

ВОСТРЕБОВАННОСТЬ И ПРЕДЕЛЫ СУДЕБНОГО НОРМОТВОРЧЕСТВА

Марк Энтин*
Екатерина Энтина**

***Введение:** в статье исследована актуальная проблема судебного нормотворчества в контексте деятельности международных судебных учреждений.*

***Материалы и методы:** в статье проведен теоретический и эмпирический анализ основных источников международного и европейского права, судебная практика ряда международных судебных учреждений, труды отечественных и зарубежных ученых, аналитические документы международных организаций, что позволило получить следующие результаты.*

***Результаты исследования:** Судебное нормотворчество – устоявшаяся международная практика, которая в ряде случаев бывает особенно востребованной. Судебное нормотворчество воспринимается доктриной как вполне естественное, необходимое и легитимное правовое явление. На практике получили развитие две формы судебного нормотворчества – оно может касаться как содержания нормы права по существу, так и процедурных аспектов. Тем не менее самим международным судебным учреждениям поддаваться судебному активизму и нормотворчеству нужно с большой осторожностью. Необходимо помнить о том, что в своей деятельности международные судебные инстанции обязательно должны опираться на поддержку национальных судебных органов и экспертного сообщества.*

***Обсуждение и заключения:** согласно господствующим ныне представлениям, оказавшим определяющее влияние на эволюцию теории государства и права, судебное нормотворчество неотделимо от повседневного отправления судебных функций. И общество, и законодатель в нем остро нуждаются вне зависимости от того, признают они это или нет или даже выступают «против». Оно необходимо во всех тех случаях, когда законодатель не успевает за ходом перемен, вызываемых стремительной эволюцией общества и новыми возможностями, открываемыми научно-техническим прогрессом. Зачастую ему выгодно, чтобы сначала суды опробовали различные подходы, и сложилась устоявшаяся практика, чтобы правоприменение подсказало наиболее рациональные решения. Особенно широкое развитие судебное нормотворчество получило в деятельности судебных органов международных/региональных интеграционных объединений и в рамках международных механизмов с элементами наднационального принуждения. Прежде всего, в практике Суда Европейского Союза и Европейского суда по правам человека. Вся система права ЕС приобрела большинство признаваемых за ним особенностей и базовых характеристик благодаря Люксембургскому Суду. В их числе – позиционирование права ЕС как отличного от международного и внутригосударственного, преимущественная сила, прямое действие, эффективная юрисдикционная защита, строгое следование требованиям субсидиарности и пропорциональности и др. В свою очередь, Страсбургский*

* Энтин Марк Львович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой европейского права МГИМО МИД России.

Энтина Екатерина Геннадьевна, кандидат политических наук, доцент факультета мировой экономики и мировой политики Национального исследовательского университета Высшая школа экономики.

Суд очень много сделал для того, чтобы на деле превратить позитивные и процедурные нормы Европейской конвенции по правам человека в “живой развивающийся организм”. Вместе с тем, периоды судебного активизма всегда были не более чем реакцией либо на запрос со стороны государств, либо на необходимость в решении чётко поставленных задач. Последнее слово всегда за основными игроками, которыми были и остаются общество и законодатель. Когда нужно, они без труда накладывают на нормотворчество определённые ограничения. В отношении Суда Евразийского Экономического Союза это уже сделано, причём в договорно-правовом порядке. Однако и перед Минским Судом стоят непростые задачи не только по применению права ЕАЭС, но и по его формированию. Поэтому ему важно поскорее определиться с прецедентным характером своих решений, возможностью использования других источников права, наряду с Договором о ЕАЭС и его вторичным правом, тем, как он будет стягивать национальные правовые системы государств-членов в единое правовое пространство.

Введение

Повсюду в мире судебная практика – это право в действии, то, каким оно является в реальной жизни, а не на бумаге или в теории [1]. Всё, что имел в виду законодатель или, в случае с международными соглашениями, договаривающиеся государства, всегда отличается от того, каким образом сформулированное ими правовое предписание применяется на практике. В той или иной степени [2].

