

Т.Н. Нешатаева
д.ю.н., профессор,
судья Суда Евразийского
экономического союза,
Заслуженный юрист РФ

Суд ЕАЭС: от правовой позиции к действующему праву

1. Правовая позиция – результат судебной деятельности

Понятие «правовая позиция» получило закрепление в современном законодательстве государств – членов Союза применительно к судебной власти. Так, в Федеральном конституционном законе от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» данный термин встречается несколько раз и определяется как позиция судей по определенному вопросу, «свободная от политических пристрастий» (статья 29). Судебные правовые позиции серьезно изучаются, анализируются, критикуются, но при этом, по общему признанию, в настоящее время являются действующими правилами, регулирующими общественные отношения.

В практике Суда ЕАЭС, как уже указывалось, возникает необходимость выработки замещающего правила (позиции) как по неясным, так и по спорным вопросам. Причины возникновения подобных вопросов в ходе применения международно-правовых норм коренятся в природе международных общественных отношений.

Прежде всего, в эти отношения вступает множество полицентричных акторов: в ЕАЭС это государства, их органы, национальная бюрократия, хозяйствующие субъекты, наднациональные органы Союза, международная бюрократия и др.

Во-вторых, правила, регулирующие поведение этих лиц в рамках Союза, закрепляются в международно-правовых нормах на русском языке, отличающихся краткостью изложения и многозначностью специальных терминов, используемых в этих кратких формулировках. Многозначность прочтения Суд обязан заменить на однозначную терминологию, понятную всем евразийским акторам.

В-третьих, в международном праве отсутствует кодификация общих вопросов, в то время как Договор обязывает акторов учитывать как общие принципы международного права, так и специальные принципы. Конкретизация этих принципов в конкретном деле также является задачей Суда (пункт 50 Статута).

Наконец, государства-члены вводят в действие международно-правовые нормы на своих территориях не одновременно. Может

сложиться ситуация, при которой нормы, действующие для одних акторов, окажутся необязательными для других в конкретном споре. Следовательно, для преодоления подобной полицентричности в действии норм Суд является тем органом, который призван упорядочить отношения всех участников союзных отношений путем формирования ясного и простого правила, единого для всех.

Согласно пункту 2 Статута Суд ЕАЭС уполномочен создавать такие правила для единообразного прочтения союзной нормы в том случае, если норма позволяет выбирать между двумя или более альтернативами поведения участников правоотношений. Суду дано властное полномочие установить, какая из альтернатив востребована в данный момент развития Союза. Следует учесть, что нормативное регулирование никогда не поспевает за развитием общественных отношений и, следовательно, Суд обязан «привязывать» действующую норму к развивающимся отношениям, формируя конкретизирующее правило в своей правовой позиции по спорному вопросу. Иными словами, Суд обладает полномочием выбирать между различными возможными линиями поведения, каждая из которых является разрешенной, но становится сформулированной и определенно-правовой лишь после ее утверждения судебным актом.

Иными словами, Суд в своей правовой позиции более точно определяет правовое содержание нормативного акта соразмерно сложностям социально-экономической жизни в тот момент, когда возникает в этом необходимость, проявленная конфликтной ситуацией.

Таким образом, в нашем понимании, судебная правовая позиция – это правило поведения субъектов спорного правоотношения, возникающее в результате деятельности Суда по установлению единообразного понимания действующей нормы права.

В делах 2015-2017 годов, рассмотренных в Суде ЕАЭС, проблемы различного понимания норм союзного права возникали в разных аспектах.

Прежде всего, вопрос возник в связи с неопределенностью понятия «права и законные интересы субъектов хозяйствования, нарушенные оспариваемой нормой права». Ответчик – ЕЭК – неоднократно настаивал, что истцы – хозяйствующие субъекты – не доказывают нарушения субъективных прав. Иными словами, регулирующий орган и предприниматели расходились в понимании этой формулы, ибо в ней соединены понятия абстрактного нормативного акта (действует для всех) и субъективного права и интереса конкретного лица, которое должно подтвердить нарушение субъективного права, возможно, наличием материального (нематериального) ущерба.

