

Общие принципы права в эпоху конституционной идентичности (часть 1)

*Должиков Алексей Вячеславович,
доцент кафедры конституционного права
Санкт-Петербургского государственного университета,
кандидат юридических наук, доцент
a.dolzhikov@spbu.ru*

Автор анализирует общие принципы права в конституционном правосудии. Данной феномен рассматривается с учетом распространения доктрины конституционной идентичности в правоправедении и практике Конституционного Суда РФ. Статья состоит из двух частей. Ее первая часть посвящена анализу общих принципов права и использованию юридической латыни в конституционном правосудии. Отдельное внимание уделяется международному праву. Проводится отличие международного обычая и общих принципов права. Обосновывается тезис о том, что сущность общих принципов права состоит в их отнесении к неписаному праву. В историческом плане общие принципы права немыслимы вне юснатурализма как типа правопонимания. Основные тезисы настоящей работы иллюстрируются на примере принципа соразмерности.

Ключевые слова: общие принципы права, конституционная идентичность, принцип соразмерности, международный обычай, естественное право, неписаное право.

1. Проблема общих принципов права в конституционном правосудии

Внимание к феномену общих принципов права в эпоху конституционной идентичности может показаться непозволительным идеализмом. Обращение к этой теме для анализа практики конституционного правосудия в России и вовсе чревато обвинениями в немодном нынче космополитизме. Однако анализ судебных доктрин, противоположных по смыслу конституционной идентичности, способствует здоровой академической дискуссии о ключевых проблемах конституционализма.

Сам по себе вопрос о принципах права более чем разработан еще в советской теории права¹. Одновременно внимание к рассматриваемой группе принципов за редким исключением² явно не соответствует их роли в конституционном

правосудии. Да и сама категория «общие принципы права» непривычна для российской юриспруденции. Обращение Конституционного Суда РФ к общим принципам права³ или общеправовым принципам⁴ нельзя считать обычным явлением в правоприменительном процессе хотя бы с точки зрения социалистической традиции. В переходный период российская конституционная юстиция в этой части выступала в авангарде развития права. Именно здесь были использованы новые приемы судейской техники, непривычные для прежней правовой культуры. Наряду со ссылками на свои предыдущие позиции Конституционный Суд РФ «культивировал» неведомые советскому законодательству и рядовому правоприменителю принципы правовой определенности, соразмерности, поддержания доверия к закону, недискриминации и др.

Эти идеи с трудом можно извлечь непосредственно из конституционного текста. Например, отыскать принцип определенности в ст. 19 Конституции РФ можно лишь путем цепочки аргументов. С таким же успехом его можно было вывести из правовой государственности либо из понятия права в целом. Такие неписанные конституционные формулы отличались от понятных

¹ См.: Александров Н.Г. Социалистические принципы советского права // Советское государство и право. 1957. № 11. С. 16–29; Лукашева Е.А. Принципы социалистического права // Советское государство и право. 1970. № 6. С. 21–23.

² См.: Ведяхин В.М., Галузин А.Ф. Конституционный Суд РФ об общеправовых принципах // Российский юридический журнал. 2009. № 1. С. 180–186; Гаджиев Г.А. Принципы конституционного права, общие принципы права и конституционные принципы // Конституция и законодательство. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2003. С. 37–44; Умнова И.А. О тенденции расширения судебной практики применения норм Конституции РФ в единстве с общими принципами права // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 6. С. 3–6.

³ См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 6 февраля 2018 г. № 6-П // СЗ РФ. 2018. № 8. Ст. 1272.

⁴ См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 9 ноября 2018 г. № 39-П // СЗ РФ. 2018. № 47. Ст. 7316.

отечественному юристу принципов социалистической законности или социальной справедливости тем, что приобрели сугубо инструментальную роль в качестве основания конституционного контроля законодательства. Будучи переведенными в практическую плоскость, общие принципы права также отличаются от основных начал советского законодательства, как отличается промышленный дизайн от соцреализма. И дело не столько во вкусовых предпочтениях. Разница в функциональном предназначении обоих феноменов. Роль, которую играл социалистический реализм в советской системе, очевидна. Цель же настоящей работы состоит в уточнении юридической природы общих принципов права и их значении в конституционном правосудии.

Отсылка в названии настоящей работы к модной ныне концепции не означает желание автора глубоко проанализировать конституционную идентичность, которой российские исследователи уже уделили много внимания⁵. Эта концепция не нова. Она и родственные ей доктрины (культурный релятивизм⁶ и свобода усмотрения⁷ в международном праве прав человека, оригинализм в американском конституционализме⁸, конституционный патриотизм⁹ и т.д.) напоминают извечный спор западников и славянофилов.

В современных условиях подобные доктрины нашли благодатную почву на фоне антизападных и изоляционных концепций, традиционных для социалистической юриспруденции. Поэтому

основной авторский тезис состоит в недопустимости за фасадом модной доктрины искажения истинного смысла конституционализма и оправдания расширяющегося вмешательства публичной власти в сферу индивидуальных свобод. В конечном счете общие принципы права в конституционном правосудии выступают средством судебного контроля законодательства (ст. 125 Конституции РФ), способного чрезмерно посягать на высшую ценность человека, его достоинства и неотъемлемых основных прав (ст. 2, ч. 2 ст. 17, ч. 1 ст. 21, ч. 2 ст. 55 Конституции РФ). В отличие от этих ясно выраженных в конституционном тексте предписаний доктрина конституционной идентичности не имеет прямого текстуального нормативного основания. Важно помнить, что она не более чем плод своеобразного «спиритуализма», когда Конституционный Суд РФ опирается не столько непосредственно на конституционные нормы, сколько извлекает новые смыслы из «духа» абстрактных конституционных положений. В этом известная уязвимость указанной доктрины по сравнению с буквальным либеральным замыслом конституционного законодателя, стремившегося предотвратить недавний произвол социалистического государства. Такое историческое толкование социально-политических условий разработки конституционного текста представляется актуальным для понимания общих принципов права сегодня.

Работа не претендует на исчерпывающий догматический анализ общих принципов права. Глубину этого вопроса оставим философии права. В то же время даже на уровне терминологии российские юристы-теоретики достаточно самобытны и нередко находятся за рамками универсального юридического дискурса. В зарубежной доктрине распространен термин «общие принципы права» (от англ. *General Principles of Law*; от нем. *allgemeine Rechtsgrundsätze*; от франц. *Les principes généraux de droit*). В российском правоведении чаще используется категория «общеправовые принципы», которая не известна за рубежом и скорее уместна в качестве синонима для анализируемого феномена.

Природа общих принципов права важна с прикладной точки зрения. В конституционном правосудии можно отталкиваться от уже ставшей хрестоматийной дефиниции этих принципов в ранней практике Конституционного Суда РФ. Согласно Постановлению от 27 января 1993 г. № 1-П, общеправовые принципы, к которым отнесены справедливость, юридическое равенство, гарантированность государством конституционных прав, возмещение государством

⁵ См.: Блохин П.Д. Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6. С. 62–81; Гаджиев Г.А. О судебной доктрине конституционной идентичности // Судья. 2017. № 12. С. 31–34; Грачева С.А. Развитие концепта конституционной идентичности в связи с поиском подходов к разрешению конвенционно-конституционных коллизий и конфликтов // Журнал российского права. 2018. № 9. С. 52–64; Глебов И.Н. Глобализация и конституционная идентичность России / И.Н. Глебов, М.В. Чеишвили // Вестник Московского университета МВД России. 2004. № 4. С. 50–53; Джагарян А.А. Российский конституционализм: в поисках идентичности // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6. С. 82–100; Зорькин В.Д. Конституционная идентичность России: доктрина и практика // Журнал конституционного правосудия. 2017. № 4. С. 1–12.

⁶ См.: Donnelly J. Cultural relativism and universal human rights // *Human Rights Quarterly*. 1984. Vol. 6. № 4. P. 400–419; Teson F.R. International Human Rights and Cultural Relativism // *Virginia Journal of International Law*. 1985. Vol. 25. № 4. P. 869–898.

⁷ См.: Legg A. The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012. 264 p.

⁸ См.: Голдобина З.Г. Активизм и оригинализм в деятельности Верховного Суда и политико-правовой доктрине США // Российский юридический журнал. 2006. № 3. С. 81–88; Scalia A. Originalism: The lesser evil // *University of Cincinnati Law Review*. 1988. Vol. 57. P. 849–866.

⁹ См.: Барциц И.Н. Конституционный патриотизм: четыре европейские реинкарнации и российская версия. М.: Дело, 2018. 92 с.; Michelman F.I. Morality, Identity and “constitutional patriotism” // *Ratio Juris*. 2001. Vol. 14. № 3. P. 253–271.

причиненного личности ущерба, «обладают высшей степенью нормативной обобщенности, предопределяют содержание конституционных прав человека, отраслевых прав граждан, носят универсальный характер и в связи с этим оказывают регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений. Общеобязательность таких принципов состоит как в приоритетности перед иными правовыми установлениями, так и в распространении их действия на все субъекты права»¹⁰. Данная дефиниция позволяет выделить ряд признаков, присущих общим принципам права (абстрактный характер, универсальная и межотраслевая сфера действия, общеобязательность, предметная и персональная приоритетность). Эти признаки отличают общие принципы права от иных юридических феноменов. Некоторые из этих признаков в работе будут проанализированы более подробно. Ведь единообразное понимание этих признаков важно для сторон конституционного судопроизводства. Так, в делах о защите конституционных прав общие принципы права, несомненно, относятся к вопросам применимого права и имеют ключевое значение в процессе юридической аргументации.

2. Соразмерность как общий принцип права

Основные тезисы настоящей работы иллюстрируются на примере соразмерности¹¹. Данный принцип не имеет должной текстуальной основы в действующей Конституции РФ. Использование в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ однокоренного существительного «мера» не может служить его достаточным нормативным обоснованием. Лишь косвенно этот принцип можно обнаружить в отраслевом законодательстве. Тем не менее соразмерность широко используется в практике Конституционного Суда РФ. В 2018 г. Конституционный Суд РФ ссылается на принцип соразмерности (пропорциональности) в 29 из 47 своих постановлений, в то время как доктрина конституционно-правовой идентичности в 2018 г. встречается лишь в одном постановлении¹². Интересно, что проведенная 14 мая 2019 г. в Конституционном Суде РФ международная

конференция совместила в названии рассматриваемые феномены («Конституционная идентичность и универсальные ценности: искусство соразмерности»)¹³.

Хотя чаще всего соразмерность в практике судебного стража российского Основного закона называется конституционным принципом, в значительном числе его решений эта идея относится к числу общеправовых принципов. Например, в Постановлении от 15 июля 1999 г. № 11-П подчеркивается, что «в выборе принудительных мер законодатель ограничен требованиями справедливости, соразмерности и иными конституционными и общими принципами права»¹⁴. Применительно к защите конституционных прав особо отмечается необходимость соблюдения «общих принципов права, таких как справедливость, равенство и соразмерность, которым надлежит следовать при введении тех или иных ограничений прав и свобод»¹⁵.

Аналогичным образом в зарубежной доктрине и судебной практике соразмерность определяется в качестве общего принципа права. По мнению немецкого профессора Клауса Штерна (Klaus Stern) соразмерность относится к числу общих принципов права (от нем. — Allgemeine Rechtsgrundsätze)¹⁶. Такой доктринальный подход подтверждается практикой Федерального Конституционного Суда Германии. В решении от 5 августа 1966 г. этот суд непосредственно ссылается на «общеправовой принцип соразмерности» (от нем. «allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit»)¹⁷. Тем самым соразмерность нужно отнести к числу общих принципов права и проанализировать их юридическую природу. Начать можно с обращения к юридической латыни.

3. Юридическая латынь в конституционном правосудии

Общие принципы права в практике конституционного правосудия можно косвенно распознать по использованию латинских юридических выражений. Вопрос о рецепции римского права глубоко исследован в отечественной дореволю-

¹⁰ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 января 1993 г. № 1-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 1993. № 2–3.

¹¹ Авторские подходы см.: Должиков А.В. Принцип соразмерности конституционно-судебной защиты основных прав в РФ // Эффективность законодательства и современные юридические технологии / отв. ред. Т.Я. Хабриева. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2009. С. 68–72. URL: https://zakon.ru/publication/princip_sorazmernosti_konstitucionno-sudebnoj_zaschity_osnovnyh_prav_v_rf (дата обращения: 01.08.2019).

¹² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2018 г. № 44-П // СЗ РФ. 2018. № 51. Ст. 8095.

¹³ URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3478> (дата обращения: 01.08.2019).

¹⁴ СЗ РФ. 1999. № 30. Ст. 3988.

¹⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П // СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2892.

¹⁶ См.: Stern K. Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes // Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag / hrsg. von Peter Badura; Rupert Scholz. München: Beck, 1993. S. 165–175. S. 169.

¹⁷ Teilurteil des Ersten Senats vom 5. August 1966, 1 BvR 586/62, 610/63 und 512/64 [Spiegel] // BVerfGE. Bd. 20. S. 162, 186.

ционной¹⁸ и современной юриспруденции¹⁹. При этом в континентальной доктрине в отличие от стран общего права не обращается внимание на вопросы использования римского права (латыни) в судебных актах²⁰.

Заслуживает внимания тот факт, что сейчас среди юристов-практиков использование общими судами латыни вызывает активное обсуждение и даже резкую критику в связи с требованием об осуществлении судопроизводства на русском языке²¹. Вместе с тем участники дискуссии считают допустимым использование латыни в доктрине и практике Конституционного Суда РФ²². Однако в целом тема применения юридической латыни в конституционном правосудии не стала еще предметом самостоятельного изучения.

В практике Конституционного Суда РФ встречаются следующие юридические максимы на латыни — *audi alteram partem* (выслушать обе стороны²³); *pacta sunt servanda* (договоры должны соблюдаться)²⁴, *lex posterior derogat priori* (последующий закон отменяет предыдущие)²⁵; *lex specialis derogat generali* (специальный закон от-

меняет общий)²⁶, *res judicata* (решенное дело)²⁷ и др. При этом общие принципы права нельзя сводить исключительно к юридической латыни: в конституционном судопроизводстве встречаются такие принципы и без привязки к этому мертвому языку. Так, Конституционный Суд РФ применяет без ссылок на латынь общеправовой принцип добросовестности²⁸, хотя *bona fides* и признается важной частью наследия римского права²⁹.

Принцип соразмерности не был знаком римскому праву, хотя саму идею и ее отдельные элементы в современном понимании можно обнаружить в отдельных латинских выражениях. В этой связи заслуживает внимания точка зрения Франца Виакера (Franz Wieacker). По мнению видного немецкого историка права, в Древнем Риме «в общих чертах данный принцип, как это будет оставаться и в дальнейшем, выводился из трех групп источников [от нем. — *Quellströme*]: прежде всего из древней идеи ограничения воздающей справедливости (*iustitia vindicativa*) и пропорционального воздаяния за проступок (Соразмерность 1); затем из постулата распределяющей справедливости (*iustitia distributiva*, Соразмерность 2) и, наконец, из идеи (с давних пор действенной, а сегодня почти практически всемогущей) о том, что право должно служить благу индивидов или общества и вытекающего из этого ограничения использования законных средств посредством их целесообразности, а также посредством пропорционального отношения средства и цели (Соразмерность 3)³⁰. Тем самым наблюдается тесная взаимосвязь соразмерности с отдельными формами справедливости, которые можно обнаружить и сейчас в любом правовом порядке.

Нередко латинские юридические выражения связываются с общими принципами права в особых мнениях судей Конституционного Суда РФ. В частности, уместным следует признать использование латинизма *a fortiori* судьей В.О. Лучиным в споре, касавшемся полномочий об отстранении Генерального прокурора РФ на время уголовного расследования. В своем особом мнении, не согласившись с отнесением этого вопроса к компетенции главы государства, судья подчеркнул, что «именно Совет Федерации, в отличие от

¹⁸ См.: Дювернуа Н.Л. Значение римского права для русских юристов. Ярославль: Тип. Г. Фальк, 1872. 25 с.; Крылов Н. Об историческом значении римского права в области наук юридических. М.: Университет. тип., 1838. 66 с.; Муромцев С. Рецепция римского права на Западе. М.: Тип. А.И. Мамонтова и Ко, 1886. 159 с.

¹⁹ См.: Кофанов Л.Л. Формирование системы римского права: к вопросу о причинах многовековой рецепции // Древнее право. 1999. № 1. С. 56–62.

²⁰ См.: Bryson W.H. The Use of Roman Law in Virginia Courts // The American Journal of Legal History. 1984. Vol. 28, № 2. P. 135–146; Hartnick A.J. The use of latin in law today // New York State Bar Journal. 1994. Vol. 66. P. 39; Macleod P.R. Latin in legal writing: an inquiry into the use of Latin in the modern legal world // Boston College Law Review. 1997. Vol. 39. P. 235–251.

²¹ См.: ч. 1 ст. 30 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (в ред. от 29 июля 2018 г.) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447; ч. 1 ст. 12 Арбитражного процессуального кодекса РФ от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (в ред. от 25 декабря 2018 г.) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012; ч. 1 ст. 9 Гражданского процессуального кодекса РФ от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (в ред. от 27 декабря 2018 г.) // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532; ч. 1 ст. 12 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ (в ред. от 27 декабря 2018 г.) // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391; ч. 1 ст. 18 Уголовно-процессуального кодекса РФ от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в ред. от 27 декабря 2018 г.) // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

²² См.: Исмагилова Г. *Ratio scripta* в Андроповском суде. Почему судья из Ставропольского края активно использует латынь в своих решениях (01.03.2019) // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/discussion/2019/3/1/ratio_scripta_v_andropovskom_sude_pochemu_sudya_iz_stavropolskogo_kraya_aktivno_ispolzuet_latyn_v_s (дата обращения: 01.08.2019).

²³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 12 марта 2001 г. № 4-П // СЗ РФ. 2001. № 12. Ст. 1138.

²⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2012 г. № 11-П // СЗ РФ. 2012. № 21. Ст. 2697.

²⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П // СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2804.

²⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 13 апреля 2017 г. № 11-П // СЗ РФ. 2017. № 17. Ст. 2655.

²⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 5 декабря 2007 г. № 2-П // СЗ РФ. 2007. № 7. Ст. 932.

²⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 13 февраля 2018 г. № 8-П // СЗ РФ. 2018. № 9. Ст. 1435.

²⁹ См.: Дождев Д.В. Добросовестность (*bona fides*) как правовой принцип. URL: <http://www.igpran.ru/public/articles/3187/> (01.08.2019).

³⁰ Wieacker F. *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung* // *Festschrift für Robert Fischer* / hrsg. von M. Lutter. Berlin, New York, 1979. S. 874–875.

Президента, наделен Конституцией ключевым, решающим для выполнения служебных функций Генеральным прокурором полномочием — назначением и освобождением от занимаемой должности. Утверждение Конституционного Суда [об ином]... не учитывает общепризнанного принципа (правовой аксиомы) толкования права в сфере публичных отношений — “a fortiori” (кто управомочен или обязан к большему, тот управомочен или обязан к меньшему)³¹. Данное мнение, с одной стороны, является достаточно убедительным, так как в ситуации, когда конституционные нормы непосредственно не регулируют спорный вопрос, ссылка на принцип, известный со времен римского права, несомненно, добавляет веса юридической аргументации. Следование таким максимам призвано напомнить о правовом наследии, которое объединяет Россию с иными европейскими государствами. Ведь общие принципы права отражают закономерности правотворчества и правоприменения, так ясно нашедшие выражение в римском праве.

С другой стороны, судья В.О. Лучин не совсем корректен в окончании латинского термина (a fortiori вместо a fortiori³²). Такой недостаток содержательно не снижает ценности используемого латинизма в обосновании особого мнения судьи. Применение общих принципов права требует знаний латыни и ставит проблему допустимости модернизации римского права. Кроме того, отождествление российским правоведом представленного латинского выражения с правовой аксиомой не решает проблемы их источника. Не ясна также причина ограничения сферы действия данного принципа публичными отношениями. Наиболее очевидно влияние латыни и римского права на гармонизацию гражданского законодательства³³. Наконец, определение судьей рассматриваемого латинизма в качестве общепризнанного принципа обращает внимание на место данного феномена в международном праве.

4. Общие принципы права и международное право

Хотя предмет настоящей работы ограничен национальным правосудием, анализ общих принципов права немаловажен без обращения к международному праву. Очевидным источни-

ком проникновения общих принципов права в практику Конституционного Суда РФ, особенно на начальных этапах, выступала международная правовая система. Так, принцип соразмерности среди прочего был позаимствован из практики Европейского Суда по правам человека³⁴, о чем свидетельствует хотя бы схожая терминология (пропорциональность, справедливый баланс интересов и т.д.). В международном праве рассматриваемые принципы как самостоятельный феномен получили наиболее глубокое осмысление³⁵, включая несколько монографических исследований³⁶ и фундаментальных научных статей³⁷. Актуальность темы демонстрирует начавшаяся кодификация Комиссией международного права ООН вопроса об общих принципах права³⁸.

