

ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ ПРАВА В КОНТЕКСТЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ СОВРЕМЕННОЙ НАЦИОНАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ



С. ПОГРЕБНЯК

*доктор юридических наук,
профессор кафедры теории государства и права
(Национальный университет
«Юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого»)*

В теории государства и права деление принципов права на общеправовые (общие), межотраслевые и отраслевые является широко признанным [1, 149; 2, 75; 3, 196]. Кроме того, в литературе нередко дополнительно выделяются принципы, действующие в других структурных подразделениях системы права — подотраслях и институтах права [4, 228–229; 5, 198–199]. Обычно констатируют, что эти принципы присущи соответственно праву в целом, нескольким отраслям права, отдельным отраслям, подотраслям или институтам права и функционируют как система.

При характеристике общих принципов права доктрина обычно обращает внимание на то, что они охватывают в целом правовые основы, поскольку распространяются на формирование самих правовых начал, а также на все сферы воздействия таких основ, способствуют единству и стабильности формируемой правовыми основами системы законодательства [6, 43], определяют качественные особенности всех правовых норм национальной правовой системы независимо от специфики регулируемых ими общественных отношений [5, 201].

Следует согласиться с тем, что одним из самых существенных признаков принципов права является их *регулятивность*: зафиксированные в праве принципы приобретают значение общих правил поведения, имеющих общеобязательный, властный характер [7, 693]. В таком случае нормативно-регулятивный характер присущ и такой разновидности принципов, как общие принципы права. Однако насколько данная черта наблюдается у тех требований, которые нередко относят к общим принципам права (например у принципов сочетания убеждения и принуждения в праве [8, 193], единства прав и обязанностей [9, 217], гарантированности прав и свобод граждан, сочетания стабильности и динамизма в праве, деления права на публичное и частное [5, 201–204])? Какая нормативно-регулятивная способность может быть обнаружена у подобных принципов? Определенное сомнение вызывает также согласованность дан-

© С. Погребняк, 2013

ных требований с приобретающим все большее признание *пониманием общих принципов права как самостоятельного источника права* [5, 193–194; 10, 10].

Все это обуславливает необходимость более тщательного исследования природы общих принципов права, переосмысления постсоветского подхода к формированию перечня таких принципов на основе международного и зарубежного опыта. По нашему мнению, это позволит отечественной правовой системе развиваться в контексте современных мировых юридических процессов, не оставаясь на периферии глобального правового развития.

Следует отметить, что впервые понимание общих принципов права как источника права появляется в *международном праве*. Напомним, что наиболее важным и известным примером такого подхода выступает ст. 38 п. 1 «с» Статута Международного Суда ООН (как известно, являющегося приложением к Уставу ООН и составляющего его неотъемлемую часть), согласно которому Суд применяет «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» (*the general principles of law recognized by civilized nations*) [11]. В свою очередь, это положение Статута Международного Суда ООН полностью воспроизводит норму ст. 38 п. 3 Статута Постоянной палаты международного правосудия от 16 декабря 1920 г. (постоянно действующего судебного органа при Лиге Наций) [12].

Впрочем, практика упоминания в международных договорах принципов права существовала и раньше. Примером в данном случае может служить ст. 73 Конвенции о мирном решении международных столкновений (I Гагская конвенция) от 18 октября 1907 г., согласно которой при толковании компромисса, представленного сторонами, арбитражный суд может применять принципы права (*the principles of law*) [13]. Следует также вспомнить о ст. 7 Гагской конвенции об учреждении Международной призовой палаты (XII Гагская конвенция) от 18 октября 1907 г. (правда, так и не вступившей в силу), которая уполномочивает суд в случае отсутствия общепризнанных правил принимать решение в соответствии с общими принципами правосудия и справедливости (*the general principles of justice and equity*) [14].

Кроме того, следует отметить тот факт, что норма Статута Международного Суда лишь констатировала, если не кодифицировала уже существующую обычно-правовую норму. Так, начиная с 1794 г. смешанные англо-американские комиссии, созданные в соответствии с договором Джея (Jay Treaty), прямо обосновывали свои решения общими правовыми принципами. С тех времен арбитражные суды непрерывно следовали указанному примеру и при этом правомочность их решений никогда не была обжалована именно на этом основании. Следовательно, учитывая всю предысторию, можно сделать вывод о том, что после утверждения Статута Международного Суда ООН общие принципы права были определенно признаны в качестве прямого источника международного права, независимо от какого-либо разрешения договорного характера [15, 210].

