

## Содержание:

image not found or type unknown



## Введение

Во многих государствах судебная и арбитражная практика в качестве источника МЧП играет более важную роль, чем национальное законодательство и международное право. Под судебной и арбитражной практикой, выступающей источником права, понимают решения судов, имеющие правотворческий характер, т.е. формулирующие новые нормы права. Правотворческая роль судов заключается не в создании новых норм - правоприменитель не имеет законотворческих полномочий и не может "творить" право. Суды выявляют действующее (позитивное) право и формулируют его как систему юридически обязательных предписаний.

Правотворческая деятельность судов зависит от судебного усмотрения, которое имеет решающее значение при выявлении сложившихся правил поведения, признанных общественным сознанием в качестве обязательных. Судейское усмотрение играет решающую роль не только при выявлении права, но и в его толковании, определении и применении. Принцип свободы судебного усмотрения - один из основных принципов судопроизводства. В МЧП этот принцип имеет особое значение: восполнение пробелов правового регулирования, квалификация права, установление "подразумеваемой" воли сторон, определение закона "существа отношения", установление критериев наиболее тесной связи - прямая обязанность судов.

## Основная часть

Судебный прецедент - это решение вышестоящего суда, имеющее решающее значение для нижестоящих судов при рассмотрении ими аналогичных дел в дальнейшем. Решение суда не становится прецедентом автоматически; оно должно получить этот статус в установленном законом порядке. Особенности судебного прецедента как источника права:

- перед судом изначально стоит только юридическая проблема - разрешить "спор о праве";

- любое судебное дело заранее предполагает несколько вариантов решения. По всем правовым вопросам между юристами существуют разногласия; одно и то же дело может быть разрешено по-разному, в зависимости от того, какой суд будет его рассматривать;

- прецедент формулируется в виде единичного казуса, а не общего правила. Если судебное решение не служит образцом для рассмотрения аналогичных дел, его нельзя считать прецедентом;

- прецедент не является нормой права *stricto sensu*, поскольку его применение зависит от усмотрения субъекта применения.

Английская судебная практика изначально развивалась по принципу "дела, основанные на сходных фактах, должны разрешаться сходным образом".

Английские судьи использовали критерии, выработанные римским правом - "разумный человек", "добрый, заботливый хозяин", "справедливый отец семейства", "последствия, которые можно было предвидеть на разумных основаниях". С 1282 г. в Англии ежегодно публикуются сборники судебных решений, производится систематизация прецедентов. Современная система опубликования прецедентов действует с 1865 г. Прецеденты имеют различную силу в зависимости от уровня суда. Обязательные прецеденты создают только решения, исходящие от "высоких" судов - Верховного суда и Палаты лордов. Решения других судов не создают обязательного прецедента.

Принцип прецедента действует по вертикали. Решения вышестоящих судов обязательны для нижестоящих, но не связывают вышестоящие. Доктрина прецедента основана на "принципе принципа" права (деклараторная теория права) - судьи не творят право, а только толкуют и "открывают" его, т.е. судебное решение фиксирует право. Правила судебного прецедента:

1) решения, вынесенные Палатой лордов, составляют обязательные прецеденты для всех судов;

2) решения, принятые Апелляционным судом, обязательны для всех нижестоящих судов и (кроме уголовного права) для самого этого суда;

3) решения, принятые Высоким судом, обязательны для низших судов и, не будучи строго обязательными, имеют значение и используются как руководство отделениями Высокого суда и Судом Короны.

От судебного решения прецедент отличается тем, что имеет свойство образца при разрешении более поздних дел. Это свойство прецедента в английской правовой теории обозначается понятием *stare decisis* ("по умолчанию" прецеденту нужно следовать, если нет аргументов против).

Любой прецедент содержит *ratio decidendi* и *obiter dictum*. *Ratio decidendi* - это обоснование, признанное судом, рассматривающим новое дело с использованием прецедента; особый элемент (сущность решения). *Obiter dictum* также представляет собой часть решения суда (замечания суда по вопросам, которые непосредственно не входят в предмет судебного решения). Эта часть решения имеет дополнительный, аргументирующий, необязательный характер.