Поэтому любые проблемы функционирования отдельных судебных инстанций и судебной системы в целом – немножко о судебном нормотворчестве. Его корреляции с намерениями и желанием нормоустановителя. Его последствиях для эволюции правового порядка. Усилении под его влиянием инерционности общества или, наоборот, его изменчивости. Причем в ту или иную сторону.

Коли так, нет нужды объяснять, насколько тематика судебного нормотворчества безбрежна. Разнообразна. Противоречива. По необходимости ограничимся анализом только нескольких ключевых моментов судебного нормотворчества, приобретших последнее время повышенную актуальность и особенно большое практическое значение. Проследим, как они трактовались в недавнем прошлом и как они воспринимаются сегодня.

Исследование

В рамках исследования проанализированы основные источники международного и европейского права, судебная практика ряда международных судебных учреж-

дений, труды отечественных и зарубежных ученых по рассматриваемой тематике, аналитические документы международных организаций. По результатам исследования автор попытается выявить наличие необходимости в судебном нормотворчестве и определить пределы данного феномена посредством использования общенаучных (анализ, синтез, системный подход) и частноправовых (формально-юридический, сравнительно-правовой) методов исследования. В статье рассматриваются концепции «длящегося правонарушения», «подразумеваемых полномочий» в контексте деятельности международных судебных учреждений, анализируются конкретные прецеденты, иллюстрирующие как позитивный, так и негативный опыт судебного нормотворчества, сравниваются возможности Суда ЕС и Суда ЕАЭС в формировании норм интеграционного права.

Понятие «длящегося правонарушения»

Нам только кажется, что выбор, перед которым мы поставлены, не имеет аналогов. Уникален. Отличается от всего того, что было раньше. На самом деле, пусть и в несколько изменившихся условиях, мы очень часто переживаем то, что уже испытывали предшествующие поколения. То, на что они махнули рукой или, напротив, попытались для себя решить.

Связь между прошлым и настоящим установить крайне сложно. Однако международные судебные учреждения придумали, как с этой задачей справиться. Хотя бы под определенным ракурсом.

Такова, в частности, концепция «длящегося правонарушения»[4], разработанная и освященная Европейским Судом по правам человека (ЕСПЧ) [19, 20]. В какой-то момент он столкнулся с дилеммой: как быть, если нарушение Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека (ЕКПЧ), вроде бы, налицо, но совершено оно было или допущено тогда, когда ЕСПЧ формально не обладал юрисдикцией принимать дело к рассмотрению по существу.

Отказывать в правосудии? Допускать, чтобы над ЕКПЧ и её предписаниями и дальше насмеялись? Признать, что он бессилен и его возможности ограничены?

ЕСПЧ предпочел поступить иначе. Он постулировал, что противоречащие духу, букве и предназначению ЕКПЧ последствия правонарушений, произошедших до того, как он приобрел необходимую компетенцию, также являются нарушениями Конвенции и дают ему легитимную возможность дотянуться до тех давних событий [3,13]. Как, например, в случае с насильственным переселением людей за Вислу в послевоенной Польше, за которое и спустя десятилетия не была выплачена справедливая компенсация (иначе сказать, никогда).

Так ЕСПЧ поднял на щит и ввёл в современное правовое пространство понятие «длящегося правонарушения». Фактически он поступил столь важной для общества правовой определенностью, когда настоящее есть настоящее, а прошлое остается в прошлом. Релятивизировал максимум о сроке давности. Она исключает ответственность по прошествии какого-то периода времени, определенного законом.

Зато Страсбургский Суд приобрел возможность настаивать на восстановлении нарушенных прав человека даже в тех ситуациях, над которыми, если строго следовать буквалистскому прочтению ЕКПЧ, он не властен. Государства-участники ЕКПЧ с этим молчаливо согласились, позволив ЕСПЧ положить ещё один кирпичик в постоянно растущее здание универсализации защиты прав человека – типичный пример позитивного судебного нормотворчества.

Вместе с тем, практический и политический эффект утверждения концепции «длящегося правонарушения» не так однозначен. В своё время именно она в какой-то мере помешала России вслед за многими другими, прежде всего европейскими странами, ратифицировать Римский статут и подчинить себя юрисдикции Международного уголовного суда (МУС).

