

Нешатаева Т.Н.

Действие актов международного суда в национальных правовых системах: на примере актов Суда ЕАЭС

1. Формирование судебной позиции при нормоконтроле

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

Таким образом, Суд в результате своей деятельности вырабатывает 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.

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 международного суда. Иными словами, суд создает стандарт, шаблон применения конкретной нормы права.

Прецедентная правовая позиция Суда ЕАЭС, созданная в конкретном деле, первоначально действует как обычное правило. 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 международного суда, *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 международного суда 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.

Однако суд может оказаться и застрельщиком обратного процесса: заложив негативный прецедент по недопущению совершенствования правового регулирования. В некоторых ситуациях, особенно применительно к процессу, суд оказывается заложником подхода, препятствующего развитию права. Здесь следует согласиться с мнением А.Я. Капустина, что «Судебное толкование международно-правовых норм имеет огромное преимущество перед любым иным толкованием – это процесс профессиональной кристаллизации понимания содержания нормы международного права, выраженный в ее применении к конкретной ситуации. Это изложение нормы на высочайшем профессиональном уровне. Но в то же время судебное толкование имеет и существенный недостаток – оно в высшей степени субъективно, так как производится людьми, имеющими различные взгляды, подходы и профессиональные стереотипы».

К созданию негативного прецедента, например, может привести практика судебного органа, консолидировано практикующего «legal purism» (то есть признание приоритета формальных процедур над существом спорного правоотношения), или последовательное отрицание судом стандарта защиты «слабой» стороны в процессах с участием властных органов, и многое другое.

Общеизвестно, что преодоление подобных явлений во многом зависит от личностных качеств судей, от того, насколько они соответствуют основополагающему принципу, сформулированному в документах Консультативного совета европейских судей (КСЕС): «судья при осуществлении своих обязанностей не является чьим-нибудь наемным работником; судья замещает государственную должность. Таким образом, судья служит только закону (праву), несет ответственность только перед законом (правом)». Является аксиомой, что судья в своей деятельности не действует по приказу третьих лиц внутри или вне суда. Особо актуально данное положение для международных судов, в которых возможности сговора, психологическое и иное давление большинства на одного судью (моббинг – уголовное преступление по законодательству современных государств), привлечение сторонних сил (научных кругов, силовых ведомств и т.д.) для оказания давления на самостоятельного судью значительно опаснее, так как международный судья находится вне своего профессионального сообщества, остается без его защиты.

Акты суда, сформированные при наличии подобных явлений, как правило, закладывают негативную судебную позицию.

Как правило, в таких случаях единственным способом выявления негативного прецедента становится институт особых мнений. Как пишет А.Я. Капустин, «недаром, например, в своих особых или несовпадающих мнениях судьи Международного суда ООН предлагают иные решения проблемы и толкования фактов или права, в результате чего некоторые решения и заключения международных судов подвергаются критике со стороны ученых и практикующих специалистов».

Безусловно, ученые могут так же критично воспринимать и особые мнения, упуская из виду, что любое из них может послужить как развитию правового регулирования, так и преодолению негативного прецедента в практике суда.

Полагаю, ситуация усугубляется тем, что в настоящее время основной функцией международных судов является не функция арбитра по разрешению спора, но функция толкователя с целью единообразного правоприменения единых стандартов всеми акторами международного правоотношения.

Необходимость толкования норм международного права диктуется, прежде всего, тем обстоятельством, что эти нормы носят чрезвычайно компромиссный характер, обусловленный методом их создания – согласованием воли участников переговорного процесса – представителей государств. Согласованная норма, как правило, содержит обтекаемые, размытые, мягкие, но устраивающие всех переговорщиков формулировки. При этом многие из создателей таких формул видят в них совершенно различный смысл. Правоприменительные органы, в свою очередь, отталкиваясь от видения «своих» переговорщиков, вполне способны усугубить такое различие, неединообразие толкования. Неединообразное понимание впоследствии приводит к неединообразному применению нормы. Как следствие, международная договоренность не работает. Осложняют ситуацию и лингвистические проблемы: одно понятие в разных языках может иметь различное, а порой и противоположное значение. Иными словами, притча о вавилонской башне приобретает вполне реальный смысл. Единственным решением таких проблем становится толкование нормы компетентными, уважаемыми международными органами, к которым относят и суды.

Как указывает Ю. Шани, «увеличение количества международных судов и расширение их юрисдикции, в первую очередь, следует понимать как изменение характера деятельности международных судов. Международные суды отходят от основной обязанности по разрешению споров, чтобы преследовать другие цели, такие как международный нормоконтроль и поддержание международных соглашений о

совместной деятельности (изменение, которое совпадает с более общим сдвигом в международном праве от права сосуществования к праву сотрудничества). Таким образом, хотя новая судебная система, по-видимому, представляет собой новые уровни институциональной эффективности, ее появление частично объясняется перекалибровкой целей и радиуса действия международных судебных органов».