Суд, учитывая принцип свободы доступа к правосудию, отказался от подобного подхода и сформулировал правило, что «Статут Суда предоставляет хозяйствующим субъектам право на обращение в Суд в случае, если, во-первых, оспариваемый акт Комиссии или отдельные его положения непосредственно затрагивают их права и законные интересы и, во-вторых, касаются предмета их предпринимательской и иной экономической деятельности» (постановление от 21 декабря 2015 года по делу по заявлению ЗАО «Дженерал Фрейт»). Последнее подтверждается уставными документами хозяйствующего субъекта. С этого момента все заявления хозяйствующих субъектов в Суд проверяются согласно правилу этой правовой позиции, которая придала абстрактный характер понятию субъективного права и интереса, что позволило избежать предоставления доказательств индивидуального характера на стадии возникновения судебного дела.

Далее Суду пришлось уточнять более сложное понятие наднационального регулирования. В консультативном заключении от 4 апреля 2017 года по заявлению Республики Беларусь особое значение приобрело уточнение терминов «единая политика – унифицированное регулирование». Как известно, термин «унификация» применяется лишь к национальному законодательству и может служить в том числе формой имплементации международного договора. Иными словами, норма договора дословно переносится в национальный закон. В таком смысле унифицированная международная норма может содержаться в законе.

Между тем союзная единая политика не предполагает, что отношения в данной сфере вообще могут подвергаться регулированию национальным законодательством. Следовательно, Суду предстояло дать уточненное для Союза определение вида правового регулирования в сфере единой политики. Такое регулирование является наднациональным, то есть содержится в актах Союза. Позиция Суда определила, что «правила в сфере защиты конкуренции на трансграничных рынках урегулированы правом Союза и относятся к единой политике (наднациональное регулирование)» (консультативное заключение от 4 апреля 2017 года по заявлению Республики Беларусь). Многозначность правила об унификации в этой сфере исключается.

Таким образом, Суд в результате своей деятельности вырабатывал позиции (краткие правила) о прочтении международно-правовых норм и об их действии во времени и пространстве, что свидетельствует о том, что Суд в спорных ситуациях обязан быстро и эффективно заполнить пробел, устранить неясность, двусмысленность в праве Союза с целью ликвидации проблем текущего правоприменения в государствах-членах.

2. Толкование – метод судебной деятельности

Пробел, неясность, двусмысленность статутных норм, а также несогласованность их появления в системе права – источник зарождения правовых конфликтов, разрешаемых Судом.

Отсюда основным видом деятельности Суда является установление содержания правового акта для его практической реализации. Установление содержания в целях единообразной реализации является толкованием (интерпретацией) акта права. Ключевое в судебном толковании – двуединство процесса познания и установления содержания нормы, переводимое в словесную форму.

В этом смысле толкование – это деятельность Суда, которая складывается из двух основных элементов: «а) уяснения содержания нормативного предписания и б) его разъяснения» (см.: Алексеев С.С. Общая теория права. В двух томах. Т. II. М.: Юридическая литература, 1982. С. 29).

Таким образом, невозможно разъяснение вне толкования, как последнее невозможно лишь при уяснении, не облеченном в словесное оформление.

Толкование предполагает, что Суд не только сам познает содержание нормы, но и раскроет свое знание сторонам правового конфликта.

Отсюда следует вывод, который еще в XVIII веке сформулировали толкователи церковного права – католические священники: действующий закон тот, который высказало лицо, этот закон толкующее.

Следует признать, что в современности норма действует в редакции судебного толкования. Так и статутная норма права ЕАЭС, породившая разночтение в правоприменении, действует в редакции, приданной ей судебным толкованием. Однако судебное толкование не абсолютно и не первостепенно, ибо всегда ограничено как самой нормой, так и принципами права (императивными нормами) в целом.

В таком контексте особое значение приобретают пределы и ограничения, признаваемые Судом при судебном толковании. О границах судебного толкования издавна ведется самая ожесточенная научно-практическая дискуссия как в среде ученых, так и в среде государственных деятелей.

