ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК

THE INSTITUTE OF STATE AND LAW
RUSSIAN ACADEMY OF SCIENCES

ТРУДЫ ИНСТИТУТА ГОСУДАРСТВА И ПРАВА РАН

2019. Том 14. № 2

PROCEEDINGS OF THE INSTITUTE OF STATE AND LAW OF THE RAS

2019. Volume 14. No. 2

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2

Москва

«Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS» — мультиязычное научное периодическое издание, где публикуются результаты фундаментальных теоретических и прикладных исследований в сфере государства и права. Издается с 2006 г.
Выходит шесть раз в год.
Материалы публикуются на русском, английском, французском, немецком, испанском и итальянском языках.
Журнал зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Свидетельство о регистрации средства массовой информации ПИ № ФС77-70200 от 21 июня 2017 г.). Включен в каталог агентств «Роспечать» и «Урал-пресс» (подписной индекс — 86119).

Входит в перечень рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук по направлению «Юриспруденция».
Включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ).
Размещен в *E-library*, *Cyberleninka*, СПС «ГАРАНТ», *WorldCat*.

Адрес редакции:

119019, Москва, ул. Знаменка, д. 10
Тел.: +7 (495) 691-13-09

E-mail: trudy@igpran.ru
Сайт: http://igpran.ru/trudy
DOI: 10.35427/2073-4522

Тираж: 300 экземпляров. Заказ №

Отпечатано в ООО «Амирит»
410004, г. Саратов, ул. им. Чернышевского Н.Г., д. 88

Корректор: *О.В. Мехоношина*
Компьютерная верстка: *А.П. Савастеева*

"Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS" — a multilingual academic periodical for the coverage of the results of fundamental and applied enquiries in the field of State and law.
The Journal launched by the Institute in 2006 is published bimonthly (six times a year).
Manuscripts are accepted in Russian, English, German, French, Spanish or Italian.
The Journal has been registered as a mass media (registration certificate No. ФС77-70200 of 21 June 2017). It is included into the Press of Russia Agency Catalogue "Newspapers. Magazines", subscription index — 86119. It is also available through the East View Information Services and "Ural-Press" Agency.

The Journal is recommended by the Ministry of Education and Science of the Russian Federation for publication of scientific results of doctorate dissertations. It is indexed/abstracted in Russian Science Citation Index (RSCI), Scientific Electronic Library, Cyberleninka, Legal Information System "Garant", WorldCat.

Address of the Editorial Board:

10, Znamenka str., Moscow 119019,
Russian Federation
Phone: +7 (495) 691-13-09

E-mail: trudy@igpran.ru
Web: http://igpran.ru/en/proceedings.php
DOI: 10.35427/2073-4522

Circulation: 300 copies. Order No.

Published by LLC "Amirit"
88, N.G. Chernyshevskogo str., Saratov 410004, Russian Federation

Printers proof reader: *Ol'ga V. Mehonoshina*
Desktop publisher: *Anna P. Savasteeva*

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Савенков Александр Николаевич
(главный редактор)
Институт государства и права РАН
(Москва, Российская Федерация)

Васильева Татьяна Андреевна
(заместитель главного редактора)
Институт государства и права РАН
(Москва, Российская Федерация)

Варламова Наталия Владимировна
(ответственный секретарь)
Институт государства и права РАН
(Москва, Российская Федерация)

Антокольская Мария
Амстердамский свободный
университет
(Амстердам, Нидерланды)

Антонов Михаил Валерьевич
Национальный исследовательский
университет Высшая школа экономики
в Санкт-Петербурге
(Санкт-Петербург,
Российская Федерация)

Бауринг Билл
Биркбек-колледж,
Лондонский университет
(Лондон, Великобритания)

Видра Дорис
Университет им. Париса Лодрона
(Зальцбург, Австрия)

Грачева Елена Юрьевна
Московский государственный
юридический университет
имени О.Е. Кутафина
(Москва, Российская Федерация)

Дождев Дмитрий Вадимович
Московская высшая школа
социальных и экономических наук
(Москва, Российская Федерация)

EDITORIAL BOARD

Alexander N. Savenkov
(Editor-in-Chief)
Institute of State and Law,
Russian Academy of Sciences
(Moscow, Russian Federation)

Tatiana A. Vasilieva
(Deputy Editor-in-Chief)
Institute of State and Law,
Russian Academy of Sciences
(Moscow, Russian Federation)

Natalia V. Varlamova
(Executive Secretary)
Institute of State and Law,
Russian Academy of Sciences
(Moscow, Russian Federation)

Masha V. Antokolskaia
VU University Amsterdam
(Amsterdam, the Netherlands)

Mikhail V. Antonov
Higher School of Economics
National Research University,
Campus in Saint Petersburg
(Saint Petersburg, Russian Federation)

Bill Bowring
School of Law,
Birkbeck, University of London
(London, United Kingdom)

Doris Wydra
University of Salzburg
(Salzburg, Austria)

Elena Yu. Gracheva
Kutafin Moscow State Law University
(Moscow, Russian Federation)

Dmitry V. Dozhdev
Moscow School of Social
and Economic Sciences
(Moscow, Russian Federation)

Кленова Татьяна Владимировна
Самарский национальный исследовательский университет им. академика С.П. Королева
(Самара, Российская Федерация)

Tatyana V. Klenova
Korolev Samara National Research University
(Samara, Russian Federation)

Мелкевик Бьярн
Университет Лаваля
(Квебек, Канада)

Bjarne Melkevik
University of Laval
(Quebec, Canada)

Полубинская Светлана Вениаминовна
Институт государства и права РАН
(Москва, Российская Федерация)

Svetlana V. Polubinskaya
Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences
(Moscow, Russian Federation)

Саликов Марат Сабирьянович
Уральский государственный юридический университет
(Екатеринбург, Российская Федерация)

Marat S. Salikov
Ural State Law University
(Yekaterinburg, Russian Federation)

Соболева Анита Карловна
Национальный исследовательский университет Высшая школа экономики
(Москва, Российская Федерация)

Anita K. Soboleva
Higher School of Economics National Research University
(Moscow, Russian Federation)

Солан Лоуренс
Бруклинская школа права
(Бруклин, США)

Lawrence Solan
Brooklyn Law School
(Brooklyn, USA)

Трунк Александр
Кильский университет им. Христиана Альбрехта
(Киль, Германия)

Alexander Trunk
Kiel University
(Kiel, Germany)

Тимошина Елена Владимировна
Санкт-Петербургский государственный университет
(Санкт-Петербург, Российская Федерация)

Elena V. Timoshina
Saint Petersburg State University
(Saint Petersburg, Russian Federation)

Фиттипальди Эдоардо
Миланский государственный университет
(Милан, Италия)

Edoardo Fittipaldi
State University of Milan
(Milan, Italy)

Ширвиндт Андрей Михайлович
МГУ им. М.В. Ломоносова
(Москва, Российская Федерация)

Andrey M. Shirvindt
Lomonosov Moscow State University
(Moscow, Russian Federation)

СОДЕРЖАНИЕ

ФИЛОСОФИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВА

Лукашева Е.А.