Особо необходимо подчеркнуть, что спор о том, что такое судья, суд и что такое толкование – это спор древний и непрекращающийся. Признавая, что международное право сегодня создается практикой, не признавать того, что в ней большую роль играет судебное толкование, просто невозможно. Судьи обычно занимаются буквальным толкованием, а толкование – это уяснение и разъяснение, и в таком контексте у судьи нет другой роли: разъяснение не может существовать без уяснения, а толкование без уяснения и разъяснения. Особенностью международного толкования является то, что разъяснению подлежат нормы, созданные порой в далеком прошлом. Например, Европейская конвенция 1947 года сегодня применяется к совершенно новым ситуациям, возникшим в сфере биоэтики. Иными словами, «старая» норма применяется к новым общественным отношениям.

В такой ситуации судья все равно будет вынужден что-то придумать для приспособления старой нормы к новым условиям. В этом случае судьи используют эволютивное толкование. Такой метод используется нечасто, но именно он способствует развитию международного права.

Параллельно в настоящее время при судебном толковании возникает тема прав человека: обеспечивают ли они глобальную защиту человека, личности во всех сферах или защита прав человека – специальная тема, которую можно не замечать, когда рассматривается, например, морской или экономический спор. Учитывая, что коллективные образования – юридические лица, государства, интеграционные объединения – это фикции, на самом деле в природе существуют только люди, которые и объединяются в организационные структуры, с точки зрения философии права не обращать внимание при разрешении спора на естественные права человека в современном суде невозможно. Представляется, что столкновение концепций естественного и позитивного права в практической плоскости получило признание в виде приоритета естественных прав человека при разрешении судебных споров.

При этом судебное толкование, являясь сердцевиной действия права, должно оставаться юридическим, правовым по своему смыслу, не позволяя экономическому, политическому, психологическому

аспектам, присутствующим в любом правоотношении, исказить правовой смысл действующих правил.

Судебное толкование, выявляющее правовой смысл действующего права, функционально соединяет все составляющие естественного и позитивного права применительно к спорному правоотношению. С точки зрения юридической техники такой функциональный анализ выглядит достаточно просто: в общем виде естественные права закрепляются в принципах международного права (нормах *jus cogens*) и применяются приоритетно, в то время как позитивные правила содержатся в обычных и договорных нормах, применимых к конкретному правоотношению. Однако, учитывая, что естественные принципы права выкристаллизовались исключительно практическим (обычным) путем, выявление этих норм применительно, например, к интеграционному праву является очень трудоемким процессом и труднодостижимым результатом для любого международного суда. При этом многие сложности связаны именно с политической и психологической составляющими в деятельности международных судей, к которым относятся зависимость от властей направившего их государства, нежелание принимать концепцию естественных прав как краеугольный камень любого правового регулирования, упрощение взгляда на международное право с ментальных позиций национального судьи и т.д.

Как пишут А.-М. Берли и В. Маттли, «сила функционального подхода как инкубатора интеграции зависит от относительного сопротивления этого подхода политизации. Здесь, однако, обнаруживается парадокс, который проливает иной свет на предполагаемую наивность «легалистов». Как минимум предел обособления, необходимый для продвижения интеграции, требует, чтобы сами судьи занимались правом, а не политикой. Таким образом, их политическая свобода действий зависит от минимальной степени преданности как материальному праву, так и методологическим ограничениям, налагаемым правовой аргументацией. Одним словом, непреклонное следование правовым реалиям, в отличие от политических реалий, на самом деле может стать мощным политическим инструментом». Следует лишь добавить, что суд, избежавший подобной политизации и функционально толкующий нормы международного права – естественные и позитивные – в единстве, способен создать позицию, влияющую на правовое регулирование в конкретном интеграционном объединении.

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 (из решений) / рекомендательна (из заключений и особых мнений) для сторон правового конфликта, а по мере ее повторения в судебной практике (прецедентно) становится судебным обычаем, приобретающим юридическую обязательность для неопределенного круга лиц.

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

2. Взаимовлияние правовых позиций международных судов

Следует отметить, что влияние судебной позиции на развитие современного права необязательно напрямую проходит через появление полноценной нормы (*usage – opinio juris*), созданной уполномоченными органами государств – членом международного сообщества.

Значительную роль в этом процессе могут сыграть решения иных международных судов, подхвативших правовую позицию суда, впервые сформулировавшего то или иное правило.

