

12. Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков, 1958. С. 57.
13. Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и форма судебной практики. М., 1975. С. 15-17.
14. Соловьев В.Ю. Понятие судебной практики // Законодательство и экономика. 2002. № 12. С. 33.
15. Коростелкина О. Н. Судебная практика и судебный прецедент в системе источников российского права. М., 2005. С. 11.
16. Жуйков В.М. Предисловие // Роль судебной практики в правоприменительном процессе: Судебная практика по гражданским делам (1993-1996 гг.). М., 1997. С. 5.
17. Решетникова И. В. Судебная реформа в сфере гражданской юрисдикции // Хозяйство и право. 1997. № 3. С. 67.
18. Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Екатеринбург, 1992. С. 173.
19. Семьянов Е.В. Судебное правотворчество (вопросы общей теории права): Дис...канд. юрид. наук. М., 2005. С. 9.
20. Богдановская И. Ю. Прецедентное право. М., 1993. С. 41-77.
21. Давид Р., Жоффре-Сцинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 258.
22. Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М.: Междунар. отношения, 2004. С. 167.
23. Венгеров А. Б. Роль судебной практики в развитии советского права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 13.
24. Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юрид. лит., 1971. С. 139-140.
25. Загайнова С.К. О роли постановлений Пленума Верховного суда РФ // Проблемы защиты прав и законных интересов граждан и организаций. Краснодар, 2002. С. 111-113;
26. Дроздов Г.В. Правовая природа разъяснений закона высшими органами судебной власти // Советское государство и право. 1992. № 1. С. 70-71.
27. Лазарев В.В. Правоположения: понятие, происхождение и роль в механизме юридического воздействия // Правоведение. 1976. № 6. С. 13.
28. Лозовская С.В. Правовой прецедент: вопросы теории и практики: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 9.

**Михаил Викторович КУЧИН** —  
**директор Уральского института**  
**регионального законодательства (г. Екатеринбург),**  
**кандидат юридических наук, доцент**  
**kutschin@mail.ru**

УДК 341.64:342.33

## **НОРМОТВОРЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ НАЦИОНАЛЬНЫХ И МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ И ПРИНЦИП РАЗДЕЛЕНИЯ ВЛАСТЕЙ**

**АННОТАЦИЯ.** В статье рассматривается влияние принципа разделения властей на полномочия судебных органов в сфере нормотворчества. Анализируется нормотворческая функция судебных органов отдельных государств; освещаются дискуссионные вопросы проявления этой функции в деятельности международных судов.

**SUMMARY.** The article deals with the influence of power-division doctrine on the authority of judicial bodies in the rule-making sphere. The author analyses rule-making function of judicial bodies in different states and highlights some disputable issues of this function's appearance in the activity of international courts.



**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА.** *Международные суды, разделение властей, нормотворческая функция, судебный прецедент.*

**KEY WORDS.** *International courts, separation of powers, lawmaking function, legal precedent.*

Принцип разделения властей, признаваемый сегодня большинством государств, и нашедший отражение в конституциях и законодательстве, оказал существенное влияние на полномочия судебных органов в сфере нормотворчества.

Идея разделения властей изначально была направлена на ограничение абсолютной власти монарха и предусматривала создание трех независимых ветвей власти: законодательной, исполнительной и судебной, своего рода системы «сдержек и противовесов», обеспечивающей власть народа и не позволяющей той или иной власти, а стало быть, и конкретным их представителям, стать своеобразными коллективными или единоличными диктаторами» [1; 131]. Она в действительности явилась правовым стержнем буржуазного демократического государства. Согласно данной теории в ее классическом понимании каждая ветвь власти выполняет присущие только ей функции: законодательная — принимает законы, исполнительная — их реализует, а судебная — осуществляет контроль за правильностью их применения. Данный принцип провозглашает идею верховенства закона и писаного права и фактически отрицает возможность судебного нормотворчества. Суть идеи сводится к тому, что суд обязан принимать решения в полном соответствии с законом. В этом случае решение как прецедент не имеет никакой ценности. Если же суд примет решение, не соответствующее закону, то оно будет ничтожным и тогда вообще никакого прецедента не возникнет.