Такая опция Москвой рассматривалась. Президент В.В. Путин не в самом начале 2000-х годов дал указание министерствам иностранных дел и юстиции проработать пакет поправок в российское законодательство, которые потребовалось бы внести в него для завершения необходимых национальных процедур присоединения к Статуту. Такая работа была проведена.

По её завершении мы пригласили в Москву на конференцию, организованную Российской ассоциацией международного права (РАМП), председателя МУСа и его ближайших сотрудников и в лоб задали вопрос, будет ли новый международный судебный орган руководствоваться концепцией «длящегося правонарушения». В переводе с дипломатического языка – будет ли, в случае чего, организована кампания по преследованию военных, задействованных во Второй чеченской войне. В ответ получили: «Пока Римский статут не ратифицируют ведущие мировые державы, нет, не будет». Дальнейшее понятно. В обозримом будущем Россия от участия в МУСе воздержится. Теперь также принимая во внимание сирийский фактор и позицию, которую МУС занял по событиям на Украине.

11 сентября 2001 года – страшный, черный день в истории Соединенных Штатов Америки. Под впечатлением увиденного незамедлительно созываем заседание Комитета министров Совета Европы в Страсбурге. Все постпреды растерянно молчат – нет инструкций. Слово берет лишь представитель России и заявляет: «Мы выражаем солидарность с народом Соединённых Штатов. В этот тяжелый час мы готовы, следуя традициям военного братства времен Второй мировой войны, встать плечом к плечу с Америкой, сформировать единый фронт и бескомпромиссно сражаться с общим лютым врагом – международным терроризмом».

Страны ЕС безмолвствуют. Они договорились о согласованной позиции и озвучили её в Страсбурге лишь через две недели.

Одновременно мы в предварительном порядке вносим с десяток конкретных предложений об укреплении международно-правовой базы и оперативного сотрудничества в борьбе с международным терроризмом. Откуда такая оперативность? Ещё в 1980-х годах, на пике предыдущего витка насилия и террористической угрозы, МИД обобщил всё, что можно и нужно было сделать на данном направлении. Почти ничего из задуманного тогда не удалось осуществить.

Мы просто актуализировали с учетом изменившихся условий и обстоятельств систему предложений, с которыми выступали ранее. К сожалению, и в 2000-х годах серьезно продвинуться вперед не получилось. В какой-то степени в этом причина нового всплеска международного терроризма сейчас. Только на порядок более страшного, жестокого и масштабного.

Таким образом, есть беспомощная пре-емственность, когда мы всё время воспроизводим проблемы и подходы к их решению, но не в состоянии с ними справиться. И есть концепции, продвигаемые международными судебными учреждениями, которые четко и конкретно показывают, как можно действовать ответственно и эффективно.

Концепция «длющегося правонарушения» открывает на это глаза. В этом, на наш взгляд, в какой-то степени урок и преимущества судебного нормотворчества.

Позитивный опыт судебного нормотворчества

Ни в теории, ни на практике никто никогда не оспаривал, что национальное законодательство и международные соглашения всегда несовершенны. Наполнены лакунами. Изобилуют расплывчатыми формулировками, дающими повод для двусмысленного толкования. Если исключить возможность творческого подхода к осмыслению нормы права, её будет очень трудно применять на практике.

Как отреагировала практика на этот вызов, показывает концепция «подразумеваемых полномочий». Она безоговорочно принята международным сообществом [6, статья 157]. В соответствии с ней по международному праву любая международная структура межгосударственного или межправительственного характера обладает большими полномочиями, нежели те, которыми их непосредственно, текстуально, дословно наделили государства-учредители. Этот подразумеваемый довесок необходим для того, чтобы не выхолостить, не превратить в пустышку первую группу полномочий.

Самым непосредственным образом концепция «подразумеваемых полномочий» была использована применительно к ООН. Государства-члены безусловно согласились с тем, что всемирная организация безопасности должна обладать полномочиями, необходимым для того, чтобы она могла эффективно выполнять возложенную на неё миссию.