На первый взгляд пристальное внимание к рассматриваемой теме в международном праве объясняется нормативными причинами. Категория «общие принципы права» получила текстуральное закрепление в Статуте Постоянной палаты международного правосудия Лиги Наций от 16 декабря 1920 г. в качестве источника применимого права. Согласно ст. 38 Статута, данный международный орган применяет среди прочего

³¹ Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ В.О. Лучина к Постановлению Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1999 г. № 17-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1999. № 6.

³² См.: Латинская юридическая фразеология / сост. Б.С. Никифоров. М.: Юрид. лит., 1979. С. 16.

³³ См.: Суханов Е.А., Кофанов Л.Л. Влияние римского права на новый Гражданский кодекс Российской Федерации // Древнее право. 1999. № 1. С. 7–17.

³⁴ Более подробно об этом: Должиков А.В. Применение принципа соразмерности ограничения основных прав Европейским Судом по правам человека при рассмотрении «российских дел» // Практика Европейского Суда по правам человека и российская правовая система / под ред. Д.В. Красикова. Саратов: Саратовский ГАУ, 2006. С. 46–67. URL: https://zakon.ru/publication/primenenie_principa_sorazmernosti_ogranicheniya_osnovnyh_prav_evropejskim_sudom_po_pravam_cheloveka (дата обращения: 01.08.2019).

³⁵ На настоящий момент в авторитетной библиографической базе данных Института сравнительного публичного права и международного права им. Макса Планка (г. Гейдельберг, ФРГ) только по общим вопросам данной темы насчитывается более 100 изданий на разных языках. См.: http://aleph.mpg.de/F?func=find-b&local_base=vrh01&find_code=WRE&CON_LNG=ENG&request=%22VR%205.4.1%22 (дата обращения: 01.08.2019).

³⁶ См.: Cheng B. General principles of law, as applied by international courts and tribunals. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006 [1953]. 490 p.; General Principles of Law: The Role of the Judiciary / ed. L. Pineschi. Cham: Springer, 2015. 297 p.; Kotuby Ch.T., Sobota L.A. General principles of law and international due process: principles and norms applicable in transnational disputes. New York: Oxford University Press, 2017. 281 p.

³⁷ См.: Degan V.-D. General principles of law // The Finnish yearbook of international law. 1992. Vol. 3. P. 1–102; Friedmann W. The uses of «General Principles» in the development of international law // American Journal of International Law. 1963. Vol. 57. № 2. P. 279–299; Lammers J.G. General Principles of Law Recognized by Civilized Nations // Essays on the Development of the International Legal Order: in Memory of Haro F. van Panhuys / ed. F. Kalshoven, P.J. Kuypers, J.G. Lammers. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980. P. 53–75.

³⁸ См.: Первый доклад об общих принципах права, подготовленный Специальным докладчиком Марсело Васкес-Бермудесом, Комиссия международного права ООН, 5 апреля 2019 г., A/CN.4/732. URL: <http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/732&referer=http://legal.un.org/ilc/&Lang=R> (дата обращения: 01.08.2019).

«общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» (п. 3)³⁹. Текст этой нормы был воспроизведен в подп. «с» п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда ООН от 26 июня 1945 г. (далее — Статут)⁴⁰ с единственным добавлением. Действующая редакция требует от Суда разрешать споры на основании международного права.

Хотя такая поправка связана с желанием ограничить свободу Суда в выборе применимых источников, первоначальное понимание общих принципов права связывалось с восполнением пробелов при отсутствии договорных или обычных норм. Предполагалось, что международные судьи будут обращаться к некоему сравнительно-правовому исследованию с тем, чтобы избежать ситуации *non liquet* (от лат. «не ясно»)⁴¹.

Подобное понимание общих принципов права подтверждается историческим толкованием ст. 38 Статута, в том числе подготовительными материалами. По мнению бельгийского юриста Эдуарда Декампа (Édouard Descamps), под понятием общих принципов права имелись в виду «правила объективной справедливости, во всяком случае, поскольку они имеют неоднозначное подтверждение в конкурирующих доктринах юридических советников государств и общественного сознания цивилизованных наций»⁴². Британский юрист Роберт Филлимор (Robert Phillimore) предложил под общими принципами права понимать те из них, которые «были признаны всеми странами *in foro domestico*, в том числе отдельные процессуальные принципы, принцип добросовестности (*bona fide*), принцип *res iudicata* и т.д.»⁴³.

Являясь одним из трех основных источников (наряду с договором и обычаем), общие принципы права в то же время редко используются международными судами со ссылкой на ст. 38 Статута. Пристальное внимание к вопросу об общих принципах права в международной доктрине можно объяснить концептуальными причинами. Этот феномен (вместе с универсальными договорными и обычными нормами) при всей разнице культур отдельных государств позволяет выделить некое ядро основополагающих начал

и ценностей в международно-правовой системе. Забвение общего международного права чревато серьезными негативными последствиями. Показательно мнение Альфреда Фердросса (Alfred Verdross), который в послевоенное время обратил внимание на роль «совпадающих правовых принципов» различных народов для определения сущности международного права. По верному наблюдению австрийского юриста, «значение этих правовых принципов для международного права может быть негативно подтверждено тем фактом, что международное сообщество переживает тяжелые потрясения, когда какой-либо народ или группа народов пытается отделиться от общего правового начала человечества... международное сообщество тем сильнее, чем большему числу понятий будет придано одинаковое значение. Напротив, международное сообщество должно будет распасться, как только вообще перестанут применяться общие ценности»⁴⁴. Этот вывод объясняет трудности понимания этих принципов в советском правоведении, сохраняющиеся по сей день.

В отечественном международном праве понимание рассматриваемого феномена изрядно запутано. отождествление общих принципов права с исходными началами национальных правопорядков, как это вытекает из подготовительных материалов к ст. 38 Статута, не признавалось советскими учеными. Такой подход прежде всего объясним идеологическими причинами. По мнению профессора Г.И. Тункина, «не существует нормативных принципов, которые были бы общими для двух противоположных систем права: социалистического и буржуазного. Принципы этих правовых систем, даже в тех случаях, когда они внешне представляются одинаковыми, в корне отличны по своей классовой природе, роли в обществе и целям»⁴⁵. В условиях биполярной системы трудно представить наличие единой системы базовых юридических начал для кардинально отличающихся правопорядков.

Существование этих принципов как отдельного источника права советскими учеными попросту игнорировалось еще и потому, что противоречило волюнтаристскому пониманию международного права. Показательна позиция по проблеме источников общего международного права профессора Г.И. Тункина. Выдающийся советский международник незадолго до своей смерти в 1993 г. поставил стратегически важный вопрос о формировании доктрины господства права как основы универсальных норм этой пра-

³⁹ URL: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01_1e_edition.pdf (дата обращения: 01.08.2019).

⁴⁰ См.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XII. М., 1956. С. 47–63.

⁴¹ См.: Stone J. *Non liquet and the function of law in the international community* // *British Year Book of International Law*. 1959. Vol. 35. P. 124–161.

⁴² League of Nations. *Advisory Committee of Jurists for the Establishment of a Permanent Court of International Justice. Procès-verbaux of the proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, with annexes / introduction Jorg Kammerhofer*. Clark : Lawbook Exchange, 2005. P. 324.

⁴³ *Ibid.* P. 335.

⁴⁴ Фердросс А. *Международное право*. М. : Изд-во иностр. лит., 1959. С. 31–32.

⁴⁵ Тункин Г.И. *Теория международного права*. М. : Зерцало, 2006. С. 176.

вовой системы⁴⁶, тем не менее совершенно проигнорировав роль рассматриваемых принципов в создании общего международного права. При этом в самой статье имеется ссылка на мнение профессора Мануэля Диес де Веласко (Manuel Díez de Velasco) о том, что «практически все общее международное право состоит из обычных норм и общих принципов права» и что «договорное международное право не имеет универсального характера»⁴⁷. Важно отметить, что наряду с академической карьерой этот испанский международник был судьей Конституционного Суда Испании (1980–1986 гг.) и Суда Европейских Сообществ (1988–1994 гг.), а потому имел представление о практике применения этих принципов в конституционном и международном судопроизводстве.

Игнорирование советской доктриной роли общих принципов права в формировании универсальных норм международного права (наряду с обычаями и многосторонними договорами) можно объяснить неприятием тех источников права, в формировании которых не проявляется либо слабо выражен консенсус государств. Использование общих принципов права позволяет судьям нередко обеспечивать прогрессивное развитие права в обход воли государственных органов и иных «политических» акторов. Известный своей теорией согласования воли государств профессор Г.И. Тункин просто не мог допустить наличия источников, в которых бы не был выражен консенсус основных субъектов международного права.

Неприятие общих принципов права Г.И. Тункиным, который долгое время проработал в Министерстве иностранных дел СССР (1939–1965 гг.), обусловлено еще и тем, что социалистическая правовая традиция была категорически несовместима с судебным контролем с помощью общих принципов права возможного законодательного и административного произвола. Не случайно наиболее либеральные компаративисты не рассматривают советское право даже в качестве правопорядка в собственном смысле слова. Так, канадский профессор Патрик Х. Гленн (Patrick H. Glenn) отождествляет советское право с «оксюмороном (грубое, лицемерное и чрезмерное применение политической власти)»⁴⁸. Данное определение наряду с аргументом о неправовом характере советского законодательства содержит утверждение и об отрицании идеи соразмерности, в том числе ряда ее структурных элементов. Грубость или жестокость (от англ. — brutal) не

соответствует требованию необходимости или менее обременительного средства. Лицемерность (от англ. — hypocritical) предполагает преследование государством скрытых целей на фоне официально декларируемых высоких публичных устремлений. Наконец, тезис о чрезмерном (от англ. — overweeping) осуществлении государственной власти противоречит самой сути соразмерности. Приведенная оценка советского права излишне радикальна и была подвергнута критике со стороны компаративистов, которые более глубоко занимаются постсоветским правом⁴⁹.

В то же время заслуживает внимания более умеренная точка зрения О.С. Иоффе, который отлично понимал сущность советского права и был способен, находясь с 1981 г. в эмиграции, дать его независимую оценку. По мнению этого профессора Ленинградского университета, «тогда как общее право в Соединенных Штатах Америки можно назвать системой правового конституционализма, а континентальное право в Западной Германии получает название системы правового государства (Rechtsstaat), социалистическое право в СССР, напротив, представляет собой систему устанавливаемых государством правовых ограничений, которое само по себе юридически не ограничено»⁵⁰. В условиях отсутствия независимого правосудия, способного реально ограничить произвол органов власти, общие принципы права просто немыслимы для юридической доктрины. Их советские юристы чаще всего отождествляли с международным обычаем⁵¹. Соответственно, следует сравнить эти два источника права.

а. Общие принципы права и международный обычай

Общие принципы права тесным образом связаны с международным обычаем. Причем в большинстве случаев отечественные юристы-международники не проводят различия между этими источниками. Показательно мнение профессора И.И. Лукашука о том, что «общие принципы права не представляют собой какого-то особого источника международного права. Они включаются в международное право и обладают статусом обычных норм в результате признания их как таковых»⁵². С таким утверждением можно

⁴⁶ См.: Tunkin G. Is general international law customary law only // *European Journal of International Law*. 1993. Vol. 4. P. 534–541.

⁴⁷ Ibid. Footnote 5. P. 535.

⁴⁸ Glenn P.H. *Legal Traditions and Legal Traditions* // *The Journal of Comparative Law*. 2007. II. P. 81.

⁴⁹ См.: Батлер У.Э. Россия, правовые традиции мира и изменение права // *Ежегодник сравнительного права*. 2011 / гл. ред. Д.В. Дождев. М.: Статут, 2011. С. 6–11.

⁵⁰ Ioffe O.S., Maggs P. *Soviet law in theory and practice*. London; New York: Oceana Publications, 1983. P. 2.

⁵¹ См.: Корецкий В.М. Общие принципы права в международном праве / отв. ред. С.Б. Крылов. Киев: Изд-во АН УССР, 1957. С. 45.

⁵² Лукашук И.И. *Нормы международного права в правовой системе России*. М.: Спарк, 1997. С. 9.

согласиться лишь отчасти. Действительно рассматриваемые принципы могут приобретать форму обычая, а равно закрепляться в договорах и иных источниках международного права. От фиксации содержания конкретного принципа в иной форме не меняется природа исходного феномена.

Для разграничения этих двух источников международного права можно кратко охарактеризовать признаки обычая. Согласно подп. «б» п. 1 ст. 38 Статута, обычай определяется «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». В соответствии с решением Международного Суда ООН от 3 июня 1985 г. установить международный обычай можно «в первую очередь, взглянув на реальную практику и *opinio juris* государств»⁵³. Тем самым требуется доказать два элемента обычая: 1) объективный (всеобщая практика государств) и 2) субъективный (*opinio juris* или убежденность в юридической обязательности этой практики).

На первый взгляд, обычаи и общие принципы права действительно похожи, в том числе необходимостью их признания. Однако можно увидеть несколько ключевых отличий. Разницу между двумя источниками можно показать на примере принципа *pacta sunt servanda*. Изначально этот общий принцип права, пришедший по аналогии из национального частного права, оказался востребованным для договорного регулирования межгосударственных отношений. Здесь до сих пор господствует преимущественно децентрализованное нормотворчество равных между собой субъектов. Во многом поэтому приведенный принцип со временем стал международным обычаем. Этот факт подтверждается практикой взаимного выполнения заключаемых международных соглашений и убежденностью государств в обязательности этой практики.

При этом *pacta sunt servanda* не перестал быть универсально распространенным общим принципом национального частного договорного права. Аналогичным образом не меняется природа этого принципа в случае документального оформления в международных договорах. Получив универсальное договорное признание в Уставе ООН от 26 июня 1945 г. (п. 2 ст. 2⁵⁴) и ст. 26 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г.⁵⁵, принцип добросовестного выполнения международных

обязательств приобрел дополнительные характеристики правила *erga omnes* (относительно всех) и даже *jus cogens* (императивной нормы общего международного права).

С этих позиций в качестве одного из главных принципов современного международного права (некоего аналога основ конституционного строя) его можно обнаружить сразу в нескольких правовых формах. При этом в национальном конституционном правосудии в зависимости от контекста этот принцип может выступать в одном (руководящее начало российского договорного права⁵⁶) или в другом проявлении (общепризнанный принцип международного права в целом⁵⁷ и отраслевой принцип права международных договоров⁵⁸). Подобные рассуждения можно применить и для анализа принципа соразмерности, который прошел путь от исходного начала административного и конституционного права отдельных государств до принципа, который широко распространен в основных отраслях современного международного права или вовсе считается структурным элементом формирующегося глобального конституционализма⁵⁹.

Еще одно отличие этих двух источников состоит в том, что при применении общего принципа права судебный орган может разрешить спор помимо воли политических акторов, заполняя лакуны в правовом регулировании. Например, в Консультативном заключении от 28 мая 1951 г. Международный Суд ООН подчеркнул, что договорный запрет геноцида относится к числу «принципов, которые признаны цивилизованными нациями как обязательные для государств, даже без каких-либо договорных обязательств»⁶⁰. Тем самым использование подобных принципов не требует установления консенсуса государств и несомненно повышает свободу судебского усмотрения. Фактически же судья, воспользовавшись таким своеобразным источником права, осуществляет если не нормотворческую деятельность, то, по крайней мере, активное развитие существующих юридических правил. Международный обычай в большей степени зависит от воли государств, включая необходимое

⁵³ Judgment of International Court of Justice of 3 June 1985 «Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)» // International Court of Justice Reports. 1985. P. 29.

⁵⁴ См.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XII. М., 1956. С. 14–47.

⁵⁵ См.: Ведомости Верховного Совета СССР. 1986. № 37. Ст. 772.

⁵⁶ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2012 г. № 11-П // СЗ РФ. 2012. № 21. Ст. 2697.

⁵⁷ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П // СЗ РФ. 2015. № 30. Ст. 4658.

⁵⁸ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 2012 г. № 8-П // СЗ РФ. 2012. № 15. Ст. 1810.

⁵⁹ См.: Sweet A.S., Mathews J. Proportionality balancing and global constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. 2008. Vol. 47. P. 72–164.

⁶⁰ Advisory Opinion of International Court of Justice of 28 of May 1951 «Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide» // International Court of Justice Reports. 1951. P. 23.

доказательство обоих его элементов (всеобщей практики и *opinion juris*).

б. Общие принципы права и общепризнанные принципы международного права

В нашей стране разграничение общих принципов права и обычая в какой-то степени осложнила Конституция РФ, которая в ч. 4 ст. 15 своеобразно определяет перечень источников международного права. Используемая ею наряду с понятием договора категория «общепризнанные принципы и нормы международного права» содержит в себе некоторую двусмысленность. В процессе толкования эту категорию можно отождествлять и с содержанием (нормы и принципы), и с формой международного права. Последний вариант толкования представляется более логичным, иначе конституция смешивала бы «мух» (договоры как форма права) и «котлеты» (нормы и принципы как содержание права). Кончено, для юристов-международников понятие общепризнанных принципов и норм международного права не вызывает особых затруднений. Они ее попросту отождествляют с обычаем⁶¹.

А вот для представителей российской теории права данная конституционная формулировка сложна в понимании. Они часто путают содержание и форму (источники) международного права. Например, заведующий кафедрой теории и истории государства и права В.Н. Карташов (г. Ярославль) в работе, посвященной общепризнанным принципам международного права, открыто признается, что в «месиве» международных актов «не разобраться даже опытным ученым-теоретикам и специалистам-международникам, не говоря уже о наших судьях и других участниках судопроизводства. Поэтому словосочетание “принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом” представляется, мягко выражаясь, неудачным»⁶². При этом юрист-теоретик смешивает общие принципы права с общепризнанными принципами международного права, не говоря ничего об обычае как источнике последних. В итоге он формулирует вывод, что наиболее цивилизованным способом «внедрения» этих принципов в национальное право является международный договор⁶³. Объяснение такому смешению трех источников международного права заключается в стойком позитивизме, который стремится все

многообразии юридических феноменов свести исключительно к писанным правилам.

Отчасти схожие подходы находят выражение в практике российского конституционного правосудия, где к настоящему времени ни разу не был использован термин «международный обычай» или, например, толкование этого источника Международным Судом ООН. Вместо этого Конституционный Суд РФ широко использует понятие общепризнанных принципов и норм международного права. Однако этот феномен также не связывается с международным обычаем. В то же время в конституционной судебной практике имелись дела, где фактически интуитивно применялся международный обычай⁶⁴. Неосознанное использованное данного источника нельзя считать странным. Ведь, например, входящему в помещение мужчине, который снимает головной убор, не приходит в голову проговаривать для себя факт соблюдения некоего обычкновения. Однако неосознанное использование международных обычаев в конституционном судопроизводстве вряд ли отвечает требованию формальной определенности, в связи с чем Конституционному Суду РФ было бы желательно внести ясность в отношении важнейшего источника современного международного права.

Отечественные международники считают, что понятие общепризнанных норм международного права было позаимствовано из немецкого конституционализма эпохи Веймарской республики⁶⁵. Согласно ст. 4 Конституции от 12 августа 1919 г., провозглашалось, что «общепризнанные нормы международного права [Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts] действуют как обязательная составная часть германского имперского права»⁶⁶. Исходя из гипотезы о заимствовании иностранного опыта, обратимся к толкованию действующей ст. 25 Основного закона ФРГ от 8 мая 1949 г., которая гласит: «Общие нормы международного права [Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes] являются составной частью федерального права. Они имеют преимущество перед законами и непосредственно порождают права и обязанности для жителей федеральной территории». По сравнению с Веймарской конституцией это понятие скорее указывает на универсальность правила, но не связывается с признанием, хотя

⁶¹ См.: Зимненко Б.Л. Международное право и правовая система РФ. М.: РАП, Статут, 2006. С. 206.

⁶² Карташов В.Н. О сущности и некоторых видах общепризнанных принципов международного права // Международное публичное и частное право. 2010. №. 1. С. 19.

⁶³ См.: Там же. С. 21.

⁶⁴ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 19 ноября 2009 г. № 1344-О-Р // СЗ РФ. 2009. № 48. Ст. 5867.

⁶⁵ См.: Талалаев А.Н. Общепризнанные принципы и нормы международного права (конституционное закрепление термина) // Вестник Московского университета. Серия 11 Право. 1997. № 3. С. 67.

⁶⁶ См.: Reichsgesetzblatt. 1919. S. 1383. URL: <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html> (дата обращения: 01.08.2019).

такой перевод на русский язык и встречается⁶⁷. В отличие от договоров названные источники не требуют формального выражения согласия государств на их обязательность.