Показательно в этом смысле правило о юрисдикции, сформулированное Международным судом ООН и затем неоднократно использованное в решениях ЕСПЧ.

2.1. Влияние на судебную практику: понятие юрисдикции в МС ООН и ЕСПЧ

В решении Международного суда ООН от 27 июня 1986 года по делу о военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против США; пункты 113-115) Суд исследовал вопрос о степени контроля США над контрас, чтобы определить ответственны ли США за их действия – убийства, похищения мирных граждан и т.д.

Суд отметил, что даже если участие США в финансировании, организации, обучении, снабжении и снаряжении контрас, выборе их военных или полувоенных целей, планировании всех их операций было преобладающим или решающим, этого все еще недостаточно, чтобы вменить США действия контрас во время их операций в Никарагуа, так как не доказывает, что США руководили или принуждали их совершать противоправные действия. Для привлечения США к ответственности необходимо доказать, что это государство осуществляло эффективный контроль над военными и полувоенными операциями, в рамках которых были совершены указанные нарушения.

То есть присутствие «эффективного контроля» в понимании МС ООН может быть установлено либо при наличии прямого приказа на

совершение противоправных действий, либо при наличии принуждения к их совершению.

Таким образом, суд связал понятие юрисдикции не только с понятием территории, как это было принято ранее, но и с понятием эффективного контроля, вполне релевантным для международного права с давних времен. Иными словами, с этого решения понятие юрисдикции в международном праве приобрело экстерриториальный характер.

В свою очередь, Европейский суд по правам человека рассмотрел понятие «юрисдикция» в постановлении от 23 марта 1995 года по делу Луизиду против Турции (пункт 62). Суд указал, что ответственность Стороны также может наступить, если вследствие военной операции – законной или незаконной, – она осуществляет эффективный контроль за пределами своей национальной территории. Обязанность обеспечить соблюдение прав и свобод, закрепленных в Конвенции, на этой территории следует из факта такого контроля, независимо от того, осуществляется ли он прямо, с помощью вооруженных сил, или через подчиненную местную администрацию.

Впоследствии названная правовая позиция повторялась в деле Банкович и другие против стран НАТО, в деле Илашку и другие против Молдовы и России.

В постановлении по делу Илашку от 8 июля 2004 (пункты 310-321) Суд отметил, что для определения ответственности государства за определенные действия ключевым является понятие «осуществления юрисдикции». Юрисдикция понимается как, в первую очередь, территориальное правомочие государства, и предполагается, что юрисдикция обычно осуществляется на всей территории государства. Эта презумпция может быть ограничена в исключительных обстоятельствах, особенно в тех случаях, когда государству не дают возможность применять свою власть на части своей территории, что может происходить в результате военной оккупации вооруженными силами другого государства, которые реально контролируют занятую территорию.

Суд подчеркивает превосходство территориального принципа в применении Конвенции, но признает, что понятие «юрисдикция» необязательно ограничивается национальной территорией государства; в исключительных обстоятельствах действия государств осуществлялись вне их территории и приводили к результатам, которые могут расцениваться как осуществление ими их юрисдикции. В таких случаях государство может быть привлечено к международно-правовой ответственности при неисполнении обязанности защищать на этой территории права и свободы человека.

2.2. Понятия верховенства права и правовой определенности в решениях Суда ЕС и ЕСПЧ.

Правовые позиции относительно понятия «юрисдикция» в международно-правовом смысле, существующие в судебных решениях в настоящее время, свидетельствуют о постепенном формировании нормы-определения, входящей в международное право обычным путем. При этом устойчивое *opinio juris* у такой нормы еще отсутствует, о чем свидетельствуют многочисленные возражения государств и критические высказывания в научных работах.

Иная судьба у норм о верховенстве права и правовой определенности. Данные нормы также формировались первоначально в виде правовых позиций судебных решений.

В практике Суда ЕС принцип правовой определенности впервые появился в решении по объединенному делу 42/59 и 49/59 *SNUPAT v High Authority* [1961] ECR 109, где указано, что он тесно связан с принципом законности.

В решении от 10 марта 2009 года по делу C-345/06 *Heinrich* (пункт 44) содержание данного принципа описано следующим образом: «Нормы права Сообщества позволяют заинтересованным лицам точно понять объем налагаемых на них обязанностей. Частные лица должны быть в состоянии точно установить, каковы их права и обязанности, и предпринять соответствующие действия».