С точки зрения теории разделения властей принцип исключительного подчинения суда закону выражается в запрещении судебной интерпретации и связанной с ней творческой деятельности суда. Так, Фридрих Вильгельм II, давая разрешение на публикацию Прусского всеобщего земского права, строго предписывал судьям «во избежание Нашей Монаршей Немилости и суровой кары ни на йоту не отступать от ясных и четких норм закона по причине мнимых философских разглагольствований или под предлогом толкования, вытекающего из его буквы и духа». В случае сомнения судьи обязаны были подавать запрос в комиссию по законодательству. Так, земское право с помощью своих почти 17000 параграфов, благая цель которых была несомненна, но число которых вызывает усмешку с позиций сегодняшнего дня, пыталось дать точный ответ судье на каждый вопрос и тем самым сделать для него по возможности излишней проблеме толкования [2; 138]. По этому поводу Ш. Монтескье писал: «... судьи народа должны быть не более как уста, произносящие слова закона» [3; 164]. Данная концепция нашла отражение и в законодательстве. Так, например, ст. 7 Основного государственного закона о судебной власти Австрии от 21.12.1867 г. гласила: «Суды не могут входить в обсуждение действительности законов, правильно опубликованных. Наоборот, они решают во всех инстанциях вопрос о действительности административных постановлений» [4].

Сегодня, по мнению ряда ученых, наличие так называемой «чистой» теории разделения властей не подтверждается практикой и самой жизнью [5; 33]. Суд в процессе судебного разбирательства должен в каждом конкретном случае отыскать подлежащую применению норму и исследовать ее содержание, т. е. осуществить толкование. Деятельность судьи «всегда имеет творческий элемент, и игнорировать этот последний значит также создавать себе вредную фикцию, закрывать глаза перед неустранимой реальностью» [6; 95]. Судебное решение —



это выражение воли суда, в основе которой лежит закон в его интерпретации судом применительно к обстоятельствам дела.

С развитием общественных отношений развивается и право. Жизнь выдвигает новые требования гораздо раньше, чем законодатель получает возможность заняться их разработкой. Неполнота действующего законодательства — явление не случайное, а закономерное. Оно присуще самой природе права. Данный факт является общепризнанным. Еще в 1928 г. С.Ф. Кечекьян писал: «...веру в полноту законодательства пора раз и навсегда оставить. Ритм законодательного творчества никогда не сможет совпадать с ритмом органически развивающейся жизни. А раз так, ничего не остается, как расширить роль судьи или, вернее, открыто признать за ним ту роль, которая давно ему принадлежит, но упорно отрицается и драпируется всяческими прикрытиями» [7; 3]. Именно неспособность законодателя вовремя реагировать на меняющуюся действительность служит движущей силой развития судейского нормотворчества [8; 403]. Обязанность разрешить спор не зависит от наличия либо отсутствия норм. В любом случае суд должен принять решение. Поэтому судьи, столкнувшись с пробелом в праве, вынуждены либо давать расширенное толкование закона, либо создавать новое правило, чтобы применить его в качестве основания для вынесения решения. «...во всех случаях восполнения пробела, — отмечает А.В. Цихоцкий, — имеет место индивидуальное правотворчество суда в полном смысле слова. Суд изобретает правовой ответ, он обнаруживает норму права за рамками закона» [9].

Весьма ярко нормотворческая функция судебных органов проявляется в странах, входящих в англо-саксонскую правовую семью, где судебный прецедент официально признается источником права. При этом нормотворческая роль судов (например, в Великобритании) не ограничивается только областью «общего права», созданного судебной практикой. Применяя законы (акты Парламента), суды толкуют их в том или ином смысле, и вынесенные ими решения, а значит, и толкование закона становится обязательным для других судов (правило судебного прецедента); и хотя суды должны толковать законы в строгом соответствии с его смыслом, однако они нередко приходят к решениям, прямо противоположным смыслу парламентского закона. Британские юристы указывают, что судебный прецедент считается источником права, по силе равным законодательному акту [10; 116]. Американская концепция прецедента в полной мере, как и английская, распространяется на случаи судебного толкования законодательства. Судебные решения, дающие толкования конституциям и законодательным актам, становятся источниками права. Однако при этом американские юристы, основываясь на соблюдении принципа разделения властей, отмечают, что «основные законотворческие обязанности лежат на законодательной власти, а судьи дают толкование законам, в крайнем случае заполняя пробелы, когда конституции или законы не содержат конкретных положений или полностью обходят какие-либо вопросы» [11; 28-29].