Понятие общих норм международного права нашло официальное истолкование в практике Федерального Конституционного Суда Германии. Согласно решению от 14 мая 1968 г., это понятие представляет собой «прежде всего универсально применяемое международное обычное право, дополняемое общими принципами права... Эти нормы только иногда очевидны, а в большинстве случаев их существование и сфера действия... сначала должны быть установлены»⁶⁸. По сути, страж немецкого Основного закона отождествляет понятие общего международного права с двумя источниками: обычаем и общими принципами права. Проводя аналогию, можно прийти к выводу, что в российском конституционном правосудии относительная неопределенность понятия, предусмотренного ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, может выполнять и положительную роль, а потому в объем конституционной категории «общепризнанные принципы и нормы международного права» условно можно включать наряду с обычаем еще и общие принципы права.

в. Соразмерность как международный обычай и общий принцип права

Такое толкование ч. 4 ст. 15 Конституции РФ применительно к соразмерности позволяет считать его формой сразу два источника — общий принцип права и обычай (общепризнанный принцип международного права). Может показаться, что подобная двойственность формы рассматриваемого принципа лишена всякого смысла. Однако это не так.

На примере соразмерности можно увидеть иные значимые отличия обычаев и общих принципов права. Обычаи могут оформлять не только принципы, но часто и конкретные нормы. Таких более конкретных обычных правил большое число в отраслях международного права — в частности, морского, воздушного, космического. Общие же принципы права по определению представляют собой абстрактное правило.

Кроме того, рассматриваемые два вида источников отличаются по предметной сфере действия. Общие принципы еще в национальном праве обладают достаточно универсальным масштабом своего действия. Хотя соразмерность является изначально в публичном праве, данный

принцип имеет свое выражение также в частном праве и смешанных отраслях законодательства. Классические международные обычаи распространяются на межгосударственные отношения. Именно такое качество приобретает соразмерность в результате заимствования в форме требования о пропорциональности использования государствами силы⁶⁹. В связи с таким различием обычая и общих принципов права интересна систематизация функций, выполняемых соразмерностью в современном международном праве. Директор Института им. Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву Анна Петерс (Anna Peters) предлагает выделять три версии соразмерности в международном праве⁷⁰. Горизонтальная или межгосударственная версия этого принципа регулирует поведение между государствами. Диагональная версия касается взаимоотношений индивидов с государством, когда сталкиваются национальный публичный интерес и частный интерес (в форме фундаментального права). Наконец, вертикальная версия относится к области формирующегося глобального конституционализма (право ВТО, право Европейского Союза). В первой и второй версии соразмерность скорее выступает в качестве обычая, упорядочивая отношения равных субъектов. А вот в третьей версии соразмерность выполняет похожую с внутригосударственным конституционным и административным правом функцию, которая состоит во взвешивании глобального публичного интереса с партикулярными интересами отдельных государств. В этой версии соразмерность вновь трансформируется в общий принцип права в связи с появлением феномена наднациональности. Представленная множественность форм соразмерности определяется тем, что этот принцип служит своего рода средством юридической техники и лишен предметного содержания.

Квалификация соразмерности не только как общего принципа права, но и общепризнанного принципа международного права создает дополнительные трудности, но и имеет неоспоримое преимущество. Интересен вопрос о месте международных обычаев в системе источников конституционных прав, так как преимущественной сферой действия соразмерности является глава 2 Конституции РФ.

В системе источников этой главы соразмерность как общепризнанный принцип должен

⁶⁷ См.: Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 176.

⁶⁸ Beschluß des Zweiten Senats vom 14. Mai 1968, 2 BvR 544/63 [Kriegsfolgelasten II] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 1968. Bd. 23. S. 317.

⁶⁹ См.: Gardam J.G. Necessity, proportionality, and the use of force by states. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2004. 259 p.

⁷⁰ Петерс А. Принцип пропорциональности как глобальный конституционный принцип // Дайджест публичного права. 2018. Вып. 7. С. 110. URL: http://dpp.mpil.de/07_2018/07_2018_102_126.pdf (дата обращения: 01.08.2019).

быть помещен даже раньше норм Основного закона в силу буквального толкования ч. 1 его ст. 17. Такая интерпретация в свое время была распространена среди международников. К примеру, профессор И.И. Лукашук не без оснований полагал, что «общепризнанные принципы и нормы поставлены перед Конституцией»⁷¹. Данный вывод следует из текстуального и системного толкования этой конституционной нормы, которая должна толковаться в качестве *lex specialis* по отношению к общей норме ч. 4 ст. 15 Конституции РФ. Вряд ли ее разработчики поместили нормы конституции после общепризнанных принципов международного права случайно. При рассуждении об абстрактной коллизии конституционных предписаний с международным обычаем такая логика не кажется сильно убедительной.

При обращении к конкретным ситуациям выводы уже не так очевидны. Например, при законодательной конкретизации одного из конституционных прав, предусмотренных главой 2 Конституции РФ, гипотетически может быть принято законодательное решение, которое противоречит международной обычной норме (например, вводится рабство со ссылкой на культурные особенности отдельных российских регионов или обязательные субботники с учетом советских традиций). Либо непосредственно в конституционный текст главы 5 Конституции РФ включается положение, устанавливающее иммунитет для определенных должностных лиц органов исполнительной власти, причастных к совершению военных преступлений или преступлений против человечности. Подобные законодательные или непосредственные конституционные поправки не должны исключаться из предмета конституционного судебного контроля. Игнорирование императивных норм общего международного права со ссылкой на верховенство норм национальной конституции или их выявляемого смысла представляется ошибочным.

В целом такая линия рассуждения не много добавляет к характеристике соразмерности в качестве общего принципа права на практике, но снимает проблему недоверия к нему со стороны сторонников юридического позитивизма. Международный обычай небезосновательно считается наряду с договорами частью позитивного международного права. На этом фоне следует остановиться на вопросе о взаимосвязи типа правопонимания с природой общих принципов права.

⁷¹ Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. № 3. С. 127.

5. Общие принципы права и правопонимание

Интеллектуальным основанием применения судами общих принципов права можно считать естественно-правовую концепцию. В международном праве и национальном правопорядке многих государств юснатурализм исторически являлся распространенным типом правопонимания. Например, в решении международного арбитража от 28 августа 1951 г. прямо отмечалось, что «применение принципов, укорененных в здравом смысле, и обычная практика большинства цивилизованной нации — это своего рода “современное естественное право”»⁷². Похожей точки зрения придерживался Р. Давид. По мнению французского компаративиста, общие принципы отражают «подчинение права велениям справедливости в том виде, как последняя понимается в определенную эпоху и определенный момент»⁷³. Сейчас юснатурализм не играет существенной роли в судебной практике. Хотя нельзя вовсе отрицать его теоретическое значение или востребованность.

С точки зрения позитивизма само понятие общих принципов права немислимо. Так, Г. Кельзен считал, что в целом «сомнительно, существует ли вообще такое понятие, как “общие принципы права, признанные цивилизованными нациями”»⁷⁴. При этом известный позитивист подчеркивал фундаментальные противоречия между государствами в политической и экономических сферах, полагая излишним их распространять еще и на сферу права. Вместе с тем ученый признавал, что сама норма, закрепляющая возможность применения общих принципов права, «безусловно, дает суду значительно большую свободу действий, чтобы разрешать все вопросы, как и любая неопределенная формула»⁷⁵. Здесь сторонник чистого учения о праве фактически допускал, что гипотетическое применение этих принципов дает юстиции значительную дискрецию.

В связи с разницей представлений противоборствующих типов правопонимания на общие принципы права интересна умеренная оценка Ласса Оппенгейма (Lassa Oppenheim). По мнению этого немецкого правоведа, закрепление общих

⁷² См.: *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, Award, 28.8.1951 // *International Law Reports*. 1951. Vol. 18. № 37. P. 149. DOI: 10.1017/cbo9781316151457.056 (дата обращения: 01.08.2019).

⁷³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1998. С. 111.

⁷⁴ Kelsen H. *The Law of the United Nations, a Critical Analysis of its Fundamental Problems. With Supplement*. New York: F.A. Praeger, 1951. P. 533.

⁷⁵ *Ibid.*

принципов права в ст. 38 упоминавшегося Статута «свидетельствовало о подразумеваемом отказе от позитивистского взгляда, согласно которому договоры и обычай являются единственными источниками международного права, из чего следовало, что за отсутствием таковых международных судов бессильны выносить решения. Это равным образом означало отказ и от той естественно-правовой точки зрения, согласно которой естественное право является основным источником международного права. Дело сводится, таким образом, к принятию точки зрения... которая, воздавая должное и придавая в общем решающее значение воле государств как творцов международного права, не отрывала международного права от юридического опыта и практики человечества в целом. Косвенным результатом действия этой статьи должно быть прекращение спора между школами позитивистов и натуралистов»⁷⁶.

Попытку такого синтеза основных типов правопонимания можно найти при применении в международном судопроизводстве принципа справедливости, связанного с соразмерностью и приемом судейского балансирования. В решении от 24 февраля 1982 г. Международный Суд ООН подчеркнул, что «справедливость как юридическое понятие является непосредственным воплощением идеи правосудия. Суд, задачей которого по определению является отправление правосудия, обязан ее применять. В истории права термин «справедливость» использовался для определения различных юридических понятий. Он часто противопоставлялся жестким нормам позитивного права, строгость которых нужно было смягчать, чтобы добиться справедливости... [Суд] обязан применять принципы справедливости как часть международного права и балансировать различные аргументы, которые тот считает релевантными, для достижения справедливого результата. Хотя ясно, что не существует жестких правил относительно точного веса, который нужно придавать каждому элементу конкретного дела, но здесь также далеко от осуществления судом усмотрения или примирения, а равно отправления дистрибутивной справедливости (п. 71)»⁷⁷. Тем самым справедливость и иные общие принципы права в силу своей предельной абстрактности позволяют судьям избегать чрезмерного формализма, в том числе пробелов и противоречий в праве. Одновременно в процессе устранения неизбежных юридических дефектов

общие принципы права способны закладывать определенные рамки судейского усмотрения.

Такое понимание рассматриваемых принципов применимо в конституционном правосудии, которое, безусловно, должно гармонизировать разницу в подходах к правопониманию. Вне зависимости от различия исповедуемых методологических подходов рассматриваемые принципы, а равно и международный обычай, относятся к неписаному международному праву⁷⁸. Рассмотрим неписаный характер общих принципов права более подробно.

6. Общие принципы права и неписаное право

Общие принципы права в российском правоведении редко квалифицируются в качестве неписаных правил поведения. Такой проблематикой чаще занимаются специалисты других общественных наук⁷⁹. В то же время отнесение к неписаному праву наиболее точно определяет сущность рассматриваемых принципов. Именно неписаный характер позволил использовать большинство общих принципов права в конституционном судопроизводстве без их непосредственного нормативного закрепления. Причем возможность использования в конституционном судопроизводстве принципов, не имеющих текстуальной основы в действующей Конституции РФ, нередко ставится под сомнение. По мнению некоторых авторов, Конституционный Суд РФ не может восполнять пробелы без опоры на соответствующие конституционные нормы. Применительно к соразмерности это предполагает, что «критерии правомерности ограничения прав человека должны не привноситься судом из собственной практики или практики европейского правосудия, а выводиться из текста Конституции РФ»⁸⁰. Отсутствие в тексте российского Основного закона самого термина «соразмерность» определяет внимание к вопросу о неписаном праве в целом.

Восприятие *lex non scripta*, хотя и известно со времен римского права, в российском правовом порядке затруднительно. Например, в отечественной судебной практике не часто встречаются ссылки на обычай. К настоящему времени российский орган конституционного судопроизводства не сформировал своего отношения по поводу доктринальных споров, касающихся конституци-

⁷⁶ Оппенгейм Л. Международное право. М.: Гос. изд-во иностр. лит., 1948. Т. 1: Мир. Полумом 1. С. 49.

⁷⁷ Judgment of International Court of Justice of 24 February 1982 «Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)» // International Court of Justice Reports. 1982. P. 18.

⁷⁸ См.: Petersen N. Der Wandel des ungeschriebenen Völkerrechts im Zuge der Konstitutionalisierung // Archiv des Völkerrechts. 2008. Bd. 46. H. 4. S. 502–523.

⁷⁹ Бочаров В.В. Неписанный закон. Антропология права. СПб.: Акад. исслед. культуры, 2013. 326 с.

⁸⁰ Барсукова Т.В. Соразмерность как правовое явление // Актуальные проблемы деятельности подразделений УИС. Воронеж: Научная книга, 2012. 787 с. С. 330.

онных обычаев⁸¹. Да и сами ученые-конституционалисты склонны считать обычай «источником конституционного права в тех случаях, когда его применение санкционировано государством»⁸². Проще говоря, в силу сохраняющегося позитивизма обычаем считается лишь правило, которое признано органами власти. Это, естественно, затрудняет применение общих принципов права в качестве особого источника.

Неписаное право более привычно в цивилистике, в том числе в силу прямого законодательного признания обычая в ст. 5 Гражданского кодекса РФ⁸³. Возможно поэтому Г.А. Гаджиев, изначально специализировавшийся на гражданском праве, более либерален в оценке неписаного права. По мнению названного судьи Конституционного Суда РФ, «если непонятен, неясен закон, то будут действовать либо неписаное право, либо подзаконный акт, консервирующий старые правовые подходы»⁸⁴. Действительно, любой формальный юридический текст не способен урегулировать все многообразие возникающих в реальной жизни ситуаций и случаев. На практике правотворческие органы объективно запаздывают должным образом реагировать на происходящие в обществе изменения. В этой связи судьи иногда просто вынуждены использовать наиболее обобщенные представления о правомерном и должном с тем, чтобы избежать пробелов в нормативном материале и не допустить отказа в правосудии.

В соответствии с более сдержанным подходом общие принципы права считаются результатом формализованной процедуры системного толкования конституционных норм. Показательно в этом отношении мнение судей Конституционного Суда РФ К.В. Арановского и С.Д. Князева. В одной их совместной работе выдвигается тезис, что определять российский Основной закон как писанный акт не требуется⁸⁵. В другом исследовании они приходят к заключению, что «Конституционный Суд опирается при осуществлении судопроизводства не только на принципы, прямо закрепленные в тексте Конституции... но и, что

заслуживает особого внимания, на принципы, выводимые им из системного анализа взаимосвязанных конституционных положений. Среди последних, прежде всего, следует упомянуть... принцип соразмерности (пропорциональности)»⁸⁶. Тем самым данные судьи допускают использование в конституционном судопроизводстве текстуально не поименованных принципов, но предлагают видеть их нормативное основание в одном из общепринятых способов интерпретации конституционных норм. Конечно, системное толкование конституционного текста более привычно для российской юриспруденции. Поэтому его использование кажется более предпочтительным в области публичного права, где неписаное право до сих пор остается terra incognita.

Сложности в применении российскими судьями юридических максим, не нашедших непосредственного закрепления в законодательстве, можно объяснить сохранением социалистической правовой традиции. По оценке судьи Высшего административного суда Чехии Зденека Кюна (Zdeněk Kühn), «принципы, если они прямо не закреплены в преамбулах социалистических конституций или кодексов или, по крайней мере, не вытекают из законов, не были частью социалистического права... Не было никаких неписаных принципов права. Даже если бы такие принципы существовали, они никогда не стали бы обязательными в системе писаного социалистического права»⁸⁷. Такие принципы являлись скорее элементом идеологии или пропаганды. Тем более из этих принципов не могли выводиться юридически обязательные требования к органам власти, которые бы ограничивали их дискрецию. Они не могли быть принудительно исполнены в судебном порядке.

Применяемые в конституционном судопроизводстве общие принципы права могут не требовать, как и обычные нормы, письменного оформления. С этой точки зрения содержание и форма общих принципов права совпадают. Этим можно объяснить трудности в понимании общих принципов права как самостоятельного феномена в постсоветской юриспруденции. Для большинства российских юристов в силу преимущественно сохраняющегося позитивизма любой юридический принцип отождествляется с содержанием, но не с формой права.

Уникальность рассматриваемых принципов, сочетающих форму и содержание в праве, связана с отражением в них закономерностей создания

⁸¹ См.: Белкин А.А. Обычай и обыкновения в государственном праве // Правоведение. 1998. № 1. С. 34–39; Колесников Е.В. Обычай как источник советского государственного права // Правоведение. 1989. № 4. С. 19–25.

⁸² Кутафин О.Е. Предмет конституционного права. М.: Юристъ, 2001. С. 295.

⁸³ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. I) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (в ред. от 3 августа 2018 г.) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁸⁴ Гаджиев Г.А. Принцип правовой определенности и роль судов в его обеспечении // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 4 (89). С. 19.

⁸⁵ См.: Арановский К., Князев С. Роль Конституции в политико-правовом обустройстве России: исходные обстоятельства и современные ожидания // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 3 (94). С. 51.

⁸⁶ Арановский К.В., Князев С.Д. Ненапрасное конституционное правосудие // Судья. 2017. № 12. С. 42.

⁸⁷ Kühn Z. Worlds apart: Western and Central European judicial culture at the onset of the European enlargement // The American Journal of Comparative Law. 2004. Vol. 52. № 3. P. 541.

и реализации юридических норм. Они представляют некую разумную вещь в себе, соответствующую правилам формальной логики. Конечно, законодатель или суды в своей деятельности могут не соблюдать такие принципы, как *lex posterior* или *lex specialis*. Но, по аналогии с возможным нарушением законов природы, властные органы едва ли способны «повернуть реки вспять», не рискуя при этом экологической катастрофой. Применительно к принципу соразмерности парламент, одобряющий произвольный или слишком обременительный для граждан закон, а также правоприменитель, принимающий чрезмерно суровое в конкретных условиях административное или судебное решение, не добавляют гармонии в правопорядок. Право не будет устойчиво развиваться в противоречии с достаточно логичными требованиями, вытекающими из соразмерности как общего принципа права.

Вывод

Таким образом, общие принципы права исторически кристаллизуются в деятельности судов при наличии пробелов в правовом регулировании и обращении к правилам иностранного (международного) права. Об этом свидетельствует опыт римского права, где преторы столкнулись с пробелами в связи с расширением территориальных пределов империи и участвовавшими спорами с участием перегринов. Создаваемое судьями право, известное как *jus gentium*, не в последнюю очередь появилось с опорой на своеобразный компаративный юридический анализ. Как и прежде, сейчас судьи и другие юристы, нередко интуитивно, для добавления веса своей аргументации, особенно в ситуации неизбежных законодательных пробелов ищут опору в мудрости классического правопорядка и пусть мертвого, но сохраняющего свою неосязаемую притягательность латинского языка.

В международном праве общие принципы права получают ясное нормативное закрепление в качестве одного из трех основных источников применимого права для главных международных судов. Они имеют здесь огромное концептуальное значение. Будучи частью неписаного права, в историческом плане эти принципы появились как элемент юснатурализма и в настоящее время позволяют международным судам восполнять существующие пробелы в договорных или обычных нормах. С последним источником общие принципы права наиболее тесно связаны, но не тождественны, так как могут не требовать доказательств существования государственной практики для своего применения. Этот источник востребован в условиях дефрагментации совре-

менного международного права и неспособности государств по объективным (экономическим, социальным, культурным и т.п.) или субъективным причинам (эгоистические национальные интересы) выработать универсальные правила для своего общения. В этом смысле в качестве неконсенсуального источника общие принципы права явно или скрыто позволяют международным судьям (и не только) обеспечивать развитие международного права.

Литература

1. Александров Н.Г. Социалистические принципы советского права / Н.Г. Александров // Советское государство и право. 1957. № 11. С. 16–29.
2. Арановский К. Роль Конституции в политико-правовом обустройстве России: исходные обстоятельства и современные ожидания / К. Арановский, С. Князев // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 3 (94). С. 50–59.
3. Арановский К.В. Ненапрасное конституционное правосудие / К.В. Арановский, С.Д. Князев // Судья. 2017. № 12. С. 40–46.
4. Барсукова Т.В. Соразмерность как правовое явление / Т.В. Барсукова // Актуальные проблемы деятельности подразделений УИС. Воронеж : Научная книга, 2012. С. 328–332.
5. Барциц И.Н. Конституционный патриотизм: четыре европейские реинкарнации и российская версия / И.Н. Барциц. Москва : Дело, 2018. 92 с.
6. Батлер У.Э. Россия, правовые традиции мира и изменение права / У.Э. Батлер // Ежегодник сравнительного права. 2011 / главный редактор Д.В. Дождев. Москва : Статут, 2011. С. 6–11.
7. Белкин А.А. Обычай и обыкновения в государственном праве / А.А. Белкин // Правоведение. 1998. № 1. С. 34–39.
8. Блохин П.Д. Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы / П.Д. Блохин // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6. С. 62–81.
9. Бочаров В.В. Неписанный закон. Антропология права / В.В. Бочаров. Санкт-Петербург : Академия исследования культуры, 2013. 326 с.
10. Ведяхин В.М. Конституционный Суд РФ об общеправовых принципах / В.М. Ведяхин, А.Ф. Галузин // Российский юридический журнал. 2009. № 1. С. 180–186.
11. Гаджиев Г.А. О судебной доктрине конституционной идентичности / Г.А. Гаджиев // Судья. 2017. № 12. С. 31–34.
12. Гаджиев Г.А. Принцип правовой определенности и роль судов в его обеспечении / Г.А. Гаджиев // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 4 (89). С. 16–28.

