МЕЖДУНАРОДНОЕ И ИНТЕГРАЦИОННОЕ ПРАВО

СУДЕБНОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВОСУДИИ

ГАДЖИЕВ Ханлар Иршадович, заведующий отделом судебной практики и правоприменения Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук
117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34
E-mail: khanlar9999@gmail.com

XX столетие вошло в историю как время создания международных судов. Такое достижение объясняется стремлением государств решать международные споры и предупреждать многие действия, способствующие нарушению прав человека, на основе права. Руководствуясь общими принципами права, нормами международных договоров и решениями национальных судов, международные суды сами непосредственно развивали право путем судебного правотворчества. Этому способствовали как лаконичные тексты договоров, так и задачи, которые приходилось решать судам при осуществлении правосудия.

Исследование деятельности двух международных судов — Европейского суда по правам человека и Суда Европейского Союза — показывает, что если жизнь правовой нормы поддерживается ее применением, то своей завершенностью и актуальностью она обязана интерпретационной деятельности судей. Именно благодаря этому оба суда, решая не всегда одинаковые задачи, стремились развивать право путем творческих усилий и использования познаний, которые не ограничивались только правом. В то же время судебное правотворчество, вызванное также стремлением адекватной реакции судов на стремительное развитие различных областей жизнедеятельности, влияющих на права и свободы человека, требует разумного уважения институциональных ограничений и судебных доктрин, предполагающих проявление судебной сдержанности. Следование названным правилам в свою очередь не должно служить препятствием для осуществления судебного правотворчества как важнейшей судебской функции при осуществлении правосудия.

Ключевые слова: правосудие, правотворчество, толкование, общее право, континентальное право, судебная сдержанность, судебный активизм.

JUDICIAL LEGISLATION IN INTERNATIONAL JUSTICE

Kh. I. HAJIYEV, head of the Department of judicial practice and law enforcement of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, doctor of legal sciences
34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218
E-mail: khanlar9999@gmail.com

The 20th Century went down in history as the time of establishment of international courts. This achievement is due to the desire of states to solve international disputes and prevent many actions conducive to human rights violation by law. Guided by the general principles of law, provisions of international treaties and rulings of national courts, international courts themselves directly developed the law through judicial legislation. This was both due to concise treaties and tasks faced by the courts in the administration of justice.

A study on the activities of the two international courts (the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union) shows that while the life of a legal rule is supported by its use, it owes its exemplarity and relevance to the interpretation by judges. This is why both courts, when solving problems which were not always the same, sought to develop the law through creative efforts and use of knowledge that is not limited to the law only. At the same time, judicial legislation, attributable to seeking adequate reaction of courts to rapid development of different areas of life, which affect human rights and freedoms, needs reasonable respect for the institutional constraints and judicial doctrines involving the manifestation of judicial restraint. Following the above rules, in turn, should not constitute an obstacle to the judicial legislation as the most important judicial function in the administration of justice.

Keywords: justice, legislation, interpretation, common law, civil law, judicial restraint, judicial activism.

DOI: 10.12737/art.2018.3.16

Прошлое столетие вошло в историю как время создания международных судов, вызванного стремлением к повышению роли права в решении международных споров и предупреждению дей-

ствий, противоречащих международному праву и способствующих нарушению прав человека. Правовой основой образования международных судов послужили международные договоры и международно-правовые

документы, принятию которых предшествовали длительные обсуждения и согласования государствами-участниками. Осуществление правосудия возлагалось на избранных или назначаемых по предусмотренной договорами процедуре независимых и профессиональных судей. Углубленная работа над текстами договоров не гарантировала их всеобъемлющего характера, вызвав тем самым естественную потребность в судебном правотворчестве. Так, Международный суд ООН, учрежденный для решения задач, определенных в его Статуте, спустя некоторое время столкнулся с неизбежностью решения вопросов, круг которых не совпадал с мнением лиц, готовивших текст договора. Новое направление деятельности Международного суда послужило по существу важным фактором развития международного права и происходило благодаря его решениям. Убедительная сила решений имела большое значение по сравнению с их формальным восприятием¹. Устранение пробелов и прояснение нечетко сформулированных положений осуществлялось Международным судом на основе делегированной ему государствами нормотворческой функции². Источником правотворчества служили общие принципы права, решения национальных судов и нормы Статута.

После Второй мировой войны и принятия Всеобщей декларации прав человека 1948 г. и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. проявилась настоятельная необходимость в создании международной системы защиты прав человека, в том числе на региональном уровне. Названные источники присутствовали в ряду оснований, вдохновляющих развитие правотворчества вновь образованных международных судов, в том числе Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ, Страсбургский суд) и Суда Европейского Союза (далее — Суд ЕС), на анализе деятельности которых хотелось бы остановиться.

Как известно, значительное влияние на подготовку международных договоров оказывали достижения двух ведущих систем и соответственно традиций — англосаксонской и романо-германской школ права. На формирование Европейской конвенции по правам человека (далее — Конвенция) оказала непосредственное влияние принятая немногим ранее Всеобщая декларация прав человека, которая, по мнению Д. Лошака, отразила тенденции согласования французской традиции абстрактной и краткой декларации с англосаксонской традицией, обращавшей внимание на детали и описание³. По мнению бывшего председателя ЕСПЧ Ж. П. Коста, многие статьи Конвенции

формулировались в качестве принципов⁴. Интересна также позиция президента бывшей Европейской комиссии по правам человека С. Трекселя, который, анализируя происхождение многих понятий в Конвенции, указывает на влияние двух ведущих систем права, отмечая также роль Всеобщей декларации прав человека и Международного пакта о гражданских и политических правах⁵. Рассматривая обе модели уголовного процесса, отражающие традиции общего и континентального права, автор справедливо отмечает, что в современный период развития данной отрасли права происходит их определенное сближение, и принцип состязательности процесса играет доминирующую роль⁶.

Думается, идея автора более соответствует общей картине, когда международное право сохраняет черты континентального права, но имеется достаточное влияние общего права, что характеризует его как дуальную систему. Важно при этом исходить из того, что международное право продолжает развиваться, заимствуя концепции и идеи из общего и континентального права. Большинство представителей именно этих систем права участвовали в формировании Конвенции. Подобная смешанность естественно отразилась на используемых Страсбургским судом процедурах, поскольку судебное разбирательство отражает методы и подходы обеих систем права. В итоге мы сталкиваемся с уникальным случаем, когда, с одной стороны, текст основного договора — Конвенции — весьма лаконично и описательно сформулирован, предполагая последующую интерпретацию судьями, с другой стороны, позитивное влияние использования преимуществ обеих систем права при отправлении правосудия не только вдохновляет, но и умножает усилия для судебного правотворчества. Такое отношение не только помогало ЕСПЧ вырабатывать новые идеи и подходы, создавать судебные доктрины, обращаться к разным принципам права при интерпретации норм Конвенции, но и сыграло динамичную роль в обращении к достижениям сравнительного правоведения. С учетом этого сложно согласиться с однозначной позицией бывшего судьи ЕСПЧ Б. Зупанчица, что деятельность Страсбургского суда смоделирована на правовых традициях общего права и это было логичным следствием времени, когда она проектировалась⁷. В то же время автор прав в том, что

⁴ См.: Costa J. P. The European and Current Challenges of the European Court of Human Rights // Regent Journal of Law and Public Policy. 2009. Vol. 1. P. 28.