Обязанность судей следовать определенному прецеденту сегодня фактически признается и законодательством целого ряда стран континентальной Европы. Прежде всего это решения высших судебных органов по вопросам конституционности конкретных нормативных актов. «Предусмотренные санкции дают возможность оказывать непосредственное воздействие на норму, которая может быть не введена в действие, либо признана недействующей или не подлежащей применению, если эта норма уже вступила в силу» [12; 48]. Такой авторитет придан решениям Конституционного Суда Испании, Федерального конституционного суда ФРГ, Федерального суда Швейцарии. В Португалии силу прецедента



имеют решения Пленума Верховного суда, опубликованные в официальном издании «Диариу да Република». Правотворческая роль судебной практики официально признана в Испании. В декрете 1838 г. устанавливалось, что Верховный суд этой страны принимает апелляции, основанные на несоответствии обжалуемого судебного решения нормам закона или положениям правовой доктрины (*doctrina legal*). Верховный суд истолковал это неясное выражение как синоним судебной практики, прецедентного права. Прецедентом признавалось, однако, не каждое судебное решение, а лишь правило, сформулированное Верховным судом, которому этот последний сам следовал, по крайней мере, в двух своих решениях [13]. Подобное правило действует и в Германии, где требуемое по закону судебное разрешение на обжалование обязательно представляется в том случае, если критикуемое решение не следует практике Верховного Суда [14; 226]. Во Франции огромное влияние на формирование административного права оказывают решения судов административной юстиции, и главным образом — Государственного совета, являющегося высшей судебной инстанцией в отношении споров в административной сфере. Административное законодательство предполагает значительные пределы судейского усмотрения, ограничиваясь лишь установлением принципов общего характера. «... в административном праве, — свидетельствует видный французский юрист Ж. Ведель, — наиболее важные нормы были установлены судьей... Такова, например, норма, согласно которой администрация отвечает за убытки, причиненные ею, за некоторыми исключениями; норма, согласно которой администрация может в определенных пределах и с оговоркой о праве на возмещение со стороны контрагента изменить содержание административного договора; нормы, касающиеся юридического режима имущества публичного сектора; теория ничтожности административных актов — все это чисто судебные творения» [15; 58-59]. В Нидерландах высшие суды также занимаются правотворчеством. Они заполняют пробелы в праве, принимая решения, содержащие общие нормы для будущих судебных дел [16; 51]. Велика роль судов и в «приспособлении» устаревших текстов законов к изменившимся социальным условиям. Так, по мнению К. Цвайгерта и Х. Кетца, все разделы Германского гражданского уложения, как, впрочем, и Гражданского кодекса Франции, столь сильно «отлакированы» судейским правом, что часто одно лишь чтение текста закона не может дать ни малейшего представления о действующем «живом» праве. Судебное право во многих случаях стало играть столь большую роль, что нормы закона, на основании которых оно возникло, можно было бы безболезненно отменить, не опасаясь, что в результате этого рухнет все здание [17; 235-236].

Вопрос о характере влияния решений международных судов на развитие международного права вызывает споры среди юристов-международников с момента появления первых международных судебных органов. Острая дискуссия по этому поводу продолжается уже не одно десятилетие. Актуальной данная проблема остается и сегодня.

В юридической науке весьма распространена точка зрения, категорически отвергающая возможность международных судебных органов создавать нормы права [18]. Так, Г. Кельсен заявляет: «Решения суда не могут иметь характера прецедента» [19; 394]. «Позитивное право, — пишет П. Велас, — не признает нормативную власть международной юриспруденции...» [20; 21].

Вместе с тем в межгосударственной системе нет аналогичного государству деления органов по ветвям власти. Это связано с отсутствием как таковой



верховой власти. Формирование идеи разделения властей и вытекающее из нее ограничение нормотворческих полномочий суда преследовало цель, направленную на ограничение единоличной власти монарха и достижение баланса между законодательной, исполнительной и судебной властью.

Применительно к системе международных отношений невозможно говорить о международных судебных органах как о системе судебной власти.