Крайние полюса такой дискуссии: с одной стороны, начиная с Монтескье, – отрицание судебного усмотрения и, следовательно, права на правовую позицию суда у Кельзена и Дворкина, а с другой – признание судебных правил, корректирующих статутные нормы, у широкого круга современных исследователей – Барак, Харт, Раз, Тихомиров, Марченко и многих других.

Не отвлекаясь на эти споры, возвращаюсь к выводу, сделанному ранее: Суд всегда рассматривает несколько альтернатив поведения и признает разрешенной одну из них. При этом, формулируя в акте Суда правило поведения, Суд определяет свою правовую позицию по действующей статутной норме, конкретизирует ее применительно к современному состоянию общественных отношений (эволютивное толкование в терминах Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ)).

Таким образом, современный международный суд в процессе толкования статутных норм вырабатывает правовые позиции, определяющие применение норм права. Доктрина выделяет два основных способа судебного толкования – статичный (также именуемый в науке консервативным) и динамичный (более известный как «судебный активизм»). Различаются эти способы совокупностью приемов, которые используются судом для раскрытия содержания правовых предписаний.

Статичный, или консервативный, способ толкования ограничивается установлением содержания статутной нормы без ее проецирования на реализацию нормы в будущих правоотношениях за счет расширения ее элементов. При консервативном толковании первоочередное внимание уделяется тексту и контексту нормы, ее грамматической, логической, технико-юридической, историко-систематической составляющей. Иными словами, задачей суда является реконструкция мысли составителя нормы, уяснение ее буквального смысла на момент создания.

На наш взгляд, статичное толкование является основным этапом любого судебного толкования и во многих случаях именно на статичном толковании деятельность суда заканчивается появлением простого и ясного правила прочтения для дальнейшего единообразного применения статутной нормы.

Поясним последнее утверждение примером из уже процитированного консультативного заключения по запросу Республики Беларусь. Государственные органы Республики Беларусь разошлись в понимании терминов статей 74 и 76 Договора о ЕАЭС и статьи 6 приложения № 19 к нему. В целях недопущения спора с органами Союза Республика Беларусь обратилась в Суд за заключением для разрешения спорного вопроса. Суд, используя статичный способ и поставив целью уяснение терминов, встречающихся в рассматриваемых положениях Договора, заявил: «Для толкования данной нормы принципиальным является понимание в соответствии с обычным значением использованных в ней терминов «запрет» и «критерий допустимости». Кроме того, следует определить разницу между прилагательными «дополнительный» и «иной».

Далее в целях определения свободы усмотрения национального законодателя Большая коллегия Суда пришла к выводу, что «буквальное уяснение нормы пункта 3 статьи 74 Договора позволяет сделать вывод, что данная норма наделяет государства-члены компетенцией устанавливать нормы-запреты, а не нормы-дозволения».

Затем Суд сформулировал позицию: «Нормой пункта 3 статьи 74 Договора государствам-членам предоставляется право дополнить в своем национальном законодательстве перечень запретов, а также требований и ограничений в отношении запретов, предусмотренных статьями 75–76 Договора.

Договор не содержит положений, позволяющих установить в нормах законодательства государств-членов иные критерии допустимости «вертикальных» соглашений».

Два указанных вывода позволили Большой коллегии Суда сформулировать правило «о том, что **взаимосвязанное прочтение статьи 4, статей 74–76 Договора, раздела II Протокола не предусматривает право государств – членов Союза изменять установленные критерии допустимости «вертикальных» соглашений».**

Таким образом, Суд ЕАЭС рекомендовал правило поведения по конкретному вопросу, соответствующее статутной норме права Союза.

Для выработки такого правила Суду не потребовалось познавать действие нормы во времени и пространстве, достаточно оказалось юридико-грамматического уяснения текста Договора.

При динамическом (активном, широком и пр. – определений также множество) толковании к статике добавляется изучение судом результата действия нормы права не только в прошлом, но и на будущее время. Прочтение на будущее время предполагает уяснение правила таким образом, чтобы конкретизировать его применительно к новым обстоятельствам, которые отсутствовали в момент создания нормы, и, следовательно, дополнить правилом, рассчитанным на эти обстоятельства.