Достаточно интересной в формулировке Статутов является оговорка «признанные цивилизованными нациями», внесенная по предложению американского юриста Э. Рута в 1920 г. при разработке проекта Статута Постоянной палаты международного правосудия в Консультативном комитете юристов Лиги Наций и сохраненная ООН при принятии Статута Международного Суда ООН в 1945 г. как реакция на нацизм [16, 265, 289]. Учитывая суверенное равен-

ство государств, сегодня «цивилизованными» считаются все нации [15, 211; 17, 86]; поэтому данная оговорка, как правило, рассматривается как излишняя [18, 98]. Это происходит в силу того, что признание права предполагает наличие цивилизации [19, 96].

Тем не менее в литературе существует и другое объяснение, согласно которому к цивилизованным относятся государства, являющиеся передовыми с точки зрения правового развития [20, 8]. Поэтому именно на их принципы целесообразно ориентироваться во время рассмотрения споров. Это позволяет признавать общими принципами права определенные положения, которые не обязательно приняты всеми внутренними правовыми порядками. Учитывая разнообразие современного мира, при установлении универсального характера признания принципов необходимо руководствоваться требованиями здравого смысла [21, 207], применяя сравнительный правовой метод и ориентируясь на практику, сложившуюся в основных правовых семьях.

Традиционный интерес в международном праве вызывает вопрос о *правовой природе общих принципов права*. Достаточно популярной является мысль о том, что общие принципы права — это принципы естественного права, которые действуют в системе международного права, составляют ее основу и являются основанием для проверки позитивных норм на действительность. Позитивисты, как правило, утверждают, что эти принципы вытекают из международных соглашений и обычного права и не способны прибавить к международному праву ничего нового, кроме того, что отражает согласие государств¹. Советские специалисты обычно защищали подход, в соответствии с которым общие принципы права повторяют фундаментальные предписания международного права, например принцип мирного сосуществования, принцип запрещения применения силы, принцип суверенного равенства государств и др. [18, 99]. Советский подход был в первую очередь обусловлен опасением, что принципы западноевропейского и североамериканского международного права могут быть навязаны другим государствам путем провозглашения их общими принципами права [19, 97].

Следует согласиться с тем, что общие принципы права нельзя отождествлять с принципами международного права, хотя они и формулируют общие принципы, главные идеи в праве. Природа, содержание принципов международного права и общих принципов права разные. Так, принципы международного права формируются на основе действующих международных обычаев и договоров. В свою очередь, общие принципы права формируются на основе функционирования национальных правовых систем как их закономерность, результат [22, 126].

Следовательно, по своему происхождению общие принципы права являются принципами внутригосударственного права. Международное право лишь констатирует уже установленные, существующие в национальных правовых системах принципы. Такая трактовка принята сегодня большинством специалистов [15, 210]. Тем не менее, существуют и более широкие толкования. Так, некоторые юристы утверждают, что общие принципы права могут происходить

¹ Эта точка зрения опровергается указанием на то, что общие принципы права имеют самостоятельное значение: если соответствующие государства сохраняют в своих внутренних правовых порядках принципы, существование которых на международном уровне они отрицают, то содержание указанных принципов все равно продолжает действовать как общий принцип права [19, 97].

как из внутригосударственного, так и из международного права. Например, в особом мнении к решению Международного суда ООН от 20 апреля 2010 г. по делу, касающегося целлюлозных заводов на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая), Судья К. Триндади утверждает, что ссылка на общие принципы права означает ссылку не только на те принципы, которые присутствуют *in foro domestico* (во внутреннем праве), но и на принципы, присущие конкретной отрасли международного права (например, международное право по охране окружающей среды признает принципы предотвращения и предусмотрительности) [23]. Впрочем, этот момент не может быть предметом серьезного разногласия. Ведь следует учитывать, что принципы отраслей международного права обычно также происходят из внутригосударственного права.

Исследуя феномен общих принципов права, следует обратить внимание на то, что их появление в качестве самостоятельного источника международного права связывается главным образом с проблемой «*non liquet*» в условиях существования пробелов в международном праве. В отличие от национального судьи международный судья в такой ситуации не имеет права выносить решение без специального разрешения субъектов международного права. Применение общих принципов права позволяет решить дело, не выходя за пределы действующего права, рассмотреть каждую международную ситуацию как вопрос (предмет) права [15, 211; 18, 99]. Именно поэтому общие принципы права определяются как *формальные источники права*, т. е. как один из способов формирования права, с помощью которых правила становятся частью позитивного права¹. При этом следует заметить, что в современном международном праве общие принципы права, как правило, применяются *субсидиарно*. Их практическое значение уменьшается в связи с продолжающейся кодификацией международного права, однако, как и прежде, возможны ситуации, в которых иные источники права не содержат в себе правовую основу для принятия решений [19, 95].