В решении Суда ЕС от 29 апреля 2004 года по объединенному делу C-487/01 и C-7/02 (пункт 57) он определен как один из принципов права ЕС: «Принципы защиты законных ожиданий и правовой определенности составляют часть правопорядка Сообщества. Следовательно, они должны соблюдаться органами Сообщества (дело 74/74 *CNTA v Commission* [1975] ECR 533), но также и государствами-членами при осуществлении полномочий, переданных им директивами Сообщества (*Belgocodex*, пункт 26; *Schlossstrasse*, пункт 44; и дело C-62/00 *Marks & Spencer* [2002] ECR I-6325, пункт 44)». В других решениях выделяются различные его последствия в зависимости от существа дела.

Суд ЕС, позиционирующий себя как орган нормотворческой направленности, нацеленный на создание собственной правовой системы, с самого начала вольно обращался с формулировками, традиционно применяемыми доктриной к источникам и нормам международного права: норма *jus cogens* в международном праве равняется принципу права. Понятие «принцип» в истолковании Суда ЕС не обладает признаками когентности (*jus cogens* – императивность признается всеми на практике). Принцип европейского права создается не практикой, но судом как императивная, системообразующая норма

для интеграционного сообщества, являющаяся критерием действительности для иных норм. Тем не менее такой подход суда оказался очень современен и эффективен: достаточно быстро данная норма в редакции судебной позиции получила закрепление в писаном праве (см. Декларацию касательно верховенства права, являющуюся приложением к заключительному акту межправительственной конференции, утвердившей Лиссабонский договор), а затем неоднократно повторялась, развивалась в решениях иных судов.

Пример ЕС свидетельствует, что развитие международного права за счет решений международных интеграционных судов происходит значительно быстрее и, возможно, эффективнее, чем при традиционных – договорном и обычном – практических способах создания норм международного права.

В свою очередь, другой европейский суд – суд Совета Европы – ЕСПЧ, развивая названный принцип, уточнил его во многих решениях применительно к процессуальным вопросам.

Так, в постановлении от 28 октября 1999 года по делу «Брумареску против Румынии» Суд указал (пункт 61): «Право на справедливое разбирательство дела судом, гарантируемое пунктом 1 Статьи 6 Конвенции, должно толковаться в свете Преамбулы Конвенции, которая провозглашает, среди прочего, верховенство права как часть общего наследия Договаривающихся Государств. Одним из основных аспектов верховенства права является принцип правовой определенности, который требует *inter alia*, чтобы при окончательном разрешении дела судами их постановления не вызывали сомнения».

В постановлении от 24 июля 2003 года по делу «Рябых против РФ» (жалоба № 52854/99) Европейский суд напомнил, что «право на судебное разбирательство, гарантированное пунктом 1 Статьи 6 Конвенции, должно толковаться в свете Преамбулы к Конвенции, в которой, в соответствующей ее части, и верховенство права признается частью общего наследия Договаривающихся Государств. Одним из основополагающих аспектов верховенства права является принцип правовой определенности, который, среди прочего, требует, чтобы принятое судами окончательное решения не могло бы быть оспорено» (пункт 51).

Впоследствии норма о правовой определенности неоднократно применялась и в решениях национальных судов государств, входящих в Европейский союз и Совет Европы.

3. Практика Суда ЕАЭС

Выбор вышеприведенных примеров в контексте настоящего исследования исключительно субъективен, ибо связан с теми

вопросами, которые возникали в недалеком прошлом в практике Суда ЕврАзЭС/ЕАЭС. Евразийский суд, разрешая поступавшие к нему спорные ситуации, исследовал те подходы и аргументацию, которые использовали иные международные суды, так как его статус никогда не существовал в отрыве от общего международного права (см. пункт 50 Статута Суда), а интеграционная группировка – Евразийский экономический союз – возникла как субъект международного права (пункт 2 статьи 1 Договора).

За шесть лет существования Суда к настоящему времени решения, консультативные заключения, особые мнения судей достаточно серьезно вошли как в право Союза, так и в национальные правовые системы. Происходит это настолько своеобразным способом, что полагаю возможным сделать предварительные выводы о действии актов Суда в правовых системах.

3.1. Прежде всего, следует сказать о судебных решениях обязательного характера. Согласно Статуту Суда решения последнего по спорам носят обязательный характер (пункты 99 и 100 Статута Суда) и подлежат исполнению в срок, не превышающий 60 дней с даты их вступления в силу (пункты 111 и 113 Статута Суда). При несоблюдении этого правила Суд может направить вопрос об исполнении решения в Высший Евразийский экономический совет (пункт 115 Статута Суда).

При этом главной целью Суда является создание единообразной практики за счет формулирования точной, определенной, единой правовой позиции (пункт 2 Статута Суда).

Следуя этой цели, Суд сформулировал определенное количество правовых позиций – правил, но для данного исследования имеет смысл обратить внимание на последние из них.