Ещё более расширительно концепцией «подразумеваемых полномочий» воспользовался Суд ЕС [16, 17, 18]. Он выстроил свою логику рассуждений примерно так. Государства-учредители поставили перед собой цель построить общий рынок. Для этого ЕС был наделен необходимой компетенцией в том, что касается регулирования отношений между ними.

Однако построение общего рынка имеет как внутреннее измерение, так и внешнее. Общий рынок должен состояться не только в контексте отношений между его членами, но и в рамках его взаимодействия с внешним миром. Для этого ЕС необходимо обладать и внутренней компетенцией, и внешней. Значит, зеркально у неё такая компетенция есть (вытекает из совокупности решений и преюдициальных заключений, вынесенных Люксембургским судом - Case 22/70, Commission of the European Communities v Council of the European Communities (European Agreement on Road Transport, ERTA), 1971, ECR 263; Joined Cases 3, 4, and 6/76, Cornelis Kramer and others, [1976] ECR 1279; 1/76 Draft Agreement establishing a European laying-up fund for inland waterway vessels, [1977] ECR 741 и многие др.) [5, 7, 8, 10, 12].

Единственно, она закреплена не текстуально, а носит подразумеваемый характер. Блестящая аргументация! Очень хорошо и эффективно работающая юридическая конструкция.

ЕСПЧ вообще обосновывает наличие у себя «подразумеваемых полномочий». Он пошёл намного дальше, провозгласив, что ЕКПЧ является «живым, развивающимся организмом». Здесь логика рассуждений тоже образцово-показательная.

Конечно, государства-участники договорились о том, что ЕКПЧ отстаивает ограниченный круг прав человека и в том виде, в каком они взяли на себя соответствующие обязательства. В то же время они поставили перед собой и ЕСПЧ вполне ясно выраженную задачу эффективно гарантировать соблюдение включенных в неё положений.

Для этого Страсбургский Суд обязан учитывать, что общество меняется. Развивается. Эволюционирует. На национальном уровне люди пользуются всё более широкими правами. Отставать от происходящих изменений никак нельзя. Иначе миссия защиты прав человека будет страдать. Её не удастся выполнить в полном объеме.

Значит, необходимо не просто расширительное толкование ЕКПЧ, но и эволюционное. Оно должно быть подчинено це-

лям эффективной защиты прав человека в стремительно меняющемся обществе и эволюционировать вслед за ним.

Конкретные прецеденты

Приведем два, иллюстрирующих диапазон, в котором может использоваться судебное нормотворчество, и те ограничения, которые на него накладывают государства. Оба взяты из практики деятельности ЕСПЧ.

Как следует из текста ЕКПЧ, под «справедливым судебным разбирательством» Конвенция понимает лишь набор требований, относящихся к организации производства внутри каждого судебного органа и их системы в целом. Не больше.

Однако Страсбургский Суд предположил, что «справедливое судебное разбирательство» обесмысливается, если у потерпевших физических и юридических лиц нет возможности обратиться в суд. Соответственно он дополнил общепризнанное понимание «справедливого судебного разбирательства» правом на доступ к правосудию. Новая трактовка была принята и поддержана государствами.

Тогда ЕСПЧ сделал следующий шаг. Он предположил, что даже безупречная процедура, гарантирующая вынесение справедливого судебного решения, на практике ничего не дает и не обеспечивает соблюдение права на справедливое судебное разбирательство, если судебное решение остается мертвой буквой. Всего лишь бумажкой. Профанацией. Если она не сопровождается полным, последовательным и адекватным исполнением судебного решения. Так понятие справедливого судебного разбирательства пополнилось правом на исполнение судебного решения.

Соответственно из современных представлений о справедливом судебном разбирательстве, утвержденных практикой ЕСПЧ, с необходимостью вытекают как требования к судебной процедуре, так и право на доступ к правосудию и право на исполнение судебных решений [19, 20]. И это правильно. Позитивно. Тут двух мнений быть не может. В данном конкретном случае общество много получило от судебного нормотворчества. Выиграли все – и оно само, и люди, из которых оно складывается, и государства. Последние мощно прибавили в защите своих граждан и всех тех, кто находится под их юрисдикцией.