Категория «общие принципы права» используется также в европейском праве и праве Совета Европы.

Так, *общие принципы права ЕС (general principles of the Union's law)* упоминаются в п. 3 ст. 6 Договора о Европейском Союзе [24, 19]. Они рассматриваются как первичное право Европейского Союза (далее — ЕС), как дополнение норм учредительных Договоров ЕС. Признание общих принципов права самостоятельным источником права ЕС обосновывается необходимостью преодоления пробелов в условиях действия принципа ограниченных отдельных полномочий (ЕС действует только в пределах компетенции, которая была предоставлена ему государствами-членами на основе учредительных Договоров). Специалисты по европейскому праву утверждают, что в отдельных сферах учредительные Договоры ЕС образуют несовершенную правовую систему, пробелы в которой надлежит заполнить. Одним из средств заполнения пробелов является применение неписаных правовых принципов [25, 181–182]. При этом подчеркивается, что общие принципы права являются «детьми национального права» [26, 8], то есть источником их происхождения являются национальные правовые системы государств — членов ЕС. Эти неписанные принципы были выведены Судом

¹ Напомним, что юридическая наука выделяет также материальные (содержательные) источники права — творческие силы права, социально-политические факторы, обуславливающие содержание правовых норм.

ЕС из права государств-членов путем, напоминающим развитие общего права английскими судами.

В праве Совета Европы общие принципы права упоминаются в ч. 2 ст. 7 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Согласно этой норме правило «Никакого наказания без закона» «не является препятствием для судебного разбирательства, а также для наказания любого лица за любое действие или бездействие, которая на время ее совершения составляла уголовное правонарушение в соответствии с общими принципами права, признанными цивилизованными нациями» [27]. В данном случае идет речь о применении уголовного права против государства и его «послушных исполнителей», при этом запрет обратного действия не касается «преступности, усиленной государством» [28, 45].

Во второй половине XX в. общие принципы права также начинают рассматриваться как самостоятельная форма (источник) права в семье романо-германского права [29, 14; 30, 108–111]. Это определяется как один из важных аспектов эволюции современного романо-германского права [31, 38–39].

По нашему мнению, причины появления данной концепции в правовых системах романо-германского права отличаются от причин, существовавших в международном и европейском праве. Если международное право решало с помощью общих принципов права проблему «*non liquet*», а европейское право — проблему ограниченных полномочий ЕС, то национальные правовые системы должны были принять определенные предупредительные меры относительно создания и применения законов, влекущих произвол, приняв во внимание опасную практику использования позитивного права отдельными европейскими государствами вопреки его назначению. Одной из таких мер является концепция общих принципов права как самостоятельного источника права, позволяющая избежать отождествления позитивного права с законами (государственными актами).

Так, после Второй мировой войны Федеральный верховный суд и Федеральный конституционный суд Германии в своих решениях отмечают, что конституционное право не ограничено текстом Основного закона, а включает в себя также некоторые общие принципы, которые законодатель не конкретизировал в позитивной норме, что существует сверхпозитивное право (в частности принципы, имманентные конституционному правопорядку, но не нашедшие отображения в тексте писаных законов), которое связывает даже учредительную власть законодателя [30, 110]. Например, Конституционный Суд ФРГ обосновал существование принципа пропорциональности: этот прямо не закрепленный в Конституции ФРГ 1949 г. принцип является судебским критерием определения соответствия (пропорциональности) избранных государством средств, закрепленных в правовых актах, определенной легитимной цели [32, 70–71].

Кроме того, на признание общих принципов источниками права в странах Европы, вероятно, повлияли пример права ЕС и традиция общего английского права, которое считалось «резервуаром всех общих и всеобъемлющих принципов, установление которых в законе не считалось необходимым» [33, 283].

Следует отметить, что большую роль в утверждении этой идеи как в праве ЕС, так и национальном праве сыграла *судебная власть*. В литературе достаточно часто утверждается, что главным источником общих принципов является судебная практика [34, 166]. Концепция, согласно которой правовые нормы

могут быть выведены не только из нормативно-правовых актов, но и из общих принципов права, дает возможность судам применять право даже в условиях отсутствия соответствующих правовых предписаний, снимает с судов обвинение в превышении полномочий и искажении законодательства [35, 143, 145].