⁵ См.: Trechsel S., Summers S. J. Human Rights in Criminal Proceedings. Oxford, 2009. P. 83, 119, 154, 193.

⁶ Ibid. P. 5.

⁷ См.: Zupancic B. In the Context of Common Law: the European Court of Human Rights in Strasbourg, Gresham College, Transcript of Lecture. 17 November 2016. P. 1.

¹ См.: Oppenheim's International Law. Vol. 1. 9th ed. L., 1992. P. 13, 41.

² См.: Исполинов А. С. Эволюция и пути развития современного международного правосудия // Международное публичное право. 2017. № 10. С. 62.

³ См.: Lochak D. Les droits de l'homme. P., 2002. P. 52.

в общей системе права последовательность решений (*stare decisis*) ведет к их предсказуемости и правовой определенности, которые крайне важны для экономической безопасности и функционирования правового порядка. Абстрактные нормы могут выдавать непредсказуемые результаты, особенно в совокупности с другими нормами. По мнению автора, в общей системе права сложно найти закон, но легко его применить, а в континентальной системе — легко определить закон, но сложно его применить⁸.

Представляется, что уместны мысли В. А. Туманова о той существенной роли, которую Конвенция в первоизданном виде продолжает играть в европейском правовом пространстве, и этим она обязана в определенной мере емкости своего лаконичного текста, но прежде всего ЕСПЧ, который легитимацию своей позиции видит в ст. 32 Конвенции. Последняя относит к ведению Суда все вопросы, касающиеся толкования и изменения положений Конвенции и Протоколов к ней⁹. Таким образом, текст Конвенции можно считать одним из стимулов, располагающих к судебному правотворчеству. Абстрактный стиль изложения и наличие понятий и определений, требующих толкования, явились стимулирующим фактором для судебного творчества как важнейшей судебской функции при осуществлении правосудия.

Важно заметить, что если раскрытию понятий помогло обращение к общим принципам права, национальным концепциям и судебной практике, которые вырабатывались на протяжении столетий, то развитию самого права Конвенции содействовало судебное правотворчество, выраженное в методах и принципах толкования ее норм. Осуществление судебного правотворчества как составной части судебской функции сопровождает жизнь правовой нормы на протяжении всего периода действия, поддерживая ее жизнедеятельность и актуальность. Сила правовой нормы и полноценное действие реализуются путем ее уяснения и толкования. Интерпретационная деятельность судей требует творческих усилий и использования познаний, которые не ограничиваются правом. Своей совершенностью правовая норма обязана законодателю и интерпретатору, поскольку благодаря последнему она сохраняет свою современность спустя долгое время после ее принятия. Именно этим можно объяснить сохранение жизненности гражданских кодексов Франции и Бельгии, принятых во времена Наполеона, несмотря на внесенные в разное время изменения.

Судебное правотворчество следует различать от нормотворческой деятельности, памятуя о том, что

противники этой доктрины часто ссылаются на принцип разделения властей. Правотворчество — более широкое понятие, чем нормотворчество, оно включает уяснение, толкование и правоприменение, отпоявляясь от конкретной нормы.

Судьи (международные или национальные) не занимаются в повседневной работе нормотворчеством. Их профессиональная обязанность состоит главным образом в решении конкретного дела на основе существующих законов. Они не изменяют преднамеренно законы, понимая, что это относится к законодательной ветви власти. В то же время для разрешения спора, отталкиваясь от существующей нормы права и постигая все возможные значения и смыслы, они, интерпретируя ее, стремятся примерить к фактам конкретного дела. Все указанное — этапы судебного правотворчества, которые завершаются правоприменением. Конкретная норма интерпретируется с точки зрения целей и намерений законодателя, с учетом истории и языкового проявления, права в целом. То есть творение права требует использования систематического подхода. В случаях когда использованные методы толкования не могут охватить круг поднимаемых обстоятельствами рассматриваемого дела вопросов, которые настоятельно требуют введения нового элемента, судьи придают правовой норме новый смысл, и это составляет суть того, что также можно называть правотворческой деятельностью.

Состав Европейского суда отражает разные описанные нами правовые системы, в которых формировались профессиональные взгляды судей. И если юристы, воспитанные в континентальной системе, черпают обоснование из правовых принципов, то юристы, сложившиеся в традициях общего права, обращаются к прецедентам. В итоге такое взаимодействие помогает Суду совмещать уважительное отношение к законодательству с последовательностью своей практики. В то же время в любом случае существует два важных сдерживающих фактора: текст закона и социальный характер проблемы, требующей решения. Рассматриваемые ограничения следует не воспринимать как сдерживание судебской свободы, а принимать в качестве условий, которые необходимо соблюдать. К правовой норме, при всей лаконичности ее текстуального изложения, можно по-разному подойти с точки зрения вариантов, объемов и пределов толкования. Проблемы социального характера требуют осторожного подхода. Однако не исключено, что судьи столкнутся с парадоксом, заключающимся в самом смысле судебской деятельности. Интерпретируя нормы, судьи обычно ищут социальный смысл, точно отражающий потребности общества и придающий их правотворческой миссии особую роль, значимость, которая очень важна для поддержания их авторитета и уважения. Совокупность двух начал: социальной обусловленности и справедливости поддерживают стимулы к судебскому правотворчеству. Таким обра-

⁸ См.: *Zupancic B.* Op. cit. P. 4.

⁹ См.: *Туманов В. А.* Автономное толкование понятий в практике Европейского суда по правам человека // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. 2016. № 2. С. 16—18.

зом, социальный характер ограничения — довольно тонкая грань, соблюдение которой требует глубоких знаний, опыта и мудрости от судей. Представляется, что нынешняя логика развития потребует от международных судов более активного взаимодействия при реализации концепции экономической обусловленности многих прав, отвечающих на два серьезных вызова: экономический кризис и популистская демократия. Абстрактная реакция предполагает достижение баланса между должным управлением и оздоровлением экономической системы и соблюдением социальных прав человека.

Активное вмешательство судей в форме правотворчества должно сопровождаться общественным согласием, т. е. судьям приходится быть восприимчивыми к тонкой чувствительной сфере потребностей общества. Этим, пожалуй, и объясняется возникновение и широкое использование ЕСПЧ доктрины консенсуса. Рассматривая вопросы, возникающие в связи с правотворческой функцией Суда, бывший судья Суда П. Махони считает, что при осуществлении таких огромных полномочий судьи должны уметь самоограничиваться, признавая и уважая решения «других актеров в демократическом обществе». Он называет условием осуществления судьями своих полномочий «контракт доверия», который они не должны нарушать¹⁰.

Существует два важных столпа, основания, выступающих условием развития международного правосудия, — судебное правотворчество и судебный прецедент, получившие развитие в практике Страсбургского суда в контексте защиты прав человека. Оба они имеют принципиальное значение для эволюции права прав человека, требующей углубленного анализа фактов дела, значений применяемой нормы, поисков новых элементов и критериев при толковании, направленных на правовую определенность и реальные сдвиги в праве, которые улавливают и реагируют на прогрессивные факторы социального развития. Хотелось бы сослаться на позицию О. Полличино о том, что в отношении трансформации роли права в современных «обществах благосостояния» нецелесообразно обсуждать причины и последствия этого преобразования. Для нас важен значительный рост государственного вмешательства в области, которые ранее саморегулировались, что ведет к соответствующему увеличению масштабов судебной деятельности. «Государство благосостояния» не может просто осуществлять традиционную репрессивную функцию, а должно, наоборот, обеспечивать активную защиту граждан. Такая политика включает планирование будущего развития, подтверждая широко сформулированные социальные цели и принципы, оставляя за судами задачу конкретизации случаев, возникающих в реальной

жизни, и, следовательно, конкретизуя значение, характер и пределы этих целей и принципов. Очевидно, что такого рода законодательство поддерживает судей в их творчестве и свободе выбора¹¹. Справедливо отмечалось, что международные договоры, действующие в сфере защиты прав и свобод человека, гарантируют минимальный уровень защиты прав и свобод. Вместе с тем ничто не мешает государству, принимая во внимание его ресурсы и возможности, в пределах его юрисдикции обеспечивать более высокий уровень защиты прав и свобод, нежели предусматриваемый международным договором¹².