Именно толкование на будущее вызывает наиболее яростное отрицание права судебной власти на собственную правовую позицию, а если прямо – то жесткое неприятие самостоятельных властных полномочий независимого и неангажированного суда, контролирующего другие органы власти.

Однако именно эта функция международного суда оказывается наиболее востребованной в момент появления новых научно-технических решений или создания новых организационных структур для таких решений.

К примеру, у ЕСПЧ сегодня наиболее резонансные дела получили название «дела по биоэтике» и относятся к толкованию статьи 2 ЕКПЧ (право на жизнь): суду приходится решать вопросы права на жизнь, связанные с действием биотехнологий – экстракорпоральное зачатие, суррогатное материнство, трансгендерное изменение, эвтаназия и другие. Все эти вопросы решаются путем толкования международных норм, созданных в 1947 году, и у ЕСПЧ просто нет иного способа толкования таких норм, кроме динамического.

У Суда ЕАЭС более короткая история, следовательно, и статутные нормы более современные, но структура Союза развивается достаточно быстро, правовая база стремительно усложняется, что приводит к такому столкновению и конфликту правовых предписаний, которое требует динамического толкования и в условиях развития евразийской интеграции.

При динамическом толковании суд не может обойтись грамматическими, логическими, юридико-техническими приемами: для разрешения правового конфликта приходится привлекать нормы более высокого порядка – императивные и сверхимперативные положения принципов международного права – костяк правовой системы, выработанной веками, признанной всеми или почти всеми государствами – членами международного сообщества (статья 57 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года). Принципы права служат основой создания правовой позиции, корректирующей норму права с учетом новых общественных обстоятельств, сложившихся после появления нормы. Иными словами, динамическое толкование также не беспредельно, оно ограничено действующими нормами *jus cogens*, прибегать к которым Суду ЕАЭС позволяет пункт 50 Статута Суда. Следует отметить, что императивные положения международного права обнаружить непросто: они могут содержаться в различных актах международного характера.

В силу того обстоятельства, что первые примеры статического толкования приведены из консультативного заключения, при характеристике динамического толкования вновь обратимся к этой категории актов суда – консультативному заключению от 3 июня 2016 года по запросу сотрудников ЕАЭС, права которых оказались нарушены недобросовестным, с точки зрения заявителей, поведением их руководства.

Отметим, что среди актов Суда по форме и содержанию это консультативное заключение стоит несколько особняком, так как в нем впервые были рассмотрены вопросы внутреннего права международной организации, касающиеся положения не коллективных образований, но физических лиц. Здесь для ответа на вопросы заявителей необходимо

было разработать определение понятия «конфликт интересов», что невозможно было сделать, основываясь только на актах права Союза (где оно встречается неоднократно и противоречиво, например, в Положении о ЕЭК и Статуте Суда). Потребовалось обратиться к актам внутреннего права других международных организаций, прежде всего, входящих в систему ООН.

После исследования множества международных актов был сделан вывод: «Суд принимает во внимание данные положения для установления содержания понятия «конфликт интересов». При этом в контексте определения указанного понятия релевантной является, прежде всего, практика международных организаций, регулирующих служебные отношения с международными гражданскими служащими, и лишь затем – законодательство государства пребывания – Российской Федерации.

Таким образом, понятие «конфликт интересов» целесообразно толковать на основании международных договоров, решений международных судов и организаций».