Теперь обратный пример. Жительница Финляндии, переехавшая в Италию, жаловалась на то, что религиозные символы в

итальянских школах мешают ей воспитывать детей так, как она считает нужным, как позволяет ЕКПЧ. Италия, будучи стороной-ответчиком, доказывала, что речь не о прозелитизме посредством религиозных символов, а о том, что они часть национальной истории, культуры, многовековых традиций.

Палата ЕСПЧ, рассматривавшая дело, встала на сторону матери детей. Вынесенное ею решение грозило иметь далеко идущие последствия. Италия подала апелляцию в Большую палату. С ней солидаризировались под два десятка государств-участников ЕКПЧ. В этой ситуации ЕСПЧ не стал противопоставлять себя внушительному блоку стран, фактически выступивших против подобного судебного нормотворчества. Он поправил палату и тем самым всех успокоил. По крайней мере, на время.

И слава Богу [15]. Радикализация тематики прав человека, наступление на то, что является естественной частью повседневной жизни, пренебрежение культурой и традициями ради надуманных абстракций и кажущегося равноправия может выйти обществу только боком. Как это происходит в странах ЕС, мы теперь очень хорошо видим. Прекрасно понимаем, чем вызвана ответная волна протестного популизма и национализма. Предчувствуем, к чему может привести усиливающийся в европейском социуме крен в пользу крайне правой риторики и идеологии, вызывающих нарастающие коннотации.

Таким образом, получается, что в одних случаях судебное нормотворчество – благо. В других – наоборот: может только навредить. И если на него не надеть «смирительную рубашку», может спровоцировать рознь. Углубление противоречий. Взаимную подозрительность [11].

Результаты исследования

То что, в зависимости от обстоятельств, судебное нормотворчество порождает весьма неоднозначные последствия и вызывает не всегда просчитываемый эффект, сильно повлияло на его восприятие экспертным сообществом, политиками, законодателем, государствами. Сильно упрощая, можно констатировать, что они разделились на два лагеря. На тех, кто безусловно поддерживает судебное нормотворчество, и тех, кто категорически возражает против него.

Наличие двух лагерей обусловлено самой жизнью и природой судебных учреждений. Они всё время балансируют между двумя взаимоисключающими требованиями.

С одной стороны, обществу нужна стабильность. Преємственность. Правовая определенность. Точное знание того, каковы правила игры. Что дозволено. Что нет. Как себя вести в каждой из типовых ситуаций.

Откликаясь на эту потребность, судебные учреждения отправляют охранительную функцию. Они призваны одинаково, стабильно, избегая колебаний и недосказанности, применять действующее право и поддерживать другие правоохранительные органы в пресечении любых девиаций.

Но общество нуждается и в другом. Оно постоянно меняется. Эволюционирует. Овладевает новыми возможностями и технологиями.

Законодатель за развитием общества не успевает. Да он зачастую и не знает, как лучше регулировать новое: Интернет, выращивание живых существ из пробирки, производство генно-модифицированных препаратов и пищевых продуктов, предоставление индивидуализированных услуг в обход налогообложения и многое другое. Неверный шаг – и он закрывает обществу перспективу. Поставит в неравное положение. Подорвет международную конкурентоспособность.

Судебные учреждения спасают. Они берут на себя роль первопроходцев. Помните, в чём преимущество английских парков над континентальными? В Германии и Франции, разбивая парки, предпочитали сразу прокладывать дорожки. Чтобы люди ходили именно по ним. Однако люди предпочитали протаптывать другие, если их что-то не устраивало. При другом подходе посетителям давали возможность протаптывать тропинки так, как им удобнее. Как им проще. Как им нравится. Потом превращали их в обустроенные дорожки. Посыпали гравием. Позже, клали плитку и т.д.

Суды выполняют именно такую роль. Они протаптывают путь в будущее. Они дают возможность законодателю действовать, исходя из уже имеющейся практики. Либо обобщать её. Либо корректировать.