13. Гаджиев Г.А. Принципы конституционного права, общие принципы права и конституционные принципы / Г.А. Гаджиев // Конституция и законодательство. Москва : ИЗиСП при Правительстве РФ, 2003. С. 37–44.
14. Глебов И.Н. Глобализация и конституционная идентичность России / И.Н. Глебов, М.В. Чеишвили // Вестник Московского университета МВД России. 2004. № 4. С. 50–53.
15. Голдобина З.Г. Активизм и оригинализм в деятельности Верховного Суда и политико-правовой доктрине США / З.Г. Голдобина // Российский юридический журнал. 2006. № 3. С. 81–88.
16. Грачева С.А. Развитие концепта конституционной идентичности в связи с поиском подходов к разрешению конвенционно-конституционных коллизий и конфликтов / С.А. Грачева // Журнал российского права. 2018. № 9. С. 52–64.
17. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. Москва : Международные отношения, 1998. 398 с.
18. Джагарян А.А. Российский конституционализм: в поисках идентичности / А.А. Джагарян // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6. С. 82–100.
19. Дождев Д.В. Добросовестность (*bona fides*) как правовой принцип / Д.В. Дождев. URL: <http://www.igpran.ru/public/articles/3187/> (дата обращения: 01.08.2019).
20. Должиков А.В. Применение принципа соразмерности ограничения основных прав Европейским Судом по правам человека при рассмотрении «российских дел» / А.В. Должиков // Практика Европейского Суда по правам человека и российская правовая система / под редакцией Д.В. Красикова. Саратов : Саратовский ГАУ, 2006. С. 46–67.
21. Должиков А.В. Принцип соразмерности конституционно-судебной защиты основных прав в РФ / А.В. Должиков // Эффективность законодательства и современные юридические технологии / ответственный редактор Т.Я. Хабриева. Москва : ИЗиСП при Правительстве РФ, 2009. С. 68–72.
22. Дювернуа Н.Л. Значение римского права для русских юристов / Н.Л. Дювернуа. Ярославль : Типография Г. Фальк, 1872. 25 с.
23. Зимненко Б.Л. Международное право и правовая система РФ / Б.Л. Зимненко. Москва : РАП, Статут, 2006. 454 с.
24. Зорькин В.Д. Конституционная идентичность России: доктрина и практика / В.Д. Зорькин // Журнал конституционного правосудия. 2017. № 4. С. 1–12.
25. Исмаилова Г. Ratio scripta в Андроповском суде. Почему судья из Ставропольского края активно использует латынь в своих решениях (01.03.2019) / Г. Исмаилова // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/discussion/2019/3/1/ratio_scripta_v_andropovskom_sude_pochemu_sudya_iz_stavropolskogo_kraya_aktivno_ispolzuet_latyn_v_s (дата обращения: 01.08.2019).
26. Карташов В.Н. О сущности и некоторых видах общепризнанных принципов международного права / В.Н. Карташов // Международное публичное и частное право. 2010. № 1. С. 18–21.
27. Колесников Е.В. Обычай как источник советского государственного права / Е.В. Колесников // Правоведение. 1989. № 4. С. 19–25.
28. Корецкий В.М. Общие принципы права в международном праве / В.М. Корецкий ; ответственный редактор С.Б. Крылов. Киев : Изд-во АН УССР, 1957. 52 с.
29. Кофанов Л.Л. Формирование системы римского права: к вопросу о причинах многовековой рецепции / Л.Л. Кофанов // Древнее право. 1999. № 1. С. 56–62.
30. Крылов Н. Об историческом значении римского права в области наук юридических / Н. Крылов. Москва : Университетская типография, 1838. 66 с.
31. Кутафин О.Е. Предмет конституционного права / О.Е. Кутафин. Москва : Юристь, 2001. 444 с.
32. Латинская юридическая фразеология / составитель Б.С. Никифоров. Москва : Юридическая литература, 1979. 264 с.
33. Лукашева Е.А. Принципы социалистического права / Е.А. Лукашева // Советское государство и право. 1970. № 6. С. 21–23.
34. Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации / И.И. Лукашук // Журнал российского права. 2002. № 3. С. 115–128.
35. Лукашук И.И. Нормы международного права в правовой системе России / И.И. Лукашук. Москва : Спарк, 1997. 89 с.
36. Муромцев С. Рецепция римского права на Западе / С. Муромцев. Москва : Тип. А.И. Мамонтова и Ко, 1886. 159 с.
37. Оппенгейм Л. Международное право. Т. 1: Мир. Полутом 1 / Л. Оппенгейм ; перевод с 6-го английского изд., доп. Г. Лаутерпахтом ; под редакцией и с предисловием С.Б. Крылова. Москва : Гос. изд-во иностранной литературы, 1948. 408 с.
38. Петерс А. Принцип пропорциональности как глобальный конституционный принцип / А. Петерс // Дайджест публичного права. 2018. Вып. 7. С. 102–126.

39. Суханов Е.А. Влияние римского права на новый Гражданский кодекс Российской Федерации / Е.А. Суханов, Л.Л. Кофанов // Древнее право. 1999. № 1. С. 7–17.

40. Талалаев А.Н. Общепризнанные принципы и нормы международного права (конституционное закрепление термина) / А.Н. Талалаев // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 1997. № 3. С. 66–74.

41. Тункин Г.И. Теория международного права / Г.И. Тункин. Москва : Зерцало, 2006. 396 с.

42. Умнова И.А. О тенденции расширения судебной практики применения норм Конституции РФ в единстве с общими принципами права / И.А. Умнова // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 6. С. 3–6.

43. Фердросс А. Международное право / А. Фердросс. Москва : Изд-во иностранной литературы, 1959. 652 с.

References

1. Bryson W.H. The Use of Roman Law in Virginia Courts / W.H. Bryson // The American Journal of Legal History. 1984. Vol. 28, No. 2. P. 135–146.

2. Cheng B. General principles of law, as applied by international courts and tribunals / B. Cheng. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2006 [1953]. 490 p.

3. Degan V.-D. General principles of law / V.-D. Degan // The Finnish yearbook of international law. 1992. Vol. 3. P. 1–102.

4. Donnelly J. Cultural relativism and universal human rights / J. Donnelly // Human Rights Quarterly. 1984. Vol. 6. Iss. 4. P. 400–419.

5. Friedmann W. The uses of «General Principles» in the development of international law / W. Friedmann // American Journal of International Law. 1963. Vol. 57. Iss. 2. P. 279–299.

6. Gardam J.G. Necessity, proportionality, and the use of force by states / J.G. Gardam. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2004. 259 p.

7. General Principles of Law: The Role of the Judiciary / ed. L. Pineschi. Cham : Springer, 2015. 297 p.

8. Glenn P.H. Legal Traditions and Legal Traditions / P.H. Glenn // The Journal of Comparative Law. 2007. II. P. 69–87.

9. Hartnick A.J. The use of latin in law today / A.J. Hartnick // New York State Bar Journal. 1994. Vol. 66. P. 39.

10. Ioffe O.S. Soviet law in theory and practice / O.S. Ioffe, P. Maggs. London ; New York : Oceana Publications, 1983. 327 p.

11. Kelsen H. The Law of the United Nations, a Critical Analysis of its Fundamental Problems. With Supplement / H. Kelsen. New York : F.A. Praeger, 1951. 994 p.

12. Kotuby Ch.T. General principles of law and international due process: principles and norms applicable in transnational disputes / Ch.T. Kotuby, L.A. Sobota. New York : Oxford University Press, 2017. 281 p.

13. Kühn Z. Worlds apart: Western and Central European judicial culture at the onset of the European enlargement / Z. Kühn // The American Journal of Comparative law. 2004. Vol. 52. Iss. 3. P. 531–567.

14. Lammers J.G. General Principles of Law Recognized by Civilized Nations / J.G. Lammers // Essays on the Development of the International Legal Order: in Memory of Haro F. van Panhuys / ed. F. Kalshoven P.J. Kuypers, J.G. Lammers. Alphen aan den Rijn : Sijthoff & Noordhoff, 1980. P. 53–75.

15. Legg A. The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality / A. Legg. Oxford : Oxford University Press, 2012. 264 p.

16. Macleod P.R. Latin in legal writing: an inquiry into the use of Latin in the modern legal world / P.R. Macleod // Boston College Law Review. 1997. Vol. 39. P. 235–251.

17. Michelman F.I. Morality, Identity and «constitutional patriotism» / F.I. Michelman // Ratio Juris. 2001. Vol. 14. Iss. 3. P. 253–271.

18. Petersen N. Der Wandel des ungeschriebenen Völkerrechts im Zuge der Konstitutionalisierung / N. Petersen // Archiv des Völkerrechts. 2008. Bd. 46. H. 4. P. 502–523.

19. Scalia A. Originalism: The lesser evil / A. Scalia // University of Cincinnati Law Review. 1988. Vol. 57. P. 849–866.

20. Stern K. Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes / K. Stern // Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag / hrsg. von Peter Badura ; Rupert Scholz. München : Beck, 1993. P. 165–175.

21. Stone J. Non liquet and the function of law in the international community / J. Stone // British Year Book of International Law. 1959. Vol. 35. P. 124–161.

22. Sweet A.S. Proportionality balancing and global constitutionalism / A.S. Sweet, J. Mathews // Columbia Journal of Transnational Law. 2008. Vol. 47. P. 72–164.

23. Teson F.R. International Human Rights and Cultural Relativism / F.R. Teson // Virginia Journal of International Law. 1985. Vol. 25. Iss. 4. P. 869–898.

24. Tunkin G. Is general international law customary law only / G. Tunkin // European Journal of International Law. 1993. Vol. 4. P. 534–541.

25. Wieacker F. Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung / F. Wieacker // Festschrift für Robert Fischer / hrsg. von M. Lutter. Berlin ; New York, 1979. P. 867–881.

О взаимодействии Конституционного Суда РФ и Суда ЕАЭС*

*Тарибо Евгений Васильевич,
начальник Управления
конституционных основ публичного права
Конституционного Суда Российской Федерации,
кандидат юридических наук
taribo@ksrf.ru*

В статье исследуется вопрос о взаимодействии судов интеграционных объединений и конституционных судов на примере анализа актуального уровня развития взаимодействия Конституционного Суда РФ и Суда ЕАЭС. В результате анализа практики конституционного правосудия в области таможенного дела автором сделан вывод о том, что на данном этапе приоритет нормы права интеграционного образования не абсолютен и поставлен в зависимость от установленных конституциями государств — членов ЕАЭС условий. Автор приходит к выводу о необходимости взаимодействия указанных судов для разрешения практических проблем, возникающих при решении смежных отраслевых вопросов.

Ключевые слова: Конституционный Суд РФ, конституционное правосудие, ЕАЭС, Евразийский экономический союз, Таможенный союз, Таможенный кодекс ЕАЭС, таможенное регулирование.

В литературе справедливо отмечается схожесть судов интеграционных объединений и конституционных судов. Действительно, судебный орган в интеграционном объединении выполняет ту же роль, которую в национальном государстве играет конституционный суд: он осуществляет контроль за соответствием учредительному договору актов и решений, принимаемых институтами интеграционного объединения. Отмечая сходство судов интеграционных объединений и конституционных судов, важно анализировать вопрос об их взаимоотношениях. Поскольку конституционные суды являются частью системы сдержек и противовесов на уровне государства, являющегося членом интеграционного объединения, им не может быть отведена роль простых реципиентов решений международных судов¹. Суду интеграционного объединения не менее важно понимать правовые подходы конституционных судов к решению смежных отраслевых вопросов. Взаимодействие Суда ЕАЭС и Конституционного Суда РФ должно быть нацелено на решение конкретных проблем, стоящих перед ними в реальной практике.

На практике уже возникает необходимость информационного взаимодействия двух судов. Что-

бы избежать возможных коллизий, Суд ЕАЭС, руководствуясь собственным Регламентом², неоднократно обращался к Конституционному Суду РФ с просьбой предоставить информацию по ряду вопросов, которые урегулированы как на уровне актов Евразийского экономического союза, так и на уровне законодательства Российской Федерации. Например, Секретариат Конституционного Суда РФ в 2018 г. в пределах своей компетенции направлял информацию в Суд ЕАЭС по вопросу об освобождении от таможенных пошлин при ввозе плавучих судов и по вопросу о конкретизации понятия «право Евразийского экономического союза» в российском законодательстве. Взаимодействие судов не было глубоко содержательным, скорее справочным, тем не менее названные примеры подтверждают готовность Конституционного Суда РФ работать с Судом ЕАЭС по линии обмена аналитической информацией. Для Конституционного Суда РФ цель такого сотрудничества понятна: обеспечение аргументированности решений международного суда, содействие тому, чтобы оценка международным судом последствий того или иного его решения была всесторонней.

¹ Исполинов А.С. Суды региональных интеграционных объединений в международном правосудии (на примере Суда ЕС и Суда ЕАЭС): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2018. С. 5–6.

² Решение Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 г. № 101 «Об утверждении Регламента Суда Евразийского экономического союза» // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии. URL: <http://www.eurasiancommission.org/>

* Статья подготовлена по материалам выступления на международной конференции «Пять лет Договору о Евразийском экономическом союзе: роль Суда», организованной Судом Евразийского экономического союза, которая состоялась 19–20 сентября 2019 г. в Минске.

Несмотря на отмеченное сходство международного и конституционного правосудия (реализация интегрирующей функции), между ними есть значительные различия. Если международный суд обеспечивает правильное и единообразное применение отраслевых норм таможенно-тарифного и иного регулирования, отнесенного к компетенции ЕАЭС, то конституционный суд нацелен на обеспечение конституционных прав в связи с применением отраслевого (в том числе таможенного) законодательства, которое тем самым по значимости отступает на второй план. Соответственно, различия целей и природы международного и конституционного правосудия могут приводить к возникновению коллизий. Однако их следует избегать посредством взаимодействия, которое на данный момент пребывает только в начале своего развития. Необходимо вырабатывать методы, позволяющие искать конструктивные выходы из вероятных конфликтных ситуаций.

Что для этого нужно делать? Необходимо не просто взаимно анализировать практику друг друга по смежным отраслевым предметам, таким как таможенно-тарифное регулирование. Нужно четко видеть то, какие ограничения сама правовая отрасль — объективно в силу ее природы — накладывает на возможности судебной интерпретации соответствующих юридических норм с точки зрения таких общих принципов права, как равенство, правовая определенность, справедливость, запрет обратной силы закона, доверие к закону, которые одновременно являются конституционными. И в том числе, даже в первую очередь, это относится к интерпретации, которая рождается в процессе осуществления конституционного правосудия. Это позволит не только международному суду глубже понимать практику конституционного суда как своего вероятного оппонента, но и даст дополнительную возможность конституционному суду яснее осознать самого себя как интерпретатора юридических норм определенной отрасли права, свои возможности в условиях, когда определенная отрасль права передана на уровень союзного регулирования.

Что можно увидеть, анализируя практику конституционного правосудия в области, например, таможенного дела? Какие закономерности можно обнаружить? Защищая конституционные права граждан в сфере таможенных отношений, Конституционный Суд РФ рассматривал эти отношения как обладающие спецификой, которая требует их обособления от схожих правовых отношений. Можно отчетливо увидеть стремление Конституционного Суда РФ проверять таможенное регулирование так, чтобы на него не были не-

обоснованно распространены правовые подходы, применяемые при оценке конституционности, например, финансового регулирования. Так, сопоставляя таможенные пошлины с налогами и сборами, к которым предъявляются жесткие требования по установлению законодателем обязательных элементов, особенно ставок, Конституционный Суд РФ признал допустимость определения ставок вывозных таможенных пошлин на уровне исполнительной власти³. Причина этого допущения оправдывается необходимостью своевременного устранения разницы между постоянно меняющимися ценами на мировом рынке и ценами на отечественную экспортную продукцию, задачами обеспечения внутреннего рынка товарами, вывоз которых может нанести ущерб интересам Российской Федерации. Как указал Конституционный Суд РФ, орган исполнительной власти вправе устанавливать ставки вывозных таможенных пошлин, это делается исключительно в качестве мер оперативного регулирования внешнеэкономической деятельности. Конституционным Судом РФ подчеркнута необходимость оперативно реагировать на изменения условий внешнеэкономической деятельности на территории Российской Федерации. При этом особо оговорено Конституционным Судом РФ то, что целесообразность установления и периодичность изменения ставок вывозных таможенных пошлин он не оценивает.

Еще один пример. Конституционным Судом РФ было указано на невозможность применения правовой позиции, согласно которой обязанность по уплате налога прекращается со дня списания кредитными учреждениями платежа с расчетного счета плательщика⁴. Причина нераспространения данной правовой позиции на таможенные платежи состоит в специфике отношений, регулируемых таможенным законодательством. В отличие от уплаты налогов, которая осуществляется налогоплательщиками, уплата таможенных платежей осуществляется декларантами либо иными лицами. Плательщиками таможенных платежей, кроме того, выступают нерезиденты, т.е. иностранные лица, которые предъявляют поручения на перечисление таможенных платежей в иностранные банки, что затрудняет возможность взыскания с банков, по вине которых денежные средства не поступили на счета таможенных органов. Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что исполнение обязанности по уплате таможенных платежей не создает обязанности таможенного органа произвести

³ Определение Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2000 г. № 294-О // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 8 июня 2000 г. № 165-О // СПС «КонсультантПлюс».

таможенное оформление товара без поступления денежных средств на счет таможенного органа. Это обусловлено спецификой таможенного законодательства, которое направлено на защиту экономического суверенитета и экономической безопасности.

Следующий пример. В литературе, где анализируется право ЕАЭС, верно замечено: часто гипотеза и диспозиция нормы находятся в союзном акте, а санкция — в национальном законе. Наиболее показательный случай — это нахождение санкций за нарушения в области таможенного дела в национальных кодексах об административных правонарушениях при формулировании гипотезы и диспозиции в союзном кодексе, решениях Евразийской экономической комиссии, а ранее Комиссии Таможенного союза⁵. Казалось бы, Конституционный Суд РФ может быть совершенно свободен в оценке национальной нормы-санкции, поскольку она не является нормой международного договора, вступившего в силу. Однако и здесь специфика таможенного регулирования диктует необходимость дифференцированного применения правовых позиций Конституционного Суда РФ к нормам, которые содержатся в одном правовом акте — в Кодексе РФ об административных правонарушениях⁶. Получается так, что норма-санкция за совершение таможенного правонарушения не может автоматически оцениваться так же, как норма-санкция за совершение других административных правонарушений.

Так, Конституционный Суд, со ссылкой на ранее высказанные позиции⁷, отказал в применении правовой позиции о недопустимости конфискации предмета или орудия правонарушения у виновного в его совершении лица, которое не является собственником соответствующей вещи⁸. Конституционный Суд РФ посчитал, что конфискация имущества, явившегося орудием или средством совершения либо непосредственным объектом таможенного правонарушения, допустима независимо от того, находятся ли соответствующие товары и транспортные средства в собственности совершившего его лица, а также

независимо от того, установлено это лицо или нет. Если допустить иное, то организаторы незаконного перемещения товаров получили бы возможность переложить всю ответственность на неплатежеспособных лиц или лиц, проживающих за границей, что подрывало бы правопорядок в сфере таможенных отношений и несовместимо с целями и задачами таможенного регулирования.

Что показывают приведенные примеры из практики конституционного правосудия? Специфику таможенного регулирования Конституционный Суд РФ видит в том, что ключевое значение в нем имеет фактор оперативности, гибкости реагирования на меняющиеся внешнеэкономические условия. Поскольку участие иностранного элемента в этих отношениях создает особую фактическую и правовую ситуацию, эффективность защиты экономического суверенитета и безопасности выходит в разряд приоритетных задач. Все это влияет на пределы применения конституционно-правовых принципов в сфере таможенного регулирования. Можно сказать, что конституционное правосудие ограничивает себя в критике таможенных норм, признавая широкую дискрецию правотворческих и правоприменительных органов в регулировании данной сферы.

Это касается в том числе действия принципа, в силу которого недопустимо игнорировать правомерные ожидания субъектов экономических отношений. Подтверждением тому служит случай, когда Конституционный Суд РФ столкнулся с оспариванием конституционности правительственного постановления о квотах на импорт мяса, гарантирующего реализацию права на ввоз определенного количества товара в течение определенного периода по пониженным ставкам ввозных таможенных пошлин из определенного государства-поставщика⁹. Данное право — это льгота, обусловленная потребностями регулирования внешнеторговой деятельности. Более того, Конституционный Суд РФ прямо указал на то, что само по себе это право не носит характер конституционного. Возможность в исключительных случаях осуществить переоформление квот на другие государства-поставщики в оперативном порядке не была негативно оценена Конституционным Судом РФ: данные отношения обусловлены торговой политикой, проводимой странами, экспортирующими и импортирующими названные товары, а потому обязательность такого переоформления не может быть гарантирована.