Во-первых, власть есть способность подчинять поведение отдельных субъектов чьей-либо воле. Основными субъектами международного права являются государства. Обладая суверенитетом, государства не могут находиться в зависимости и подчинении от каких-либо иных субъектов. Когда двое находятся в равном положении, один не может осуществлять суверенитет или власть над другим: *par in parem non habet imperium*.

Во-вторых, в задачу международных судебных учреждений не входит и сдерживание каких-либо иных ветвей власти в силу отсутствия последних в межгосударственной системе.

В-третьих, международные суды являются достаточно автономными образованиями со своими весьма специфическими задачами и функциями, что не позволяет говорить о наличии единой судебной системы международного сообщества.

Таким образом, обоснование запрета правотворческой деятельности международных судов через призму принципа разделения властей по аналогии с внутригосударственными судами будет являться несостоятельным, так как данный принцип не может применяться в международном праве.

Нормативный характер отдельных судебных решений вытекает непосредственно как из норм международного права, так и из деятельности самих международных судов. Так, согласно ст. 38 Статута Международного Суда ООН, суд при рассмотрении спора вправе применить судебное решение. Однако оно может быть применено лишь как вспомогательное средство для установления нормы права, т. е. той нормы, которая ранее уже применялась при рассмотрении в суде аналогичного спора и нашла свое закрепление в решении. Роль такого вспомогательного средства судебное решение, по-видимому, может играть только в случае, когда нормы, необходимой для урегулирования спора, нет ни в международных договорах, ни в международных обычаях. Иначе, при наличии договорных либо обычных норм, не было бы смысла прибегать к судебному решению, учитывая его «вспомогательный» характер. Таким образом, суд, решая конкретное дело, обращается к судебному решению с целью найти там норму, которая подлежит применению, но которая отсутствует в каком-либо из названных источников. В противном случае значение данного положения Статута сводится к нулю, так как судебное решение не является той единственной формой, посредством которой может быть обнаружен обычай. С другой стороны, если судебное решение используется судом лишь для обнаружения обычая, почему Статут не закрепил способы и методы установления иных норм международного права?

Еще более ярко проявляется нормотворческая функция в деятельности Суда европейских сообществ. В соответствии со ст. 164 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (ЕЭС), ст. 31 Договора об учреждении Европейского объединения угля и стали (ЕОУС) и ст. 136 Договора об учреждении Европейского сообщества по атомной энергии (Евратом), на Суд возлагается общая задача по обеспечению сохранения единообразия права Сообщества при толковании и применении названных договоров. Выполнение этой задачи потребовало и весьма широких полномочий в сфере контроля за



соблюдением данного права. При этом в ряде случаев итогом такой деятельности является создание, изменение либо прекращение действия норм права. Практика Суда ЕС показывает, что в некоторых случаях Суд весьма расширительно толкует положения учредительных договоров, создавая, по сути, новые нормы. Такая достаточно вольная интерпретация положений европейских договоров зачастую используется Судом для того, чтобы закрепить те или иные полномочия за каким-либо из органов ЕС, которые учредительными актами не предусматривались. В деле C-70/88 *European Parliament v. Council* [21] Суд фактически расширил полномочия Парламента, признав за ним право подачи исков об аннулировании актов Совета или Комиссии в соответствии с параграфом 2 ст. 146 Договора об учреждении Евратома, несмотря на то, что данная статья содержит исчерпывающий перечень истцов, к которым относятся государства-члены, Совет и Комиссия ЕС.

Новые нормы и принципы, регулирующие взаимоотношения государств-участников ЕС, устанавливаются Судом также и при наличии пробела в праве. В законодательстве большинства государств отсутствует норма, закрепляющая приоритет европейского права над внутригосударственным. Суд ЕС восполнил этот пробел, закрепив принцип прямого действия и приоритета права Сообществ на территории государств-членов в ряде своих решений [22]. Сегодня данный принцип является основополагающим в вопросе соотношения права Сообществ и национального права. Суду принадлежит роль создателя и таких важнейших принципов в системе права Сообществ, как принцип правового единства ЕС, принцип автономии правового порядка ЕС и других.

Общепризнанным является сегодня признание нормативности прецедентного права Европейского суда по правам человека.