Нормативность как феномен культуры: происхождение и значение 9

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЕВРОПЕЙСКОЙ ИНТЕГРАЦИИ

Васильева Т.А.

Суд ЕС и конституционные суды государств — членов Европейского союза в поисках конституционной идентичности 32

Сорокина Е.А.

Преюдициальная процедура как инструмент сотрудничества между Судом ЕС и конституционными судами государств — членов Союза 59

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Rossa E.

Die UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland 87

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ

Лалетина А.С., Косякин И.А.

Срок полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества 114

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ И АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ

Овчарова Е.В.

Административная процедура налогового контроля в механизме правового регулирования 137

ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА

Антопольский А.А.

Права человека и Интернет:
практика Европейского суда по правам человека 159

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОСУДИЯ И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Викторова Э.Ю.

Теория выявления намерения законодателя
в толковании права в Англии и США 186

КРИТИКА И БИБЛИОГРАФИЯ

Беляев М.А.

Дискурсивная этика и примирительные процедуры.
Рецензия на монографию: Pasetti M. Gerechtigkeit durch
Mediation. Mediation als praktischer Diskurs zur Herstellung
intersubjektiver Gerechtigkeit. Frankfurt am Oder:
Wolfgang Metzner Verlag, 2017. 110 ss. 207

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Некрасов С.И

Научная этика не должна нарушаться 226

TABLE OF CONTENTS

PHILOSOPHY AND METHODOLOGY OF LAW

Elena A. Lukasheva

Normativity as a Phenomenon of Culture: Origin and Meaning 9

LEGAL ISSUES OF EUROPEAN INTEGRATION

Tatiana A. Vasilieva

The Court of Justice of the EU and Constitutional Courts of EU Member States in Search of Constitutional Identity 32

Elena A. Sorokina

Preliminary Ruling Procedure as a Tool of Cooperation between the Court of Justice of the EU and National Constitutional Courts 59

INTERNATIONAL STANDARDS AND FOREIGN EXPERTISE

Elisabeth Rossa

Implementation of the Convention on the Rights of the Child in Germany 87

LEGAL BASIS OF CORPORATE MANAGEMENT

Alla S. Laletina and Igor A. Kosyakin

Term of Office of a Sole Executive Body in a Joint-Stock Company 114

ADMINISTRATIVE JUSTICE AND ADMINISTRATIVE PROCEDURES

Elena V. Ovcharova

Administrative Procedure for Tax Control in the Legal Regulation Mechanism 137

HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS

Anton A. Antopolsky

Human Rights and Internet: Case-Law of the European Court of Human Rights 159

PROBLEMS OF JUSTICE AND COURT PRACTICE

Eleonora Yu. Viktorova

The Legislative Intent Theory in Statutory Interpretation in England and the United States 186

CRITIQUE AND BIBLIOGRAPHY

Maxim A. Belyaev

Discursive Ethics and Mediation Techniques. Review: Pasetti, M. (2017). Gerechtigkeit durch Mediation. Mediation als praktischer Diskurs zur Herstellung intersubjektiver Gerechtigkeit. Frankfurt am Oder: Wolfgang Metzner Verlag. 110 pp. 207

ACADEMIC LIFE

Sergei I. Nekrasov

Scientific Ethics Must Not Be Impaired 226

ФИЛОСОФИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВА

ЕЛЕНА АНДРЕЕВНА ЛУКАШЕВА

Институт государства и права Российской академии наук
119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, д. 10
E-mail: lukasheva.elena.andreevna@gmail.com
SPIN-код: 2957-3056
ORCID: 0000-0001-6975-0668

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-lukasheva

НОРМАТИВНОСТЬ КАК ФЕНОМЕН КУЛЬТУРЫ: ПРОИСХОЖДЕНИЕ И ЗНАЧЕНИЕ

Аннотация. Современные исследования культуры стремятся преодолеть противоположность природного и символического начал. Это становится возможным благодаря широкому использованию данных естественных наук относительно человеческого мышления и поведения. Весомый вклад в познание вносят исследователи, работающие в области психологии, нейрофизиологии и т.д. Информация о строении головного мозга используется для уточнения и обоснования выводов о социальной реальности, ее сущностных свойствах.

Системный анализ культуры позволяет выделить в качестве обособленной ее нормативную подсистему, происхождение и развитие которой также может исследоваться с помощью естественно-научной методологии. Логика изучения нормативности предполагает определение ее изначальной, недифференцированной формы и движущих сил, обусловивших расщепление данной формы на множество взаимосвязанных, но различных модификаций.

Общеизвестная сегодня противоположность морали и права существовала далеко не всегда, это же можно сказать и об обособленном существовании религиозных предписаний. Изначально нормы поведения складывались, с одной стороны, в результате многократного повторения коллективно одобряемых образцов поведения, с другой — в связи с эффективностью данных норм с точки зрения выживания локального сообщества. Первобытные люди руководствовались правилами, о содержании которых мы сегодня имеем лишь косвенные свидетельства, запечатленные в мифологии. Миф — форма мысли, не знающая дихотомических делений (объект и субъект, естественное и искусственное, причина и следствие, первичное и вторичное). Тот факт, что мифологичность присуща общественному сознанию и сегодня, позволяет считать, что между первобытным и современным состоянием нормативности не существует резкого качественного разрыва.

Ключевые слова: культура, нормативность, право, религия, мифология, природа человека, диалектика биологического и социального

ELENA A. LUKASHEVA

Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences
10, Znamenka str., Moscow 119019, Russian Federation
E-mail: lukasheva.elena.andreevna@gmail.com
ORCID: 0000-0001-6975-0668

NORMATIVITY AS A PHENOMENON OF CULTURE: ORIGIN AND MEANING

Abstract. The contemporary studies of the culture seek to overcome the contrast between the natural and symbolic origins. It becomes possible due to a wide application of the data of natural sciences in respect of human mentality and behavior. A major effect to contribute significantly is made by the researchers operating in the domain of psychology, neurophysiology etc. The information on the cerebral structure is used to refine and substantiate the findings on social reality and its essential properties. The systematic analysis of the culture enables to highlight as a separate one its normative subsystem, the origin and development of which can be also investigated using natural sciences methodology.

The logic of studying normativity assumes definition of its primordial, non-differentiated form and driving forces which conditioned fragmentation of the given form into a multiple of interrelated, however various modifications.

A well-known for today contrast between moral and law not always did exist; the same can be stated about a separate existence of religious prescriptions. Initially the standards of behavior were established, on the one part, as a result of multiple repetitions of the collectively approved behavioral patterns, on the other part — due to the efficiency of the given standards from the perspective of survival of the local community. The primitive people were guided by the rules, of which we, in today's context, have only indirect evidences capture in mythology. A myth is a form of thought not knowing dichotomous divisions (object and subject, natural and artificial, cause and effect, primary and secondary). The fact that mythology is intrinsic of public consciousness enables nowadays to consider that there is no any dramatic quality gap between primordial and contemporary state of normativity.