Итак, еще раз подчеркнем следующий тезис. Анализ практики российского правосудия показывает, что Конституционный Суд РФ признает

⁵ Чайка К.Л. Актуальные вопросы права интеграционного образования и конституционного права государств-членов // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 1. С. 129–132.

⁶ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // Российская газета. 2001. 31 декабря.

⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 20 мая 1997 г. № 8-П // Российская газета. 1997. 29 мая. Такая позиция высказана в Постановлении Конституционного Суда РФ от 14 мая 1999 г. № 8-П // Российская газета. 1999. 1 июня.

⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2012 г. № 1599-О // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 16 июля 2009 г. № 947-О-О // СПС «КонсультантПлюс».

в таможенных вопросах широкую дискрецию законодателя. В связи с этим можно ли поставить вопрос о том, что широкая дискреция должна быть признана и за Судом ЕАЭС, устами которого говорит Договор о ЕАЭС?¹⁰ И не возникнет ли ситуация, когда Суд ЕАЭС будет задавать высокий (лучше даже сказать не «высокий», а «определенный») стандарт, а Конституционный Суд РФ будет настаивать на том, что и определенного им конституционного (минимального) стандарта достаточно и не надо ограничивать дискрецию нормотворца? Эти вопросы заслуживают отдельного рассмотрения. В рамках же данной статьи можно ограничиться промежуточным выводом: вопросы таможенного регулирования всегда требуют специальной оценки, на них не могут зачастую быть распространены позиции по смежным отраслям регулирования. Соответственно, позиция Конституционного Суда РФ по оценке той или иной таможенной нормы не всегда может быть спрогнозирована с учетом ранее высказанных позиций по другим отраслям.

Практика конституционного правосудия знала примеры правозащитных решений в сфере таможенного дела. Ими подтверждалась обязанность таможенных органов выяснять вопросы виновности лиц, привлекаемых к ответственности, а за нарушителями была признана возможность подтверждать, что несоблюдение таможенных правил вызвано непредвиденными, непреодолимыми препятствиями, находящимися вне их контроля, при соблюдении необходимой степени заботливости и осмотрительности. Кроме того, Конституционным Судом РФ был введен запрет налагать взыскания в виде конфискации (взыскания стоимости) товаров и транспортных средств независимо от времени совершения или обнаружения нарушения таможенных правил¹¹. Встречаются в практике конституционного правосудия и другие примеры правозащитных решений в сфере таможенных отношений, регулируемых в тот период исключительно российским правом¹².

¹⁰ Договор о Евразийском экономическом союзе (подписан в г. Астане 29 мая 2014 г.) // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии. URL: <http://www.eurasiancommission.org/>

¹¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 апреля 2001 г. № 7-П // Российская газета. 2001. 6 июня.

¹² В Определении от 12 мая 2005 г. № 168-О Конституционный Суд РФ указал на то, что хищение транспортного средства (в отличие от повреждения) исключает возможность его вывоза с таможенной территории Российской Федерации, поскольку в такой ситуации транспортное средство у декларанта отсутствует фактически. При этом возложение обязанности по уплате таможенной пошлины и пени за отсутствующее транспортное средство, выбывшее из владения декларанта помимо его воли, ставит его в неравное положение с другими участниками таможенных правоотношений, освобожденными от уплаты таможенной пошлины в связи с временным ввозом транспортного средства.

Обратимся к более современной практике конституционного правосудия. Еще одним отступлением от ограничительных позиций в сфере таможенного дела стало решение Конституционного Суда РФ, принятое по запросу Арбитражного суда Центрального округа в новом контексте — в условиях действия союзного таможенного права. Конституционный Суд РФ указал на невозможность пересмотра условий предоставления таможенных льгот в отношении товаров, ввезенных на территорию Российской Федерации в качестве вклада в уставный капитал до вступления в силу союзного акта, по-новому регулирующего порядок ввоза тех же товаров¹³. Иначе оказался бы нарушен общеправовой принцип «закон обратной силы не имеет». Как подчеркивалось в литературе, принятие Конституционным Судом РФ данного определения привело к кардинальному изменению российской судебной практики. Арбитражные суды стали формировать подход, согласно которому п. 4 Порядка¹⁴, бывшего предметом рассмотрения Суда ЕвразЭС, в части ужесточения условий применения льготы распространяет свое действие лишь на товары, ввезенные после его вступления в силу¹⁵. Данное решение Конституционного Суда РФ дало основание говорить о создании механизма исполнения решений Суда ЕАЭС актами Конституционного и Верховного Судов: решения Суда ЕАЭС имеют приоритет, если не снижают уровень защиты прав предпринимателей¹⁶. Высказано мнение, что на данном этапе приоритет нормы права интеграционного образования не абсолютен, а поставлен в зависимость от установленных конституциями государств — членов Союза условий¹⁷.

Отчасти это утверждение справедливо, но все же следует рассматривать решение Конституционного Суда РФ как исключение из общего для него правила о сдержанной интерпретации таможенного регулирования. Правозащитная позиция Конституционного Суда РФ, очевидно, продиктована отсутствием оснований к нару-

¹³ Определение Конституционного Суда РФ от 3 марта 2015 г. № 417-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ Решение Комиссии Таможенного союза от 15 июля 2011 г. № 728 «О порядке применения освобождения от уплаты таможенных пошлин при ввозе отдельных категорий товаров на единую таможенную территорию Таможенного союза» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Дьяченко Е., Энтин К. Компетентия Суда Евразийского экономического союза: мифы и реальность // Международное правосудие. 2017. № 3 (23). С. 76–95.

¹⁶ Нешатаева Т.Н. О проблемах в действии решений органов ЕАЭС в национальных правовых порядках государств-членов // Международное правосудие. 2016. № 3 (9). С. 10–17.

¹⁷ Чайка К.Л. Соотношение прав человека и основных свобод и экономической интеграции // Интеграционные процессы в Европе и Евразии: роль конвенций Совета Европы : сборник. М., 2017. С. 138–151.

шению ожиданий субъектов экономических отношений, поскольку отношения, в которых они участвовали, не нуждались в каком-то оперативном реагировании в связи с быстро меняющейся внешнеэкономической конъюнктурой. Тем не менее, даже если рассмотренный случай — это лишь исключение, оно все же образует конфликт. Остался ли он неразрешенным? Исследователи отвечают на этот вопрос отрицательно — «...генеральный способ разрешения таких конфликтов найден: национальный суд отступает от решения международного суда только в случае, если: (а) международный суд поддержал более низкие стандарты защиты прав человека, чем те, что приняты на национальном уровне; (б) заявитель доказал, что национальные стандарты защиты прав выше»¹⁸.

Однако сохраняется вопрос об эффективном прогнозировании подобных конфликтов, а также о том, каким образом их минимизировать. Здесь мы возвращаемся к тезису о необходимости углубленного взаимодействия судов. Справедливо замечание Т.Н. Нешатаевой о том, что механизмом преодоления противоречий является сотрудничество через установление площадки для диалога между верховными, конституционными и наднациональными судами¹⁹. В качестве применимого опыта указывается на Брюссельскую декларацию²⁰, которая рекомендует создание «контактных точек» по вопросам прав человека для международных и национальных органов. Механизм взаимодействия судов может быть разным: не только через строго официальные запросы (преюдициальные в том числе) от одного суда другому²¹, но и через санкционированный

судами обмен аналитической информацией по линии их аппаратов, что называется, в рабочем порядке. Главное, чтобы это помогало найти точки соприкосновения между практиками национальных и наднациональных судов, способствовало лучшему пониманию практики друг друга, генеральных подходов (судебных доктрин), лежащих в ее основе. Какими бы путями ни развивалось взаимодействие Суда ЕАЭС и национальных конституционных судов, оно, несомненно, будет нацелено на защиту прав и свобод человека, реализуемых в едином экономическом пространстве Союза.

Литература

1. Дьяченко Е. Компетенция Суда Евразийского экономического союза: мифы и реальность / Е. Дьяченко, К. Энтин // Международное правосудие. 2017. № 3 (23). С. 76–95.

2. Исполинов А.С. Суды региональных интеграционных объединений в международном правосудии (на примере Суда ЕС и Суда ЕАЭС : автореферат диссертации доктора юридических наук / А.С. Исполинов. Казань, 2018. 59 с.

3. Нешатаева Т.Н. Европейская конвенция и интеграция интеграций: роль судов в преодолении фрагментации международного права / Т.Н. Нешатаева // Международное правосудие. 2015. № 4. С. 3–10.

4. Нешатаева Т.Н. О проблемах в действии решений органов ЕАЭС в национальных правовых порядках государств-членов / Т.Н. Нешатаева // Международное правосудие. 2016. № 3 (9). С. 10–17.

5. Чайка К.Л. Соотношение прав человека и основных свобод и экономической интеграции / К.Л. Чайка // Интеграционные процессы в Европе и Евразии: роль конвенций Совета Европы : сборник статей и выступлений. Москва : Развитие правовых систем, 2017. С. 138–151.

6. Чайка К.Л. Актуальные вопросы права интеграционного образования и конституционного права государств-членов / К.Л. Чайка // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 1. С. 129–132.

¹⁸ Нешатаева Т.Н. Европейская конвенция и интеграция интеграций: роль судов в преодолении фрагментации международного права // Международное правосудие. 2015. № 4. С. 3–10.

¹⁹ Нешатаева Т.Н. О проблемах в действии решений органов ЕАЭС в национальных правовых порядках государств-членов. С. 10–17.

²⁰ Декларация Комитета министров Совета Европы «Применение Конвенции о защите прав человека: наша общая ответственность» (принята г. Брюсселе 27 марта 2015 г. Конференцией на высшем уровне) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2016. № 9. С. 139–143.

²¹ Механизм преюдициального запроса был известен практике Суда ЕврАзЭС, однако многие исследователи отмечали, что высшие национальные суды не использовали этот механизм, что им вообще чужероден этот механизм, что его забвение естественно (см: Дьяченко Е., Энтин К. Указ. соч. С. 86). Но может быть, следует рассмотреть вопрос о замене местами лиц, инициирующих обращение с таким запросом: это бы вдохнуло новую жизнь в данный институт, а точнее —

породило бы новый механизм, когда Суд ЕАЭС направлял бы преюдициальные запросы в национальные конституционные суды, а затем на основе анализа их позиций определял бы минимальный необходимый правовой стандарт для всех участников Союза.

Информационная безопасность пациента в современном здравоохранении: конституционно-правовой подход к проблеме

Тимофеев Игорь Владимирович,

*заместитель председателя Уставного суда Санкт-Петербурга,
заслуженный работник высшей школы Российской Федерации,
доктор медицинских наук, профессор
igortimofeev58@gmail.com*

В статье, основываясь на конституционно-правовом подходе, раскрывается понятие «информационная безопасность пациента» как составляющая понятия «безопасность пациента», а также рассматривается ряд угроз, связанных с процессами информатизации современного здравоохранения, которые самым непосредственным образом отражаются на отношениях, складывающихся при оказании медицинской помощи. Содержание мер для обеспечения информационной безопасности условно можно разделить на три группы в зависимости от вида и способа распространения или ограничения информации: в рамках получения «информированного добровольного согласия», сохранения «врачебной тайны», недопущения распространения заведомо неверной медицинской информации. Показано, что имплементация современных информационных и коммуникационных технологий в отечественном здравоохранении должна сопровождаться правовым режимом обеспечения безопасного для пациента характера поступающей и исходящей с их помощью информации.

Ключевые слова: *безопасность личности, безопасность пациента, информационная безопасность пациента, врачебная тайна, медицинская помощь, медицинская ситуация.*

Безопасность пациента¹, являясь глобальной проблемой², определяется в научных исследованиях как многоаспектная категория³. В мировой медицинской практике безопасность человека рассматривается как основополагающий принцип лечения пациентов и ключевой компонент системы управления качеством медицинской помощи. Считается, что решение проблем безопасности пациентов как в медико-организационном, так и в юридическом плане должно проводиться по трем взаимодополняющим направлениям: профилактика нежелательных событий, их выявление и смягчение их эффекта в тех случаях, когда они все-таки происходят⁴.

По нашему мнению, безопасность пациента — это состояние защищенности его прав и жизненно важных интересов от внутренних и внешних угроз. При этом под угрозой понимаются совокупности условий и факторов, создающих опасность жизненно важным интересам личности⁵.

Информационная безопасность пациента, являясь составной частью понятия «безопасность пациента», требует научно-методологического исследования для определения его содержания, включая правовую определенность понятийного аппарата (например, собственно понятия «информационная безопасность пациента», а также дефиниций «медицинская информация», «вред здоровью от информации», «информационная угроза здоровью» и др.), и поиска путей развития этого направления в современном здравоохранении.

В рамках Стратегии национальной безопасности Российской Федерации, утвержденной Указом Президента РФ от 31 декабря 2015 г.

¹ Согласно п. 9 ст. 2 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», пациент — физическое лицо, которому оказывается медицинская помощь или которое обратилось за оказанием медицинской помощи независимо от наличия у него заболевания и от его состояния.

² Литовкина М.И. Безопасность пациентов в международных правовых документах. URL: <https://sibac/info/conf/law/xx/31072>

³ Безопасность пациента : пер. с англ. ; под. ред. Е.Л. Никонова. М. : ГОЭТАР-Медиа, 2010. 184 с.

⁴ Всемирный альянс за безопасность пациентов: программа перспективного развития. Женева : Всемирная организация здравоохранения, 2005. 28 с.

⁵ Тимофеев И.В. Качество медицинской помощи и безопасность пациентов: медико-организационные, правовые и деонтологические аспекты. СПб. : Изд-во ДНК, 2014. С. 202.

№ 683 (далее — Стратегия), информационная безопасность, рассматривается наряду с безопасностью личности как вид безопасности, входящий в национальную безопасность Российской Федерации (п. 6)⁶.

Обращение к Доктрине информационной безопасности Российской Федерации, которая утверждена Указом Президента РФ от 5 декабря 2016 г. № 646 (далее — Доктрина) и представляет собой систему официальных взглядов на обеспечение национальной безопасности Российской Федерации в информационной сфере (п. 1 Доктрины), показывает, что информационная безопасность рассматривается прежде всего как безопасность от угроз, связанных с применением современных информационных технологий. В то же время, определяя круг национальных интересов Российской Федерации в информационной сфере, Доктрина включает в их число обеспечение защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина в части, касающейся получения и использования информации, а также неприкосновенности частной жизни при использовании информационных технологий (подп. «а» п. 8)⁷.

Федеральный законодатель выделяет безопасность личности как один из видов безопасности, которая обеспечивается в Российской Федерации (ст. 1 Федерального закона от 28 декабря 2010 г. № 390-ФЗ «О безопасности»⁸, далее — Закон № 390-ФЗ). При этом из положений ст. 8 (п. 7) Закона № 390-ФЗ можно заключить, что обеспечение безопасности включает в себя в том числе деятельность по защите информации.

Анализ правотворческих инициатив свидетельствует об обеспокоенности федерального законодателя неконтролируемым распространением недостоверной информации, распространяемой под видом достоверных сообщений, с созданием опасности жизни и здоровью граждан, что нашло отражение в поправках, внесенных в марте 2019 г. в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁹.

Таким образом, можно констатировать, что действующее правовое регулирование не связывает информационную безопасность исключительно с особенностью технологий получения, передачи и накопления информации, уровнем их современного развития. Подход законодателя к регулированию информационной безопасности охватывает в том числе ситуацию, когда угрозой для человека, и в частности его здоровья, выступает само содержание информации.

Одной из особенностей рассматриваемой проблемы является то, что вопросы информационной безопасности пациента находятся в сфере регулирования ряда отраслей права (конституционного, административного, уголовного, гражданского). В настоящей работе основа исследования будет проведена в конституционно-правовой плоскости.

Поскольку право каждого на охрану здоровья и медицинскую помощь гарантируется Конституцией РФ (ч. 1 ст. 41), наряду с другими правами человека, в том числе прямо не перечисленными в Конституции (ч. 1 ст. 55), то обеспечение безопасности пациента, включая и информационную его составляющую, в равной мере связано с устранением как факторов, напрямую препятствующих качественному оказанию медицинской помощи, так и факторов, создающих угрозу нарушения иных прав и законных интересов пациента.

В этом смысле принцип «не навреди» как один из фундаментальных принципов оказания медицинской помощи простирается в своем значении далеко за пределы сугубо медицинского вмешательства. С учетом предложенного подхода к безопасности пациента указанный принцип включает в себя понимание того, что взаимодействие медицинского работника и пациента должно исключать угрозы не только здоровью пациента, но также и иным защищаемым Конституцией РФ благам.

В конституционно-правовом смысле безопасность личности определяется как социальная ценность¹⁰ и даже предлагается отдельно выделять право личности на безопасность, что рассматривается как благо¹¹. По нашему

⁶ Указ Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 1 (часть II). Ст. 212.

⁷ Указ Президента РФ от 5 декабря 2016 г. № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 50. Ст. 7074.

⁸ Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. № 390-ФЗ «О безопасности» // СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 2.

⁹ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

¹⁰ Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. Саратов: Изд. Саратов. гос. академии права, 2004. С. 439.

¹¹ Колоткина О.А. Право личности на безопасность: понятие и механизмы обеспечения в Российской Федерации: теоретико-правовое исследование: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009. 215 с.

мнению, безопасность личности должна рассматриваться не как самостоятельное право, а как элемент механизма обеспечения эффективной реализации различных прав человека, включая право каждого на охрану здоровья и медицинскую помощь, т.е. безопасность человека обладает гарантирующим влиянием на реализацию различных субъективных прав. Такое понимание согласуется с решением Конституционного Суда РФ от 21 мая 2013 г. № 10-П, в котором безопасность личности рассматривается в связи с реализацией конституционных прав на жизнь, достоинство, свободу и личную неприкосновенность, неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, а также права на охрану здоровья и медицинскую помощь (ст. 20, 21, 22, 23 и 41 Конституции РФ). «Реализация указанных конституционных прав предполагает обязанность государства осуществлять комплекс мер, обеспечивающих не только безопасность личности от преступных и иных общественно опасных посягательств, но и получение гражданами необходимой медико-социальной помощи с учетом права каждого свободно принимать решение об обращении за медицинской помощью и о прохождении курса лечения»¹².

Согласно ч. 1 ст. 41 Конституции РФ, в содержании права на охрану здоровья и медицинскую помощь, кроме базового уровня собственно охраны здоровья, т.е. сохранения его в том виде, как оно есть (включая и оказание доступной и качественной медицинской помощи), нужно рассматривать дополнительный уровень правового регулирования медицинской помощи как комплекса мер на случай ухудшения здоровья. При этом определенной правовой проблемой является то, что ни в Конституции РФ, ни в развивающем ее законодательстве, несмотря на наличие понятия «охрана здоровья», практически нет норм в виде правовой дефиниции «улучшение здоровья человека».

Безусловно, здоровье — это одно из высших благ, поскольку обладание им напрямую связано с жизнью человека. Тем не менее, обращаясь к проблеме информационной безопасности пациента и рассматривая ее в предложенном выше аспекте, необходимо отдавать себе отчет в том, что в условиях правового государства понимание соотношения таких ценностей, как

здоровье человека и его достоинство, составляет в том числе вопрос личного выбора каждого человека, выражающийся в конституционном принципе автономии личности, как и вопрос выбора между посещением врача и обращением к «альтернативным» формам профилактики, диагностики, лечения и реабилитации.

В целом анализ правового регулирования, в том числе основанный на решениях Конституционного Суда РФ, показывает, что предотвращение угроз информационной безопасности пациента, а стало быть, и содержание мер для их нейтрализации для обеспечения информационной безопасности условно можно разделить на три группы в зависимости от вида и способа распространения или ограничения информации.

Во-первых, это угрозы, связанные с непредставлением пациенту необходимой информации, и, соответственно, меры, обеспечивающие информирование пациента, например, о рисках медицинского вмешательства, что составляет содержание правового института добровольного информированного согласия¹³. Условно в таких случаях можно говорить об угрозах информационной безопасности пациента со знаком «+», т.е. они содержат императив предупреждения пациента об опасности.

Во-вторых, это угрозы, связанные с неправовым распространением информации о пациенте, и меры их предупреждения, в частности запрет распространения медицинской информации о пациенте, которая относится к понятию «врачебная тайна», а в случаях, допускающих ее распространение, ограничение избыточности (по отношению к целям распространения) этих сведений¹⁴. В этих случаях также условно можно говорить об угрозах информационной безопасности пациента, но со знаком «-», т.е. они содержат императив о запрете информации о пациенте.