Так, в решении от 21 февраля 2017 года Суд, разрешая непростой межгосударственный спор, прежде всего, решал задачу единообразного толкования нескольких международных актов. Правоприменительные органы двух государств по-разному понимали вопросы правовой помощи при признании иностранных документов – решений. Согласно позиции Суда вопрос был прояснен следующим образом:

1) решения органов Союза – властно-распорядительные акты государственных органов с записью «товары ЕАЭС», формализованные в виде проставления печати, штампа, подписи.

2) Такие документы должны признаваться всеми органами Союза по умолчанию и без изъятий.

Достаточно сказать, что сразу после вступления решения в силу проблема была ликвидирована в практике таможенных органов. Затем нормотворческий орган Союза – Евразийская экономическая комиссия – выпустила решение от 7 ноября 2017 года № 139 (имеющее

обязательную силу), в котором определила, что к решениям ЕАЭС относятся (подпункт а) пункта 1):

коносамент, накладная, документ, подтверждающий заключение договора транспортной экспедиции, счет-фактура (инвойс), спецификация, отгрузочный (упаковочный) лист или иные транспортные (перевозочные), коммерческие документы, в которые внесена запись «Товары Евразийского экономического союза», заверенная отправителем или декларантом.

Таким образом, в позитивной норме права нашла отражение и была прогрессивно развита правовая позиция решения Суда от 21 февраля 2017 года.

Но в деле по спору Российской Федерации и Республики Беларусь была еще одна особенность: вопросы, которые не были исследованы в решении, были подняты в особых мнениях судей. Так, в двух особых мнениях по этому делу был поставлен вопрос о юрисдикции, конкретнее – об особенностях регулирования экономических правоотношений с территориями-анклавами (не имеют общей границы с таможенным союзом), в том числе, территориями свободных экономических зон. Именно легализация документов на товары, происходящие с этих территорий, вызывала особые сложности, обусловленные их выпадением из территориальной юрисдикции, на что и указывалось в особых мнениях. Правотворческий орган учел отмеченную особенность.

В названном решении ЕЭК вопрос о товарах из иных территорий также нашел отражение в подпункте б), где указано, что к решениям-декларациям относятся:

декларация на товары, в соответствии с которой товары были выпущены в государстве – члене Союза в соответствии с таможенной процедурой выпуска для внутреннего потребления или таможенной процедурой реимпорта, транзитная декларация, подтверждающая ввоз товаров Союза на территорию свободной (специальной, особой) экономической зоны в соответствии с таможенной процедурой таможенного транзита, иные документы, используемые в соответствии с законодательством государств – членов Союза для подтверждения статуса товаров Союза в значении подпункта 47 пункта 1 статьи 2 Кодекса, – в случае перевозки товаров с одной части таможенной территории Союза, являющейся территорией свободной (специальной, особой) экономической зоны, указанной в пункте 1 статьи 455 Кодекса, на другую часть таможенной территории Союза через территории государств, не являющихся членами Союза, и (или) морем.

Таким образом, в решении ЕЭК, вступившем в силу по истечении 30 календарных дней с даты опубликования, правовые позиции,

сформулированные в решениях Суда и в особых мнениях, учтены регулирующим органом и включены в наднациональное право Союза.

3.2. Совершенно иным порядком могут вводиться в действующее право позиции, сформулированные в консультативных заключениях. В этих случаях изменению подлежат национальные правовые акты, в первую очередь, законы.

Например, Республика Беларусь обратилась в Суд с запросом о возможности установления в национальном праве иного дозволения в норме закона, чем то, которое содержится в Договоре о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года.

В своем консультативном заключении Суд ЕАЭС пришел к иному выводу и сформулировал правило о том, что такое прочтение нормы невозможно, так как Договор дает дискрецию законодателю только в сфере установления запретов, но не дозволений. Вслед за консультативным заключением Суда ЕАЭС от 4 апреля 2017 года был составлен проект, предусматривающий внесение изменений в национальный закон парламентом Республики Беларусь, а затем Конституционный суд Республики Беларусь в решении от 28 декабря 2017 года № Р-1117/2017 (без ссылки на решение Суда ЕАЭС) подтвердил его правомерность следующим образом:

«С учетом положений пункта 7 статьи 76 Договора о ЕАЭС из сферы действия Закона о противодействии монополистической деятельности исключаются отношения, урегулированные общими правилами конкуренции на трансграничных рынках, контроль за соблюдением которых относится к компетенции Евразийской экономической комиссии в соответствии с международным договором Республики Беларусь; критерии отнесения рынка к трансграничному устанавливаются в соответствии с международным договором Республики Беларусь (пункт 6 статьи 3).