Keywords: culture, normativity, law, religion, mythology, human nature, dialectics of social and biological

1. Введение

Проблемы культуры, ее эволюции, содержания составляющих ее элементов — религии, права, нравственности, политики, науки, искусства, обычаев, традиций, мифов и верований, взаимодействия социокультурных норм и институтов традиционного являются общими для различных гуманитарных наук.

Растет число междисциплинарных исследований. Их участники пытаются построить модели социокультурных процессов, используя данные физиологии, нейробиологии, генетики, т.е. наук о мозге, его психической деятельности, строении, организующих общий поток мыслительного процесса. Это способствует углублению знания о нормативных структурах как важной стержневой опоре культуры, пониманию особенностей зарождения этой системы на самых ранних стадиях человеческого общества, ее способности передавать информацию, опыт, образцы поведения от поколения к поколению.

Понятие культуры как универсальной системы общественных отношений, структурированных нормами и институтами, открытия в генетике, нейробиологии и теории эволюции, а также эволюционной психологии позволяют создать единую интегративную теорию природы человека, его поведения.

По мнению ряда ученых, соединение социального и культурного уровней анализа с психологическим и биологическим может открыть путь к «захватывающим дух» открытиям, которые не могли бы состояться в рамках отдельных дисциплин.

2. Культура как объект исследования: системный взгляд

Как отмечается в литературе, «культура уже пополнила собой и без того немалый список безразмерно-абстрактных в своем содержании терминов типа *развитие*, *контекст*, *структура*, *картина мира* и др. Все примерно понимают, о чем идет речь в каждом конкретном случае, но первичная содержательная основа всякий раз ускользает»[1]. Определение этой основы и составляет предмет усилий современных авторов[2].

---

[1] *Пелипенко А.А.*, *Яковенко И.Г.* Культура как система. М., 1998. С. 7.

[2] См., например: *Bachmann-Medick D.* Cultural Turns. Neuorientierungen in den Kulturwissenschaften. Reinbeck bei Hamburg, 2006; *Böhme H.*, *Matussek P.*, *Müller P.* Orientierung Kulturwissenschaft: Was sie kann, was sie will. Reinbeck bei Hamburg, 2000.

Сколько бы ни было определений у понятия «культура», употребляемых в современной научной и публицистической литературе[3], изначальное его значение остается системообразующим. Как известно, появление этого термина относится ко времени Древнего Рима, и его этимология восходит к латинскому слову *cultura* (возделывание, обрабатывание, уход, развитие, воспитание, образование, почитание), которое первоначально употреблялось для обозначения изменений в сельском хозяйстве[4]. Об исходном смысле этого понятия пишет и русский ученый-правовед Г.К. Гинс: «"Возделывание", обработка каких-либо объектов, которое позволяют добиться более высоких результатов в любой сфере, когда люди сознательно стремятся к совершенствованию среды их обитания — материальной, социальной, нравственной, духовной, правовой, художественной»[5].

Широкий подход к пониманию культуры разделяют не только антропологи (для которых это вполне естественно), но и психологи — С. Пинкер, Д. Майерс и др. Так, С. Пинкер понимает под культурой «совокупность социально транслируемых паттернов поведения, убеждений, обычаев, искусства и других продуктов человеческого труда и мысли»[6]. Подчеркивая неразрывную связь биологии и культуры, он справедливо критикует теории, отделяющие материю от разума, материальное от духовного, физическое от психического, природу от общества, естественные науки от общественных.

Культура исследуется практически всеми общественными науками, но для юристов первостепенный интерес представляет нормативно-институциональная основа культуры, возникшая на ранних этапах развития человечества и сформировавшаяся в процессе исторического развития в сложную социокультурную систему ценностей, предписаний, символов, традиций, верований.

---

[3] Первое определение культуры дал английский этнограф Э. Тайлор (1832–1917). Как отмечают современные американские культурологи А. Крёбер и К. Клаксон в совместном исследовании, наблюдается огромный и все возрастающий интерес к этому понятию. Так, по их подсчетам, если с 1871 г. по 1919 г. было дано семь определений культуры, то с 1920 г. по 1950 г. их число возросло до 150. Сейчас количество определений измеряется уже четырехзначными числами. Подробнее см.: *Гуревич П.С.* Культурология. М., 2005. С. 31–32.

[4] Подробное изложение многочисленных определений понятия «культура» содержится в монографии А.Н. Чумакова. См.: *Чумаков А.Н.* Метафизика глобализации. Культурно-цивилизационный контекст. М., 2006. С. 95–105.

[5] *Гинс Г.К.* Право и культура. М., 2012. С. 35–36.

[6] *Пинкер С.* Чистый лист. Природа человека. Кто и почему отказывается признать ее сегодня / Пер. с англ. Г. Бородиной. М., 2018. С. 43.

В современном понимании культура — это явление многослойное и вместе с тем целостное. С учетом этого культуру можно определить как нормативно-институционально структурированную, многоэлементную, целостную суперсистему, охватывающую все сферы общественных отношений, воздействующую на их развитие, целями которой являются преодоление хаоса и неопределенности, установление порядка, интеграция, сохранение образца, норматива, института, передача стандартов и ценностей последующим поколениям.

В своей целостности и многослойности культура включает следующие элементы (подсистемы):

- социокультурная система как системообразующий фактор (нормы, институты, ценности);
- интериоризация этих норм, институтов, ценностей, внутреннее согласие индивида, коллектива, общности с их необходимостью для упорядочения взаимодействия людей;
- деятельность, поведение людей, основанные на этих нормах и ценностях;
- результаты многообразных видов этой деятельности (духовные и материальные).

3. Человеческое поведение как подсистема культуры: парадигмы описания

Длительный период времени основным источником знаний о человеке была религия. Она явилась начальным элементом зарождающейся человеческой культуры, обладавшим способностью «предписывать людям определенные правила поведения, исходящие от сверхъестественного авторитета либо санкционированные им»[7]. Религия — первичный и неизменно сохраняющийся регулятор поведения человека в любой культуре, упорядочивающий общественные отношения, приближающий земное бытие человека к Божественной норме, религиозному правилу.

В европейской культуре религия доминировала вплоть до XIV в. В этот период в Западной Европе возникло интеллектуальное движение, цель которого заключалась в отделении разума от веры, освобождении воли от влияния церкви, изучения мира от теологии. Религиозный постулат, согласно которому разум и воля человека должны стремиться к соответствию божественному замыслу, встречает проти-

[7] *Фрейд З.* Введение в психоанализ. Лекции / Пер. с нем. Г.В. Барышниковой. М., 1989. С. 401–402.

водействие рационального мышления. Однако в этот период не произошло разрыва религии и науки, хотя тенденция к этому обозначилась.

Отделение науки от религии открыло простор для множества новых теорий о природе человека и его деятельности. Эти теории углублялись и усложнялись соответственно прогрессу познания, изменению социальных связей и возникновению новых идей в периоды Возрождения, Реформации, Просвещения. Прогресс социальной мысли был, конечно, не повсеместным. В традиционных обществах понятия о природе человека оставались неизменными, соответствующими религиозным и нравственным учениям и культурам различных стран и цивилизаций. В техногенных культурах они наполнялись новым смыслом в связи с развитием науки.