В-третьих, угрозы, обусловленные поступлением к пациенту недостоверной медицинской информации, в том числе информации о возможностях современной медицины (как преуменьшающей, так и преувеличивающей их), и меры, пресекающие распространение такой

¹² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 21 мая 2013 г. № 10-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹³ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 15 мая 2012 г. № 880-О; от 17 июля 2014 г. № 1806-О; от 29 января 2015 г. № 203-О; от 23.06.2016 № 1362-О; от 26.01.2017 № 50-О; от 19.12.2017 № 3091-О. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹⁴ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июля 2013 г. № 1176-О; от 24 сентября 2013 г. № 1333-О; от 9 июня 2015 г. № 1275-О; от 2 июля 2015 г. № 1544-О; от 23 ноября 2017 г. № 2546-О; от 25 октября 2018 г. № 2690-О. URL: <http://www.ksrf.ru>

информации, в частности в виде недобросовестной рекламы, например, «новых» методов диагностики и лечения. Эту группу можно условно обозначить «-/+», т.е. императив пресечения поступления недостоверной информации.

В этой связи одним из действенных механизмов в усилении информационной безопасности пациента может рассматриваться деятельность государства (включая все ветви власти) в сфере информационного обеспечения оказания медицинской помощи, например в рамках государственной рекламы медицинской деятельности, разъяснения правовых аспектов оказания медицинской помощи и др. С этой целью, например, в Санкт-Петербурге нами трижды осуществлялось издание в серии «Имею право» и последующее бесплатное распространение для граждан через депутатские приемные и районные администрации Санкт-Петербурга брошюр «Советы пациентам», «Советы пациентам 2», «Советы пациентам 3»¹⁵, в которых в доступной форме представлялась необходимая правовая информация для пациента.

В решениях Конституционного Суда РФ¹⁶ понятие «безопасность пациента» встречается достаточно редко и касается в основном рассмотрения дел, связанных с использованием положений ч. 3 ст. 37 Закона Российской Федерации от 2 июля 1992 г. № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании».

С другой стороны, в практике Конституционного Суда РФ¹⁷ понятие «медицинская информация» является выражением взаимосвязи конституционного права на охрану здоровья и медицинскую помощь (ч. 1 ст. 41 Конституции РФ) и конституционного права свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом (ч. 4 ст. 29 Конституции РФ). Такая информация может касаться самого гражданина, реализующего право на охрану здоровья и медицинскую помощь, и выступать в этом случае как предмет информированного добровольного согласия либо касаться другого лица,

получившего (получающего) медицинскую помощь, являясь предметом врачебной тайны. Законодательное решение вопроса о праве третьих лиц на медицинскую информацию, составляющую врачебную тайну, предполагает соблюдение надлежащего баланса защищаемых Конституцией РФ ценностей, а также учет мотивов и целей обращения за соответствующими сведениями.

Конституционный Суд РФ, обращаясь к закрепленному в ст. 29 (ч. 4) Конституции Российской Федерации праву каждого свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию, отмечал, что реализация указанного конституционного права обусловлена действием положений ст. 17 (ч. 3) Конституции РФ, в силу которых при осуществлении прав и свобод человека и гражданина недопустимо нарушение права и свобод других лиц, и в этой связи предполагает следование положениям Конституции РФ, закрепляющим другие права и свободы человека и гражданина¹⁸.

Реализация права, закрепленного в ст. 29 (ч. 4) Конституции РФ в его взаимосвязи с правом на охрану здоровья и медицинскую помощь (ч. 1 ст. 41 Конституции РФ), заключается в том, что составляет сразу несколько правовых ситуаций.

В ситуации, когда пациент получает значимую для него информацию (например, о рисках, сопряженных с медицинским вмешательством), он одновременно выступает субъектом права на получение информации и субъектом права на охрану здоровья и медицинскую помощь. При этом ключевое значение имеет как сама возможность получить соответствующую информацию, так ее содержание, которое должно отвечать таким критериям, как полнота, достоверность и своевременность. Следовательно, в данном случае реализация права пациента на получение информации предполагает, с одной стороны, ограничение прав других лиц на распространение недостоверной информации¹⁹, а с другой — создание правовых механизмов, обеспечивающих своевременную передачу пациенту полной и достоверной информации, обеспечивающей реализацию им права на охрану здоровья и медицинскую помощь.

¹⁵ Тимофеев И.В. Советы пациентам. СПб. : Изд-во ДНК, 2002. 80 с. ; Тимофеев И.В. Советы пациентам 2. СПб. : Изд-во ДНК, 2006. 64 с. ; Тимофеев И.В. Советы пациентам 3. СПб. : Изд-во Синус пи, 2011. 48 с.

¹⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 24 мая 2018 г. № 20-П, определения Конституционного Суда РФ от 3 ноября 2009 г. № 1366-О-О; от 29 сентября 2011 г. № 1068-О-О; от 21 апреля 2011 г. № 446-О-О; от 17 июля 2014 г. № 1785-О. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 9 июня 2015 г. № 1275-О. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 26 октября 2017 г. № 25-П; Определение Конституционного Суда РФ от 26 ноября 2018 г. № 3087-О. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹⁹ Заметим, что и Конституция РФ (ч. 3 ст. 55), и Международный пакт о гражданских и политических правах (п. 3 «в» ст. 19) допускают ограничение на основании закона права на информацию в целях защиты здоровья.

В случае передачи и распространения информации о пациенте, составляющей предмет врачебной тайны, право на передачу и распространение информации реализуется в его взаимосвязи с правом на охрану здоровья и медицинскую помощь, а также с правом на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну (ч. 1 ст. 23 Конституции РФ). При этом субъектом права на передачу и распространение информации и субъектом прав на охрану здоровья и медицинскую помощь, неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну выступают разные лица. В этой ситуации при решении на законодательном уровне вопроса о балансе прав и законных интересов, в том числе балансе общественных и частных интересов, определяющее значение приобретают цель и объем передаваемой или распространяемой информации о пациенте.

Примером другой правовой ситуации могут послужить положения Принципов защиты психически больных лиц и улучшения психиатрической помощи, принятых 17 декабря 1991 г. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 46/119, предусматривающие, что право пациента на доступ к касающейся его информации в истории болезни, которая ведется психиатрическим учреждением, может быть ограничено в целях предотвращения серьезного ущерба здоровью пациента и риска безопасности других лиц (п. 1 принципа 19)²⁰.

Таким образом, обеспечение информационной безопасности пациента предстает в качестве сложного (многоаспектного) механизма обеспечения баланса конституционно защищаемых ценностей, включающего в себя, в частности, законодательное закрепление баланса между доступом граждан к информации и защитой прав граждан при распространении информации о них; баланса между доступом к информации и защитой здоровья лица, претендующего на получение соответствующей информации; между правом передавать и распространять информацию и защитой здоровья лица, являющегося получателем такой информации.

В этой связи информационную безопасность пациента допустимо рассматривать как специальный правовой режим информации, получение, передача и распространение которой взаимосвязаны с реализацией права каждого

на охрану здоровья и медицинскую помощь, выступающий в качестве одной из гарантий реализации указанного конституционного права. Отталкиваясь от тезиса, согласно которому «в системе правовых средств сбалансированного обеспечения безопасности личности, общества и государства решающее значение имеет Конституция, а сама безопасность как определенный режим статусного состояния соответствующих субъектов приобретает, соответственно, конституционные характеристики, становится конституционной безопасностью»²¹, можно заключить, что обеспечение информационной безопасности пациента не просто имеет конституционно-правовое содержание, но выступает частью механизма обеспечения конституционной безопасности в Российской Федерации.

Одним из важных направлений модернизации здравоохранения современной России является его цифровая информатизация. Цифровая информатизация позволяет в целом существенно повысить уровень медицинского знания и увеличить возможности оказания медицинской помощи за счет высокотехнологичных медицинских вмешательств. Она же позволяет формировать такие аспекты развития принципа, как «доступность и качество медицинской помощи», которые напрямую влияют на конституционное содержание права на охрану здоровья и медицинскую помощь и становятся существенными в формировании смысловой, аксиологической и праксиологической коннотации положений ч. 1 ст. 41 Конституции РФ.

Однако, кроме позитивного начала, цифровая информатизация в здравоохранении может нести и негативные издержки в виде нарушения информационной безопасности. В настоящее время объемы информации о пациенте и о медицинских вмешательствах становятся чрезвычайно значительными, способы передачи медицинской информации на этапах медицинской помощи нередко оказываются несостоятельными, а система сохранения, передачи и защиты этой информации все еще далека от совершенства. Все это является тормозящим фактором улучшения доступности и качества медицинской помощи и усугубляется в ряде случаев возникновением проблемы информа-

²⁰ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 17 декабря 1991 г. № 46/119 «Принципы защиты психически больных лиц и улучшение психиатрической помощи» // Система «ГАРАНТ».

²¹ Бондарь Н.С. Конституционная безопасность личности, общества, государства: постановка проблемы в свете конституционного правосудия, обеспечения социальной справедливости, равенства и прав человека // Правовая реформа, судебная реформа и конституционная экономика : сб. статей. М. : Издание г-на Тихомирова М.Ю., 2004. С. 42–43.

ционной безопасности в области здравоохранения в целом и в конкретном случае оказания (неоказания) медицинской помощи.

Особенно проблемной, по нашему мнению, является ситуация избыточного раскрытия в средствах массовой информации и информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» сведений, составляющих врачебную тайну ребенка, в целях сбора благотворительных пожертвований на лечение ребенка. В результате размещения указанных сведений в СМИ или в сети «Интернет» в свободный доступ могут попадать в том числе персональные данные ребенка (год рождения, ФИО, адрес проживания), особенные приметы ребенка, т.е. информация, позволяющая идентифицировать личность ребенка. Окончательное изъятие такой информации из сети «Интернет» невозможно, следовательно, нельзя предугадать, когда и с какими отсроченными негативными последствиями столкнется ребенок. Поэтому с момента разглашения сведений, составляющих врачебную тайну ребенка, крайне сложно гарантировать защиту его конституционных прав на охрану достоинства личности, неприкосновенность частной жизни, личную тайну, защиту его чести и доброго имени (ст. 21 и 23 Конституции РФ).

В ряде своих решений Конституционный Суд РФ²² обращается к анализу нормативного регулирования защиты ребенка от информации, наносящей вред его здоровью, нравственному и духовному развитию. В Федеральном законе от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, приносящей вред их здоровью и развитию»²³ сформулировано понятие «информационная безопасность детей» — это состояние защищенности, при котором отсутствует риск, связанный с причинением информацией вреда их здоровью и (или) физическому, психическому, духовному, нравственному развитию.

Очевидно, что нужно не только выявлять проблемы, связанные с информатизацией здравоохранения, но и пытаться изменить среду, которая может их порождать. В этом может помочь правовое регулирование, направленное на алгоритмизацию с выходом на стандартизацию оказания медицинской помощи. Например, разумное развитие стандартизации и внедрение порядков оказания медицинской по-

мощи, протоколов лечения должны позволить упростить и защитить передачу информации о пациенте, оценку показанности, включая определение риска оперативного вмешательства, анестезии и их осложнений, оценку перевода пациента внутри и вне лечебного учреждения и т.п.

В широком юридическом смысле под информационной безопасностью пациента предлагается понимать состояние защищенности его прав и законных интересов, включая право на доступную и качественную медицинскую помощь от внешних угроз, связанных с негативным использованием или неиспользованием необходимой для пациента информации и вызванных поведением других участников отношений, складывающихся по поводу оказания медицинской помощи (медицинские работники, специалисты по медицинскому страхованию и др.).

Таким образом, проблема информационной безопасности пациента оказывается чрезвычайно актуальной в связи с внедрением в современное здравоохранение цифровых технологий. Недостатки правового регулирования данного направления могут усилить риски нереализации права на охрану здоровья и медицинскую помощь, а также связанных с ним субъективных прав. В этой связи целесообразно еще раз обратиться к упомянутой нами Стратегии. В указанном правовом акте развитие здравоохранения и укрепление здоровья населения Российской Федерации определяется как важнейшее направление обеспечения национальной безопасности, для реализации которого проводится долгосрочная государственная политика в сфере охраны здоровья граждан, стратегическими целями которой являются, в частности, повышение доступности и качества медицинской помощи; соблюдение прав граждан в сфере охраны здоровья и обеспечение связанных с этими правами государственных гарантий (п. 71). При этом в качестве одного из способов противодействия угрозам в сфере охраны здоровья граждан Стратегия предусматривает внедрение современных информационных и коммуникационных технологий (п. 75). С учетом изложенного заметим, что сами по себе информационные и коммуникационные технологии без обеспечения безопасного для пациента характера поступающей и исходящей с их помощью информации едва ли будут способствовать достижению указанной в Стратегии цели их использования.

²² Постановление Конституционного Суда РФ от 23 сентября 2014 г. № 24-П; Определение Конституционного Суда РФ от 19 июля 2016 г. № 1746-О. URL: <http://www.ksrf.ru>

²³ Федеральный закон от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» // СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 48.

Литература

1. Безопасность пациента : перевод с английского ; под редакцией Е.Л. Никонова. Москва : ГОЭТАР-Медиа, 2010. 184 с.
2. Всемирный альянс за безопасность пациентов: программа перспективного развития. Женева : Всемирная организация здравоохранения, 2005. 28 с.
3. Козориз Н.Л. Информационная безопасность в системе противодействия опасности / Н.Л. Козориз // Информационное право. 2013. № 1. С. 28–31.
4. Колоткина О.А. Право личности на безопасность: понятие и механизмы обеспечения в Российской Федерации: теоретико-правовое исследование : диссертация кандидата юридических наук / О.А. Колоткина. Саратов, 2009. 215 с.
5. Литовкина М.И. Безопасность пациентов в международных правовых документах / М.И. Литовкина // Вопросы современной юриспруденции. 2013. № 20. С. 113–121.
6. Лопатин В.Н. Информационная безопасность России: Человек. Общество. Государство / В.Н. Лопатин. Санкт-Петербург : Университет, 2000. 424 с.
7. Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права / Н.И. Матузов. Саратов : СГАП, 2004. 439 с.
8. Тимофеев И.В. Доступность и необходимость (показанность) медицинской помощи: конституционно-правовое содержание понятий / И.В. Тимофеев // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 6 . С. 20–25.
9. Тимофеев И.В. Качество медицинской помощи и безопасность пациентов: медико-организационные, правовые и деонтологические аспекты / И.В. Тимофеев. Санкт-Петербург : Изд-во ДНК, 2014. 202 с.
10. Тимофеев И.В. Советы пациентам / И.В. Тимофеев. Санкт-Петербург : Изд-во ДНК, 2002. 80 с.
11. Тимофеев И.В. Советы пациентам 2 / И.В. Тимофеев. Санкт-Петербург : Изд-во ДНК, 2006. 64 с.
12. Тимофеев И.В. Советы пациентам 3 / И.В. Тимофеев. Санкт-Петербург : Изд-во Синус пи, 2011. 48 с.
13. Чеботарева А.А. Научные подходы к определению понятия «информационная безопасность» / А.А. Чеботарева // Информационное право. 2011. № 1. С. 3–6.

**Издательская группа «Юрист»
продолжает подписку
на комплект «Российский судья с приложением»
на первое полугодие 2020 года**

Уважаемые читатели!

Предлагаем вам оформить подписку на комплект «Российский судья с приложением». В комплект входят следующие издания:

- Администратор суда
- Журнал конституционного правосудия
- Российский судья
- Уголовное судопроизводство

С условиями подписки рекомендуем ознакомиться на сайте ИГ «Юрист»: www.lawinfo.ru в разделе «Подписка».

Наш адрес:

115035, г. Москва, Космодамианская набережная, д. 26/55, стр. 7.

Телефон: 8(495) 617-18-88.

E-mail: podpiska@lawinfo.ru

Пересмотр прецедента в англосаксонском праве: доктрина «специального оправдания»*

*Манжосов Сергей Анатольевич,
преподаватель кафедры конституционного права
Санкт-Петербургского государственного университета
sergey.manzhosoff@gmail.com*

Строгая приверженность высшего суда своим предшествующим конституционно-правовым позициям вызывает естественную тревогу, если суд не учитывает, что эти позиции могут оказаться ошибочными. В то же время любое суждение о наличии ошибки предполагает обращение к некоторым критериям, позволяющим ее выявить. Они, в свою очередь, продиктованы принятой судьями общей методологией конституционного толкования. В статье исследуется развитая судами англосаксонского права доктрина «специального оправдания». Она, с одной стороны, допускает пересмотр прецедента, когда выраженная в нем позиция ошибочна в свете новых результатов реалистического толкования конституции, а с другой стороны, требует установления объективных факторов, которые привели к изменению результатов такого толкования.

Ключевые слова: конституционный суд, методология судебного толкования, юридическая аргументация, правовой реализм, «живая конституция», балансирование, судебское усмотрение, судебное протворчество, прецедент, *stare decisis*, англосаксонское право, пересмотр правовой позиции.

Введение. Постоянство правовых позиций высшего суда ценно в свете различных соображений. Оно, надо полагать, обеспечивает правовую определенность, дает основания для будущих решений, ограничивает судебское усмотрение. Все это важные проявления общественного идеала, более известного как принцип верховенства права (*rule of law*). В странах англосаксонской правовой семьи он считается главным основанием доктрины прецедента¹, в том числе в ее горизонтальном аспекте, т.е. идеи о том, что суд обязан следовать своим решениям, рассматривая их в качестве источников права.

В пространстве конституционного правосудия эта доктрина встречает возражения, продиктованные другой составной частью конституционализма — принципом верховенства конституции (*constitutional supremacy*), который задает иерархию правовых норм. Строгая приверженность прецеденту рассматривается в этой перспективе как серьезная угроза, поскольку порождает возможность коллизий между конституцией как первичным источником права

и прецедентом ее судебного толкования как вторичным источником.

Подобные коллизии немислимы, если исходить из релятивистского тезиса, согласно которому «конституция — это то, что скажут о ней судьи». Однако если в качестве регулятивной идеи толкования предположить существование истины, достижимой с помощью надлежащих методов толкования, то прецедент может представляться ошибочным, если он противоречит конституции в ее «правильном» истолковании. В этом случае, вопреки ценности постоянства правовых позиций, требуется их корректировка, а иногда и полный пересмотр (*overruling*). Из принципа верховенства конституции, таким образом, вытекает ценность изменчивости правовых позиций: они должны меняться, когда это необходимо в целях соблюдения конституции.

Поскольку «правильность» конституционного толкования определяется его методологией, конкретный прецедент может считаться ошибочным в силу разных причин. Несколько упрощая ситуацию, можно выделить две основные стратегии толкования. Формалистическая стратегия ставит целью достижение абсолютной истины с помощью методов толкования, не предполагающих дискреции суда. Наиболее

¹ См.: Waldron J. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach // Michigan Law Review. 2012. Vol. 111, No. 1. P. 1–32.

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-01136 «Доктрина прецедента в конституционном и международном правосудии».

надежными в этом отношении считаются грамматический, систематический и исторический методы толкования, приоритет которых отстаивают, в частности, сторонники концепции оригинализма в американской юриспруденции. Реалистическая стратегия, напротив, требует использования методов толкования, предполагающих дискрецию суда и потому обещающих не более чем относительную истину, которая зависит от принятых ценностных установок и общего социального контекста. Здесь приоритет отдается телеологическому методу толкования, который подразумевает поиск оптимального баланса ценностей и возможность изменения этого баланса с течением времени, на чем настаивают сторонники концепции «живой конституции». Прецедент, следовательно, способен вступать в противоречие с конституцией как в формалистическом, так и в реалистическом ее истолковании².

Соответственно, в рамках формализма верховенство конституции подразумевает необходимость пересмотра правовых позиций, содержащих семантические и иные явные ошибки толкования, которые в совокупности можно обозначить как *аналитические* ошибки; в рамках реализма — правовых позиций, содержащих ошибки оптимизации (балансирования) ценностей, или *дискреционные* ошибки³.

Поскольку доктрина прецедента в конституционном правосудии возможна лишь на основе «смешанной» концепции толкования, которая в той или иной степени допускала бы использование методов как формалистической, так и реалистической направленности⁴, оба возраже-

ния против абсолютной обязательности прецедента заслуживают теоретического осмысления. Внушительным подспорьем для подобного исследования, несомненно, должна послужить судебная практика стран, принадлежащих к англосаксонской правовой семье. Особенный интерес это представляет для российской науки, где перспективы заимствования прецедентной правовой культуры обычно обсуждаются в отсутствие глубокого анализа принципов и методов прецедентного права⁵.

Испытывая понятные ограничения, продиктованные форматом изложения, мы сосредоточим свое внимание на доктринах, выработанных высшими судами трех крупнейших юрисдикций — США, Канады и Англии. В настоящей статье речь пойдет о доктрине «специального оправдания», которая была выработана в ответ на контраргумент реалистического подхода⁶.