Сфера действия Конвенции изначально определялась как применение гибких формулировок с обращением к основополагающим принципам права в свете рассматриваемого дела. С этой целью ЕСПЧ начиная с 1978 г. стал использовать нередко критикуемую доктрину Конвенции как живого инструмента. Основная критика, продолжающаяся по сей день, заключается в том, что учредители Конвенции не предвидели применение данной доктрины, которая приводит к судебному активизму. Отметим, что основная критика восходит к дискуссиям в конституционном праве США, известным двумя главными методологиями — оригинализмом (originalism) и живым конституционализмом (living constitutionalism). Первые — противники названной доктрины Суда — считали, что судебная дискреция не может превосходить намерения и цели, преследуемые авторами текста Конституции. Между тем толкования Конституции и Конвенции имеют отличительные особенности. Во-первых, Конвенция распространяется на сферу прав и свобод человека. Во-вторых, важно руководствоваться Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 г. (далее — Венская конвенция), которая предусматривала в качестве основы для толкования международных договоров телеологический принцип. Общим обязательством Договаривающихся Сторон, как это определено в ст. 1 Конвенции, является обеспечение прав и свобод каждого человека. Достижение этой задачи возможно, если используемые ЕСПЧ методы будут содействовать эффективности подходов к интерпретации норм Конвенции. Такое отношение было проявлено в постановлении Суда по делу *Tyger v. the United Kingdom*¹³, в котором подчеркнуто: «Конвенция является живым инструментом, которая... должна интерпретироваться в свете условий настоящего дня» (§ 31). Интересно, что среди судей, принявших это знаковое постановление, был и

¹¹ См.: *Pollicino O.* Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-Restraint // *German Law Journal*. 2004. Vol. 5. No. 3. P. 287.

¹² См.: *Зимненко Б. Л.* Правовые позиции межгосударственных органов по защите прав и свобод человека. М., 2017. С. 31.

¹³ Application No. 5856/72, 25 April 1978.

¹⁰ См.: *Mahoney P.* Judicial Power Plus Judicial Duty Equals Judicial Legitimacy, and Other Concluding Remarks // *Human Rights Law Journal*. 2016. Vol. 36. No. 7-12. P. 301.

П.-А. Тейтжен (Pierre-Henri Teitgen), человек, который входил в число лиц, работавших над проектом Конвенции. Отмечая этот факт, судья ЕСПЧ Р. Спано подчеркивает, что европейская система прав человека тем не менее должна включать контрбалансировочные механизмы с целью сохранения сердцевины прерогатив национальных властей, к которым относится поле усмотрения и принципы субсидиарности. Автор считает, что эти принципы служат институциональными ограничениями открытого и дискреционного характера Конвенции, развивающегося в свете современных условий. И невозможно ограничить применение этих механизмов соответственно ожиданиям составителей. В этом смысле доктрины «живого инструмента» и поля усмотрения отражают распределение полномочий между Страсбургским судом и национальными судами и представляют две стороны одной и той же медали. Автор не согласен с сутью методологии критики доктрины Конвенции как «живого инструмента», хотя это не означает, что Страсбургский суд всегда с необходимостью следует этому праву или что результаты такой интерпретации в конкретном деле не открыты для критики. Однако дискуссии сосредоточены на оценке базовых ценностей и принципов конкретных гарантий Конвенции и способах их развития международным судом, но не представляют собой фатального удара по всеобщей теме актуальности доктрины «живой инструмент»¹⁴.

Как видно, автор называет лишь два сдерживающих фактора: принцип субсидиарности и доктрину поля усмотрения, которые непосредственно вошли в Протокол № 15 к Конвенции. Несмотря на существующую проблему соотношения двух важных концепций, мы считаем, что важность и объем вопросов требуют их рассмотрения в отдельной публикации. В реальности, кроме предусмотренных в самой Конвенции ограничений (ст. 16, 17, 18, части вторые ст. 8—11), существуют доктрины текстуализма, интенционализма и четвертой инстанции. Согласно этим доктринам ЕСПЧ при толковании и применении Конвенции должен руководствоваться текстом международного договора, учитывать намерения его составителей и то, что он не является очередной судебной инстанцией для национальных судов. Было бы правильно добавить к ним и доктрину “*stare decisis*”. Обязательный характер собственных решений выступает в качестве сдерживающего фактора в активном правотворчестве, призывает к разумности и балансу интересов, обеспечивает определенность и стабильность и, как следствие, уважение к поддерживаемой Судом последовательности решений.

Каждый международный суд имеет свою собственную историю и особенности. Европейское сообщество, деятельность которого в 1950-х гг. началась с подписания договоров в экономической сфере, расширилось и трансформировалось, основываясь на серии все новых договоров, которые в кульминации вылились в принятие Лиссабонского договора в 2007 г. Очевидно, что экономическая и политическая деятельность требовала также определения рамок фундаментальных прав, что вызвало потребность в создании Европейского суда справедливости, именуемого чаще Судом Европейского Союза. В 1969 г. Суд ЕС сделал первый смелый шаг в деле *Erich Stauder v. City of Ulm*¹⁵, в котором ввел, а затем и в других делах поддержал идею набора основных прав, названных им «общими принципами права». Отчасти решение по делу *Stauder* содержало реакцию на сомнения Административного суда Германии признать верховенство права Сообщества, если предложенная интерпретация не будет соответствовать Германской концепции социального благосостояния и системе защиты фундаментальных прав. В решении по делу *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*¹⁶ Суд ЕС, отвечая на позицию Конституционного суда Германии о невозможности в правовом порядке страны признать верховенство европейского права без гарантий защиты прав человека, по существу принял роль защитника основных прав в европейском правовом порядке. Подобный подход Суда ЕС — проявление судебного правотворчества, в процессе осуществления которого он вдохновлялся и выводил принципы в соответствии с конституционными традициями государств — членов Сообщества, а также из международных договоров, включая Конвенцию. Названный подход соответствует и позиции интегративного правопонимания, выраженного в принципах и многоуровневой системе форм внутригосударственного и международного права¹⁷. В то же время важно заметить, что с первого дня образования Суд ЕС не просто представлял собой группу судей-специалистов в области европейского права, но и явился движущей силой европейской интеграции. Если сегодня и существует что-то под названием «право ЕС» с его особыми чертами, то во многом благодаря работе Суда ЕС¹⁸. По мнению того же автора, особая потребность в правотворческой миссии Суда ЕС вызвана двумя основными причинами: европейскими институциональными рамками; языком и природой договоров.

¹⁵ Case 29/69, 12 November 1969.

¹⁶ Case 11/70, 17 December 1970.

