проживающих на территории Российской Федерации, и граждан Российской Федерации, постоянно проживающих на территории Республики Казахстан" (20.01.1995 г.), "Соглашении между Республикой Казахстан и Российской федерацией об упрощенном порядке приобретения гражданства гражданами Республики Казахстан, прибывающими для постоянного проживания в Российскую Федерацию, и гражданами Российской Федерации, прибывающими для постоянного проживания в Республику Казахстан" (20.01.1995 г.).

Республикой Казахстан сделаны первые шаги в сфере присоединения к международно-правовым актам. В частности, 26 июня 1992 г. принят закон Республики Казахстан "О членстве Республики Казахстан в Международном валютном фонде (МВФ), Международном банке реконструкции и развития (МБРР), Международной финансовой корпорации (МФК), Международной ассоциации развития (МАР), Многостороннем агентстве по гарантиям инвестиций (МАГИ) и Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)". В дальнейшем, 16 февраля 1993 г. Республика Казахстан присоединилась к следующим международно-правовым актам: Парижской конвенции по охране промышленной собственности 30 Марта 1883 г.; пересмотренной в Стокгольме 14 июля 1967 г. (Парижская конвенция), Мадридскому соглашению о международной регистрации товарных знаков, Договору о патентной кооперации; решила вопрос о членстве во Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОЙС).

В ближайшем будущем предстоит присоединиться к Всемирной конвенции об авторском праве от 6 сентября 1952 г., Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1971 Г., Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Венская конвенция 1980 г.).Необходимо отметить, что постановлениями Президиума Верховного Совета Республики Казахстан от 18 марта 1993 г. были ратифицированы "Венская конвенция о дипломатических сношениях" и "Венская конвенция о консульских сношениях". Данные акты разработаны применительно к отдельным, особым категориям иностранцев, например, к лицам, осуществляющим представительские функции в международных отношениях (работникам посольств, консульств).

В области правового регулирования вопросов транспорта важно указать на следующие Указы Президента Республики Казахстан от 12 мая 1995 г.: "О присоединении Республики Казахстан к европейскому Соглашению о международных автомагистралях (СМА) 1975 года", "О присоединении Республики Казахстан к европейскому Соглашению, касающемуся работы экипажей транспортных средств, производящих международные автомобильные перевозки (БСТР), 1970 года", "О присоединении Республики Казахстан к Таможенной конвенции о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (конвенция МДП) 1975 года", "О присоединении Республики Казахстан к Соглашению о международных перевозках скоропортящихся пищевых продуктов и о специальных транспортных средствах, предназначенных для этих перевозок (СПС), 1970 года", "О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о Договоре международной перевозки грузов (КДПГ) 1956 года".

Внутреннее законодательство

Прежде всего следует назвать Конституцию Республики Казахстан, как один из главных источников международного частного права 1995 г. Важное значение имеет статья 8, в которой закреплено, что "Республика Казахстан уважает принципы и нормы международного права, проводит политику сотрудничества и добрососедских отношений между государствами, их равенства и невмешательства во внутренние дела друг друга, мирного разрешения международных споров, отказывается от применения первой вооруженной силы".

Важны нормы статьи 12, устанавливающие, что в Республике Казахстан признаются и гарантируются права и свободы человека в соответствии с Конституцией. Иностранцы и лица без гражданства пользуются в Республике правами и свободами, а также несут обязанности, установленные для граждан, если иное не предусмотрено Конституцией, законами и международными договорами. Более подробно правовой статус иностранцев в республике определен Указом Президента Республики Казахстан "О правовом положении иностранных граждан в Республике Казахстан" от 19 июня 1995 г.

Важное значение для международного частного права имеет новый Гражданский кодекс Республики Казахстан (общая часть) от 27 декабря 1994 г., в статье 3 пункте 7 которого подчеркивается, что иностранные физические и юридические лица, а также лица без гражданства вправе приобретать такие же права и обязаны выполнять такие же обязанности, какие предусмотрены гражданским законодательством для граждан и юридических лиц Республики Казахстан, если законодательными актами не предусмотрено иное.

