



Во многих зарубежных государствах судебная и арбитражная практика в качестве источника МЧП играют более важную роль, чем национальное законодательство и международное право (Франция, Великобритания, США). Под судебной и арбитражной практикой, выступающей источником права, понимают решения судов (как правило, высших инстанций), которые имеют правотворческий характер — формулируют новые нормы права. Нужно иметь в виду, что правотворческая роль судов и арбитражей заключается не в создании новых норм права, — суды не имеют законотворческих полномочий и не могут «творить» право. Суды только выявляют действующее (позитивное) право и формулируют его именно как систему юридически обязательных предписаний. В принципе суд только фиксирует уже имеющееся правило поведения, которое в обществе расценивается как имеющее обязательный характер. Правотворческая деятельность судов в очень большой степени зависит от судейского усмотрения, которое имеет решающее значение при выявлении сложившихся правил поведения, уже признанных общественным сознанием в качестве обязательных предписаний.

Судейское усмотрение играет решающую роль не только при выявлении права, но и в его толковании, определении и применении. Принцип свободы судейского усмотрения является одним из основных принципов современного судопроизводства. В международном частном праве этот принцип имеет особое значение: восполнение пробелов в правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом, квалификация юридических понятий, установление «подразумеваемой» воли сторон, определение закона «существа отношения», установление критерия наиболее тесной связи — все это является прямыми обязанностями судов. Англо-американское право в принципе основано на системе судебных прецедентов, которые в этих странах играют роль основного источника права (в том числе и международного частного). Судебный прецедент можно определить следующим образом — это решение вышестоящего суда, имеющее императивное, решающее значение для нижестоящих судов при разрешении ими аналогичных дел в дальнейшем. Никакое решение суда не становится прецедентом автоматически; оно должно получить статус прецедента в установленном законом порядке.

Судебный прецедент как решение, имеющее руководящее значение при решении аналогичных дел в дальнейшем, используется практически во всех государствах, но только в странах общей правовой системы есть целостное -прецедентное право. Наибольшее количество прецедентов — в английском праве. Их настолько много, что это в очень большой степени усложняет и замедляет судебную процедуру. В современной судебной практике Великобритании господствует узаконенная тенденция к ограничению количества прецедентов в английском праве. Суды стремятся принимать решения, основанные на презумпции «отыскания закона, свойственного данному договору», т.е. решения, которые основаны строго на данных, конкретных фактических обстоятельствах и не могут быть применены при решении аналогичных дел в дальнейшем. В настоящее время уже сложилась и действует региональная система прецедентного права — европейское прецедентное право, сложившееся в рамках Европейского союза (ЕС) и выработанное Европейским судом. Все решения этого Суда обязательны для государств— членов ЕС, их национальных судов и административных органов, физических и юридических лиц и автоматически имеют характер прецедента. Судебные органы стран — членов ЕС не вправе принимать решения, противоречащие решениям Европейского суда, которые имеют решающее значение и обязательно должны применяться по аналогии. Европейский суд играет решающую роль в развитии регионального международного частного права в странах ЕС. 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 полностью противоречит сложившейся практике. На самом деле 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 признана официальным источником права. Значение источника права имеют в первую очередь разъяснения пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Формально юридически эти разъяснения имеют рекомендательный характер, но на практике никакое противоречащее им решение нижестоящих судов не вступает в законную силу. В отечественной литературе уже высказывалась точка зрения, что решения Конституционного Суда РФ — это судебный прецедент, а система решений и постановлений Конституционного Суда РФ представляет собой начало формирования российского прецедентного права.

Особо важное значение практика российских правоприменительных органов имеет для развития и усовершенствования российского международного частного права.

Уже говорилось, что одним из самых существенных недостатков отечественного законодательства в сфере МЧП является неопределенность его формулировок и фактическая невозможность их непосредственного применения судами, без соответствующих разъяснений пленумов. Кроме того, российское международное частное право отличается огромным количеством пробелов, восполнить которые проще всего именно при помощи судебной практики, а не посредством внесения изменений в законодательство. Реальная жизнь идет именно по этому пути, так что фактически судебная и арбитражная практика давно являются самостоятельным источником российского МЧП.

Статья 38 Статута Международного суда ООН содержит перечень источников международного права, на основании которых суд должен решать переданные на его рассмотрение споры, среди них названы также «судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм».

В странах общего (англосаксонского) права (Великобритания, США, Канада, Австралия, Новая Зеландия и другие государства) в качестве источников международного частного права наряду с международными договорами и национальным законодательством признаются судебные прецеденты. Под судебными прецедентами понимаются проводимые в решениях взгляды судей на какой-либо правовой вопрос; таким образом однажды принятое решение (прецедент) получает в дальнейшем руководящее значение при решении судами аналогичных вопросов.

Наиболее часто прецедентное право применяется в Великобритании и США. Для этих стран прецедентное право является основным источником права и имеет решающее значение, превалируя над актами писаного права. В этих государствах положения законов и подзаконных актов могут изменяться или отменяться судебными решениями.

В странах континентальной системы права, в том числе и в России, прецеденты не являются источниками прав. В этих государствах судебная власть не обладает полномочием принимать юридически обязательные нормативные положения; решения судебных органов обязательны только для тех дел, по которым они вынесены.

В России ни судебная практика, ни доктрины не рассматриваются как источник права. Суд в России не создает правовых норм, поэтому судебная практика не

является источником МЧП, хотя для толкования норм в процессе их применения значение судебной и арбитражной практики велико.

Правовые доктрины, то есть научные труды и высказывания пользующихся известностью и авторитетом юристов не считаются источниками международного частного права. Тем не менее в МЧП возникает необходимость применения аналогии закона и аналогии права, и этот процесс и в РФ происходит на доктринальном уровне.

Список используемой литературы:

В.Т. Батычко

Международное частное право

Конспект лекций. Таганрог: ТТИ ЮФУ, 2011.

Международное частное право. (П. Ю. Смирнов, 2010)

Родина М.Е Международное частное право