Соединенные Штаты Америки. Принцип верховенства конституции в его реалистической трактовке получил свое естественное развитие в рамках идеи, восходящей к одному из особых мнений судьи Верховного Суда США Льюиса Брэндайса. Фундаментом этой идеи, получившей в американском праве широкое признание, выступает противопоставление прецедентов толкования конституции и прецедентов толкования закона, в связи с чем она более известна как «дихотомия Брэндайса». Предполагается, что в сфере конституционного правосудия доктрина прецедента в отношении пересмотра должна предъявлять менее строгие требования, чем при рассмотрении и разрешении конкретных дел на основе закона, поскольку внесение поправок в конституцию, с помощью которых можно было бы исправить допущенную высшим судом ошибку в толковании, — процедура гораздо более сложная, чем внесение поправок в закон. Исходя из этого, судья Брэндайс призывал покориться «урокам опыта и силе лучшей аргументации» и признать, «что процесс проб и ошибок, столь плодотворный в естественных науках, является подходящим также и для судебной функции»⁷.

² О формализме и реализме в толковании и отношении их радикальных версий к прецеденту см.: Манжосов С.А. Идея прецедента в концепциях конституционного толкования // Журнал конституционного правосудия. 2019. № 2. С. 25–32. По поводу методов конституционного толкования см.: Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб.: Юридическая книга, 2009. С. 446–456; Должиков А.В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 125–151.

³ Предлагаемая терминология развита на основе классификации видов толкования, которую дает австрийский исследователь Отто Пфферсманн. Аналитическим именуется толкование, которое направлено на получение точного знания об объекте толкования согласно избранным методам. Оно не предполагает никаких оценочных суждений, поскольку в рамках такого толкования невозможен выбор, и этим оно отличается от замещающего и креативного толкования (см.: Пфферсманн О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. СПб.: Юридическая книга, 2012. С. 267–269). Точно так же аналитические ошибки предполагают точность их установления, а дискреционные ошибки — необходимость оценки.

⁴ Манжосов С.А. Указ. соч. С. 28–29.

⁵ О состоянии этих дискуссий в недавнем прошлом см.: Антонов М.В. О некоторых теоретических вопросах прецедентной революции в России // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 9–14.

⁶ Ответом судебной практики этих стран на контраргумент формалистического подхода можно считать доктрину *per incuriam*, анализ сущности и применимости которой в конституционно-правовых спорах мы надеемся представить отдельно.

⁷ См.: *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 405–410 (особое мнение судьи Брэндайса). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/393/>

В современной литературе высказывается мнение, что никакой исторической основы в практике Верховного Суда США «дихотомия Брэндайса» на тот момент не имела, будучи всего лишь выражением политических пристрастий и симпатий ее автора по отношению к движению правового реализма и «Новому курсу»⁸. Однако ключевое возражение состоит в другом: «практическая невозможность» внесения поправок в конституцию на самом деле с таким же успехом могла бы считаться доводом в пользу *более строгого* по сравнению с иными категориями дел соблюдения доктрины прецедента в сфере конституционного правосудия. «Жесткость» конституции, проистекающая из ее природы как учредительного акта, — это обоюдоострый меч; для доктрины прецедента она одинаково значима как с точки зрения ценности постоянства, так и с точки зрения ценности изменчивости правовых позиций. Возможности конституционного законодателя в равной степени ограничены как в исправлении ошибки суда, которая охраняется обязывающей силой прецедента, так и в стабилизации практики, когда она складывается непоследовательно. Дихотомия прецедентов толкования действительно оправданна, поскольку и ошибки в толковании, и непоследовательность практики скорректировать с помощью внесения уточнений в первичный источник применительно к закону гораздо легче. Но вывод из этого должен быть несколько иным: поскольку обе крайности судебного толкования в отношении конституционного правосудия исправить демократическим способом гораздо сложнее, суд должен избегать их и придерживаться умеренного подхода, позволяющего обеспечить баланс ценностей постоянства и изменчивости.

Примечательно, что, высказывая свою гипотезу, Брэндайс характеризует доктрину прецедента как всего лишь «мудрую политику» (*wise policy*). В рамках проводимой им дихотомии конституционный прецедент, в сущности, вообще лишен обязывающей силы для постановившего его суда, поскольку пересмотр принципиально возможен во всякое время, если текущий состав суда не согласен с выраженной в нем позицией, т.е. намерен реализовать свою

дискрецию в толковании конституции иначе, чем их предшественники. Но принцип, согласно которому «для суда прецедент то же, что для законодателя закон, — он изменяет его, когда захочет», возможен лишь при допущении, что у прецедента «нет той обязательности, какая свойственна норме права»⁹. Неограниченная свобода пересмотра равносильна отрицанию доктрины прецедента в ее горизонтальном аспекте¹⁰.

Исходя из этого, Верховный Суд США сегодня в целом отвергает предложенный Брэндайсом принцип «свободного» пересмотра. Вместо этого устоявшейся практикой стало требование, в силу которого пересмотр возможен только при наличии «специального оправдания» (*special justification*)¹¹. Условия пересмотра конституционных прецедентов были кодифицированы Судом в решении по делу «Планирование семьи» в юго-восточной Пенсильвании против Кейси»¹². В этом деле рассматривался вопрос о пересмотре позиции, принятой Судом в известном решении по делу «Роу против Уэйда», которое касалось права женщины на совершение аборта¹³. Суд не нашел оснований для пересмотра. В своем совместном мнении трое судей¹⁴ пришли к выводу, что уважение к прецеденту необходимо в силу принципа верховенства права и что пересмотр позиции требует учета целого ряда факторов, через призму которых в конкретном деле следует оценить

⁸ Strang L.J., Poole B.G. Historical (In)Accuracy of the Brandeis Dichotomy: An Assessment of the Two-Tiered Standard of Stare Decisis for Supreme Court Precedents // North Carolina Law Review. 2008. Vol. 86. P. 969–1031.

⁹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 2. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1911. С. 467.

¹⁰ «Если бы всякий раз, когда суд считает предшествующее решение ошибочным, он мог опровергнуть такое решение, то никакого принципа stare decisis не существовало бы вообще» (Schauer F.F. Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning. Cambridge, London: Harvard University Press, 2009. P. 59–60).

¹¹ Как отмечает от лица Верховного Суда США его Главный судья в 1986–2005 гг., Уильям Ренквист, «в то время как stare decisis не является непоколебимым требованием... особенно в тех случаях, когда мы толкуем Конституцию... даже в конституционных делах эта доктрина имеет такую убеждающую силу, что мы всегда требовали, чтобы отклонение от прецедента было подкреплено неким “специальным оправданием”». См.: Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, 443 (2000). Указание на «особенность» конституционных споров, безусловно, продиктовано остаточным влиянием «дихотомии Брэндайса».

¹² Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

¹³ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). Об этом деле и практике американского Суда по делам об абортх в целом см.: Бернам У. Правовая система США / науч. ред. В.А. Власихин; пер. с англ. А.В. Александров и др. 3-й вып. М.: Новая юстиция, 2006. С. 590–593.

¹⁴ В той части, в которой их мнение касалось изложения и применения доктрины прецедента, к ним присоединились еще двое судей, в связи с чем высказанная ими точка зрения получила большинство голосов (пять судей из девяти) и считается позицией Суда.

возможность пересмотра. На основе анализа предшествующей практики Суда были выработаны четыре критерия (условно называемые «тест Кейси»)¹⁵.

Критерий «неработоспособности» (*unworkability*) требует ответа на вопрос, является ли правило, установленное прецедентом, нетерпимым вследствие того, что оно доказало свою неработоспособность на практике. Трактовка этого критерия может быть различной. В качестве примера судьи ссылались на решение Верховного Суда США по делу «Свифт и компания» против Уикхэма», где было установлено, что норма прецедента страдает внутренним телеологическим противоречием, поскольку издержки применения нормы настолько высоки, что лишают ее практического смысла¹⁶. Однако в отношении дела Роу этот критерий прозвучал, скорее, как требование правовой определенности. Судьи отметили, что, «в то время как [правило из решения по делу] Роу требовало судебной оценки законов штата... и несмотря на то, что потребность в таком контроле останется следствием принимаемого сегодня решения, требуемые постановления находятся в пределах судебской компетенции»¹⁷. Очевидно, что некоторую степень неясности можно вменить любому правилу. Возможность пересмотра открывает только «нетерпимая» степень такой неясности.

Критерий «доверия» (*reliance*) затрагивает проблему обманутых ожиданий: необходимо выяснить, было ли правило предметом такого доверия, которое сообщает последствиям пересмотра особую суровость и добавляет к издержкам отказа от прежней позиции еще и нечестность по отношению к тем, кто полагался на него, или причиняет значительный вред общественной стабильности. Считается, что эта проблема наиболее актуальна в коммерческом контексте: «соображения в пользу *stare decisis* наиболее сильны в делах, затрагивающих собственность и договорные права»¹⁸, поскольку в этих сферах «заблаговременное и очень точное планирование является наиболее очевидной

необходимостью»¹⁹. Аборт, напротив, обычно является «незапланированным ответом на последствия незапланированного поведения». Отметив это обстоятельство, судьи тем не менее пришли к выводу, что эффект доверия в данном случае не может быть точно измерен и что связанные с этим издержки пересмотра исключать нельзя: ибо «на протяжении двух десятилетий экономического и социального развития люди устраивали интимные отношения и делали выбор, который определяет их суждения о себе и их место в обществе, полагаясь на доступность аборта в том случае, если контрацепция окажется недостаточной»²⁰.

Критерий «современного развития права» (*new developments in law*) может быть задействован в том случае, когда относимые к делу принципы права за прошедшее время получили столь сильное развитие, что превратили прежнее правило в не более чем «остаток отвергнутой доктрины», не принимаемый в расчет «доктринальный анахронизм» или даже «пережиток устаревшего конституционного мышления»²¹. Рассматривая прецедент по делу Роу в контексте последующего развития конституционного права, Суд не нашел повода усомниться в надежности его оснований, упомянув прежние и новые правовые позиции, в которых были развиты принципы личной автономии, свободы, телесной неприкосновенности и т.д.

Критерий «изменившихся обстоятельств» (*changed circumstances*) предполагает, что факты могут настолько измениться или предстать настолько в ином свете, что прежнее правило будет неоправданным или нерелевантным в отношении предмета, который оно регулирует. Классическим примером является пересмотр позиции Верховного Суда США по вопросам законодательного регулирования наемного труда, которое предполагало ограничение свободы договора между работником и работодателем²².

¹⁵ Casey, 505 U.S. 833, 854–855.

¹⁶ Swift & Co. v. Wickham, 382 U.S. 111 (1965). Прецедент, призванный определять подсудность споров, был признан неработоспособным по той причине, что на его основе подсудность невозможно было определить до тех пор, пока дело не будет рассмотрено по существу. Установленный им стандарт в результате только затягивал судебный процесс, вместо того чтобы ускорить его.

¹⁷ Casey, 505 U.S. 833, 855.

¹⁸ Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808, 828 (1991).

¹⁹ Casey, 505 U.S. 833, 856.

²⁰ 505 U.S. 833, 856–857. Рассуждая о специальном запрете ретроактивных налоговых законов, Лон Фуллер справедливо отмечает, что «в своих решениях и расчетах люди учитывают все законы... Человек может принять решение овладеть конкретной профессией, жениться, ограничить или увеличить размер семьи, избавиться от своего имущества, — и все это решается с учетом существующего корпуса права, в который входят не только налоговые законы, но законы о собственности, договорное право и, возможно, даже избирательное законодательство, которое приводит к той или иной конфигурации политической власти» (Фуллер Л.Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой ; под ред. А. Куряева ; ред. кол.: Ю. Кузнецов, А. Якимчук и др. М. : ИРИСЭН, 2007. С. 77).

²¹ Casey, 505 U.S. 833, 855, 857.

²² West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

Как отмечают судьи, к середине 1930-х годов вследствие Великой депрессии для большинства людей стало ясным, что бескомпромиссная защита договорной свободы основывается на принципиально ложных фактических предпосылках относительно способности нерегулируемого рынка обеспечивать минимальный уровень человеческого благополучия²³. Хотя развитие медицинских технологий позволяет обеспечить как выживание младенца на более ранних сроках беременности, так и, наоборот, безопасное для матери прерывание беременности на более поздних сроках, это не оказывает существенного влияния на предусмотренную прецедентом по делу Роу общую схему пределов реализации конкурирующих интересов во времени²⁴.

Тест Кейси не требует одновременного удовлетворения всех четырех условий. Однако он предполагает, что одно только убеждение большинства судей в ошибочности прецедента, вызванное, скажем, изменением состава Суда, не может служить основанием пересмотра²⁵.

Тем не менее в некоторых более поздних решениях данный тест был воспринят не особенно серьезно. Например, в решении по делу «Лоуренс против штата Техас»²⁶ Верховный Суд США пересмотрел прецедент, действовавший всего семнадцать лет²⁷, придя к выводу о недопустимости уголовного преследования за мужеложство. Формулируя позицию большинства, судья Энтони Кеннеди не стал излагать столь же обстоятельный анализ оснований пересмотра, какой имел место в деле Кейси. Из четырех критериев был прямо упомянут только критерий «доверия»: по его мнению, когда речь идет о прецеденте, признающем некий интерес в качестве конституционной свободы, «индивидуальное или общественное доверие к существованию этой свободы с особенной силой говорит против пересмотра», но в данном случае «нет такой индивидуальной или общественной веры в [прецедент по делу] Боуерс, которая могла бы говорить против опровержения его существования, когда имеются убедительные аргументы сделать это»²⁸. Здесь же он многозначительно цитирует начальную сентенцию решения по делу Кейси: «Свобода не найдет пристанища в юриспру-

денции сомнений»²⁹. Это заставляет по-новому взглянуть на сферу применения теста Кейси.

Выделение прецедентов, обеспечивающих конституционные свободы, приводит к мысли, что специальных гарантий требуют в первую очередь именно эти прецеденты, а не какие-либо иные³⁰. С точки зрения подобной дифференциации легко объяснимы лаконичность и отсутствие щепетильности по отношению к прецеденту, свойственные известному решению Верховного Суда США по делу «Браун против Совета по образованию»³¹. Интерес некоторой части населения к сохранению режима сегрегации не был «интересом конституционной свободы»; не было и речи об отмене или умалении этим решением какой-либо свободы, ибо никакого субъективного «права на сегрегацию» никогда не существовало.

Независимо от того, насколько строго должны применяться критерии, перечисленные в решении по делу Кейси, можно констатировать, что эта судебная кодификация стала выражением общей тенденции к укреплению веса прецедентной аргументации в конституционном праве США, которую к середине 1980-х гг. стали все более активно использовать как «либеральные», так и «консервативные» судьи³².

Канада. Критерии, аналогичные американскому тесту Кейси, были выработаны и Верховным Судом Канады в его практике по конституционным делам. Знаковым стало единогласно принятое в 2013 г. решение по делу «Канада против Бедфорд»³³, где были сформулированы условия, при которых допускается так называемый предвосхищающий пересмотр (*anticipatory overruling*). Речь идет о ситуации, когда нижестоящий суд «возвращается к предмету», по которому уже состоялся прецедент Верховного Суда, как бы «предвосхищая» будущий пересмотр такого прецедента. Верховный Суд указал, что нижестоящие суды вправе рассмотреть и оценить аргументы, которые не были

²³ Casey, 505 U.S. 833, 861–862.

²⁴ 505 U.S. 833, 860.

²⁵ 505 U.S. 833, 864.

²⁶ Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

²⁷ Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

²⁸ Lawrence, 539 U.S. 558, 577.

²⁹ Casey, 505 U.S. 833, 844.

³⁰ «Когда предыдущее решение принимало экспансивную точку зрения относительно конституционно гарантированных свобод индивида, оно с гораздо большей вероятностью должно было уважаться как обязывающее, чем те прецеденты, которые принимали ограничительную позицию» (Ensign D.C. The Impact of Liberty on Stare Decisis: The Rehnquist Court from Casey to Lawrence // New York University Law Review. 2006. Vol. 81. P. 1138).

³¹ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

³² См.: Powe Jr. L.A. Intragenerational Constitutional Overruling // Notre Dame Law Review. 2014. Vol. 89, No. 5. P. 2113–2114.

³³ Canada (Attorney General) v. Bedford, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

высказаны в прецедентном деле, ибо по сути они образуют «новый юридический вопрос» (*a new legal issue*). Кроме того, «вернуться к предмету» можно и в том случае, когда новый юридический вопрос возникает вследствие значительного развития права, а также если произошло изменение обстоятельств или доказательств, которое фундаментально меняет параметры обсуждения (пар. 42 решения). Эти критерии почти дословно совпадают с критериями «современного развития права» и «изменившихся обстоятельств», которые были выработаны Верховным Судом США. Однако «значительное развитие права» канадский Суд склонен рассматривать как частный случай более общего критерия, который состоит в наличии «нового юридического вопроса».

В отношении некоторых оснований и доводов жалобы Верховный Суд Канады посчитал аргументацию заявителей не отвечающей ни одному из указанных выше критериев, но даже в этой части он в принципе допустил возможность отклонения от прецедента, если к такому решению приведет поиск баланса между «корректностью» и определенностью, которые Суд должен будет подвергнуть взвешиванию (пар. 46–47 решения). Необходимость оценить в конкретном деле вес принципа определенности, безусловно, напоминает американский критерий «доверия».

Через два года тест, выработанный в деле Бедфорд, получил подтверждение в решении Суда по делу «Картер против Канады»³⁴, где был подвергнут пересмотру прецедент, допускавший уголовное преследование лиц (в первую очередь врачей), принимавших участие в совершении активной эвтаназии³⁵. Достаточно громкое в силу своей материально-правовой значимости, это решение позволяет также отметить важное содержательное различие между канадским и американским подходами к установлению «изменившихся обстоятельств». В качестве доказательств такого изменения канадские суды приняли во внимание, что спустя два десятилетия среди западных демократий появилось сразу несколько юрисдикций, допускающих активную эвтаназию (пар. 8 решения), в связи

с чем значительно ослаб тот «прочный консенсус» по поводу запрета и наказуемости, который существовал среди западных стран в 1993 г. (пар. 47 решения). Соответствующие данные о зарубежном нормативном регулировании и практике его применения были учтены в ходе применения теста на пропорциональность (пар. 25–28, 102–121 решения). Подобная аргументация нетипична для Верховного Суда США, где использование сравнительно-правового метода в толковании национальной Конституции встречает серьезный скепсис³⁶.

Перечисленные критерии допустимого пересмотра не были нововведением. Как и решение по делу Кейси в США, они всего лишь отражают предшествующую практику высшего суда³⁷. Однако тест Бедфорд/Картер, в отличие от теста Кейси, содержит только три критерия («новый юридический вопрос», «фундаментальное изменение обстоятельств или доказательств», «определенность»). Четвертый критерий теста Кейси, «работоспособность», прослеживается в практике Верховного Суда Канады весьма явно³⁸, однако в новейших решениях упомянут не был. С другой стороны, он не был и напрямую отвергнут. Дело Бедфорд, как и дело Картер, посвящено допустимости именно «предвосхищающего пересмотра», поэтому, вполне возможно, Суд вообще не имел намерения дать исчерпывающий перечень критериев, обозначив только те из них, которые могут применяться нижестоящими судами. Кроме того, критерий «работоспособности» — по крайней мере, в той части, в какой он оправдывает пересмотр прецедента, вносящего путаницу и неясность, — может в известной мере рассматриваться как частный случай критерия «определенности»³⁹. Если исходить из того, что

³⁴ Carter v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

³⁵ Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519. Об этом прецеденте см.: Мелкевик Б. Ответственность перед лицом смерти: Дело Сью Родригез, рассмотренное Верховным судом Канады // Известия вузов. Правоведение. 2013. № 2. С. 161–171.

³⁶ Подробнее об использовании этого метода в конституционном толковании, в том числе в канадской и американской практике, см.: Троицкая А.А., Храмова Т.М. Использование органами конституционного контроля зарубежного опыта // Государство и право. 2016. № 8. С. 5–22.

³⁷ По поводу предшествующей практики см.: Parkes D. Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada // Manitoba Law Journal. 2007. Vol. 32, No. 1. P. 135–162; ead. Precedent Revisited: Carter v Canada (AG) and the Contemporary Practice of Precedent // McGill Journal of Law and Health. 2016. Vol. 10, No. 1. P. 123–158.

³⁸ См., например: R. v. Askov, [1990] 2 S.C.R. 1199; R. v. Henry, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76; R. v. Kapp, [2008] 2 S.C.R. 483, 2008 SCC 41.

³⁹ Характерно замечание Брайана Диксона, Главного судьи Верховного Суда Канады в 1984–1990 гг., который в одном из своих особых мнений приводил в пользу пересмотра тот аргумент, что «предшествующее решение было само по себе причиной неопределенности, а значит, следование этому... решению по мотиву [соблюдения принципа] stare decisis противоречило бы ценности, которая лежит в основе

тест Бедфорд/Картер не дает исчерпывающего перечня, то следует констатировать, что судебная кодификация критериев допустимого пересмотра в Канаде еще не завершена.