¹⁷ См.: Еришов В. В. Пробелы в национальном и международном праве с позиций юридического позитивизма, синтезированного и интегративного правопонимания // Российское правосудие. 2017. № 2. С. 38.

¹⁸ См.: Pollicino O. Op. cit. P. 284.

¹⁴ См.: *Spano R.* The European Court of Human Rights and National Courts: A Concrete Conversation or a Dialogue of Disrespect? The Torkel Opsahl Memorial Lecture 2014. Norwegian Center for Human Rights, Friday 28 November 2014. P. 9—11.

Если первая характеризовалась инертностью законодательного органа, оставляющего Суду ЕС поле для решения многих проблем путем восполнения пробелов, то в связи со второй причиной надо подчеркнуть, что характер договоров поощрял правотворчество. Изложенное вызвано разным уровнем развития государств, и тексты договоров и соглашений порой представляют собой компромиссы, при глубоком рассмотрении состоящие из скрытых и неопределенных правил, требующих толкования¹⁹. Одним из часто используемых Судом ЕС методов толкования является телеологический, когда он учитывает намерения, цели и задачи, которые преследовали принимающие норму органы ЕС. В этом отношении интересно дело *Defrenne v. Sabena*²⁰, в котором Суд ЕС впервые подчеркнул, что главная цель Сообщества состоит не только в идеальной модели субъекта экономики, поведение которого отличается рациональностью и стремлением получить максимальную прибыль, но и в решении социальных проблем. Таким образом, Суд ЕС отчетливо высказался за то, чтобы достижение цели создания общего экономического пространства сопровождалось защитой прав работников, что вытекало из преамбулы Договора Европейского сообщества. По мнению М. Каппеллетти, преамбула и принципы Договора — неотъемлемые части права ЕС, и Суд ЕС представлял их как ключевые элементы в эволюции права Сообщества²¹. Суд ЕС проявлял свои усилия в вопросах верховенства права ЕС, развития доктрины прямого эффекта и усиления судебного контроля в области предполагаемых полномочий и расширения внутреннего рынка. В то же время Суд ЕС концентрировал свое внимание скорее на построении системы принципов, чем на вмешательстве в социальную сферу в качестве защитника прав человека.

Главная озабоченность Суда ЕС — укрепление конституционного здания, выполнение роли арбитра между властями²². Несмотря на усилия Суда ЕС, эволюция и имплементация европейского права полностью зависит от сотрудничества с национальными судами, которые выступают и играют важную роль в динамичном процессе, благоприятствуя интеграционным процессам. Разумность построенной правовой системы выражается в прямом действии права ЕС путем его применения национальными судами, а также в верховенстве права ЕС, заключающегося в его превосходстве над национальным правом. Эти две доктрины не только стимулировали сохра-

нение Союза, но и способствовали взаимодействию и развитию самого права.

Особо следует указать на роль предварительных (прелиминарных) заключений (*preliminary ruling*), или определений Суда ЕС, которые он выносит по поводу юридической состоятельности того или иного общеевропейского акта или же соответствия актов, исходящих от национальных институтов государств — членов ЕС, общеевропейскому законодательству. По своей юридической сути прелиминарные заключения — это не что иное, как акты толкования, точнее, их разновидность, которая дается Европейским судом по предварительному обращению к нему (запросу) со стороны того или иного национального суда²³. Предварительное заключение рассматривается в качестве оригинального аспекта европейской гармонии с подобным равноценным институтом в национальном правовом порядке. Как ключевой инструмент упомянутое правило способно обеспечивать коммуникацию и кооперацию между Судом ЕС и национальными судами. Функционирование этой системы хорошо известно и построено на запросах национальных судов в случаях вовлеченности права ЕС и наличия сомнений относительно интерпретации нормы. Общеизвестно, что применяемая в течение многих лет процедура прогрессировала и сыграла основную роль в формировании европейской правовой системы. Отдельные важные решения, в которых демонстрировались образцы судебного творчества — прямой результат гибкого характера предварительного судебного решения, сохраняющего согласованность правового порядка в области конституционного плюрализма и многообразия²⁴.

Эволютивная интерпретация не играет такой же значительной роли в практике Суда ЕС по сравнению с ЕСПЧ, о чем свидетельствует отсутствие использования этого термина в практике Суда ЕС. Соответственно, нет и той стандартной фразы «толкование в свете условий настоящего дня». В то же время нельзя отрицать, что Суд ЕС обращается к эволютивному подходу в случаях, когда например, подчеркивает роль такого толкования для развития права ЕС или указывает на динамичный характер права ЕС²⁵. Так, в качестве примера можно назвать доктрину Франкович (*the Frankovich doctrine*), когда в отсутствие в праве ЕС ответственности за ущерб, причиненный пострадавшей стороне, Суд ЕС в 1991 г. в деле *Andrea Francovich and Daniela Bonifaci and others v. Italian Republic*²⁶ посчитал возможным предпринимать дей-

¹⁹ См.: *Pollicino O.* Op. cit. P. 287—288.

²⁰ Case 43/78, 1976, E. C. R. P. 455.

²¹ См.: *Cappelletti M.* The Law-Making Power of the Judges and its Limits: A Comparative Analysis // *Monash University Law Review*. 1981. No. 15.

²² См.: *Freitas L. V. de.* The Judicial Activism of the European Court of Justice. Switzerland, 2015. P. 177.

²³ См.: *Марченко М. Н.* Европейский Союз и его судебная система. М., 2013. С. 136.

²⁴ См.: *Pasa B., Bairati L.* Judicial Creativity Within Europe's "Mixed Jurisdiction". *Tulane European and Civil Law Forum*. 2014. Vol. 29. P. 5—6.

²⁵ См.: *Brown L. N., Kennedy T.* The Court of Justice of the European Communities. 5th ed. L., 2000. P. 332.

²⁶ Joined cases C-6/p0 and C-9/90. ECD, 1991, I-05357, para 37.

ствия против государства за причиненный вред в нарушение права ЕС. Суд ЕС весьма активно и эффективным образом развивал право на возмещение, выработав условия его осуществления. Хотя Суд ЕС не представляет в ясной форме свои интерпретационные методы и подходы, тем не менее временами это становится очевидным, когда речь идет о развитии, перспективных направлениях. В мнении 1/03 *Re Lugano Convention* ((2006) ECR-I-1145) Суд ЕС посчитал, что необходимо принять во внимание не только настоящее состояние права ЕС в рассматриваемой области, но и его будущее развитие, насколько это возможно с точки зрения предвидения во время анализа (§ 124—126). В ряде дел Суд ЕС рекомендует не рассматривать толкование в качестве фактора, расширяющего национальное право (*contra legem*), концептуально дифференцируя правотворчество и толкование²⁷. Особенно очевидно динамичный подход проявляется в вопросах толкования фундаментальных прав. Однако этот фактор можно охарактеризовать как тенденцию, поскольку в целом Суд ЕС выступает скорее как отражатель общих конституционных и правовых ценностей, чем проводник динамичных и новых правовых методов. По мнению К. Гроуссота, эволютивный подход связан с методом сравнительной интерпретации, поскольку отсутствие консенсуса в праве между государствами — членами ЕС может препятствовать разработке общих принципов²⁸. Такой вывод весьма примечателен и подтверждает роль сравнительной интерпретации эволютивного толкования. Следует добавить, что применяемый телеологический метод также ассоциируется с эволютивной интерпретацией. Таким образом, два подхода к толкованию — сравнительный и телеологический — служат основой для эволютивного подхода к интерпретации права ЕС. Следует добавить, что как аргумент сравнительное правоведение в контексте эволютивного толкования применяется в виде ссылок на законодательство и практику государств-членов и на Конвенцию, и практику Суда²⁹. Как справедливо отмечает К. В. Энтин, Суд ЕС не следует характерной для англосаксонской правовой системы доктрине обязательного судебного прецедента. Это означает, что формально Суд не связан собственными предыдущими решениями и вправе отступать от них. Однако известно лишь несколько случаев, когда Суд прямо заявлял о необходимости пересмотра своей предыдущей практики по конкретному вопросу и возможности применения в будущем иного подхода к решению соответствующей категории дел. В остальных

случаях вывод об изменении позиции можно делать лишь после тщательного анализа и сопоставления обстоятельств конкретных судебных решений³⁰.