Однако, по мнению американского социального психолога Д. Майерса, «на протяжении всей истории человечества социальное поведение человечества научно изучалось лишь в течение одного века, того самого, который завершился. Если принять во внимание, что мы находимся лишь в самом начале пути, можно сказать, что достигнутые результаты делают нам честь»[8].

Если проанализировать историю науки от эпохи Просвещения до наших дней, то можно назвать несколько обстоятельств, обусловивших успехи в познании природы человека и его поведения.

(1) Все гуманитарные науки независимо от предмета исследования — это науки о человеке, его поведении, условиях и механизмах, детерминирующих определенный вид поведения. Каждая из наук — антропология, социология, правоведение, политология, этика, психология — изучает своеобразие поведения человека во взаимодействии с окружающей средой, в единой системе общественных отношений. Каждая из наук определяет специфику соответствующего социального регулятора как способа воздействия на сознание и поведение людей. По мере развития общественных наук становится все более ясным усиление взаимодействия и взаимосвязи права, нравственности, политики, религии, традиций, обычаев в процессе регулирования. Такое взаимодействие выражается во взаимной поддержке и взаимодополнении норм различного вида, усиливающих эффективность социальной регуляции. На этой основе сформировалось понятие единой универсальной социокультурной системы как элемента культуры — отличи-

[8] *Майерс Д.* Социальная психология / Пер. с англ. З.С. Замчук. 7-е изд. СПб., 2018. С. 8.

тельного признака человеческой природы, «инструмента для жизни», для формирования человека как социального существа.

(2) Открытия в генетике, нейробиологии и теории эволюции позволили создать науку о разуме, изучающую природу человека, преодолеть разрыв между его физическими особенностями, с одной стороны, и смыслом, содержанием, идеями, причинами и намерениями — с другой, уравнять мир идей с миром материи. Эти вопросы широко исследуются в литературе[9].

Всесторонний и глубокий анализ связей культуры и биологии, противостояния позиций относительно природы человека, наследственности, индивидуального и коллективного сознания и др. содержится, в частности, в работе С. Пинкера[10], который вводит читателя в сложный мир разума, психической деятельности мозга, его строения, способности принимать информацию и перерабатывать ее, устанавливать обратную связь. Разум — это сложная система, состоящая из множества взаимодействующих частей, совместно организующих общий мыслительный процесс или целенаправленное действие.

Концепция человеческой природы важна не только для естественных, но и для гуманитарных наук. Современная правовая наука также не осталась в стороне от исследования этих проблем. Культура, охватывающая все сферы общественных отношений, в ее нормативном выражении — это та социальная среда жизни человека, которая неотделима от нейробиологических процессов, и такое направление исследований перспективно. Общий мыслительный процесс, организующий целенаправленное поведение человека, раскрывается в единстве физического, психического и социального. Право как элемент культуры никогда не оказывает влияния на поведение человека вне связи с другими ее элементами; сознательно или подсознательно человек испытывает воздействие религии, морали, культуры, традиций.

(3) Взаимосвязь биологического и символического в человеке выступает также предметом интереса эволюционной психологии. Это наука об истории и адаптивной функции разума. «...История и культура опираются на психологию, которая в свою очередь основывается на информатике, нейронауках, генетике и эволюции»[11]. Каждый аспект нашей интеллектуальной жизни зависит от психических

---

[9] См., например: *Gasparov I.* Substance Dualism and the Unity of Consciousness // Forum Philosophicum. 2013. Vol. 18. No. 1. P. 109–123.

[10] См.: *Пинкер С.* Указ. соч. С. 48.

[11] *Пинкер С.* Указ. соч. С. 95.

процессов в тканях мозга. Психическое осознание и отношение к социокультурным процессам является их двигателем, способствующим интериоризации нормативов и стандартов на различных исторических этапах развития общества.

Включение в исследование всех элементов, определяющих поведение человека, позволяет создать интегративную теорию природы человека и культуры. Разумеется, такая теория возможна при условии объединения усилий биологов, эволюционистов, с одной стороны, и психологов и представителей других гуманитарных наук — с другой. «Именно так строится мост между биологией и культурой»[12]. Великие деятели наук о человеческой природе лингвист Н. Хомский, специалист по вычислительной нейронауке Д. Марр и этолог Н. Тикберген независимо друг от друга пришли к убеждению, что психическую жизнь человека можно познать, если рассматривать ее на нескольких уровнях анализа, а не только на низшем (биологическом)[13].

Взаимообогащение знаний в результате научного сотрудничества специалистов в области социальных и естественных наук способствует раскрытию загадок человеческого поведения (индивидуального, коллективного), пониманию причины устойчивости одних сообществ и нестабильности других, различий цивилизационных культур.

Таким образом, изучение человеческой природы прошло долгий путь от всецело сакральных представлений до сложного комплекса естественно-научных и гуманитарных концепций, пока еще не сложившихся в единую систему.

4. Истоки нормативности

Единство всех элементов культуры — непременное свойство, определяющее ее как целостное явление, которому не противоречит структурная обособленность отдельных подсистем культуры. Трудно согласиться с утверждениями некоторых ученых, что культура как целостное явление содержит лишь те нормы, которые легитимированы общественным согласием[14]. Культура, несмотря на целостность, содержит немало противоречивых нормативов, однако системное единство культуры остается ее постоянным свойством.

---

[12] *Пинкер С.* Указ. соч. С. 95.

[13] См.: там же.

[14] См.: *Amariglio J.L.*, *Resnick S.A.*, *Wolff R.D.* Class, Power, and Culture // Marxism and the Interpretation of Culture / Ed. by C. Nelson, L. Grossberg. Urbana, 1988. P. 487–502.

Нельзя признать обоснованным мнение немецкого философа Э. Кассирера, утверждающего, что универсум культуры целостен, но мы не можем определить и объяснить это единство ни в терминах метафизики, ни руководствуясь методами натуралистического или фаталистического понимания истории. Это единство выступает у Э. Кассирера как «идея и идеал, его должно творить, и в этом творчестве заключается самый сокровенный смысл культуры и ее нравственная ценность»[15]. Испанский философ Х. Ортега-и-Гассет разделяет это положение: «Универсум сам по себе, по своей структуре, непроницаем для мысли, ибо иррационален»[16].

У академика Д.С. Лихачева иная позиция. Он рассматривает культуру как некое органически целостное явление, как особого рода среду, в которой существуют свои общие для разных аспектов культуры тенденции, законы притяжения и отталкивания[17].