Большая коллегия Суда обратилась к международным актам. В этих документах конфликт интересов связывался с принципом добросовестности (*bona fides*) – древним положением международного права, отрицающим защиту прав и интересов, направленных в том числе на игнорирование интересов или причинение вреда иным лицам – участникам правоотношения. Подобное понимание добросовестного поведения, реконструированного исходя из современных правил международных организаций, позволило Суду дать следующее определение конфликта интересов, которое должно применяться в ЕАЭС с будущим:

«Большая коллегия Суда приходит к выводу, что понятие «конфликт интересов», применительно к аттестационному процессу международных служащих, включает в себя наличие существенных связей (в том числе родственных, протекционистских, дружеских, финансовых и так далее) между лицами, участвующими в таком процессе, которые могут быть расценены с точки зрения стороннего разумного лица как ставящие под сомнение объективность такого процесса. **В таком контексте конфликт интересов возникает в том случае, когда личные интересы участника аттестационного процесса не соотносятся с исполнением его официальных обязанностей».**

Таким образом, правило правовой позиции Суда, направленной на будущее применение, не допускает связи личного интереса и выполнения официальной обязанности. Проверка этих двух элементов – интерес/обязанность – позволит в будущем не допускать конфликта

интересов в международных органах Союза. В то же время однотипные общие нормы приложения № 1 (Положение о ЕЭК) и приложения № 2 (Статут Суда) к Договору не требуют изменения и будут действовать на будущее в той интерпретации, которую дал рассматриваемому понятию Суд, соединив понятия «интерес» и «обязанность».

Оценка юридической силы правовой позиции ложится на тех, кто за этой позицией обратился: возможно, акторы международных отношений не последуют формуле консультативного заключения, выработают свое толкование (позволяет пункт 47 Статута Суда), но это не изменит позиции Суда, который обязан повторить действующую формулу и в юридически обязательном решении с целью создания единообразного правоприменения. По этой причине консультативные (преюдициальные) заключения так востребованы в международных судах: весьма эффективно не доводить конфликт до спора и получить требуемую формулу на первой стадии конфликта при возникновении вопроса.

В Суде ЕАЭС консультативная функция также оказалась крайне востребована. За первые полтора года в Суд поступило три запроса о разъяснении.

Форма консультативных заключений полностью обусловлена содержанием и соответствует его строгой целенаправленности: во всех заключениях Большая коллегия Суда сначала выделяла конкретный вопрос, подлежащий разъяснению, затем устанавливала акты права Союза, на основании которых должен быть разрешен поставленный вопрос, и наконец, толковала данные акты. Причем толкование осуществлялось только в строгом соответствии со статьей 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года, ссылка на которую содержится во всех консультативных заключениях, и лишь в некоторых случаях статичное толкование дополнялось динамичным с активным привлечением широкого круга источников международного права, позволяющим конкретизировать норму применительно к новым элементам общественных отношений.

Поскольку правовые позиции (судебные правила) носят общий характер, Суд ЕАЭС формулирует такие правила и в своих актах обязательного характера. Сошлемся на решение от 21 февраля 2017 года по делу по заявлению Российской Федерации по спору о соблюдении Республикой Беларусь Договора о Евразийском экономическом союзе, статьи 125 Таможенного кодекса Таможенного союза, статей 11 и 17 Соглашения о взаимной административной помощи таможенных органов государств – членов таможенного союза.

С точки зрения формы в решении по заявлению Российской Федерации по спору против Республики Беларусь также, как в

консультативных заключениях Суда, используется многоступенчатый подход – цели, право Союза, буквальное толкование, толкование принципов и, наконец, новое прочтение нормы права. Такое прочтение потребовалось и в связи с тем, что наравне с Калининградской областью Российской Федерации в Союзе появились новые территории, не имеющие общей границы с другими государствами-членами, – территория Республики Армения.

В связи с этим свою главную цель в данном деле Большая коллегия Суда увидела в том, чтобы в соответствии с пунктом 2 Статута Суда установить единообразие практики государств-членов по применению положений Договора, международных договоров в рамках Союза, международных договоров Союза с третьей стороной и решений органов Союза:

«Правовые позиции Истца и Ответчика, содержащиеся в материалах дела и заявленные в ходе судебного разбирательства, показывают, что одним из оснований спора являются различные правовые подходы компетентных органов Истца и Ответчика к пониманию соответствующих положений ТК ТС и Соглашения от 21 мая 2010 года, подлежащие в этой связи разъяснению Большой коллегией Суда».