В силу подпункта 2.2 пункта 2 статьи 22 Закона о противодействии монополистической деятельности допускаются вертикальные соглашения, если доля каждого хозяйствующего субъекта, являющегося участником вертикального соглашения, на товарном рынке товара, являющегося предметом вертикального соглашения, не превышает 20 процентов. Увеличение размера процентов с 15 до 20 обусловлено необходимостью согласования данной нормы с подпунктом 2 пункта 6 раздела II Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору о ЕАЭС)».

Кстати, именно к консультативному заключению от 4 апреля 2017 года было приложено особое мнение судьи о том, что предварительный контроль актов государств-членов должны производить национальные

органы власти государств. В конечном итоге так и получилось: использовав интерпретацию Суда ЕАЭС, невозможность отступления от нормы Договора подтвердил Конституционный суд Республики Беларусь. Как не вспомнить народную мудрость: «неважно, какого цвета кошка, лишь бы мышей ловила» – прочтение права Союза получило твердую двойную точность.

Столь же своеобразно действуют акты Союза и в национальных судебных системах. Прежде всего, следует вспомнить Постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 12 мая 2016 года № 18 «О некоторых вопросах применения судами таможенного законодательства», где в пункте 3 указано:

«Решения и распоряжения постоянно действующего регулирующего органа Союза – Евразийской экономической комиссии, принятые в рамках ее полномочий, признаются актами, регулирующими таможенные правоотношения в Российской Федерации как государстве – участнике Союза, на основании статей 6 и 32 Договора.

Применяя соответствующие нормы права Союза, принятые в сфере таможенного регулирования, судам также следует учитывать акты Суда Евразийского экономического союза, вынесенные в соответствии с пунктом 39 Статута Суда по результатам рассмотрения споров, связанных с реализацией положений Договора, иных международных договоров в рамках Союза и (или) решений органов Союза».

Исполняя это правило Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации, российские суды широко применяют правовые позиции Суда ЕАЭС. Достаточно сказать, что на решения Суда ЕАЭС только в последнее время есть ссылки в 12 решениях арбитражных судов округов и арбитражных апелляционных судов. Во всех случаях российские суды ссылаются на аргументацию Суда ЕАЭС в решениях по заявлениям хозяйствующих субъектов, касающимся таможенных вопросов: решении от 4 апреля 2016 года (дело ЗАО «Дженерал Фрейт») и решении от 7 апреля 2016 года (дело ООО «Севлад»).

Приведем несколько примеров.

В постановлении Девятого ААС от 17 января 2017 года № 09АП-63418/2016, 09АП-63419/2016, 09АП-63420/2016 сказано:

«В свою очередь, в решении Суда Евразийского экономического союза от 04.04.2016 отмечается, что основным критерием для классификации в целях таможенного декларирования являются объективные характеристики и свойства товара, соответствующие наименованию конкретной товарной позиции ТН ВЭД. При этом объективным критерием для классификации товара является его

предполагаемое назначение, которое подлежит оценке на основании объективных характеристик и свойств товара».

В свою очередь, в постановлении Одиннадцатого ААС от 18 декабря 2017 года по делу № А72-20/2017 отмечено:

«Основным критерием для классификации товаров в целях таможенного декларирования являются объективные характеристики и свойства товара, соответствующие наименованию конкретной товарной позиции ТН ВЭД. Согласно устоявшейся международной судебной практике объективным критерием для классификации товара является его предполагаемое назначение, которое подлежит оценке на основании объективных характеристик и свойств товара (решения Суда Европейского союза по делам C-183/06 RUMA, абзац 36, C-339/09 Skoma-Lux, абзац 47, C-173/08 Kloosterboer Services BV, абзац 26, решение Суда ЕврАзЭС от 20.05.2014 по делу по заявлениям ООО «Забайкалресурс» и ООО «Ника», Решение Суда Евразийского экономического союза от 04.04.2016 по делу № СЕ-1-2/2-16-КС)».

Постановление Тринадцатого ААС от 20 марта 2017 года № 13АП-1447/2017:

«Согласно решению Суда Евразийского экономического союза от 07.04.2016 в тексте товарной позиции 3808 ТН ВЭД ЕАЭС использована формулировка «и аналогичные им» как свидетельство того, что перечень видов соответствующих товаров не является закрытым. Данный вывод подтверждает и анализ Пояснений к ТН ВЭД ЕАЭС в части, касающейся товарной позиции 3808, которые предусматривают, что в товарную позицию включается ряд продуктов, предназначенных для уничтожения патогенных микробов, насекомых (москитов, моли, колорадских жуков, тараканов и т.д.), мхов и плесени, сорняков, грызунов, диких птиц и т.д. Средства, обладающие бактерицидными и бактериостатическими свойствами, являются дезинфицирующими и аналогичными им средствами, поскольку уничтожение возбудителей заболеваний во внешней среде называется дезинфекцией».