Но ведь это две совершенно разные функции. И не просто разные, а разнонаправленные.

У общества, законодателя, государств всегда есть выбор. На тех или иных этапах развития выгодно «отпустить» судей, дать им возможность «поэкспериментировать» и положиться на судебное нормотворчество.

В других – полезнее «приструнить» их. Ограничить. «Подержать на коротком поводке». Дать обществу и государствам са-

мом определиться с тем, что им в тот или иной период времени больше нужно.

Однозначных ответов нет. Тем более важно всё просчитать и не ошибиться.

Заключение

(1) Судебное нормотворчество – устоявшаяся международная практика. Иногда она бывает особенно востребованной. Особенно на этапе становления нового регионального правового порядка. Иногда международные суды сами осознают, что они не должны подменять традиционное нормотворчество и им пора, скорее, уйти в тень. Работать преимущественно в кратическом ключе.

(2) Судебное нормотворчество воспринимается доктриной, как вполне естественное, необходимое и легитимное правовое явление. Оно хорошо изучено. Исследовано. Обосновано. Вместе с тем, доктрина не преувеличивает его значение. Настаивает на том, что оно способно порождать как позитивные, так и нежелательные побочные и просто негативные последствия.

(3) На практике получили развитие две формы судебного нормотворчества. Оно может касаться как содержания нормы права по существу, так и процедурных аспектов. Накопленный к настоящему времени большой прецедентный материал исчерпывающе раскрывает большой потенциал каждой из его ипостасей.

(4) Однако самим международным судебным учреждениям поддаваться судебному активизму и нормотворчеству нужно с большой осторожностью. Пользоваться открываемыми ими возможностями бережно. Трепетно. Дозированно. Они являются эманацией государств. Они не стоят над ними. Они производны от воли государств. Судебное нормотворчество будет эффективным и востребованным только тогда, когда не антагонизирует государства. Не ущемляет их интересы. Наоборот, помогает им в достижении тех целей, которые они перед собой ставят.

(5) Кроме того, важно не забывать о ещё одном крайне важном условии успешности судебного нормотворчества в том, что касается международных инстанций. В своей работе они обязательно должны опираться на поддержку национальных судебных органов и экспертного сообщества. Относиться к развитию сотрудничества с ними со всей трепетностью. Делать на него ставку. Воспринимать как источник силы и вдохновения.

Литература:

1. Алексеев С.С. Собрание сочинений в 10 т. М., 2010.
2. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999.
3. Амплеева Е.Е., Фирсов В.В. Практика Европейского суда по правам человека по рассмотрению дел в отношении Российской Федерации (Учебное пособие). Санкт-Петербург, 2015.
4. Давыдов К.В. Проблемы квалификации длящихся и продолжаемых административных правонарушений // Правопорядок: история, теория, практика. Челябинск, 2015. № 1 (4).
5. Dashwood, A.A., Hillion, C. The General Law of EC External Relations. London, 2000.
6. Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (UNCLOS) (заключена в г. Монтего-Бей 10.12.1982) (с изм. от 23.07.1994). Официальный сайт Организации Объединенных Наций // URL: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf
7. Lenaerts, R., Nuffel, van P. Constitutional Law of the European Union, 2nd edition, London, 2005.
8. Lenaerts, K., Nuffel, van P., Bray, R., Cambien, N. European Union law, London, 2011.
9. Нешатаева Т.Н. Евразийская интеграция: роль Суда. М., 2015.
10. Strik, P. Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment. Oxford and Portland, 2014.
11. Сыченко Е.В. Некоторые аспекты эволюции Европейской конвенции по правам человека // Трудовое право в России и за рубежом. М., 2014. № 4.
12. Tridimas, T., Eeckhout, P. The External Competences of the Community and the Case-Law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism, Yearbook of European Law, 1994. Vol. 14.
13. Туманов В. А., Энтин Л.М. Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике её применения. М., 2002.
14. Устав Организации Объединенных Наций (Принят в г. Сан-Франциско 26.06.1945). Официальный сайт Организации Объединенных Наций // URL: <http://www.un.org/ru/charter-united-nations/>
15. Филарет Игумен (Булеков). «Дело о распятиях в школе»: победа здравого смысла. РПЦ: Официальный сайт Московского Патриархата, 2011 // URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/1433483.html>
16. Энтин Л.М. Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: учебник, 3-е изд., пересм. и доп. М., 2011.
17. Энтин М.Л. Международные судебные учреждения. М., 1984.
18. Энтин М.Л. Правовые аспекты западноевропейской интеграции: Суд Европейских сообществ. М., 1987.
19. Энтин М.Л. Международные гарантии прав человека (практика Совета Европы). М., 1992.
20. Энтин М. Л. Международные гарантии прав человека: опыт Совета Европы. М., 1997.