Американское законодательство (и федеральное, и штатов) кодифицировано в большей степени, чем английское. Например, в сфере внедоговорных обязательств действуют Второй свод деликтного права (1932) и Единообразный закон о взаимной вине (1977). Но и при наличии законодательного регулирования изменения в судебную практику по деликтам вносятся посредством прецедентов: институт встречной вины в штате Иллинойс введен решениями по делам *Kravens v. Algonquin Township*, 1973 и *Alvis v. Ribar*, 1981. В коллизионном праве США прецедент играет решающую роль.

Объем судебных прецедентов английского права настолько велик, что это усложняет и замедляет судебную процедуру. В современной судебной практике Великобритании господствует узаконенная тенденция ограничения количества прецедентов. Суды стремятся принимать решения, основанные на презумпции "отыскания закона, свойственного данному договору", т.е. строго на данных, конкретных фактических обстоятельствах, которые не могут быть применены при решении аналогичных дел в дальнейшем. Во всех государствах общего права повышается роль "писаного" права, идет интенсивный процесс кодификации законодательства.

Зеркальные процессы происходят в странах романо-германской правовой системы. Согласно господствующей теории только законодательство считается

юридическим источником МЧП в большинстве европейских стран. На практике самые важные судебные решения играют в этой отрасли права определяющую роль: в ст. 1 ГК Швейцарии указано: "При отсутствии закона и обычая судья должен решать на основании такого правила, которое он установил, если бы был законодателем". Очень важным источником МЧП Китая являются Руководящие указания Верховного народного суда КНР по вопросам гражданского права.

В государствах "цивильного права" прецедент имеет особое значение для правоприменения, восполнения пробелов, толкования закона. Наиболее яркий пример - развитие французского коллизионного права. В Кодексе Наполеона 1804 г. изначально содержались только односторонние коллизионные нормы, устанавливавшие пределы действия французского права. Современное право Франции располагает разветвленной системой двусторонних коллизионных привязок, разработанных судебными органами путем интерпретации норм ФГК. Многие французские ученые, анализируя судебную практику в системе источников права, подчеркивают, что французское гражданское право почти незаметно перестает быть писанным правом, трансформируясь в общее.

В настоящее время действует региональная система прецедентного права - европейское прецедентное право, сложившееся в рамках Европейского Союза и выработанное Судом ЕС. Все решения этого Суда обязательны для государств - членов ЕС, их национальных судов и административных органов, физических и юридических лиц и имеют характер прецедента. Судебные органы стран - членов ЕС не вправе принимать решения, противоречащие решениям Суда, которые имеют решающее значение и должны применяться по аналогии. При этом необходимо отметить, что правотворческие функции Суда ЕС *expressis verbis* (лат. - прямо выраженным образом) в нормативных документах ЕС не закрепляются, однако на практике Суд является не только правоприменительным, но и правотворческим органом.

Суд ЕС последовательно проводит в жизнь собственные решения, ссылается на свои предыдущие суждения для выработки новых правовых позиций, формулирует новые принципы "права Сообщества". Решения Суда - это судебные решения по вопросам права. В европейской доктрине господствует концепция, что прецедентное право, созданное Судом, - самостоятельный компонент права ЕС, на котором основываются решения национальных органов судебной власти. Суд ЕС играет решающую роль в развитии регионального международного частного права в странах ЕС.

Одной из причин замены Римской конвенции ЕС Регламентом Рим I стала необходимость создать единообразную судебную практику (прецедентное право) на основе решений Суда ЕС. Суд ЕС дает нормативное толкование регламентов ЕС, в том числе по искам Европейской комиссии к государствам-членам, нарушающим правила регламентов, и по запросам национальных судов. В случае Римской конвенции создание такого прецедентного права оказалось невозможным, поскольку Суд ЕС не получил полномочий по ее толкованию (соответствующие протоколы к Конвенции не были своевременно ратифицированы всеми государствами-членами).