Постановление АС Московского округа от 8 июня 2017 года по делу № А40-159573/16:

«В свою очередь, в решении Суда Евразийского экономического союза от 04.04.2016 отмечается, что основным критерием для классификации в целях таможенного декларирования являются объективные характеристики и свойства товара, соответствующие наименованию конкретной товарной позиции ТН ВЭД. При этом объективным критерием для классификации товара является его предполагаемое назначение, которое подлежит оценке на основании объективных характеристик и свойств товара».

Таким образом, правовые позиции Суда ЕАЭС об объективных характеристиках товара, а также об открытости перечней товаров согласно международному акту в спорах о товарной номенклатуре были Судом ЕАЭС четко определены согласно требованиям правовой определенности, а затем неоднократно поддержаны российскими судебными органами. В такой конструкции можно вести речь об устойчивой единообразной судебной практике (прецеденте). Следовательно, по этим вопросам Суд достиг поставленной цели.

Итак, что мы видим в настоящее время: правовые позиции актов Суда ЕАЭС постепенно входят в ткань национальных правовых систем весьма своеобразными способами, отличными от тех, что приняты в других региональных интеграционных объединениях. В литературе встречается мнение о том, что в таком объединении, как Европейский союз, взаимодействие международной и национальных правовых систем, равно как и процессуальные процедуры, оформлены более эффективно. Не споря с этим утверждением, ибо категория эффективности не является правовой и вряд ли может профессионально мной оцениваться, полагаю, что в ЕАЭС постепенно формируются связи и взаимодействия, отвечающие правосознанию, традициям, представлениям, общим для государств – членов ЕАЭС.

В настоящее время к формам взаимодействия правовых моносистем (международное публичное право) и полисистем (международное частное право и право международных организаций) с национальным правом, традиционно свойственным праву государств – членов ЕАЭС, можно отнести следующие.

Во-первых, генеральную отсылку к решениям Суда в Постановлении Пленума ВС РФ от 12 мая 2016 года № 18 и последующее использование правовых позиций этих решений национальными судами РФ.

Во-вторых, использование правовых позиций консультативного заключения в национальном законе и акте национального конституционного суда, осуществляющего нормоконтроль в своей стране.

Оба метода предполагают следование модели наднационального права, но при этом органы суверенной власти самостоятельно адаптируют наднациональную правовую позицию, не отступая от нее, к своей правовой системе, учитывая требования своего общества в конкретный период развития. Можно согласиться, что такой метод и более затратен, чем, например, преюдициальный запрос в ЕС («сначала спроси у наднациональной власти, а затем решай»). Но, с другой стороны, очевидно, что самостоятельное решение на основе общей позиции менее травматично для любой национальной власти. Всему

свое время – в период становления ЕАЭС последовательный метод («укажи – я решу, что применить») более реален. Последнее не исключает, что, возможно, на смену последовательному методу придут более эффективные меры, в том числе преюдициальный запрос. Однако различия азиатско-европейской ментальности объективны и более серьезны, чем экономические разногласия – для них не всегда найдется компромисс, поэтому полагаю, что последовательный метод останется отличительной характеристикой взаимодействия судов в Евразийском экономическом союзе. Кроме того, именно последовательный метод позволяет избегать каких-либо параллелей во взаимоотношении судов центра и регионов в Советском Союзе.

В-третьих, прямое принятие правовой позиции Суда ЕАЭС в международных договорах или актах наднациональной организации.

Здесь следует отметить, что измененный акт Союза в свою очередь меняет и акты национального права. Так, указание на допустимую долю на рынке для заключения «вертикальных» соглашений содержится в пункте 2 статьи 14 Закона Республики Беларусь от 12 декабря 2013 года № 94-З «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции». 14 декабря 2017 года Палатой представителей Национального собрания Республики Беларусь принят во втором чтении проект Закона Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции».

А решение Суда ЕАЭС по конкретному делу влечет изменение множества актов, как национальных, так и наднациональных.