Рассмотренное в 1999 г. дело *Hüls v. Commission* явилось первым делом, когда Суд ЕС сослался на два решения ЕСПЧ для вывода, что презумпция невиновности, предусмотренная ст. 6 (п. 2) Конвенции, применяется к процедурам, связанным с нарушением ст. 81 и 82 (сейчас ст. 101 и 102 Договора о функционировании ЕС), которые могут выразиться в наложении штрафов. Суд ЕС в деле *Hüls* подчеркнул, что презумпция невиновности — одно из фундаментальных прав, защищаемых в правовом порядке Сообщества³¹. С тех пор Суд ЕС систематически использовал при аргументации своих выводов решения ЕСПЧ.

Впрочем и ЕСПЧ таким же образом обращался к практике Суда ЕС³². Многие исследователи практики с надеждой ожидали предусмотренного Лиссабонским договором присоединения Европейского Союза к Конвенции и рассматривали его как новый этап эволюции основных прав человека в праве ЕС. В частности, в деле *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*³³ ЕСПЧ должен был решить, имеет ли он юрисдикцию для проверки на соответствие Конвенции принятой на национальном уровне меры, исполненной на основе обязательного вторичного права ЕС, означающей к тому же отсутствие предела усмотрения со стороны национальных властей. Суд посчитал, что он имеет юрисдикцию, основываясь на толковании права ЕС, в соответствии с которым защита фундаментальных прав рассматривается в качестве «эквивалента», и воспринимая право ЕС как эквивалентную защиту. В связи с данным делом высказывались различные мнения, в том числе об ожидаемом поведении Суда по проверке мер ЕС после его вступления в Конвенцию³⁴.

Заметим, что для Суда Хартия ЕС об основных правах служит своего рода образцом для определения основных прав, влияющих на динамичную и эволютивную интерпретацию Конвенции³⁵. Так, инновационную роль сыграло решение Суда ЕС по делу *Kadi*, по которому Суд ЕС пришел к выводу о превосход-

²⁷ См.: *Conway G.* The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice. N. Y., 2002. P. 14.

²⁸ См.: *Groussot X.* General Principles of Community Law. Groningen, 2006. P. 132.

²⁹ См.: *Senden H. C. K.* Interpretation of Fundamental Rights in Multilevel Legal System. Antwerpen, 2011. P. 377.

³⁰ См.: *Энтин К. В.* Право Европейского Союза и практика Суда Европейского Союза: учеб. пособие. М., 2015. С. 59.

³¹ Case C-199/92, 8 July 1992. P. ECRI-4287. P. 150.

³² *Zolotukhin v. Russia*. Application No. 14939/03, 10 February 2009.

³³ Application No. 45036/98, 30 June 2005.

³⁴ См., например: *Mahoney P.* From Strasbourg to Luxembourg and Back: Speculating about Human Rights Protection in European Union after the Treaty of Lisbon // *Human Rights Law Journal*. 2011. Vol. 31. No. 2.

³⁵ См., например: *Saadi v. the United Kingdom*. Application No. 13229/03, 29 January 2008; *Scoppola v. Italy*. Application No. 10249/03, 17 September 2009; *Sadoluz v. Turkey*. Application No. 36391/02, 27 November 2008.

стве права Европейского Союза не только над национальным правом, но и над международным правом, имея в виду решения Совета Безопасности ООН, дав новый смысл понятию «верховенство»³⁶.

С разочарованием многие встретили в конце 2014 г. мнение Суда ЕС 2/13³⁷, по которому проект международного договора о предполагаемом присоединении ЕС к Конвенции был признан не соответствующим правовому порядку ЕС и главным образом ввиду того, что это означало бы возможность одного государства — члена ЕС проверять соблюдение фундаментальных прав другим государством — членом ЕС, хотя право Европейского Союза накладывает обязательство взаимного доверия между членами ЕС. Такое возможное игнорирование принципа взаимного доверия (*mutual trust*) недопустимо, поскольку оно, согласно позиции авторов мнения, определяет правовую структуру ЕС как союза ценностей, простирающихся на все пространство свободы, безопасности и справедливости. Взаимное доверие должно усиливаться в отношениях между национальными органами и международными судами. По мнению председателя Суда ЕС К. Ленаэртс, задача Суда ЕС заключается в убежденности, что баланс, который законодательные институты ЕС поддерживают между принципом взаимного доверия и защитой фундаментальных прав, соответствует главным образом праву ЕС и, в частности, Хартии об основных правах. Двигаясь в этом направлении, Суд ЕС черпает вдохновение равным образом как из конституционных традиций государств-членов, особенно в определении содержания основных прав, признанных Хартией, так и из практики ЕСПЧ, находясь в постоянном диалоге. Открытость Суда ЕС в отношении мнений национальных судов и ЕСПЧ не только делает возможным взаимопроникновение идей (*cross-fertilization*) между судами, но и служит предупреждению возможности нормативных конфликтов³⁸. Вместе с тем, по мнению председателя Суда ЕС, для Суда ЕС совершенно очевидно, что взаимное доверие не следует путать со слепым доверием. Доверие должно быть «заработано» государством-членом посредством эффективного соблюдения стандартов основных прав. Изложенное мнение председателя Суда ЕС подтверждает разумную позицию ЕСПЧ в деле *Bosphorus*, когда он, по сути предоставив национальным судам право выбора, устранил возможность конфликта норм. Так, Конституционный суд Румынии в решении от 8 октября 2009 г. посчитал, что положения Закона 298/2008 относительно обязательств о хранении данных лич-

ного характера в течение шести месяцев поставщиками услуг электронных коммуникаций противоречат Конституции. Данный Закон был принят во исполнение директивы ЕС. Конституционный суд сослался на ст. 8 и 10 Конвенции, применив практику ЕСПЧ³⁹. По мнению исследователей, это не первый случай, когда конституционные суды, проверяя соответствие местного права, принятого на основе норм ЕС, проверяют их с точки зрения практики ЕСПЧ⁴⁰. Согласно позиции того же автора признание национальной конституционной идентичности со стороны Суда ЕС и предоставленный национальным органам предел усмотрения ЕСПЧ доказывают отсутствие узурпируемой роли международных судов⁴¹.

Основная направленность деятельности Суда ЕС все же заключается в создании принципов права, служащих функционированию всей системы, а не в создании права и позитивных обязательств. Соответствующий активизм Суда ЕС должен не нарушать согласованность системы, а, наоборот, усиливать ее. В этом смысле ЕСПЧ в реализации правотворческой функции более активен, чем Суд ЕС. Достаточно обратить внимание не просто на решения ЕСПЧ, но и на особые мнения судей, которые, по мнению А. И. Ковлера, имеют методологическое значение, поскольку в них нередко закладываются основы для будущих позиций Суда⁴². Кроме того, сами проблемы прав человека стимулируют выражение более активной позиции в судебном правотворчестве, что и отражается в решениях ЕСПЧ.