RELEVANCE AND LIMITS OF JUDICIAL RULEMAKING

Introduction: the article deals with judicial rule-making of international judicial institutions.

Materials and Methods: the authors made a theoretical and empirical analysis of the main sources of international and European law, the court practice of international judicial institutions, the works of domestic and foreign scholars, analytical documents of international organizations.

Results: the article proves that judicial rule-making is well-established international practice which in some cases is especially needed. Judicial rule-making is perceived by the doctrine as a natural, necessary and legitimate legal phenomenon. In practice two forms of judicial rule-making have developed - judicial rule-making may involve interpretation of both the content of a rule of law and procedural aspects. However, international judicial institutions should strive to refrain from judicial activism and judicial rule-making. It must be borne in

mind that the activities of international courts must rely on the support of national courts and the expert community.

Discussion and Conclusions: according to the currently prevailing views, which made a decisive impact on the evolution of theory of state and law, judicial rule-making is inseparable from the daily implementation of judicial functions. Both the society and the legislator are in urgent need for it regardless of whether they admit it or not or even act against it. It is necessary in all cases where the legislator does not keep up with the progress of the changes caused by the rapid evolution of society and new opportunities of scientific and technological progress. It is often beneficial for the legislator that the courts should have tested various approaches and have developed a well-established practice, and the application of this practice should have suggested the most rational decisions. Judicial rulemaking developed especially widely in the judiciary of international/regional integra-

tion associations and within the framework of international mechanisms with elements of supranational coercion, first of all, in the practice of the Court of Justice of the European Union and the European court of human rights. The whole system of EU law has gained the most features and basic characteristics associated with it thanks to the Luxembourg Court. These features and characteristics include positioning EU law as a system of law that differs from international and domestic law, the supremacy and direct effect, the effective jurisdictional protection, strict compliance with the requirements of subsidiarity and proportionality, etc. In turn the Strasbourg Court has done a lot in order to turn positive and procedural rules of the European Convention on human rights into "a living and developing organism." However, periods of judicial activism have always been nothing more than a reaction to a request by the states or the need for solving tasks. The last word always belongs to major players who has always been society and legislators. When it is necessary they easily impose certain limitations on judicial

rulemaking. It has already been made in respect of the Court of the Eurasian Economic Union in the legal order. However, the Minsk Court faces difficult tasks concerning the application of the EAEU law and on its formation. Therefore, it is important that the Minsk Court should determine as quickly as possible the precedential nature of its decisions, the possibility of using other sources of law, along with the EAEU Treaty and its secondary law, and how to tie up the national legal system of the member states in a common legal space.

Mark L. Entin - Doctor of Science (Law), Full Professor, Head of the Department of European law, MGIMO University under the MFA of Russia;
Ekaterina G. Entina - Candidate of Science (Political sciences), Assistant Professor, Faculty of World Economy and World Politics, National Research University "Higher School of Economics".

Ключевые слова:

судебное нормотворчество, судебный активизм, Суд ЕС, Европейский Суд по правам человека, Суд ЕАЭС, право ЕС, право ЕАЭС.

Keywords:

judicial law-making, judicial activism, the Court of Justice of the European Union (CJEU), the European Court of Justice, the European Court of Human Rights, the Court of the Eurasian Economic Union, EU law, law of the Eurasian Economic Union (EAEU).