Рассматривая культуру как исторический процесс, в котором различные социокультурные ценности, нормы и институты сменяют друг друга, следует обратить внимание на следующие вопросы: какие причины определили возникновение нормативов первобытного общества; каким образом они развивались и утверждались? Анализ этих процессов позволит раскрыть неразрывную связь биологических факторов и культуры. «Биология и культура существуют не изолированно друг от друга, ибо культура работает с тем материалом, который предоставлен ей биологией, — пишет Д. Майерс. — Биологические и культурологические трактовки не антиподы. Они взаимодействуют друг с другом»[18]. Принимая эту установку, следует исходить из того, что природа человека наделяет его способностью к изучению, адаптации, социализации, усвоению опыта. В самой природе человека скрыта потенциальная способность к созиданию всего многообразия социокультурных форм. Но как именно организована эта способность, за счет каких биологических механизмов она поддерживается — на эти вопросы окончательных ответов сегодня нет.

---

[15] *Кассирер Э.* Лекции по философии и культуре / Пер. с англ. И.А. Лейтес, Е.А. Жуковой // Культурология XX в. Антология / Сост. С.Я. Левит. М., 1995. С. 139–140.

[16] *Ортега-и-Гассет Х.* Что такое философия? / Пер. с исп. Н.Г. Кротовской, В.С. Кулагиной-Ярцевой. СПб., 1991. С. 86.

[17] См.: *Лихачев Д.С.* Избранные труды по русской и мировой культуре. СПб., 2006. С. 350.

[18] *Майерс Д.* Указ. соч. С. 237–238.

Культура — это «не какая-то субстанция, проникающая в человека сквозь кожу». Она опирается на нейронные связи, обеспечивающие нас даром, который мы называем способностью к обучению. Эти связи не превращают нас в слепых подражателей, они должны работать удивительно тонко, чтобы сделать передачу культуры возможной[19].

Известные нам концепции по-разному объясняют происхождение феномена нормативности. Ведущее место занимают теории, в которых биологическое начало человека предпослано культурному. Тут могут быть варианты: одни авторы считают, что социальные правила являются органическим продолжением инстинктов, другие — что они выступают отрицанием животного начала[20]. Концепция, согласно которой социальные нормы компенсируют несовершенство биологической организации человека, также является натуралистической по своему духу, но и она не объясняет многого.

Известный немецкий мыслитель А. Гелен полагает, что навыки социального поведения происходят из инстинкта взаимности, врожденной склонности человека действовать с учетом интересов другого, и подчеркивает биоантропологическую природу институциональных норм, упорядочивающих жизнедеятельность людей посредством восполнения того, что человек не мог бы сделать в силу ограниченности набора инстинктов[21]. Аналогичную позицию занимает и С. Пинкер: «Такие традиции, как религия, семья, социальные обычаи, сексуальные нравы, политические институты — квинтэссенция проверенных временем техник, позволяющих нам обходить изъяны человеческой природы»[22].

Иной подход характерен для психоаналитической традиции, в рамках которой биологическая слабость человека является основным условием возникновения человеческой культуры[23]. Вместе с тем у Э. Фромма есть положение, противоречащее такой позиции: «Человеческая природа, — пишет он, — не является ни биологической, ни врожденной суммой побуждений, ни безжизненной тенью культурных паттернов, к которым он приспосабливается; она — продукт че-

---

[19] См.: *Пинкер С.* Указ. соч. С. 82.

[20] См.: *Першиц А.И.* Проблемы нормативной этнографии // Исследования по общей этнографии / Отв. ред. Ю.М. Бромлей. М., 1979. С. 215–216; *Думанов А.М.*, *Першиц А.И.* Мононорматика и начальное право // Государство и право. 2000. № 1. С. 98–103.

[21] Рассуждения А. Гелена приводятся по кн.: *Григорян Б.Ю.* Философская антропология: Критический очерк. М., 1982. С. 86–102.

[22] *Пинкер С.* Указ. соч. С. 356.

[23] См.: *Фромм Э.* Бегство от свободы / Пер. с англ. Г.Ф. Швейника. М., 2018. С. 42.

ловеческой эволюции, но также подчиняемая некоторым внутренним механизмам и законам... В процессе динамического приспособления к культуре развивается множество побуждений, мотивирующих действия и чувства индивида»[24]. Понятие «внутренних механизмов и законов» не расшифрованы автором.

Формирование первобытного регулирования как зачатков культуры определяется не только несовершенством человеческой природы, но и опытом, предшествующим переходу к новому состоянию, — зарождающейся социальностью. Исследования отечественных и зарубежных ученых показывают прямую зависимость степени сложности сигнальных систем животных от их образа жизни. Чем более «общественным» является существование вида, тем более развита внутри соответствующей популяции система знаков. Предоставление или передача информации от одной особи к другой оказывается полезным с точки зрения выживания для всех представителей вида, проживающих компактно на данной территории[25]. Соответственно, коммуникабельность наших предков послужила причиной их выживания и развития. Для подтверждения этой гипотезы мы сегодня располагаем некоторыми данными. Как свидетельствуют приматологи, «виды обезьян с наиболее гармоничными показателями группового поведения, т.е. наличием баланса между дружелюбным и агрессивным поведением», характеризуются наиболее сложными и разнообразными социальными взаимоотношениями[26]. Таким образом, «если в арсенале вида имеется та или иная полезная поведенческая модель (которой особи учатся индивидуально в течение жизни), естественный отбор начинает благоприятствовать особям, чьи гены не только не препятствуют полезному поведению, но прямо ему способствуют, причем не обязательно превращать это поведение в инстинкт, достаточно уметь быстро и надежно ему обучаться»[27].

Такие исследования показывают, что переход в новое состояние происходил у предков человека в период, когда уже был накоплен некоторый опыт «социальности», т.е. взаимодействия и взаимоподдержки в групповой среде. Поэтому создание первичных норм — свидетельство возникновения первобытного мышления, зарождения рациональности.

---

[24] См.: *Фромм Э.* Указ. соч. С. 33.

[25] См.: *Бурлак С.А.* К вопросу о происхождении языка // Историческая психология и социология истории. 2011. № 2. С. 96–113.

[26] См.: там же. С. 107.

[27] Там же.

К. Леви-Строс справедливо отмечает, что «требование порядка лежит в основании мышления, называемого нами первобытным, поскольку оно лежит в основании всякого мышления»[28]. Как бы в подтверждение слов великого антрополога Т. Парсонс пишет: «В этом смысле все человеческие сообщества “культурны” и обладание культурой является неотъемлемым критерием человеческого общества»[29].

Зарождение культуры начинается с нормативности как способа установления определенного порядка, причем вначале речь идет о локальных сообществах. Нормы возникают в виде простых запретов и дозволений; элементарных понятий — «можно» и «нельзя». Поиск этих понятий занимает длительный исторический срок, а их простота является кажущейся: за каждым правилом стоит многовековой отбор и выявленная на практике целесообразность.

Эти правила организации общественной жизни образовали своего рода «социокультурный путеводитель», который способствовал выживанию человечества в условиях непостижимых для первобытного человека явлений природы, враждебных племен, страха перед «высшими силами». Нормативность становится универсальным способом организации человеческого общества; она начинается с элементарных норм жизнеустройства, которые в процессе развития обогащались, усложнялись и дифференцировались, распространялись на все более многочисленные общности — вплоть до государств и цивилизаций.