В 2002 г. в ВАС РФ обсуждалась проблема прецедента как источника российского гражданского права. В. Ф. Яковлев (в то время - Председатель ВАС РФ) заявил, что прецедент как "устойчивое право-положение, созданное судами" является источником права в России и "фактически возведено в ранг закона". В качестве примера существования прецедента в России приводятся два вида судебных актов: решения КС РФ и постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ.

Постановления КС РФ обязывают всех правоприменителей действовать в соответствии с правовыми позициями. Они лежат в основе выводов Суда о соответствии тех или иных правовых норм Конституции РФ. Источником таких позиций являются решения Суда; обязательные правовые позиции могут содержаться в любых постановлениях и определениях. Акты КС РФ по юридической силе стоят выше актов парламента и президента; его правовые позиции приобретают характер конституционно-правовых норм; решения КС РФ о толковании конституционных норм становятся частью Конституции РФЗ.

Официально в современной России судебный прецедент не признается источником права, хотя фактически система судебного прецедента давно сложилась. При вынесении решений судьи стараются придерживаться рекомендаций высших судебных органов, учитывать причины отмены ранее вынесенных решений. Российская система прецедента основана на административной субординации, "уважении к высшим судебным инстанциям". В отечественной доктрине высказывается мнение, что для судебного прецедента "необходимо отыскать должное место" в системе источников российского права, аналогично тому, как это случилось с торговыми обычаями, применение которых санкционировано в ГК РФ и КТМ РФ4.

Судебная практика - институт континентального права, не совпадающий с прецедентным правом англо-саксонской системы. В прецедентном праве каждое судебное решение имеет потенциально значение для правоприменения. Судебная практика отражает объективные тенденции реализации права и представляет собой часть национального правопорядка. Это обобщение судебной деятельности, результат толкования и применения законодательства, самостоятельная форма существования правовых норм. Судебная практика - это совокупность судебных решений, в которых выражены правовые мнения судей по конкретным вопросам. В процессе деятельности судов уточняются старые и фиксируются новые нормы права. "Создание общеобязательных правил поведения - свойство, генетически присущее судебной власти".

В российском законодательстве судебная и арбитражная практика формально-юридически не считается источником права. Отечественный законодатель расценивает практику правоприменительных органов в качестве основного средства для толкования, определения и применения правовых норм. Такой подход противоречит сложившейся практике. Примеры судебных актов, содержащих нормативные предписания:

- решения КС РФ. Постановления КС РФ - это прецеденты конституционного правосудия<sup>2</sup>. Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ "О Конституционном Суде Российской Федерации" устанавливает, что решение данного Суда окончательно, не подлежит обжалованию, вступает в силу немедленно, действует непосредственно, не требует подтверждения другими органами и должностными лицами. Закон прямо санкционирует, что решения КС РФ имеют характер прецедентов;
- нормативное толкование Пленумов ВС РФ и ВАС РФ;
- решения судов общей юрисдикции, отменяющие нормативные акты субъектов РФ в случае их противоречия федеральному законодательству;
- решения судов по аналогии закона и права, а также на основе норм права, содержащих оценочные понятия;
- решения Европейского Суда по правам человека.

Конституция РФ (ст. 126, 127) наделяет ВС РФ и ВАС РФ правом давать разъяснения по вопросам судебной практики. Решения судов и арбитражей, формулируемые в общей форме в постановлениях их высших органов, представляют собой источник права. Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ наделены общеобязательной силой. Обобщения судебной практики, сформулированные в постановлениях высших судебных органов РФ, являются обязательными для применения в нижестоящих судах. Решение, игнорирующее установленное Пленумом правило, может быть отменено вышестоящим судом.

Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ по вопросам судебной практики нельзя считать прецедентами. Эти акты не являются судебными решениями, не могут быть обжалованы в судебном порядке, их обязательный характер прямо предусмотрен законом. Прецедент по определению не может представлять собой институт, закрепленный в законе.

## **Заключение**

В действительности российские суды и арбитражи играют точно такую же роль по выявлению действующего права и его формулированию, как и суды тех государств, в которых судебная практика официально признана источником права. Роль судебной и арбитражной практики как самостоятельного источника МЧП отмечается в работах современных российских ученых.