Для достижения этой цели Суд, так же, как в консультативных заключениях, использовал метод буквального толкования конкретных норм права Союза:

«Исходя из предмета и основания заявления, Большая коллегия Суда считает, что для разрешения спора по существу первоочередному уяснению подлежат соответствующие нормы статей 1, 3, 4 и 25 Договора о Союзе, статьи 125 ТК ТС в контексте положений главы 17 ТК ТС о взаимной административной помощи таможенных органов, находящиеся в причинно-следственной связи с положениями статей 11 и 17 Соглашения от 21 мая 2010 года».

Буквальное толкование (уяснение и разъяснение) указанных норм права Союза позволило Суду сформулировать следующую позицию: **«Решения таможенных органов взаимно признаются в случаях, определенных таможенным законодательством таможенного союза по умолчанию, без оговорок и условий»**. Главное правило сформулировано Большой коллегией Суда в трех строчках и означает прямое действие наднационального права, следствием чего является невозможность пересмотра решений органов одного государства властями другого государства, что допустимо в случае оказания административной помощи в классическом международно-правовом смысле.

В результате буквального толкования норм права Союза с учетом их контекста, а также объекта и целей Суд установил наличие расхождения между точным смыслом истолкованных норм и практикой государства-члена (Республики Беларусь). В соответствии с общими целями деятельности Суда, закрепленными в пункте 2 Статута Суда, именно этот вывод Суд и должен был отразить в резолютивной части решения.

Однако, согласно другой норме Статута Суда (пункт 105), по результатам рассмотрения дела по заявлению государства-члена о соблюдении другим государством-членом Договора, международных договоров в рамках Союза Суд должен вынести решение «об установлении факта соблюдения (или несоблюдения) государством-членом Договора, международных договоров в рамках Союза».

В таком контексте Суд посчитал, что данная норма расходится с положением пункта 2 Статута Суда, так как установление факта нарушения должно влечь за собой наказание нарушителя и предписание возместить причиненный его действиями вред, что не соответствует роли судебного органа в интеграционном объединении.

Обнаружив указанное несоответствие в статутных нормах, Суд, выяснив у представителей заявителя, что их целью является получение единообразного толкования, попытался разрешить возникшее противоречие в резолютивной части решения, где, с одной стороны, полностью удовлетворил требования истца, но, с другой стороны, сделал акцент не на вопросах факта несоблюдения Договора, а на факте неединообразного правоприменения:

«Удовлетворить заявление Российской Федерации в части и установить факт исполнения Республикой Беларусь не в полном объеме положений статей 1, 3, 4, 25 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года об обеспечении свободы движения товаров, функционировании таможенного союза без изъятий и ограничений после окончания переходных периодов, стремлении к формированию единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов в рамках Союза, осуществлении единого таможенного регулирования, статьи 125 Таможенного кодекса Таможенного союза, статей 11 и 17 Соглашения о взаимной административной помощи таможенных органов государств – членов таможенного союза от 21 мая 2010 года».

Таким образом, динамичное толкование позволило Суду найти формулу, наиболее точно отвечающую особенностям рассмотрения споров с участием суверенных государств с целью установления единообразия правоприменения. В регламентных нормах права Союза такое правило в настоящее время отсутствует, как и отсутствует

регламентация особенностей рассмотрения споров суверенных образований.

3. От судебной правовой позиции к судебной практике (прецеденту)

Следует отличать прецедент как понятие, употребляемое в общем праве и относящееся к повторяющимся фактам в однотипных спорах, от прецедента как повторяющейся правовой позиции в судебной практике, применяемой в странах континентального права.

Применительно к решениям Суда ЕАЭС Верховный Суд РФ создал механизм связки наднационального и национального правосудия через постановление Пленума Верховного Суда. Общеизвестно, что именно постановления Пленума вводят правовые позиции Верховного Суда в ткань судебных актов.