Начиная с дела *Golder v. the United Kingdom*⁴³ ЕСПЧ подчеркивал, что Конвенция должна интерпретироваться в гармонии с нормами международного права и общими принципами права. Наряду с этим практика Суда систематически обогащалась за счет изучения национального права и практики его применения. Такая многогранность не только благоприятствовала судебному правотворчеству, но и повышала интерес к решениям Суда со стороны национальных и международных судов, оправдывая слова бывшего судьи Х. Розакиса, что «судьи Суда не работают в изоляции, находясь в великолепной башне из слоновой кости, построенной из материалов, происходящих

³⁶ Yassin Abdullah Kadi and Al BaraKaat International Foundation. 2008. EUCJR/ I-6351.

³⁷ Opinion 2/13, EU:C:2014:2454.

³⁸ См.: *Lennaerts K.* La Vie Apres L'Avis: Exploring The Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust. (217) // *Common Market Law Review*. 2017. Iss. 3. P. 839—840.

³⁹ См. постановления *Rotaru v. Romania*, 2000; *Sunday Times v. UK*. 1979; *Prince Hans-Adam of Lichtenstein v. Romania*, 2001.

⁴⁰ См.: *Pelin-Raducu I.* Deferential Dialogues between the Court of Justice and Domestic Courts Regarding the Compatibility of the EU Data Retention Directive with (Higher?) National Fundamental Rights Standards // *Perspective on Federalism*. 2013. Vol. 5. Iss. 3. P. 15.

⁴¹ *Ibid.* P. 5.

⁴² См.: *Ковлер А. И.* Явление судейского активизма: особые мнения судей Европейского суда по правам человека // *Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека*. 2016. № 2. С. 36.

⁴³ Application No. 4451/70, 21 February 1975. § 35.

исключительно из новелл, полученных путем толкования норм Конвенции как самим Судом, так и судами государств-участников»⁴⁴. Упомянутое постановление по делу *Golder* — особенное, оно принято и до дела *Tyger*, когда Суд заявил о «живом инструменте», и до дела *Engel and Others v. The Netherlands* (от 23 ноября 1976 г.), положившего начало концепции автономных понятий, и до дела *Airey v. Ireland* (9 октября 1979 г.), которым были инициированы понятия «практических и эффективных прав». Особенность дела *Golder* в признании права доступа в Суд в отсутствие прямого упоминания о нем в Конвенции и в практике Суда. Суд подчеркнул, что хотя право на справедливую, публичную и скорую судебную процедуру может безусловно применяться только к судебным разбирательствам, но из этого вовсе не следует, что оно исключает право на инициирование такого разбирательства (§ 32). Изложенное по существу явилось новшеством в интерпретации, и Суд обоснованно решил, что без него теряется общий смысл толкования данного права. Он обратился в поддержку своего вывода к принципу верховенства права, сославшись на преамбулу Конвенции и Венскую конвенцию. Г. Летсас обобщил обоснования, легшие в основу вывода Суда: в толковании следует обращать внимание на предмет и цель закона. Предмет и цель Конвенции в поддержании верховенства права. Последнее невозможно представить в вопросах гражданского права без права на доступ в суд. Право доступа в суд — неотъемлемая часть справедливого судебного разбирательства по ст. 6 Конвенции. Конвенция защищает право на доступ в суд. Автор считает, что Суд следовал своему основному выводу, не испытывая необходимости в обращении к дополнительным методам толкования, к *travaux préparatoires* (подготовительные работы, на которые ссылался оставшийся при особом мнении судья ЕСПЧ Дж. Фитцморис (*Gerald Fitzmaurice*)). Суд был уверен, что предмет и цель Конвенции — в следовании идеалу верховенства права, не оставляя двусмысленности относительно права на доступ в суд. Таким образом, хотя сам текст был нейтральным относительно рассматриваемого права, он стал для Суда очевиден ввиду значения верховенства права⁴⁵.

Важно указать, что после дела *Golder* Суд, «вооружившись» другими доктринами, еще более сократил анализ подготовительных работ для выяснения намерений создателей Конвенции, поскольку он не давал ответы на рассматриваемый вопрос о существовании права. Так, в деле *Matthews v. United Kingdom*⁴⁶ Суд, об-

ратившись к доктрине «живого инструмента», указал, что составители Договора не могли предвидеть образование такого органа, как Европейский парламент, и такое упущение попадает в сферу действия Конвенции (§ 39). Государство обязано обеспечивать, чтобы каждый гражданин получил возможность голосовать на выборах в Европейский парламент с учетом требований ст. 3 Протокола 1 к Конвенции. После дел *Golder*, *Tyger*, *Airey* последовали многие важные решения, ставшие уже частью истории международного правосудия. По данным Б. Зупанчича, за 38 лет после упомянутого постановления по делу *Tyger v. UK* в принятых Судом постановлениях содержится 151 правовая новация с использованием доктрины эволютивного толкования⁴⁷.

Рассматриваемые новшества, отразившиеся в образовании новых прецедентов, касались различных положений Конвенции. Суд не хотел терять связи со временем и желал реагировать на тенденции в развитии современного общества, а вместе с ним и права. Преобладание эволютивных начал является отражением общего процесса, в котором толкование Конвенции — лишь желание сохранить актуальность ее текста, а главное — усиление гарантий прав человека в сложном и изменяющемся мире.

В качестве примера обратимся к праву на уважение частной жизни (ст. 8 Конвенции) и к тому, как оно ускоренно расширялось в практике Суда, реагируя на поставленные в современных обществах проблемы, путем введения позитивных и негативных обязательств, выводимых из самого понятия личной жизни. Сегодня она согласно практике Суда охватывает физическую и социальную идентичность, включая гендерную идентификацию, сексуальную ориентацию, информацию о здоровье, этническую идентичность и элементы, связанные с имиджем, защитой окружающей среды, вопросы карьеры, доступа к средствам искусственного оплодотворения, смену удостоверений личности после смены пола, способности получить лекарства, позволяющие завершить жизнь, выбора имени ребенка, выбора места рождения, возможности получения признания гражданства в той мере, в какой она могла бы идентифицировать личность, и многие другие аспекты, включая право на личную автономию, личное развитие и право устанавливать и развивать отношения с другими людьми и внешним миром, право на репутацию.

Интересна в связи с этим эволюция подхода ЕСПЧ к вопросу социальной защиты, о которой в Конвенции в отличие от Европейской социальной хартии (ст. 12) ничего не сказано. Суд неоднократно подтверждал свою позицию, ссылаясь в ряде дел на отсутствие в Конвенции гарантий права на пособие по старости или социальные привилегии. Возвращаясь к упомянутому постановлению *Airey v. Ireland* (§ 33),

⁴⁴ *Rozakis Ch.* European Judge as a Comparativist // *Tulane Law Review*. 2005. Vol. 80. P. 278.

⁴⁵ См.: *Letzas G.* Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for International Lawyer // *European Journal of International Law*. 2010. Vol. 21. Iss. 3. P. 509—541.

⁴⁶ Application No. 24833/94, 18 February 1999.

⁴⁷ См.: *Zupancic B.* Op. cit. P. 4.