Вопрос о специфическом содержании принципа обычно решается судами в ходе осторожного, но непрерывного правового развития и только тогда, когда это становится необходимым при решении конкретного дела (путь «от дела к делу»). Подобная политика судов находит наиболее яркое выражение в практике Европейского суда по правам человека. Вероятно, именно поэтому, формулируя конкретные требования, которые образуют содержание принципов права, он часто использует словосочетание «*inter alia*» (между прочим). При посредничестве правосудия общие принципы как бы трансформируются в специфические нормативно-правовые требования [36, 259], осуществляется так называемая достройка права [37].

Украинские суды также начинают осознавать (хотя и медленно) свою важную роль в процессе признания общих принципов права и конкретизации тех требований, которые образуют их содержание. Эти действия находят свое внешнее выражение в судебных актах. Например, Конституционный Суд Украины приложил усилия для восприятия украинской правовой системой некоторых общих принципов права (в частности, принципов правовой определенности и пропорциональности).

Например, в решении от 22 сентября 2005 г. № 5-рп/2005 по делу о постоянном пользовании земельными участками [38] Конституционный Суд Украины указал, что из конституционных принципов равенства и справедливости вытекает требование определенности, ясности и недвусмысленности правовой нормы, поскольку иное не может обеспечить ее одинаковое применение, допускает возможность неограниченного усмотрения в правоприменительной практике и неизбежно ведет к произволу. В решениях Конституционного Суда Украины от 29 июня 2010 г. № 17-рп/2010 по делу о конституционном обращении Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека относительно соответствия Конституции Украины (конституционности) абзаца восьмого пункта 5 части первой статьи 11 Закона Украины «О милиции» [39], а также от 22 декабря 2010 г. № 23-рп/2010 по делу об административной ответственности в сфере обеспечения безопасности дорожного движения [40] подчеркивается, что одним из элементов верховенства права является принцип правовой определенности, согласно которому ограничение основных прав человека и гражданина и воплощение этих ограничений на практике допустимы только при условии обеспечения предсказуемости применения правовых норм, устанавливаемых такими ограничениями. То есть ограничение любого права, отмечает Суд, должно базироваться на критериях, которые дадут возможность лицу отличать правомерное поведение от противоправного, предвидеть юридические последствия своего поведения.

В актах Конституционного Суда Украины также можно найти прямые и косвенные ссылки на принцип пропорциональности. Например, принцип пропорциональности прямо упоминается в решении от 2 ноября 2004 г. № 15-рп/2004 по делу о назначении судом более мягкого наказания [41]. Суд констатирует, что правовое государство должно использовать не чрезмерные, а лишь необходимые и обусловленные целью меры; с точки зрения принципа пропорциональ-

ности интересы обеспечения охраны прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и безопасности и т. п. могут оправдать правовые ограничения прав и свобод только в случае адекватности социально обусловленным целям. В решениях от 24 марта 2005 г. № 2-рп/2005 по делу о налоговом залоге [42] и от 12 июня 2007 г. № 2-рп/2007 по делу о создании политических партий в Украине [43] Конституционный Суд Украины упоминает о тесно связанном с пропорциональностью конституционном требовании соразмерности. В решении от 20 июня 2007 г. № 5-рп/2007 по делу о кредиторах предприятий коммунальной формы собственности [44] Суд ссылается на принцип соразмерности (пропорциональности), который является элементом идеи права, идеологии справедливости и требует, чтобы установленное в законе ограничение прав соответствовало правомерной и общественно необходимой цели.

Необходимо обратить внимание на то, что общие принципы права имеют *тесную связь с теорией естественного права*: они доказывают подчинение права велениям справедливости в том виде, как последняя понимается в определенную эпоху и в определенный момент. По мнению Р. Давида, ни одна законодательная система не может обойтись без таких корректировок или оговорок; их отсутствие может привести к разногласию между правом и справедливостью [30, 108]. Общие принципы права нередко основываются на «естественной справедливости», общей для всех правовых систем [17, 87–88], потому они традиционно связываются с существованием естественного права; эти принципы образуют моральную основу права, его духовный фундамент. Г. Шварценбергер подчеркивал, что общие принципы права являются средством перенесения естественного в позитивное право [16, 291]. Без некоторых принципов правопорядок, вероятно, не смог бы существовать. Речь идет, в частности, о принципах добросовестности, запрета злоупотребления правом, запрета необоснованного обогащения, возмещения убытков, о принципе, устанавливающем, что равный над равным не может иметь власть, о принципе, согласно которому нельзя быть судьей в собственном деле [21, 208; 45, 48].