В-четвертых, особо следует остановиться на негативных прецедентах. Ранее уже отмечалось, что на развитие права они не влияют, вернее, его тормозят, однако, неожиданно выявляется тенденция, что такие прецеденты могут оказывать влияние на урегулирование экономического спора. Иными словами, Суд, создавая негативный прецедент (отказываясь формировать единообразную практику в своем акте), может иметь в виду иные аспекты разрешения экономического конфликта, и в таком контексте изменение права становится сопутствующим в деятельности суда. Процессуально последнее оформляется на последней стадии рассмотрения спора в Суде ходатайством сильной стороны (государств, ЕЭК и т.д.) о прекращении дела. В таком судебном процессе аргументы представлены, порой заслушаны, а проект решения, заключения подготовлен. Стороне-ответчику по косвенным признакам становится ясно, что решения в ее пользу не будет. Следует ходатайство о прекращении, которое Суд удовлетворяет, соглашаясь, что вся его работа будет отправлена в

корзину. Всегда ли это плохо? В международных отношениях – не всегда: здесь следует помнить о компромиссном характере международного права.

Полагаю, что в том случае, если у Суда есть гарантия, что норма будет исправлена (постановление Суда ЕАЭС от 5 декабря 2017 года по делу ООО «ТМР импорт»), согласно прозвучавшему в Суде контексту, самим нормотворцем, подобное прекращение имеет оправдание, несмотря на явное неуважение к суду и содержащим его налогоплательщикам. Все-таки у всех современных судов есть функция примирения спорящих сторон. В конечном счете цель достигается и конфликт исчерпан, стороны соглашаются на прекращение дела. Но в этом случае и норма меняется в необходимом направлении за счет судебной процедуры и помощи судей.

Но может сложиться иная ситуация, когда процесс прерывается на стадии голосования готового текста по требованию сильной стороны, подавшей свое ходатайство о прекращении с серьезными процессуальными нарушениями. В таком случае ситуация будет зависеть уже от конечного результата: выполнит ли государство то, что установлено не в акте Суда, а в его проекте или в особом мнении независимого судьи. Если да, то смею думать, что в последнем случае особое мнение судьи также окажет воздействие на формирование единообразного права Союза.

Таким образом, негативные прецеденты Суда ЕАЭС также нашли свое место в процессе правообразования, но вопрос их уместности предстоит определять не Суду, но обществу.

4. В качестве заключения: сила акта не важна

На первый взгляд, сделанные выводы выглядят провокационно: принято считать, что только обязательные акты влияют на право. Как указали Р. Хинкл и М. Нельсон в исследовании особых мнений в США, американские судьи часто объясняют цель написания своих особых мнений тем влиянием, которое они оказывают на развитие права в долгосрочной перспективе. Например, приводятся слова Рут Бейдер Гинзбург: «Мне нравится думать, что многие из моих особых мнений когда-нибудь станут законом». Авторы приводят несколько подобных примеров, когда позиции, высказанные в особых мнениях судей Верховного суда США, со временем формально закреплялись в решениях этого суда. Основная идея авторов статьи состоит в том, что язык и стиль особых мнений оказывает прямое влияние на будущую эффективность и важность высказанных в них правовых позиций.

Российский исследователь Смбатян А.С. указывает, что «примером практической значимости особых мнений может быть тот

случай, когда в деле о некоторых норвежских займах судья Х. Лаутерпахт счел необходимым изложить свое особое мнение по вопросу «автоматических» оговорок в декларациях о признании обязательной юрисдикции международных судов, хотя действительность таких оговорок спорящими сторонами не оспаривалась. Убедительность изложенного судьей мнения была столь высока, что это не только способствовало радикальному ослаблению тенденции включения таких оговорок в тексты новых деклараций, но и побудило некоторые государства к их удалению из собственных деклараций. Данный случай представляется ярким примером влияния мнений судей на развитие международного права».

Можно также согласиться с общим мнением о том, что консультативные заключения Международного суда ООН обладают не меньшим авторитетом, нежели решения, который вытекает не из некоей иерархии власти, степени юридической обязательности судебного акта, а из убедительности приводимых доводов (*non ratiōne imperio, sed ratiōnis imperio*).

По замечанию Смбатян А.С., «решения органов международного правосудия, особенно наиболее убедительные и аргументированные из них, несут в себе большой потенциал, значение которого, по нашему мнению, превосходит «автоматическую» обязательность выводов суда для последующих споров».

Как правило, применение абстрактной нормы всегда предполагает в той или иной степени ее развитие. Но, с другой стороны, уточнение, «затвердевание», развитие нормы в судебной позиции, выраженное сообща (решение, консультативное заключение) или единолично (особое мнение), не означает, что новая норма появится именно в формулировках судебной позиции. Правовая позиция содержит первоначальную идею будущей «кристаллизации» правовой нормы. Безусловно, все иные акторы международных отношений (исполнительная, законодательная ветви власти) внесут свою лепту в ее прогрессивное развитие, но застрельщиком такого процесса остается суд и судья.