Англия. В практике высших судов Англии долгое время поддерживался принцип абсолютной обязательности прецедента. Отказ от этого принципа был провозглашен в 1966 г., когда Палата лордов Соединенного Королевства, неожиданно для всех, выпустила так называемое Заявление по вопросам практики⁴⁰. По форме оно представляло собой нечто вроде пресс-релиза, в котором лорд-канцлер от имени всех членов высшего суда сообщал, что отныне Палата лордов считает для себя возможным отступить от прецедента, «когда это покажется правильным» (*when it appears right to do so*). Никаких специальных условий пересмотра автор Заявления напрямую не обозначил: он лишь заверил, что Палата будет «учитывать опасность ретроспективного нарушения основы состоявшихся договоров, актов распоряжения имуществом и фискальных мероприятий, а также особую потребность в определенности, когда речь идет об уголовном праве». Считается в связи с этим, что «после Заявления по вопросам практики Палата лордов стала первым и единственным [в Англии] судом, который *абсолютно свободно* (курсив мой. — С.М.) может отклонять свои прецеденты»⁴¹.

Некоторую пищу для размышлений дают на самом деле аргументы, выдвинутые в Заявлении против принципа абсолютной обязательности: по мнению его автора, «слишком жесткая приверженность прецеденту может привести к несправедливости в отдельном случае (*injustice in a particular case*), а также чрезмерно ограничить надлежащее развитие права (*proper development of law*)». В сообщении для прессы к Заявлению также прилагалась «пояснительная записка», которая не была официально опубликована. В качестве примера в ней было указано, что Палата вправе отклониться от прецедента, если посчитает, «что предшествующее решение было [принято] под влиянием существовавших тогда условий, которые более не имеют силы, и что в современных условиях право должно быть другим». Кроме того, в качестве обстоятельства

особой важности было отмечено, что отныне Палата сможет «обращать большее внимания на судебные решения, принятые высшими судами Содружества наций»⁴².

Неприемлемость «свободного» пересмотра прослеживается в последующих решениях Палаты лордов — например, в решении по делу «Джонс против Государственного секретаря по социальным услугам»⁴³, где пересмотр не состоялся вопреки тому, что большинство судей были убеждены в ошибочности прецедента. Все они пришли к выводу, что эта убежденность, даже если бы имело место единодушие, сама по себе не дает оснований для пересмотра⁴⁴. Непосредственно после того, как дело было решено заслушать в полном составе судей, Палата приняла поправку к своему регламенту⁴⁵, в которой предписала заявителям, ожидающим пересмотра прецедентов, специально указывать это при обращении в Палату как одно из оснований апелляции. Учитывая также дальнейшее развитие практики, можно прийти к выводу, что вопросы пересмотра, в отличие от обычных дел, Палата считала необходимым рассматривать в полном составе судей⁴⁶.

Верховный Суд Соединенного Королевства, учрежденный в 2009 г. и ставший преемником Палаты лордов в статусе высшей судебной инстанции, продолжает придерживаться подхода, выработанного Палатой. В регламенте Верховного Суда сохраняется правило, что если сторона просит Суд о пересмотре его прецедентов или прецедентов Палаты лордов, то в апелляционной жалобе и в извещении об апелляции, которое направляется участникам дела, это должно быть указано прямо и со всеми подробностями (п. 3.1.3, 4.2.4), в качестве отдельного параграфа в обосновании, к которому необходимо привлечь особое внимание (п. 6.3.4)⁴⁷. Заявление по вопросам практики 1966 г. было подтверждено в решении по делу «Остин против мэра и членов муниципального совета Лондонского боро Саутуарк»⁴⁸ (п. 25

этой доктрины, т.е. ясности и определенности права» (R. v. Bernard, [1988] 2 S.C.R. 833, 858).

⁴⁰ Practice Statement, [1966] 3 All E.R. 77.

⁴¹ Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. Т.В. Апаровой; под общ. ред. Ф.М. Решетникова. М.: Юридическая литература, 1985. С. 138.

⁴² Цит. по: Zander M. The Law-Making Process. 6th ed. New York: Cambridge University Press, 2004. P. 218.

⁴³ Jones v. Secretary of State for Social Services, [1972] 1 All E.R. 145.

⁴⁴ Stone J. On the Liberation of Appellate Judges: How Not to Do It! // Modern Law Review. 1972. Vol. 35, No. 5. P. 470.

⁴⁵ Cases (Practice Direction), [1971] 2 All E.R. 159.

⁴⁶ Stone J. Op. cit. P. 469–470.

⁴⁷ The Supreme Court Rules 2009. URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/composite-rules-and-practice-directions.pdf> (дата обращения: 31.09.2019).

⁴⁸ Austin v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark, [2010] UKSC 28.

решения). Суд, кроме того, подтвердил следующие позиции Палаты, которые касались принципов пересмотра (п. 26 решения). Так, отказ от принципа абсолютной обязательности не означает, что пересмотру подлежит каждый прецедент, который представляется ошибочным или аномальным; в интересах правовой определенности необходимо удостоверить, что для пересмотра имеется очень веская причина (*very good reason*)⁴⁹. Пересмотр может быть уместен, если приверженность прецеденту приводит к серьезным аномалиям или другим явно неудовлетворительным результатам (*plainly unsatisfactory results*)⁵⁰. Основанием для пересмотра могут быть, в частности, фундаментальное изменение обстоятельств (*fundamental change in circumstances*)⁵¹ или опыт, показывающий, что прецедент приводит к непредвиденной серьезной несправедливости (*unforeseen serious injustice*)⁵². В недавнем решении по делу «Кнауэр против Министерства юстиции»⁵³ Верховный Суд указал, что не намерен отказываться следовать прецеденту только на том основании, что прецедентное дело он решил бы иначе; для пересмотра требуется нечто большее (п. 22 решения). Суд усмотрел основания для пересмотра в том, что с момента появления оспоренных заявителем прецедентов Палаты произошло существенное изменение релевантного правового ландшафта; их применение в существующем правовом климате алогично и ведет к несправедливым последствиям (п. 23 решения). Спор был посвящен вопросам деликтного права. Суд отметил, что в Англии оно является продуктом судебного правотворчества (дело не касалось толкования статутов), поэтому его корректировка и адаптация должны производиться судьями, а не законодателем, если нет веских аргументов в пользу обратного. Разумеется, могут иметь место случаи, когда изменения в праве либо слишком сложны, либо повлекут потенциальную несправедливость или более широкие последствия, в связи с чем проблему будет лучше оставить законодателю; однако в данном деле таких препятствий Суд не обнаружил (п. 26 решения). Этот фрагмент фактически предпо-

лагает для прецедентов общего права меньшую сдержанность Суда в вопросах пересмотра, чем для прецедентов статутного толкования⁵⁴.

В качестве редкого случая пересмотра по вопросу, который носил конституционно-правовой характер, можно привести решение Палаты лордов по делу «Пеппер против Харта»⁵⁵. В деле был поставлен вопрос о том, может ли суд в ходе толкования статута обращаться к стенограмме заседаний Палаты общин (*Hansard*) без ее разрешения. Прежде это было запрещено: считалось, что этому препятствует положение ст. 9 Билля о правах 1688 г., где сказано, что «свобода слова, прений и процедур в Парламенте не должна нарушаться или подвергаться сомнению (*impeached or questioned*) в каком-либо суде или другом месте вне Парламента».

Представитель заявителя указал несколько оснований для пересмотра. Во-первых, с течением времени суды в целом отвергли старый «буквалистский» подход к статутному толкованию и теперь приняли телеологический подход, стремясь, по возможности, проводить намерения законодателя в жизнь, а не препятствовать их реализации. Во-вторых, другие юрисдикции англосаксонского права отказались от этого запрета без вредных последствий. Хотя запрет не был лишен разумных причин (учитывая трудности в получении доступа к парламентским материалам, а также издержки по их исследованию), опыт стран Британского Содружества не позволяет считать недостатки его отмены существенными, если суд строго контролирует обстоятельства, при которых допускаются ссылки на парламентские материалы.

В результате Палата лордов пересмотрела свою позицию. Автор «лидирующего» мнения, лорд Браун-Уилкинсон, к которому присоединились почти все остальные судьи, высказался в пользу допустимости такого приема толкования, хотя и сопроводил свой вывод оговорками. При этом он прямо заявил, что принимает доводы заявителя. Развивая соответствующую аргументацию, судья указал, что применению данного запрета трудно дать разумное объяснение в свете новейшей практики Палаты

⁴⁹ R. v. Knüller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd., [1973] A.C. 435.

⁵⁰ R. v. National Insurance Commissioner, Ex parte Hudson, [1972] A.C. 944.

⁵¹ Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust, [2004] 1 A.C. 309.

⁵² Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd., [1976] A.C. 443.

⁵³ Knauer v. Ministry of Justice, [2016] UKSC 9.

⁵⁴ Рассуждения Суда напоминают логику «дихотомии Брэндайса»: чем меньше вероятность устранения ошибочного прецедента законодательными средствами, тем меньшую строгость должны иметь условия пересмотра. Однако британский Суд, в отличие от американского судьи, предпочитает не делать радикальных выводов, продолжая считать убежденность в наличии ошибки недостаточным условием для пересмотра.

⁵⁵ Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart, [1992] 3 W.L.R. 1032.

лордов, которая касалась иных способов учета намерений законодателя⁵⁶. Он также сослался на опыт Австралии и Новой Зеландии, в той или иной мере отменивших запрет. В этих аргументах очевидно указание на «современное развитие права» и «фундаментальное изменение обстоятельств» (с использованием сравнительно-правового метода).

Таким образом, вопреки возникшему после 1966 г. впечатлению «абсолютной свободы» высший суд Англии, так же как американский и канадский суды, отвергает принцип «свободного» пересмотра. К слову, в самом Заявлении по вопросам практики прямо указано, что Палата лордов по-прежнему считает свои прецеденты, «как правило, обязательными» (*normally binding*). «Абсолютная свобода» несовместима с понятием обязательности. В то же время нельзя не отметить, что условия пересмотра, известные английской практике, во многом все еще носят чрезвычайно размытый характер: рядом с относительно ясным и знакомым критерием «фундаментального изменения обстоятельств» соседствует, например, очень абстрактный критерий «явно неудовлетворительных результатов», при этом кодификацию критериев, как и в отношении канадской практики, вряд ли можно считать завершенной.

Заключение. Резюмируя, следует отметить несколько важных особенностей развития англосаксонского права.

1. Суды крупнейших юрисдикций этой правовой семьи — США, Канады и Англии — отвергают принцип «свободного» пересмотра прецедентов. Согласно принятой в США доктрине «специального оправдания», пересмотр не может быть продиктован одной только убежденностью судей, что прецедентная норма проистекает из ошибочного толкования первичного источника (конституции). Аналогичного взгляда придерживаются Верховный Суд Канады и Верховный Суд Соединенного Королевства.

2. В рамках этой доктрины судами были выработаны более конкретные критерии, позволяющие судить о наличии оснований для пересмотра прецедента. В США они кодифицированы Верховным Судом в виде так называемого теста Кейси, состоящего из четырех

критериев: «неработоспособность», «доверие», «современное развитие права» и «изменившиеся обстоятельства». Похожие критерии предлагаются и канадским Верховным Судом. В английской практике прослеживаются критерии, аналогичные «современному развитию права» и «изменившимся обстоятельствам», но наряду с ними называются также и иные, еще менее конкретные факторы. Судебную кодификацию критериев допустимого пересмотра в Канаде и Англии пока что трудно считать завершенной. Однако даже в США такая кодификация, как видно из последующих решений, оставляет открытым вопрос, должны ли эти критерии строго применяться в отношении всех конституционных прецедентов или только некоторых отдельных категорий.

3. Критерии теста Кейси (и аналогичные ему) в целом предполагают установление некоторых новых факторов, значимых для толкования конституции в русле реалистического подхода. Такими факторами могут быть новые события; доказательства социальных наук; правовые нормы и практика их применения в стране, за рубежом или на международном уровне; ставшая явной чрезвычайная неясность или противоречивость прецедентных норм; ослабление доверия граждан к прецедентной норме и т.д. Вес каждого подобного фактора в конкретном деле требует оценки в рамках судейского усмотрения, и без этой оценки не может быть сделан вывод о наличии ошибки, требующей пересмотра правовой позиции (иными словами, речь идет о дискреционной ошибке). В то же время все они предполагают, что решение о пересмотре может быть вызвано только объективными изменениями, происходящими в человеческом обществе, но не переменной субъективных настроений высшего суда. Подобная доктрина пересмотра имеет, следовательно, объективистский, умеренно-реалистический характер, отличающий ее от радикально-реалистического субъективизма, в котором необходимость пересмотра определялась бы только мнением, но не фактами.

Литература

1. Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс / Р. Алекси // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. Санкт-Петербург : Юридическая книга, 2009. С. 446–456.

2. Антонов М.В. О некоторых теоретических вопросах прецедентной революции в России /

⁵⁶ См., например: R. v. Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd. (No. 1), [1989] 2 W.L.R. 997 (решение допустило обращение к отчетам Правовой комиссии — независимого совещательного органа, который проводит разработку реформ).

М.В. Антонов // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 9–14.

3. Бернам У. Правовая система США / У. Бернам ; науч. ред. В.А. Власихин ; перевод с английского А.В. Александрова и др. 3-й вып. Москва : Новая юстиция, 2006. 1216 с.

4. Должиков А.В. Толкование конституционных прав / А.В. Должиков // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 125–151.

5. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс ; перевод с английского Т.В. Апаровой ; под общей редакцией Ф.М. Решетникова. Москва : Юридическая литература, 1985. 238 с.

6. Манжосов С.А. Идея прецедента в концепциях конституционного толкования / С.А. Манжосов // Журнал конституционного правосудия. 2019. № 2. С. 25–32.

7. Мелкевик Б. Ответственность перед лицом смерти: Дело Сью Родригез, рассмотренное Верховным судом Канады / Б. Мелкевик // Известия вузов. Правоведение. 2013. № 2. С. 161–171.

8. Пфферсманн О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании / О. Пфферсманн // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. Санкт-Петербург : Юридическая книга, 2012. С. 227–281.

9. Троицкая А.А. Использование органами конституционного контроля зарубежного опыта / А.А. Троицкая, Т.М. Храмова // Государство и право. 2016. № 8. С. 5–22.

10. Фуллер Л.Л. Мораль права / Л.Л. Фуллер ; перевод с английского Т. Даниловой ; под редакцией А. Куряева ; редакционная коллегия: Ю. Кузнецов, А. Якимчук [и др.]. Москва : ИРИСЭН, 2007. 308 с.

References

1. Ensign D.C. The Impact of Liberty on Stare Decisis: The Rehnquist Court from Casey to Lawrence / D.C. Ensign // New York University Law Review. 2006. Vol. 81. P. 1137–1165.

2. Parkes D. Precedent Revisited: Carter v Canada (AG) and the Contemporary Practice of Precedent / D. Parkes // McGill Journal of Law and Health. 2016. Vol. 10. Iss. 1. P. 123–158.

3. Parkes D. Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada / D. Parkes // Manitoba Law Journal. 2007. Vol. 32. Iss. 1. P. 135–162.

4. Powe Jr. L.A. Intragenerational Constitutional Overruling / Jr. L.A. Powe // Notre Dame Law Review. 2014. Vol. 89. Iss. 5. P. 2093–2128.

5. Schauer F.F. Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning / F.F. Schauer. Cambridge, London : Harvard University Press, 2009. XVI, 239 p.

6. Stone J. On the Liberation of Appellate Judges: How Not to Do It! / J. Stone // Modern Law Review. 1972. Vol. 35. Iss. 5. P. 449–477.

7. Strang L.J. Historical (In)Accuracy of the Brandeis Dichotomy: An Assessment of the Two-Tiered Standard of Stare Decisis for Supreme Court Precedents / L.J. Strang, B.G. Poole // North Carolina Law Review. 2008. Vol. 86. P. 969–1031.

8. Waldron J. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach / J. Waldron // Michigan Law Review. 2012. Vol. 111. Iss. 1. P. 1–32.

9. Zander M. The Law-Making Process / M. Zander. 6th ed. New York : Cambridge University Press, 2004. 517 p.

Уважаемые авторы!

Просим вас тщательно проверять перед отправлением в редакцию общую орфографию статей, а также правильность написания соответствующих юридических терминов, соблюдение правил научного цитирования и наличие необходимой информации. Обращаем ваше внимание на то, что автор несет личную ответственность за оригинальность текста, а также за достоверность приведенных данных и точность цитируемых текстов.

THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Aleksei DOLZHIKOV. General Principles of Law in the age of Constitutional Identity

The author analyzes the general principles of law in constitutional adjudication. This phenomenon is considered in the light of the doctrine of constitutional identity spreading in the legal academia and practice of the Constitutional Court of the Russian Federation. The article consists of two parts. The argument is advanced in first part of a paper that those principles applied in constitutional adjudication through using the legal Latin. Special attention is paid to international law. A distinction is made between international custom and the general principles. The thesis is substantiated that, the essence of the general principles of law is in their definition as unwritten law. From historical point of view, the general principles of law are unthinkable outside the natural law as a type of legal philosophy. The main points of the presented paper are illustrated by the example of the proportionality principle.

Keywords: general principles of law; constitutional identity; proportionality principle; international custom; natural law; unwritten law.

DOLZHIKOV Aleksei Vyacheslavovich — Associate Professor of the Constitutional Law at St. Petersburg State University, PhD in Law

Contacts: a.dolzhikov@spbu.ru

Evgueniy TARIBO. About interaction Constitutional Court of the Russian Federation and the Court of the EAEU

The article examines the issue of interaction between constitutional courts and integration courts using an example of an analysis of the current level of development of interaction between the Constitutional Court of the Russian Federation and the Court of the Eurasian Economic Union. As a result of the analysis of constitutional justice in the field of customs, the author concluded that at this stage the priority of the norm of the law integration associations is not absolute and made dependent on the conditions established by the constitutions of the EAEU member states. The author comes to the conclusion about the need for interaction above courts to resolve practical problems.

Keywords: the Constitutional Court of the Russian Federation, constitutional justice, EAEU, Eurasian Economic Union, Customs Union, EAEU Customs code, customs regulation.

TARIBO Evgueniy Vasilyevich — Head of the Department of Constitutional Foundations of Public Law of the Constitutional Court of the Russian Federation, PhD in Law

Contacts: taribo@ksrf.ru

CONSTITUTIONALISATION OF LEGAL BRANCHES

Igor TIMOFEEV. Information security of the patient in modern health care: a constitutional legal approach to the problem

The article, based on the constitutional legal approach, reveals the concept of “patient information security” as a component of the concept of patient safety, and also considers a number of threats associated with the informatization processes of modern health care, which directly affect relations help. The content of measures to ensure information security can conditionally be divided into three groups depending on the type and method of disseminating or limiting information: as part of obtaining “informed voluntary

TABLE OF CONTENTS

consent”, maintaining “medical confidentiality”, and preventing the dissemination of deliberately incorrect medical information. It is shown that the implementation of modern information and communication technologies in domestic health care should be accompanied by a legal regime ensuring the patient’s safety of the incoming and outgoing information with their help.

Keywords: personal security, patient safety, patient's information security, medical confidentiality, medical care, medical situation.

TIMOFEEV Igor Vladimirovich — Deputy Presiding Judge of the Saint Petersburg Statutory Court, Honored Worker of Higher School of the Russian Federation, Doctor of Medicine, Professor

Contacts: through editor

FOREIGN EXPERIENCE

Sergei MANZHOSOV. Overruling of Precedent in Common Law Systems: The Doctrine of «Special Justification»

The higher court’s strict adherence to its previous constitutional legal positions causes natural concerns if the court does not take into account that these positions may turn out to be erroneous. At the same time, any judgment on the existence of an error involves an appeal to some criteria that allow it to be identified. They, in turn, are dictated by the general methodology of constitutional interpretation adopted by the judges. The article examines the doctrine of “special justification” developed by the courts of Common Law systems. On the one hand, this doctrine allows for an overruling when the precedent is erroneous in the light of the new results of a realistic interpretation of the constitution; on the other hand, it requires determining objective factors that led to changing the results of such an interpretation.

Keywords: constitutional court, judicial reasoning, legal argumentation, judicial formalism, legal realism, “living constitution”, balancing, judicial discretion, judicial law-making, precedent, stare decisis, common law, overruling.

MANZHOSOV Sergei Anatolyevich — Part-time Assistant Professor of Constitutional Law, St. Petersburg State University

Contacts: sergey.manzhosoff@gmail.com

Уважаемые авторы!

Сообщаем о возможности присвоения DOI ранее опубликованным или планируемым к публикации статьям в наших журналах!

По всем вопросам, связанным с присвоением DOI вашим статьям, просим обращаться по адресу электронной почты: ig@lawinfo.ru, с пометкой «DOI для статьи».