Многие выдающиеся исследователи — К. Леви-Строс, Л. Леви-Брюль, В. Малиновский, К.Г. Доусон, А.Ф. Лосев и др. — приходят к выводу, что в современной культуре существуют элементы, сохранившиеся с первобытных времен. Понятно, что выявление таких элементов затрагивает и историю социальных норм. Как отмечает К. Леви-Строс, «истории было угодно, чтобы именно антропология начала с занятий так называемыми ”дикими” или “первобытными” обществами... Но интерес к этим вопросам постепенно возрастает и у таких дисциплин, как демография, социальная психология, политические науки и право»[30]. В процессе исследования и «диких», и «цивилизованных» обществ обнаруживаются некоторые общие свойства «социальной» жизни[31]. Действительно, в современных обществах со-

---

[28] *Леви-Строс К.* Структурная антропология / Пер. с фр. В.В. Иванова. М., 2011. С. 101.

[29] *Парсонс Т.* Система современных обществ / Пер. с англ. Л.А. Седова, А.Д. Ковалева. М., 1997. С. 13.

[30] *Леви-Строс К.* Структурная антропология. С. 399.

[31] См.: там же.

храняются такие понятия и явления, как: вождь, семья, священные объекты (табу), инициации, праздники с традиционным порядком их проведения, соответствующие украшательства и убранства, песни, танцы, обряды — различные у разных народов. Повсюду мы находим универсальные запреты (например, запрет на кровосмешение) и предписания (различные поведенческие ритуалы).

Нормативность как способ регулирования отношений и взаимосвязей людей — одно из великих социальных открытий человечества, едва вступившего на тропу социальности. К сожалению, гуманитарные науки уделяют недостаточно внимания проблемам нормативности как «несущей конструкции» культуры, что подчас придает несколько абстрактный характер исследованиям. В юридической науке нормативность нередко понимается узко, иногда в определенном контексте она носит негативный оттенок, ассоциируется с позитивизмом.

В действительности нормативность — богатое и многообразное историческое явление, универсальное свойство человеческого бытия, позволяющее обеспечить передачу правил жизни от поколения к поколению. Вместе с тем она динамична, ее содержание меняется. Нормативность характеризует ту или иную культуру. Если исследовать историю различных этносов по характеру нормативных предписаний, то можно получить целостное представление о жизни множества поколений, о прогрессивной или регрессивной динамике их развития.

Первобытное регулирование было калькой первобытного мышления, для которого характерно восприятие человеком себя как части «космоса», т.е. сверхъестественного мира, где он свободно общался с духами, богами, умершими. Поэтому нормативная культура, т.е. требования и предписания норм, распространялись не только на людей, но и на животных, на непостижимый «другой мир». Нерасчлененность, слитность бытия человека определяла нерасчлененность его мышления. Как справедливо отмечает Г.В. Мальцев, «перед нами громадное и многозначительное явление — *синкретизм* (нерасчлененность, слитность и т.д.) первобытнообщинного жизненного уклада, прослеживаемое во всех аспектах и измерениях данного общества»[32]. Но синкретизм мысли вовсе не предполагает, что она лишь пассивно реагирует на внешние раздражители. Мышление всегда было активно и созидательно.

---

[32] *Мальцев Г.В.* Пять лекций о происхождении и ранних формах права и государства. М., 2000. С. 7.

К. Леви-Строс[33] и Б. Малиновский[34] привлекают внимание к особому качеству первобытного мышления — способности к наблюдению и классификации. Близость к природе позволяет глубоко изучать полезные и вредные свойства растений и животных, создавать их классификацию. «Любое классифицирование имеет превосходство над хаосом. Это – этап в направлении к рациональному порядку»[35]. Очевидно, что и нормативные основания бытия со временем подвергались систематизации, что способствовало установлению порядка совместных работ, проведения праздников, брачных обрядов, инициаций, магических действий и т.п.

Видимо, нет смысла спорить о первичности возникновения норм какой-либо одной разновидности. Трудно сказать, что сформировалось раньше — мораль или обычай, религия или мораль и т.д. Исследователи отвечают на этот вопрос, вводя понятие мононормы, т.е. правила, сочетающего в себе первичные признаки всех основных социальных регуляторов[36]. Решение компромиссное, но наименее спорное.

Однако оценивая характер и состояние первобытного мышления, в котором повседневный быт древних людей органично сливался с природным и сверхъестественным, можно предположить, что у них было образно-фантастическое восприятие, соединенное с сознанием своей незащищенности и зависимости от природных стихий, голода, болезней, гнева богов и всех непознаваемых явлений. Поэтому мифы, создаваемые сознательно или подсознательно, были первичным способом фиксации норм. Наряду с мифами функции социального регулирования осуществляли магия, тотемизм, табуирование. Эти социальные регуляторы связывали человека со сверхъестественным миром и обеспечивали беспрекословное подчинение. Следуя мифам и совершая магические действия, которыми человек хотел умилостивить высшие, сверхъестественные силы, он чувствовал себя защищенным от грозных сил природы и космоса. Миф формировал сплоченность первобытного общества, коллективное сознание, которые были определяющими факторами устойчивости первобытного жизнеустройства.

---

[33] См.: *Леви-Строс К.* Неприрученная мысль / Пер. с фр. А.Б. Островского / Леви-Строс К. Тотемизм сегодня. Неприрученная мысль. М., 2008. С. 157.

[34] См.: *Малиновский Б.* Миф в первобытной психологии / Пер. с англ. В.Г. Николаева // Малиновский Б. Избранное. Динамика культуры. М., 2004. С. 292.

[35] *Леви-Строс К.* Неприрученная мысль. С. 166.

[36] См.: *Першиц А.И.*, *Монгайт А.Л.*, *Алексеев В.П.* История первобытного общества. М., 1982. С. 106.

Вместе с тем вопрос о природе мифа был и остается предметом дискуссий. Ряд ученых считают миф порождением фантазии. Так, Л. Леви-Брюль полагает, что миф — это комплекс представлений и чувств, относящихся к сверхъестественному, поскольку первобытное сознание мистифицировало всю окружающую сферу и было безразлично, непроницаемо для опыта[37]. Такой же точки зрения придерживается К.Г. Доусон, который считает, что человек пришел к концепции природного порядка не благодаря способности к рациональному наблюдению и логическому мышлению, а через священные ритуалы — инициации, божественные мистерии[38].

Но есть и противоположная позиция. Б. Малиновский резко критиковал оценки мифа как порождения фантазии, сакрального сказания или хроники событий. Ложную, по его мнению, интерпретацию природы мифа он объясняет «кабинетным» исследованием этого явления культуры. Подлинная сущность мифа может быть постигнута только посредством вживания в ту культуру, в которой мифогенное мышление функционирует в первозданном виде. Б. Малиновский констатирует непосредственное реалистическое содержание мифа. Мифы — это схемы универсального объяснения, ориентирования в мире, одновременно повествования о прошлом, настоящем и будущем[39]. Мифы, говоря словами Ж.-Ф. Лиотара, суть метанарративы[40].