Общие принципы права предоставляют правопорядку (внутри государства и на международном уровне) его *необходимое аксиологическое измерение*; они лежат в основе *jus necessarium* и указывают на ценности, которые определяют правопорядок в целом. Это в полной мере касается как материальных, так и процессуально-правовых принципов. Общие принципы права формируют основу не только толкования и применения норм права, но и самого процесса правотворчества; они отражают *opinio juris*, которая образует основу для формирования права. По мнению Судьи К. Триндади, такие принципы являются отражением объективной «идеи справедливости», на основе которой они обеспечивают единство права, затрагивая основы необходимого права наций. Как считает судья, они появляются из человеческого или юридического сознания как конечного материального источника любого права [23].

Поэтому установление факта существования общего принципа права является дифференцированным процессом, при котором индукция из юридических актов и правовых институтов должна комбинироваться с обязательным учетом предпочтений относительно ценностей, которые находят четкое выражение в жизни соответствующего общества [46, 208].

В то же время следует заметить, что некоторые общие принципы права порождены требованиями *юридической логики и юридической техники* (напри-

мер, *lex specialis degorat legi generali* (специальный закон отменяет общий); *lex posterior degorat legi priori* (следующий закон отменяет предыдущий); *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (никто не может передать прав больше, чем имеет сам) [17, 87–88; 21, 208; 22, 126; 45, 48, 57–58; 47, 10].

Можно допустить, что широкое признание общих принципов права в качестве формальных источников права связано с заключением *союза (конвергенцией) между естественным правом и позитивным правом*. Так, еще Л. Оппенгейм подчеркивал, что формулировка ст. 38 п. 3 Статута Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда ООН свидетельствует о восприятии точки зрения Гуго Гроция, которая, отдавая должное и признавая решающее значение воли государств как творцов международного права, не отрывала международное право от юридического опыта и практики человечества в целом [48]. Дополнительно заметим, что отмеченный компромисс нашел свое отражение даже на уровне терминологии: если конструкция «общие принципы права» может рассматриваться как дань естественному праву, то словосочетание «признанные цивилизованными нациями» придает термину позитивистский оттенок. По нашему мнению, благодаря признанию общих принципов самостоятельным источником права можно избежать нежелательного противопоставления позитивных и сверхпозитивных (естественных) принципов права; в соответствии с этой концепцией все общие принципы рассматриваются как элемент позитивного права.

Важным для современной теоретической и практической юриспруденции является также вопрос о *функциях*, которые выполняют общие принципы права в процессе применения права. По нашему мнению, общие принципы права:

1) помогают при интерпретации норм права. Поскольку право необходимо рассматривать как попытку конкретизации общих принципов, то лицо, осуществляющее толкование, должно стремиться к тому варианту толкования, который лучше всего вписывается в действующую правовую систему. В таком случае наиболее обоснованным является тот вариант, который согласуется, в частности, с принципами права, имеющими глубокое системообразующее значение [46, 234]. Ища замысел закона (субъекта правотворчества), интерпретатор должен исходить из предположения, что этот замысел заключался в развитии общих принципов права, а не в их нарушении;

2) выступают как основания для пересмотра правовых актов. Ссылка на принципы может позволить устранить нарушения прав, допущенные во время принятия и применения норм права. Например, согласно ч. 3 ст. 2 Кодекса административного судопроизводства Украины административные суды имеют полномочия проверять нормативно-правовые и индивидуально-правовые акты (решения) субъектов властных полномочий на их соответствие таким общим принципам права, как равенство, пропорциональность, добросовестность, непредвзятость и т. д. Общие принципы права приобретают особое значение как критерии, на основании которых осуществляется контроль за использованием дискреционных полномочий [25, 239];

3) помогают преодолению пробелов в праве. Использование общих принципов права традиционно связывается с применением аналогии права, то есть решением дела (при наличии пробела и при отсутствии «аналогичной» юридической нормы) на основе общих или отраслевых принципов права [49, 179]. По нашему мнению, данный подход нуждается в пересмотре. Мы полагаем, что