Так, пункт 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 12 мая 2016 года № 18 «О некоторых вопросах применения судами таможенного законодательства» гласит, что толкование Судом ЕАЭС норм таможенного права для судов РФ обязательно. Следствием такого подхода является то, что единообразие в рамках судебной системы РФ достигается путем коллизионной отсылки к правовым позициям наднационального органа – Суда ЕАЭС. Именно по такому пути пошло развитие взаимосвязи Суда ЕАЭС и национальных судов.

При подготовке настоящего исследования повторение позиций Суда ЕАЭС найдено по меньшей мере в четырех актах национальных судебных органов. Это подтверждает, что введение позиции Суда ЕАЭС в судебную практику государств-членов через акт Верховного Суда оказалось современным способом установления единообразного применения норм права ЕАЭС.

Таким образом, первоочередное значение для утверждения правовой позиции в судебной практике приобретает ее поддержка национальными судами. Однако не менее важно и отношение самого Суда ЕАЭС к своим правилам.

Следуя цели единообразного толкования, Суд ЕАЭС также повторяет свои принципиальные правовые позиции от дела к делу. Например, позиция о двух элементах установления нарушенных прав, сформулированная в деле ЗАО «Дженерал Фрейт», нашла свое подтверждение в актах по заявлениям ПАО «АрселорМиттал Кривой Рог» от 1 ноября 2016 года, ТП «Руста-Брокер» от 8 ноября 2016 года, ООО «Ремдизель» от 20 января 2016 года.

Таким образом, судебная правовая позиция, сформулированная в виде четкого правила, может повторяться в судебных актах национальных судов государств – членов Союза и в судебных актах

международного Суда, впервые сформулировавшего такое правило. Неоднократное применение судами одной и той же формулы свидетельствует о сложившейся судебной практике – прецеденте Суда ЕАЭС.

Прецедентная правовая позиция Суда ЕАЭС, созданная в конкретном деле, достаточно долго действует как норма обычного права. Обычай создается практикой государственных органов, в том числе и практикой судов – государственных и международных. Общеизвестно, что статутные нормы законов и договоров являются более поздним правовым феноменом по сравнению с судебным обычаем – юридически обязательным правилом, сформулированным судьями (*usage*) и поддержанным государствами в лице их органов (*opinio juris*).

Таким образом, *usage* содержится в первоначальной правовой позиции Суда ЕАЭС, *opinio juris* появляется двояким способом: через практику повторения этого правила в других актах государств-членов и через изменение статутной нормы права Союза регулирующими органами. Для Суда ЕАЭС оба способа равнозначны. Эффективная формула правовой позиции, выработанная при рассмотрении правового конфликта, в равной степени работает на единообразное правоприменение и при изменении правоприменительной практики, и при изменении статутной нормы. При этом Суд, не решая задач изменения норм права, становится инициатором такого процесса: его правовая позиция со временем может стать правовой нормой в форме обычной или статутной нормы международного права.

Излишне подчеркивать, что каждая правовая форма может содержать и принципиальные положения – императивные и сверхимперативные нормы: из судебной практики возникли принципы правовой определенности, верховенства права, процессуальной экономии и другие. Заметим, что в становлении императивного характера этих норм главную роль играла настойчивость суда, повторяющего эти позиции в качестве приоритетных (верховных, принципиальных и т.д. – определения различны). Другое дело, что сверхимперативный характер этих норм зависит уже не от судов, их формулирующих, но от акторов международного сообщества, в первую очередь, суверенных государств.

Таким образом, создание правила в виде правовой позиции судом – нормальный и естественный процесс в международном правотворчестве. Правовая позиция может существовать как формула, которая первоначально обязательна/рекомендательна для сторон правового конфликта, а по мере ее повторения в судебной практике

(прецедентно) становится судебным обычаем, приобретающим юридическую обязательность для неопределенного круга лиц.

Историческое постоянство существования судебных обычаев свидетельствует о том, что формулирование правил – генетическое свойство судебной власти, имеющей свою форму влияния на развитие права, которое гораздо сложнее и разнообразнее, чем формулирование единственно статутных норм. Международное право известно сосуществованием двух равноправных форм – обычая и договора (статута), – а также множества неравноправных норм – императивных, диспозитивных, рекомендательных (мягких) и т.д. Подобная множественность и порождает сложности правоприменения и правопонимания.