напомним, что в нем Суд в целом поддержал идею о более широкой интерпретации Конвенции, когда она сможет охватить сферы социальных и экономических прав. Суд исходил из отсутствия водораздела, отделяющего данную сферу от защищаемых Конвенцией областей, основывая свой вывод, как предполагается, на философской концепции неделимости и взаимосвязанности прав. Кроме того, в постановлении по делу *Demir and Baykara v. Turkey*⁴⁸ Суд указал на существование в Европе консенсуса по вопросу продвижения экономических и социальных прав. Однако последнему делу предшествовало постановление по делу *Petrovic v. Austria*⁴⁹, в котором Суд признал применимость ст. 8 Конвенции: «Социальные пособия, выплачиваемые государством, направлены на повышение качества семейной жизни и благоприятно влияют на саму ее организацию...». За ним последовала практика Суда, отразившаяся в целом ряде постановлений, в том числе по делу *Konstantin Markin v. Russia*⁵⁰.

Право на свободу выражения мнения по ст. 10 Конвенции применяется не только к содержанию информации, но к средствам ее получения и передачи, поскольку любые ограничения, наложенные на эти средства, влекут вмешательство в право получения и распространения информации⁵¹. В одном из рассмотренных Судом дел он посчитал, что право на доступ к информации может возникать в обстоятельствах, где доступ к информации является средством для осуществления лицом права на свободу выражения мнения, в частности «свободу получать и распространять информацию» и где отказ в нем образует вмешательство в осуществление этого права⁵².

На анализе последнего дела остановимся подробнее с учетом используемых Судом доктрин при введении новшеств в собственную практику. Так, заявитель — неправительственная организация *Helsinki Bizottsag* (Хельсинкский комитет Венгрии) в 2005—2007 гг. осуществила проект, направленный как на развитие, так и на проверку преодоления недостатков в системе назначения адвокатов. Далее, в 2008 г., организация учредила новый проект «Право на эффективную защиту и реформа системы назначения по должности (*ex officio*)», в ходе реализации которого совместно с Министерством юстиции, правоохранительными органами и коллегиями адвокатов разработала анкету. Целью было изучение качества юридического представительства посредством назначенных и работающих адвокатов. Проведенные

исследования показали, что система назначения адвокатов не работает должным образом, поскольку органы расследования, в частности полиция, имели право свободного выбора из списка защитников соответствующих коллегий. Это вызывало недоверие к части адвокатов. Более того, некоторые полицейские департаменты прибегали к услугам одних и тех же юристов или юридических фирм. Ключевым аспектом была замена существующей системы на компьютерную. Особенностью проекта было то, что НПО запросила имена общественных защитников, выбранных в 2008 г., количество поручений каждому юристу из 28 полицейских департаментов восьми регионов Венгрии. Целью запроса данных было продемонстрировать существование нестыковок в практике назначения защитников из списка, предоставленных коллегиями адвокатов. Полицейский департамент округа Хайду-Бихар (*Hajdu-Bihar*) отказал в удовлетворении просьбы НПО, заявив, что «имена защитников не относятся к информации, подлежащей раскрытию в общественных интересах согласно ст. 19(4) Акта о данных, поскольку адвокаты являются членами органов, выполняющих государственные, муниципальные или общественные обязанности». Аналогичный отказ был получен из другого департамента.

После безуспешного исчерпания национальных средств правовой защиты заявители обжаловали в Суд отказ на доступ к информации из определенных полицейских департаментов в нарушение ст. 10 Конвенции. По мнению Суда, основным вопросом дела являлось выяснение того, может ли ст. 10 Конвенции интерпретироваться как гарантирующая для заявителя-НПО право на доступ к информации, которой располагают государственные органы. Суд в связи с этим предварительно проанализировал собственную практику толкования Конвенции, напомнив важность следования выработанным им подходов.

Согласно мнению правительства-ответчика, как и правительства Великобритании, принимавшего участие в качестве третьей стороны, авторы Конвенции не обозначили точно право на доступ к информации в тексте Конвенции (ст. 10), потому что они не намеревались предусмотреть такое обязательство для Договаривающихся сторон (§ 126). Суд посчитал, что вопрос, состоящий в отсутствии прямого упоминания права на доступ к информации в ст. 10 Конвенции и отказе заявителю на этом основании, рассматривался Судом и Комиссией как требующий прояснения. Суд на основе анализа своей практики указал, что было вмешательство в право, защищенное ст. 10 (§ 1) в ситуации, где заявитель имел такое право по национальному законодательству, как указано в окончательном решении национального суда, но власти отказались от его реализации. По мнению Суда, доступ к рассматриваемой информации был существенным элементом осуществления заявителем права на

⁴⁸ Application No. 34503/97, 12 November 2008. § 84.

⁴⁹ Application No. 20458/92. 27 March 1998. § 27.

⁵⁰ Application No. 30078/06. 22 March 2012.

⁵¹ *Autronic AG c. Switzerland*. Application No. 12726/87. 22 May 1990. § 47.

⁵² *Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary*. Application No. 18030/11. 8 November 2016.

свободу выражения мнения или образовывал часть законного сбора информации в общественных интересах с целью передачи ее обществу. Сравнивая обстоятельства с делами *Gillberg v. Sweden* и напоминая принципы дела *Leander v. Sweden*, Суд отметил, что ст. 10 в основном запрещает правительству ограничивать лицо в получении информации, которую другие желают или могут передать ему и нет необходимости отклоняться от них, а скорее следует расширить принципы. В данном же деле, как указала третья сторона, одна рука государства признала право получать информацию, другая же отказала в его реализации (§ 131). Однако названные принципы выведены из дословного понимания текста ст. 10. В ранее рассмотренных делах Суд демонстрировал готовность признать право индивида на доступ к информации и не исключал соответствующее обязательство государства. Вместе с тем для проверки данной жалобы Суд считает полезным рассмотреть степень доступа к информации, которую возможно извлечь из ст. 10 Конвенции (§ 133).

Суд констатировал широкий консенсус среди государств — членов Совета Европы по вопросу необходимости признать право граждан на доступ к информации, которой обладает государство, с целью общественного изучения и формирования мнения о любом вопросе, представляющим общественный интерес, включая способы функционирования публичных властей в демократическом обществе. Суд согласен с позицией, что без веских причин он не должен отклоняться от своих же предыдущих прецедентов. В то же время исследование собственной практики показывает ощутимую эволюцию в пользу признания при определенных обстоятельствах неотъемлемым элементом права на свободу информации свободу получения информации, отраженную в ст. 10 Конвенции (§ 150, 151). По мнению Суда, в обстоятельствах, когда доступ к информации играет важную роль для осуществления права заявителя получать и передавать информацию, отказ в его реализации образует вмешательство в это право.

Принцип обеспечения прав по Конвенции практическим и эффективным способом требует защиты прав заявителя по ст. 10. Говоря кратко, настало время прояснения классических принципов, и Суд в связи с этим считает, что названное право или обязательство может возникнуть, когда, во-первых, обязательство по раскрытию информации было возложено по вступившему в силу судебному решению и, во-вторых, в обстоятельствах, когда доступ к информации считается важным для осуществления его или ее права на свободу выражения мнения и в частности свободу получать и распространять информацию и где отказ образует вмешательство в осуществление этого права (§ 156).