непосредственное применение общих принципов права является следующим, после аналогии закона и аналогии права, субсидиарным способом преодоления пробелов. Разграничение аналогии права и непосредственного применения общих принципов права обуславливается тем, что в основе аналогии закона и аналогии права лежит логический прием аналогии: идеи права, которые уже реализованы в одном месте закона, с помощью применения правила равенства генерализируются и таким образом распространяют сферу своего приложения и на другие случаи (ситуации) [37, 106]. Использование аналогии построено на представлении об исконной внутренней последовательности права и на презумпции последовательности законодателя: если бы он предусматривал этот случай, то унормировал бы его так же, как решил унормировать похожие с ним по сути случаи [50, 342, 348]. Однако в случае обращения к общим принципам права мы отталкиваемся не от сходства отношений. Для регулирования отношений, которые не являются подобными прочим, мы стремимся выработать конкретное правило, которое бы наилучшим образом согласовывалось с общими принципами права. Одновременно необходимо учесть, что применение общих принципов права является средством преодоления пробелов, которое крайне редко используется при осуществлении правосудия. Это объясняется современным состоянием развития позитивного права, когда практически все ситуации, требующие правового регулирования, получили соответствующую прямую или опосредованную регламентацию в законодательстве.

Одной из наиболее интересных в контексте данного исследования является проблема перечня *общих принципов права*. Учитывая довольно молодой возраст самостоятельной украинской правовой системы, отказ от преемства принципов социалистического права, а также стремление к восприятию европейских ценностей, нам целесообразно изучить международный (в том числе европейский) опыт относительно определения такого перечня.

Бин Ченг, автор классической работы о применении в международном праве общих принципов права, выделяет четыре группы таких принципов:

1) принцип самосохранения (он позволяет высылку иностранцев, осуществление мер, направленных на достижение общественного благосостояния (экспроприации, реквизиции, компенсации) и общественной безопасности, обосновывает право на самозащиту и т. п.);

2) принцип добросовестности (требует добросовестности в договорных отношениях (например, соблюдение требований *sub spe rati* (заключение соглашений с надеждой на утверждение, *pacta sunt servanda*), запрещает злоупотребление правом, а также предусматривает существование других требований, в частности *fraus omnia corrumpit* (обман уничтожает все), *nullus commodum capere de sua injuria propria* (никто не может получать преимущества от своего противоправного поведения), *allegans contraria non est audiendus* (кто говорит противоречивые вещи, того не слушают), обязанность поддерживать *status quo*, обязанность сообщать об изменении политики);

3) принципы права, связанные с юридической ответственностью (принцип индивидуальной ответственности, принцип вины, принцип полного возмещения, принцип непосредственной связи);

4) принципы права, связанные с судебным процессом (*nemo iudex in re sua* (никто не может быть судьей в собственном деле), *audi alteram partem* (должна

быть выслушана другая сторона), *iura novit curia* (суд знает право), *res judicata* и т. д.) [51].

В популярном современном учебнике международного права Нгуена Куока Диня предлагается несколько другая группировка:

1) принципы, связанные с общей концепцией права (запрет злоупотребления правом и принцип добросовестности, необходимость возмещения вреда в случае нарушения обязательства, принцип правовой определенности и обеспечения законного доверия и др.);

2) принципы договорного права (принцип полезного действия, принципы, которые касаются неправомерного согласия и толкования, учета обстоятельств форс-мажора, определения исковой давности в соответствии с доминирующей точкой зрения в теории);

3) принципы, касающиеся споров о возмещении вреда (принцип полного возмещения, требование существования причинно-следственной связи между актом и причиненным вредом и т. д.);

4) принципы искового производства (принципы, перенесенные в международный правопорядок из национальных судебных систем);

5) принципы соблюдения прав граждан;

6) принципы, касающиеся режима действия правовых актов [15, 212–213].

К общим принципам права ЕС обычно относят:

1) принцип равенства (недискриминации), в соответствии с которым в ЕС запрещена любая дискриминация на любом основании, в частности таком, как пол, раса, цвет кожи, этническое или социальное происхождение, генетические черты, язык, религия или вера, политические или любые иные взгляды, принадлежность к национальному меньшинству, собственность, происхождение, физические или психические недостатки, возраст или сексуальная ориентация.

Право ЕС предусматривает две формы запрещенной дискриминации: а) прямую дискриминацию (*direct discrimination*), при которой отношение к лицу является менее благоприятным, нежели то, которое имеет или имело бы место в отношении других в сопоставимой ситуации на любом основании, по которому дискриминация запрещена; б) косвенную дискриминацию (*indirect discrimination*), имеющую место тогда, когда на первый взгляд нейтральное законодательное положение, критерий либо практика ставят лиц любой защищенной группы в особо неблагоприятное положение по сравнению с другими лицами, кроме случаев, когда законодательное положение, критерий либо практика являются объективно оправданными легитимной целью, а меры, реализующие эту цель, являются надлежащими и необходимыми;

2) принцип пропорциональности, означающий, что для достижения определенной цели органы власти не могут налагать на лиц обязанности, которые превышают установленные пределы необходимости, вытекающие из публичного интереса. Если установленные обязанности являются явно несоразмерными целям, такая мера может быть признана недействительной, поскольку убытки для тех, чьи интересы затрагиваются, превышают позитивный результат, полученный в публичных интересах;

3) принцип правовой определенности (уверенности) и защиты законных ожиданий. Напомним, что правовая определенность рассматривается в праве ЕС как обязательство властных органов обеспечить лицам легкость уяснения права и возможность воспользоваться этим правом в случае необходимости.