Зачастую упрощенный взгляд на международное право как систему единственно статутных норм и приводит к тому, что отрицается как способность суда создавать правовые позиции – правила, так и власть суда влиять на развитие права. Подмена понятия «право» на понятие «норма» в конечном итоге приводит к отрицанию властных полномочий суда.

В действительности Суд не создает норму, но формулирует правило (позицию), которое в будущем через прецедентную практику становится обычной нормой или через регулирующую практику, прогрессивно развиваясь, оформляется в статутную норму.

4. И при чем тут «особые мнения»?

Завершить настоящее исследование о первых этапах работы Суда ЕАЭС необходимо вопросом об особых мнениях судей, несогласных с формулой судебной правовой позиции.

В правовой литературе неоднократно высказывалась позиция о «бесполезности» или «зловредности» особых мнений судей, поэтому представляется необходимым подчеркнуть их определяющую значимость для практики становления права ЕАЭС исходя из следующих оснований.

Во-первых, ЕАЭС имеет очень сложную политико-ментальную основу. Союз объединил государства с различной религиозно-традиционалистской ментальностью: христианско-европейской и мусульманско-азиатской. Иными словами, объединены государства и народы Запада и Востока («им не сойтись никогда», – заметил Киплинг). Суду предстоит доказать возможность появления единства и в этом вопросе.

Во-вторых, ЕАЭС объединил государства различного историко-экономического потенциала, ибо протяженность истории становления и

глубина развития экономики государств-учредителей значительно различаются.

В-третьих, коллективный орган всегда отличается интеллектуальным разнообразием, так как в нем представлены индивиды разных психотипов, характеров, волевых свойств, имеющие различный опыт и объем знаний.

Общеизвестно из практики иных международных судов, что эти формулы особых мнений входили в доктрину, затем в обычные нормы, а впоследствии и в статутное право: например, формулы «свободы движения» товаров, «контрлимитов» в соотношении права ЕС и государств-членов, «чистых рук», СМИ как «сторожевой собаки» впервые излагались в особых мнениях международных судей, ибо эти судебные акты имеют свободную форму. Все эти словесные формулировки особых мнений международных судей первоначально вошли в доктрину международного права, равно как впоследствии в более строгих выражениях нашли отражение в судебных решениях, консультативных заключениях, а затем и в нормах современных международных договоров.

В-четвертых, институт особого мнения соответствует самой идее международного суда, где судьи независимы и формально равны.

И, наконец, что на наш взгляд исключительно важно, особые мнения имеют правообразующее значение в случаях, когда Суд, имея возможность дать динамичное толкование, останавливается по разным причинам на статичном прочтении нормы.

В этом случае возможны два варианта действия особых мнений.

Во-первых, мнение судьи, направленное на развитие правового регулирования в будущем, содержит, как правило, мотивировку в согласии с общей правовой позицией (*concurring opinion*), но включающую иную, как правило, более широкую, ее формулу.

Само по себе правило судебной правовой позиции еще не является статутной или обычной нормой, поэтому у регулирующего органа, обязанного во исполнение решений суда изменить действующую норму, появляется возможность учесть как формулу судебного акта, так и формулу особого мнения. Так, с учетом позиции (формулы), изложенной в особом мнении по делу по заявлению Министерства экономики и бюджетного планирования Республики Казахстан о разъяснении положений Соглашения о государственных (муниципальных) закупках от 9 декабря 2010 года была отредактирована статья 88 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года, содержащая правило о неучастии центральных банков в государственных закупках.

Во-вторых, особые мнения могут содержать мотивировку несогласия с мнением большинства (*dissenting opinion*). В Суде ЕАЭС такие особые мнения появились в спорах, когда большинство судей поддерживало решение регулирующего органа.

Таким образом, особые мнения имеют существенное значение в развитии права ЕАЭС, оправданы как с точки зрения поддержания принципов независимости и равенства судей наднационального органа, так и согласно целям развития правового регулирования в интеграционном образовании.