References:

1. Alekseev, S.S. *Sobranie sochinenij v 10 t.* [Collected Works in 10 volumes]. Moscow, 2010.
2. Alekseev, S.S. *Pravo: azbuka – teorija – filosofija. Opyt kompleksnogo issledovanija* [Law: alphabet - theory - philosophy. Experience of complex research]. Moscow, 1999.
3. Ampleeva, E.E., Firsov, V.V. *Praktika Evropejskogo suda po pravam cheloveka po rassmotreniju del v otnoshenii Rossijskoj Federacii (Uchebnoe posobie)* [The practice of the European Court of Human Rights on cases against the Russian Federation (Tutorial)]. Saint Petersburg, 2015.
4. Davydov, K.V. *Problemy kvalifikacii dljashhihsja i prodolzhaemyh administrativnyh pravonarushenij* [Problems of qualifying continuing and ongoing administrative offenses] // *Pravoporjadok: istorija, teorija, praktika* [Public order: history, theory, practice]. Chelyabinsk, 2015. № 1 (4).
5. Dashwood, A.A., Hillion, C. *The General Law of EC External Relations*. London, 2000.
6. *Konvencija Organizacii Ob#edinennyh Nacij po morskomu pravu (UNCLOS)* [United Nations Convention on the Law of the Sea] (zakljuchena v g. Montego-Bej 10.12.1982) (s izm. ot 23.07.1994). Official website of the United Nations // URL: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf
7. Lenaerts, R., Nuffel, van P. *Constitutional Law of the European Union*, 2nd edition, London, 2005.
8. Lenaerts, K., Nuffel, van P., Bray, R., Cambien, N. *European Union law*, London, 2011.
9. Neshataeva, T.N. *Evrzjiskaja integracija: rol' Suda* [Eurasian integration: the role of the Court]. Moscow, 2015.
10. Strik, P. *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*. Oxford and Portland, 2014.
11. Sychenko, E.V. *Nekotorye aspekty jevoljucii Evropejskoj konvencii po pravam cheloveka* [Some aspects of the evolution of the European Convention on human rights] // *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom* [Labour law in Russia and abroad]. Moscow, 2014. № 4.
12. Tridimas, T., Eeckhout, P. *The External Competences of the Community and the Case-Law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism*, Yearbook of European Law, 1994. Vol. 14.

13. Tumanov, V.A., Entin, L.M. Kommentarij k Konvencii o zashhite prav cheloveka i osnovnyh svobod i praktike ejo primenenija [A commentary on the Convention on the protection of human rights and fundamental freedoms and practice of its application]. Moscow, 2002.
14. Ustav Organizacii Ob#edinennyh Nacij [United Nations Charter] (Prinjat v g. San-Francisko 26.06.1945). Official website of the United Nations // URL: <http://www.un.org/ru/charter-united-nations/>
15. Filaret Igumen (Bulekov). «Delo o raspjatijah v shkole»: pobeda zdravogo smysla [«The case of crucifixes in schools»: a victory of common sense], Moscow, 2011 // URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/1433483.html>
16. Entin, L.M. Evropejskoe pravo. Pravo Evropejskogo Sojuza i pravovoe obespechenie zashhity prav cheloveka: uchebnik, 3-e izd., peresm. i dop [European law. European Union law and the legal protection of human rights: a textbook, 3rd ed.]. Moscow, 2011.
17. Entin, M.L. Mezhdunarodnye sudebnye uchrezhdenija [International judicial institutions]. Moscow, 1984.
18. Entin, M.L. Pravovye aspekty zapadnoevropejskoj integracii: Sud Evropejskih soobshhestv [Legal aspects of European integration: the Court of the European communities]. Moscow, 1987.
19. Entin, M.L. Mezhdunarodnye garantii prav cheloveka (praktika Soveta Evropy)[International guarantees of human rights (practice of the Council of Europe)]. Moscow, 1992.
20. Entin, M.L. Mezhdunarodnye garantii prav cheloveka: opyt Soveta Evropy [International human rights guarantees: the experience of the Council of Europe]. Moscow, 1997.