В праве ЕС это задание решается с помощью разных концепций, важнейшими среди которых являются отсутствие у законов обратной силы (*non-retroactivity*), признанные права (*vested rights*) и законные (правомерные) ожидания (*legitimate expectations*).

В свою очередь принцип законных ожиданий означает, что правовые меры ЕС не должны вводить в заблуждение лицо, уверенное, что достигнет определенного результата, если будет действовать в соответствии с правовыми нормами. Тем не менее принцип законных ожиданий ограничен критериями целесообразности (право защищает ожидания только рациональных и предусмотрительных лиц) и законности (ожидания должны иметь законный характер);

4) принцип общего запрета произвола, предполагающий, что меры, принимаемые субъектами властных полномочий, должны иметь юридическое основание, содержать разумное обоснование, осуществляться с соблюдением прав человека и принципа верховенства права и должны подлежать соответствующему контролю;

5) принцип защиты (уважения) основных прав. Основные права человека, бесспорно, являются неотъемлемой частью правового порядка ЕС. Гарантируя эти права, ЕС обязан руководствоваться общими для стран ЕС конституционными традициями и поэтому не может поощрять меры, несовместимые с фундаментальными правами, которые признаются и защищаются конституциями государств — членов ЕС. Соответствующие международные договоры о защите прав человека также могут служить ориентирами, которых необходимо придерживаться в рамках права ЕС;

6) право на защиту, предусматривающее, в частности, что каждый человек, чьи права и свободы были нарушены, имеет право на эффективное средство правовой защиты в суде; каждый человек имеет право на справедливое, публичное и своевременное разбирательство его дела независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона; кроме того, каждый человек может прибегнуть к помощи адвоката, защитника и назначить своего представителя¹.

По нашему мнению, большинство из этих принципов уже рассматриваются или могут рассматриваться как общие принципы украинского права. Признание этих общих принципов в качестве формальных источников отечественного права должно происходить в процессе постоянной коммуникации между судьями, сообществом юристов и общественностью. Иными словами, судебные решения, которые основываются на общих принципах права, должны быть одобрены юристами-практиками, юридической наукой и должны получить общественное признание. Учитывая современное состояние украинской правовой системы, можно предположить, что данный процесс не будет легким и быстрым.

ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ МАТЕРИАЛЫ

1. *Байтин М. И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). — Изд. 2-е, доп. — М., 2005.
2. *Скурко Е. В.* Принципы права в современном нормативном правопонимании. — М., 2008.
3. *Общая теория государства и права / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатюк, В. А. Кучинский*; под общ. ред. В. А. Кучинского. — 2-е изд., доп. — Минск, 2004.
4. *Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева.* — М., 1999.
5. *Загальна теорія держави і права / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.*; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х., 2009.

¹ Характеристику общих принципов права ЕС см.: [25, 184–185; 26, 59–417; 35].