Феномен прецедентного права известен и такому международному судебному органу, как Экономический Суд СНГ, созданному на основании Соглашения о статусе Экономического Суда Содружества Независимых Государств от 06.07.1992 г. [23; 53-54] В отличие от рассмотренных выше международных судебных органов, документы, регламентирующие деятельность Экономического Суда СНГ, прямо указывают на право Суда создавать прецеденты. Прежде всего это вытекает из п. 3 Положения об Экономическом Суде Содружества Независимых Государств, [24; 54-57] утвержденного названным Соглашением, в соответствии с которым Экономический Суд не может отказаться от разрешения спора за отсутствием или неясностью подлежащей применению нормы права. Данная норма получила свое развитие в Регламенте Экономического Суда СНГ, утвержденном Постановлением Пленума данного Суда 10.07.1997 г. \*. Согласно п. 29 Регламента коллегии Экономического Суда рассматривают дела и разрешают споры на основе норм материального права, применяя наряду с актами органов и институтов Содружества, международными договорами, обычаями, общепризнанными принципами международного права, общими принципами права, признанными в государствах-участниках Содружества, и такие источники, как постановления Пленума и иные решения Экономического Суда, носящие прецедентный характер. При этом в п. 97 Регламента отмечается, что решение коллегии Экономического Суда может носить прецедентный характер как для госу-

---

\* Действовавший ранее Регламент Экономического Суда СНГ от 05.07.1994 г. содержал аналогичные положения.



дарств — участников Соглашения о статусе Экономического Суда, так и для органов и институтов Содружества.

#### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Венгеров А.Б. Теория государства и права. М.: Новый Юрист, 1998. С. 131.
2. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. М., 1998. Т. 1. С. 138.
3. Монтескье Ш. О духе законов. М., 1964. С. 164.
4. Современные конституции: Сборник действующих конституционных актов. СПб., 1905. Т. 1.
5. Neustadt R. Presidential Power: The politics of Leadership. 1989. № 1. P. 33.
6. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 95.
7. О толковании законов судом: Кечекьян С. Ф. // Право и жизнь. 1928. № 1. С. 3.
8. Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. раб. С. 403.
9. Цихоцкий А.В. Прецедентное право в механизме обеспечения эффективности правосудия по гражданским делам. // <http://www.org.ru>.
10. Разделение властей: учебное пособие. / Отв. ред. М.Н. Марченко. М.: Изд-во МГУ: Юрайт-Издат. 2004. С. 116.
11. Сравнительный анализ систем прецедентного и гражданского права: Мессит П. // Вопросы демократии. Сентябрь 1999. Т. 4 № 2. С. 28-29.
12. Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества: Серверэн Э. // Судебная практика как источник права. М.: Юрист, 2000. С. 48.
13. Кулагин М.И. Избранные труды по акционерному и торговому праву. М.: Статут, 2004.
14. Лебедев В.М. Становление и развитие судебной власти в России. М.: Российская академия правосудия, 2000. С. 226.
15. Ведель Ж. Административное право Франции. М., 1973. С. 58-59.
16. Глобализация и развитие законодательства: Очерки. /Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, А.С. Пиголкин. М.: ИД Городец, 2004. С. 51.
17. Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. раб. С. 235-236.
18. Полянский Н. Н. Международный Суд. М., 1951; Левин Д. Б. Основные проблемы современного международного права. М., 1958; Лукин П. И. Источники международного права. М., 1960; Курс международного права. В 6 т. Т. 1. М., 1967; Тункин Г. И. Теория международного права. М., 1970; Курс международного права. М., 1972; Курс международного права. В 7 т. Т. 1. М., 1989; Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. М., 1996.
19. Kelsen, H. Principles of International Law. N. Y., 1952. P. 394.
20. Vellas, P. Droit international public. Paris. 1970. P. 21.
21. Case C-70/88 European Parliament v. Council. // The European Court Reports 1-2041. 1990.
22. Case 26/62 Van Gend en Loos. // The European Court Reports 1. 1963; Case 6/64 Costa v. ENEL. // The European Court Reports 585. 1964; Case 11/70 Internationale Handelsgesellschaft. // The European Court Reports 1125. 1970.
23. Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. Вып. 6. Мн., 1992. С. 53-54.
24. Там же. С. 54-57.