Важный принцип закреплен в пункте 7 статьи 8: если международным договором, участником которого является Республика Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в гражданском законодательстве Республики Казахстан, применяются правила указанного договора. Международные договоры, участником которых является Республика Казахстан, к гражданским отношениям применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутри республиканского акта.

Положения международного частного права содержатся также в Кодексе о браке и семье республики от 6 августа 1969 г. В частности, в статье 182 говорится о правах и обязанностях иностранных граждан и лиц без гражданства в брачных и семейных отношениях, заключение браков казахстанских граждане иностранными гражданами и иностранных граждан между собой в республике (ст. 183), расторжение браков казахстанских граждан с иностранными гражданами и браков иностранных граждан между собой в республике (ст. 185), применение в республике иностранных законов о браке и семье и международных договоров (ст. 191).Следует иметь в виду, что в Казахстане идет активный процесс обновления законодательства в области внешнеэкономической деятельности. Приняты новые законы: "Об иностранных инвестициях" от 27 декабря 1994 г., "О валютном регулировании" от 24 декабря 1996 г., а также Указы Президента республики: "О либерализации внешнеэкономический деятельности" от 11 января 1995 г., "О таможенном деле в Республике Казахстан" от 20 июля 1995 г.

Необходимо подчеркнуть, что нормы международного частного права содержатся и в Указах Президента, имеющих силу законов: "О недрах и недропользовании" от 27 января 1996 г., "О государственной регистрации юридических лиц" от 17 апреля 1995 г., "О лицензировании" от 17 апреля 1995 г., "О налогах и других обязательных платежах в бюджет" от 24 апреля 1995 г., "О нефти" от 28 июня 1995 г., "О хозяйственных товариществах" от 2 мая 1995 г., "Об ипотеке недвижимого имущества" от 23 декабря 1995 г., "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" от 25 декабря 1995 г., "О земле" от 22 декабря 1995 г.

Следует отметить, что в Казахстане как и в других государствах СНГ отсутствует специальный закон о международном частном праве. Однако, на наш взгляд, следовало бы использовать положительный опыт таких стран, как Австрии, Турции, Щвейцарии, Румынии, Венгрии и Китая в правовом регулировании данного рода отношений.

Судебная и арбитражная практика

В Казахстане судебная практика вообще не рассматривается как источник права. В республике в качестве источника права выступает только закон. Согласно статье 4 Конституции Республики Казахстан 1995 г., действующим правом в республике признаются лишь нормативные постановления Верховного Суда Республики.

В последнее время возрастает значение арбитражного способа урегулирования споров, возникающих в связи с иностранными инвестициями или связанной с ними деятельностью. Поэтому, закон Республики Казахстан "Об иностранных инвестициях" в статье 27 предусматривает возможность передачи спора, при наличии письменного согласия иностранного инвестора, для разрешения в международные арбитражные органы.

Более подробно данный вопрос изложен в теме о международном коммерческом арбитраже. Однако в этом разделе мы хотели бы обратить внимание на два обстоятельства:

1) под арбитражем во всем мире понимается третейский суд. т.е. суд, избираемый самими сторонами для разрешения спора между ними;

2) если арбитражное разбирательство осуществляется за рубежом, то широко применяются международные нормативные акты, а также допускается применение иностранного права.

Обычаи

Международный обычай является источником международного права, а также международного частного права в случаях, когда отношения не урегулированы международным договором. Под международным обычаем понимают правило, сложившееся в результате длительного применения в отношениях между всеми или некоторыми государствами. Правило, содержащееся в международных обычаях, действует только для тех государств, которые в той или иной форме его признали.

Важно подчеркнуть, что в Гражданском кодексе Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. в статье 3 пункте 4 предусмотрено, что гражданские отношения могут регулироваться обычаями, в том числе обычаями делового оборота, если они не противоречат гражданскому законодательству, действующему на территории Республики Казахстан.

Нужно отличать обычаи от обыкновений, складывающихся в практике торговых сделок и определяющих детали этих сделок. 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.