Эффективность института адвокатуры непосредственно влияет на справедливое судебное разбира-

тельство. Любая критика или предложения по улучшению деятельности этого института постоянно находятся в центре внимания общества. Заявитель-НПО проявила свою озабоченность существующей практикой, выразив сомнение в его функционировании. Вопрос непосредственно связан с самой сутью защищаемых Конвенцией прав. Суд поэтому был удовлетворен тем, что заявитель-НПО была намерена способствовать обсуждению вопроса, имеющего интерес у общества. Отказ в такой просьбе нарушил бы их право на обсуждение интересующей общество проблемы. Суд посчитал, что аргументы государства были недостаточными, чтобы посчитать совершенное вмешательство «необходимым в демократическом обществе». По его мнению, несмотря на имеющееся у государства поле усмотрения, не было обоснованной связи между обжалуемой мерой и преследуемой законной целью, поэтому он констатировал нарушение ст. 10 Конвенции (§ 200). Таким образом, главный вывод Суда основан на доктринах «живой инструмент», консенсус и поле усмотрения, принципе гармоничной интерпретации Конвенции, достижений сравнительного и международного права. Хотя правовые подходы Суда не были поддержаны абсолютным большинством, тем не менее они продемонстрировали способность критического анализа собственной практики и на его основе эволютивного подхода к пониманию ст. 10, сформировав абсолютно новый прецедент.

Новации в практике Суда на основе эволютивного подхода к толкованию Конвенции находили разное объяснение в академической литературе. Г. Летсас считает, что Суд в первую очередь заинтересован в эволюции в направлении к нравственной истине, содержащейся в предусмотренных Конвенцией правах, а не к общепринятому стандарту. Одна из причин для этого была найдена в выборе Суда, что эволюция ведет к лучшему пониманию права Конвенции⁵³. Однако широкое использование такого подхода встретило и критику, обозначенную как «судейский активизм» в негативном смысле, оттеняющий судебное правотворчество, направленный на размывание парламентского нормотворчества, а вместе с ним ущемление суверенных прав государства. Бывший судья ЕСПЧ А. И. Ковлер, соглашаясь с мнением П. Махони, что «эволютивное толкование» не позволяет Суду создавать новые права и свободы, не защищенные существующим текстом⁵⁴, отмечает, что, видимо, именно в этом заключается смысл судейского самоограничения (*self-restraint*)⁵⁵.

⁵³ См.: Letsas G. A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights. Oxford — New York, 2007. P. 79.

⁵⁴ См.: Mahoney P. Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights. Two Sides of the Same Coin // Human Rights Law Journal. 1990. Vol. 11. P. 65.

⁵⁵ См.: Ковлер А. И. Указ. соч. С. 40.

Всякое творчество зиждется на активном подходе к исследуемой проблеме. Судебное правотворчество, движимое стремлением реагирования на поднимаемые рассматриваемыми делами актуальные проблемы в политическом, экономическом, социальном развитии, сопровождается порой изменениями в существующем правовом регулировании. Суд заполняет правовой вакуум, постигая все новые смыслы норм Конвенции и накапливая число прецедентов, т. е. обобщает практику, от которой отталкивается в последующих делах. Двигаясь эмпирическим путем, когда в основе решения лежат факты рассматриваемого дела, Суд стремится к защите главных для любого общества ценностей. Сложно представить работу

любого международного суда без судебного правотворчества. В то же время любой диалог судов предполагает анализ адресованной Суду критики, поддержание такого важного элемента в отношениях, как «контракт доверия» (П. Махони). Важно помнить слова председателя Суда ЕС, что «взаимное доверие не следует путать со слепым доверием» (*mutual trust is not to be confused with blind trust*).

Подводя итог вышеизложенному, представляется, что уровень доверия к международному правосудию будет определяться способностью международных судов соотносить эволютивный подход к интерпретации с традициями и достижениями национального законодательства и практики его применения.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Brown L. N., Kennedy T. *The Court of Justice of the European Communities*. 5th ed. L., 2000.
- Cappelletti M. The Law-Making Power of the Judges and its Limits: A Comparative Analysis // *Monash University Law Review*. 1981. No. 15.
- Conway G. The limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice. N. Y., 2002.
- Costa J. P. The European and Current Challenges of the European Court of Human Rights // *Regent Journal of Law and Public Policy*. 2009. Vol. 1.
- Freitas L. V. de. *The Judicial Activism of the European Court of Justice*. Switzerland, 2015.
- Groussot X. *General Principles of Community Law*. Groningen, 2006.
- Lennaerts K. La Vie Apres L'Avis: Exploring The Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust. (217) // *Common Market Law Review*. 2017. Iss. 3.
- Letsas G. A theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights. Oxford — New York, 2007.
- Letzas G. Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for International Lawyer // *European Journal of International Law*. 2010. Vol. 21. Iss. 3.
- Lochak D. *Les droits de l'homme*. P., 2002.
- Mahoney P. From Strasbourg to Luxembourg and Back: Speculating about Human Rights Protection in European Union after the Treaty of Lisbon // *Human Rights Law Journal*. 2011. Vol. 31. No. 2.
- Mahoney P. Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights. Two Sides of the Same Coin // *Human Rights Law Journal*. 1990. Vol. 11.
- Mahoney P. Judicial Power Plus Judicial Duty Equals Judicial Legitimacy, and Other Concluding Remarks // *Human Rights Law Journal*. 2016. Vol. 36. No. 7-12.
- Oppenheim's *International Law*. Vol. 1. 9th ed. L., 1992.
- Pasa B., Bairati L. Judicial Creativity Within Europe's "Mixed Jurisdiction". *Tulane European and Civil Law Forum*. 2014. Vol. 29.
- Pelin-Raducu I. Deferential Dialogues between the Court of Justice and Domestic Courts Regarding the Compatibility of the EU Data Retention Directive With (Higher?) National Fundamental Rights Standards // *Perspective on Federalism*. 2013. Vol. 5. Iss. 3.
- Pollicino O. Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-Restraint // *German Law Journal*. 2004. Vol. 5. No. 3.
- Rozakis Ch. European Judge as a Comparativist // *Tulane Law Review*. 2005. Vol. 80.
- Senden H. C. K. *Interpretation of Fundamental Rights in Multilevel Legal System*. Antwerpen, 2011.
- Spano R. The European Court of Human Rights and National Courts: A Concrete Conversation or a Dialogue of Disrespect? The Torkel Opsahl Memorial Lecture 2014. Norwegian Center for Human Rights, Friday 28 November 2014.
- Trechsel S., Summers S. J. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford, 2009.
- Zupancic B. In the Context of Common Law: the European Court of Human Rights in Strasbourg, Gresham College, Transcript of Lecture. 17 November 2016.
- Ершов В. В. Пробелы в национальном и международном праве с позиций юридического позитивизма, синтезированного и интегративного правопонимания // *Российское правосудие*. 2017. № 2.
- Зимненко Б. Л. Правовые позиции межгосударственных органов по защите прав и свобод человека. М., 2017.
- Исполинов А. С. Эволюция и пути развития современного международного правосудия // *Международное публичное право*. 2017. № 10.
- Ковлер А. И. Явление судейского активизма: особые мнения судей Европейского суда по правам человека // *Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека*. 2016. № 2.
- Марченко М. Н. *Европейский Союз и его судебная система*. М., 2013.
- Туманов В. А. Автономное толкование понятий в практике Европейского суда по правам человека // *Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека*. 2016. № 2.
- Энтин К. В. *Право Европейского Союза и практика Суда Европейского Союза: учеб. пособие*. М., 2015.