Внимательный анализ функций мифов способствовал более глубокому пониманию мифологии. Б. Малиновский подчеркивал органическое сходство мифологического мышления дикаря и религиозного мышления западного человека (христианина), говоря об одинаковой функциональной нагруженности этих регуляторов[41].

Мифология любого народа обладает развернутым сюжетным содержанием и касается всех важных вопросов: жизни и смерти, верности и предательства, преступления и возмездия, обработки земли и ремесел, кораблевождения и военного искусства и т.д. Нормативность здесь коррелирует с повторяемостью: наиболее ценно то прави-

---

[37] См.: *Леви-Брюль Л.* Сверхъестественное в первобытном мышлении / Пер. с фр. Б. Шаревской. М., 1937. С. 27.

[38] См.: *Доусон К.Г.* Религия и культура / Пер. с англ. К.Я. Кожурина. СПб., 2001. С. 181.

[39] См.: *Малиновский Б.* Указ. соч. С. 291–297.

[40] См.: *Lyotard J.-F.* The Postmodern Condition: A Report on Knowledge. Minneapolis, 1984. P. 18.

[41] См.: *Малиновский Б.* Указ. соч. С. 291–297.

ло поведения, которому следовало наибольшее количество предков. Вот почему все исследователи, имеющие отношение к данной проблематике, всерьез настаивают на максимальной реалистичности мифологического мышления, указывая при этом на вторичный характер *ratio*. Например, А.Ф. Лосев не считал мифы наукой. Но он видел в них очень значимый способ познания действительности и возражал против утверждения, что наука разрушает мифы, и современным эпохам совершенно не свойственно мифологическое сознание, что наука побеждает миф[42].

К. Леви-Строс также отстаивал рациональность мышления первобытного человека. «Переход от природы к культуре... понуждал людей разнообразить свой способ жизни, чтобы можно было существовать в различной среде и множить свои отношения с природой. Но чтобы это разнообразие и это умножение могло повлечь за собой технические и социальные преобразования, им потребовалось стать для человека *предметом и средством мышления*»[43]. По его мнению, мифологическая рефлексия может достигать в интеллектуальном плане блестящих и непредвиденных результатов. Результаты первобытного познания не менее реальны, чем у современной науки; «они по-прежнему составляют субстрат нашей цивилизации»[44].

Такая оценка рациональности, познавательности, логического мышления первобытных людей хоть и немного завышена, но крайне важна для понимания тех гигантских достижений, которые проделал первобытный человек. «Далекие от жизни», «фантастические» мифы отражают наблюдение и рефлексию, приспособленные к открытиям, санкционированным природой. «Человек неолита или протоистории является, следовательно, *наследником длительной научной традиции*»[45].

Определяя общие черты первобытного регулирования — мифов, магии, тотемизма, табуирования, обычаев, традиций, ритуалов, следует отметить следующие их особенности:

- первичное регулирование было прагматичным, основанным на зарождающейся рациональности и социальности, ориентированным на критерий целесообразного, полезного, необходимого для рода или племени;

---

[42] См.: *Лосев А.Ф.* Диалектика мифа. М., 1990. С. 396.

[43] *Леви-Строс К.* Тотемизм сегодня / Пер. с фр. А.Б. Островского // Леви-Строс К. Тотемизм сегодня. Неприрученная мысль. С. 132.

[44] Там же.

[45] *Леви-Строс К.* Неприрученная мысль. С. 168.

- целью регулирования было установление порядка, преодоление хаоса, безоговорочное подчинение существующим нормам, проникавшим во все сферы жизни первобытного человека, регулировавшим все виды его поведения;

- избыточность нормативного регулирования, содержавшего многочисленные правила, регламентирующие повседневное поведение и действия, порожденные верой в сверхъестественное; это очень усложняло жизнь человека, который был «опутан» предписаниями;

- жесткие санкции за нарушение любых норм, значимых и второстепенных, поскольку их нарушение было посягательством на священные традиции, подрывом союза людей и богов.

Возникнув в древности, миф прошел сквозь всю историю человечества и остается неизбежным фактором современной жизни. Это подтверждает выводы антропологов, согласно которым многие элементы, заимствованные и переработанные, взятые из первобытного времени, присутствуют в современной жизни. Профессор Принстонского университета Э. Калер справедливо говорит о вовлечении в орбиту мифа всех человеческих мыслей и творений[46]. Миф, таким образом, маскирует претензию более сильного актора окончательно подчинить себе сознание более слабого. Неудивительно, что в межгосударственных отношениях также есть место мифологизации.

Главная цель современного мифотворчества — внушить человеку уверенность в успешном развитии своей страны, общества, государства, цивилизации, мира; преодолеть страх перед непредсказуемостью и неопределенностью реального бытия, снять напряженность, возникающую между властью и человеком.

Мифотворчество получает особую силу с развитием средств массовой информации, Интернета, расширением информационных контактов. Оно проявляется в форме пиара, пропаганды, стремления управлять сознанием людей. «Вторая мифология» базируется на сознательном и целенаправленном насаждении иллюзий о «светлом будущем».

Изучение регулирования в первобытном обществе позволяет оценить трагический путь, пройденный человечеством в борьбе за свободу и автономию личности, которая привела к идеям демократии и прав человека, правового социального государства. Однако и в современной истории встречается стремление подавить неистребимое стремление к свободе и справедливости, без которых невозможно общество,

---

[46] См.: *Калер Э.* Смысл истории / Пер. с англ. В.И. Матузова // Калер Э. Избранное: выход из лабиринта. М., 2008. С. 42–43.

основанное на сочетании коллективистских начал и автономии личности. По всей вероятности, антропологи не ошибаются, отмечая «заимствование» некоторыми современными обществами атрибутов первобытной культуры.

В. Соловьев еще в XIX в. отметил, что «история человечества только в начатках своих может быть признана как чисто органический, т.е. родовой безличный процесс, дальнейшее же направление исторического процесса знаменуется все большим и большим выделением личного начала... Если человеческое общество, как соединение нравственных существ, не может быть только природным организмом, а есть непременно организм духовный, то и развитие общества не может быть только органическим процессом, а необходимо есть также процесс психологический и нравственно свободный, т.е. ряд личных и ответственных действий»[47].

Видимо, русский философ прав. Индивидуализация личности — это путь к обретению свободы, путь трудный, драматический, оплаченный миллионами жизней, но единственно возможный для человека. Однако рост личностных качеств невозможен вне поля культуры, ибо эти качества совершенствуются лишь во взаимодействии человека с себе подобными, причем в таком взаимодействии, которое опосредовано символически, т.е. опирается либо на смысл, либо на ценность, либо на норму.

5. Заключение

Исследование природы человека, его индивидуальной и коллективной деятельности поможет избежать тех трагических ошибок, которые на определенных этапах закрывали путь к свободе и прогрессу. Нормативно-институциональное структурирование общественных отношений не только способствует адаптации, сохранению памяти, передаче образцов, стандартов от поколения к поколению, но и кристаллизации общечеловеческих ценностей, созданию новых ценностных ориентиров.