6. Малько А. В., Струсь К. А. Принципы права как важнейшая составляющая правовых основ развития общества // Принципы российского права : общетеоретический и отраслевой аспекты ; под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — Саратов, 2010.
7. Колодій А. М. Принципи права : генеза, поняття, класифікація, місце і роль у правовій системі України // Правова система України : історія, стан та перспективи : у 5 т. — Х., 2008. — Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина.
8. Цыбулевская О. И. Принципы права : нравственное измерение // Принципы российского права : общетеоретический и отраслевой аспекты / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — Саратов, 2010.
9. Барзилова Ю. В. Принцип единства прав и обязанностей // Принципы российского права : общетеоретический и отраслевой аспекты / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — Саратов, 2010.
10. Толстик В. А. Иерархия российского и международного права. — М., 2001.
11. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II
12. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1920.12.16_statute.htm#_Toc160729737
13. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://avalon.law.yale.edu/20th_century/pacific.asp
14. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/hague/hague11b.html>
15. Куок Динь Неуен, Дайе П., Пелле А. Международное публичное право : в 2 т. / пер. с фр. — К., 2000. — Т. 1 : Кн. 1 : Формирование международного права ; Кн. 2 : Международное сообщество.
16. Корецкий В. М. «Общие принципы права» в международном праве // Академічна юридична думка / уклад. : І. Б. Усенко, Т. І. Бондарчук ; за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. — К., 1998.
17. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейхерстом / пер. з англ. — Х., 2000.
18. Shaw M. N. International Law. — 6th ed. — Cambridge University Press, 2008.
19. Международное право / Вольфганг Граф Витцум и др. ; пер. с нем. — М., 2011.
20. Aust A. Handbook of International Law. — Cambridge University Press, 2005.
21. Тускоз Ж. Міжнародне право / пер. з фр. — К., 1998.
22. Буткевич В. Г., Мисик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії / за ред. В. Г. Буткевича. — К., 2002.
23. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://untreaty.un.org/cod/ICJsummaries/documents/russian/177_r.pdf
24. Official Journal of the European Union. — С 083, 30.3.2010.
25. Гердерген М. Європейське право / пер. з нім. — К., 2008.
26. Tridimas T. The General Principles of EU Law. — 2nd ed. — Oxford University Press, 2007.
27. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // Офіційний вісник України. — 2006. — № 32. — Ст. 2371.
28. Альбрехт П.-А. Забута свобода : принципи кримінального права в європейській дискусії про безпеку / пер. з нім.. — О., 2006.
29. Bell J., Boyron S., Whittaker S. Principles of French law. — Oxford University Press, 1998.
30. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. — М., 1996.
31. Леже Р. Великие правовые системы современности : сравнительно-правовой подход / пер. с фр. — М., 2009.
32. Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначеності конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 1 (20).
33. Шевчук С. Судова правотворчість : світовий досвід і перспективи в Україні. — К., 2007.
34. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. — М., 2000.
35. Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества / пер. с англ. — М., 1998.
36. Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия : защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. — М., 2005.
37. Циппеліус Р. Юридична методологія / пер. з нім. — К, 2004.
38. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22.09.2005 р. // Офіційний вісник України. — 2005. — № 39. — Ст. 2490.
39. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29.06.2010 р. // Офіційний вісник України. — 2010. — № 52. — Ст. 1746.

40. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) від 22.12.2010 р.* // Офіційний вісник України. — 2010. — № 101. — Ст. 3639.
41. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 р.* // Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.
42. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» (справа про податкову заставу) від 24.03.2005 р.* // Офіційний вісник України. — 2005. — № 13. — Ст. 674.
43. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 70 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 10, пункту 3 частини другої, частин п'ятої, шостої статті 11, статті 15, частини першої статті 17, статті 24, пункту 3 розділу VI «Заключні положення» Закону України «Про політичні партії в Україні» (справа про утворення політичних партій в Україні) від 12.06.2007 р.* // Офіційний вісник України. — 2007. — № 54. — Ст. 2183.
44. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Кіровоградобленерго» про офіційне тлумачення положень частини восьмої статті 5 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (справа щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності) від 20.06.2007 р.* // Офіційний вісник України. — 2007. — № 48. — Ст. 1991.
45. *Міжнародне право* / за ред. М. В. Буроменського. — К., 2005.
46. *Бьдлински Ф.* Основные положения учения о юридическом методе. Часть вторая // Вестник гражданского права. — 2006. — № 2. — Т. 6.
47. *Земскова П. Е.* Общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, в международном праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — М., 2010.
48. *Оппенгейм Л.* Международное право [Электронный ресурс] : Т. 1 : Полут. 1 ; пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом. — М., 1948. — Режим доступа : http://www.pravo.vuzlib.net/book_z856_page_6.html
49. *Рабинович П. М.* Основы загалної теорії права та держави. — 10-те вид., доп. — Львів, 2008.
50. *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М., 2002.
51. *Cheng B.* General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. — Cambridge University Press, 1994.

Погребняк С. П. Общие принципы права в контексте совершенствования современной национальной правовой системы

Аннотация. В статье исследована природа общих принципов права, переосмыслен постсоветский подход к формированию принципов на основе международного и зарубежного опыта.

Ключевые слова: право, принципы права, источники права, естественное право, позитивное право.

Pohrebniak S. General Principles of Law in the Context of Improving the Contemporary National Legal System

Annotation. In the paper the nature of general principles of law is studied, the post-Soviet approach to the formation of the principles on the basis of international and foreign experience is rethought.

Key words: law, principles of law, sources of law, natural law, positive law.