Человеку присущи не только врожденные индивидуальные способности, но и врожденные универсальные черты. Никто не хочет жить в рабстве, никто не хочет унижения своего достоинства, неравенства. Для людей свойственны стремление к свободе и равенству, политическому и общественному участию, достойному качеству жиз-

[47] *Соловьев В.* Право и нравственность. Минск, 2001. С. 8–9.

ни, возможности получить образование, обеспечить благоприятные условия жизни семьи. Поэтому эти человеческие потребности нельзя игнорировать. Жизнь опровергла различного рода утопические теории, согласно которым можно изменить природу человека, ориентируя его на «тотальный коллективизм», аскетизм и жертвенность.

Как справедливо отмечает С. Пинкер, «теория человеческой природы накладывает свой отпечаток на всю нашу жизнь... Эта теория определяет, чего люди могут добиться с легкостью, чего добьются только через боль и жертвы и чего не могут добиться вообще. Таким образом, она затрагивает и наши ценности: нашу веру в то, за что нам — и отдельным людям и обществу в целом — стоит бороться»[48].

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Бурлак С.А. К вопросу о происхождении языка // Историческая психология и социология истории. 2011. № 2. С. 96–113.

Гинс Г.К. Право и культура. М.: Юрлитинформ, 2012.

Григорян Б.Ю. Философская антропология: Критический очерк. М.: Мысль, 1982.

Гуревич П.С. Культурология. М.: Юнити-Дана, 2005.

Доусон К.Г. Религия и культура / Пер. с англ. К.Я. Кожурина. СПб.: Алетейя, 2001.

Думанов А.М., Першиц А.И. Мононорматика и начальное право // Государство и право. 2000. № 1. С. 98–103.

Калер Э. Смысл истории / Пер. с англ. В.И. Матузова // Калер Э. Избранное: выход из лабиринта. М.: РОССПЭН, 2008. С. 8–140.

Кассирер Э. Лекции по философии и культуре / Пер. с англ. И.А. Лейтес, Е.А. Жуковой // Культурология XX в. Антология / Сост. С.Я. Левит. М.: Юрист, 1995. С. 104–163.

Леви-Брюль Л. Сверхъестественное в первобытном мышлении / Пер. с фр. Б. Шаревской. М.: ОГИЗ, 1937.

Леви-Строс К. Неприрученная мысль / Пер. с фр. А.Б. Островского // Леви-Строс К. Тотемизм сегодня. Неприрученная мысль. М.: Академический проект, 2008. С. 143–485.

Леви-Строс К. Тотемизм сегодня / Пер. с фр. А.Б. Островского // Леви-Строс К. Тотемизм сегодня. Неприрученная мысль. М.: Академический проект, 2008. С. 21–142

Леви-Строс К. Структурная антропология / Пер. с фр. В.В. Иванова. М.: АСТ, 2011.

Лихачев Д.С. Избранные труды по русской и мировой культуре. СПб.: СПбГУП, 2006.

---

[48] *Пинкер С.* Указ. соч. С. 15.

Лосев А.Ф. Диалектика мифа. М.: Правда, 1990.

Майерс Д. Социальная психология / Пер. с англ. З.С. Замчук. 7-е изд. СПб.: Питер, 2017.

Малиновский Б. Миф в первобытной психологии / Пер. с англ. В.Г. Николаева // Малиновский Б. Избранное: Динамика культуры. М.: РОССПЭН, 2004. С. 285–334.

Мальцев Г.В. Пять лекций о происхождении и ранних формах права и государства. М.: Изд-во РАГС, 2000.

Ортега-и-Гассет Х. Что такое философия? / Пер. с исп. Н.Г. Кротовской, В.С. Кулагиной-Ярцевой. М.: Наука, 1991.

Парсонс Т. Система современных обществ / Пер. с англ. Л.А. Седова, А.Д. Ковалева. М.: Аспект Пресс, 1998.

Пелипенко А.А., Яковенко И.Г. Культура как система. М.: Языки русской культуры, 1998.

Першиц А.И. Проблемы нормативной этнографии // Исследования по общей этнографии / Отв. ред. Ю.В. Бромлей. М.: Наука, 1979. С. 210–240.

Першиц А.И., Монгайт А.Л., Алексеев В.П. История первобытного общества. М.: Высшая школа, 1982.

Пинкер С. Чистый лист. Природа человека. Кто и почему отказывается признать ее сегодня / Пер. с анг. Г. Бородиной. М.: Альпина нон-фикшн, 2018.

Соловьев В. Право и нравственность. Минск; М.: Харвест; АСТ, 2001.

Фрейд З. Введение в психоанализ. Лекции / Пер. с нем. Г.В. Барышниковой. М.: Наука, 1989.

Фромм Э. Бегство от свободы / Пер. с англ. Г.Ф. Швейника. М.: АСТ, 2018.

Чумаков А.Н. Метафизика глобализации. Культурно-цивилизационный контекст. М.: КАНОН+, 2006.

Amariglio J.L., Resnick S.A., Wolff R.D. Class, Power, and Culture // Marxism and the Interpretation of Culture / Ed. by C. Nelson, L. Grossberg. Urbana: University of Illinois Press, 1988. P. 487–502.

Bachmann-Medick D. Cultural Turns. Neuorientierungen in den Kulturwissenschaften. Reinbeck bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag, 2006.

Böhme H., Matussek P., Müller P. Orientierung Kulturwissenschaft: Was sie kann, was sie will. Reinbeck bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag, 2000.

Gasparov I. Substance Dualism and the Unity of Consciousness // Forum Philosophicum. 2013. Vol. 18. No.1. P. 109–123. DOI: 10.5840/forphil20131817

Lyotard J.-F. The Postmodern Condition: A Report on Knowledge. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984.

REFERENCES

Amariglio, J.L., Resnick, S.A. and Wolff, R.D. (1988). Class, Power, and Culture. In: C. Nelson and L. Grossberg, eds. *Marxism and the Interpretation of Culture.* Urbana: University of Illinois Press, pp. 487–502.

Bachmann-Medick, D. (2006). *Cultural Turns. Neuorientierungen in den Kulturwissenschaften*. Reinbeck bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag. (in Germ.).

Böhme, H., Matussek, P. and Müller, P. (2000). *Orientierung Kulturwissenschaft: Was sie kann, was sie will*. Reinbeck bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag. (in Germ.).

Burlak, S.A. (2011). K voprosu o proiskhozhdenii yazyka [On the Issue of the Origin of Language]. *Istoricheskaya psikhologiya i sotsiologiya istorii* [Historical Psychology & Sociology of History], (2), pp. 96–113. (in Russ.).

Cassirer, E. (1979). *Symbol, Myth and Culture: Essays and Lecture of Ernst Cassirer, 1935–1945*. New Haven: Yale University Press. [Russ. ed.: Cassirer, E. (1995). Lektsii po filosofii i kul'ture [Lectures on Philosophy and Culture]. Translated from English by I.A. Leites and E.A. Zhukova. In: S. Ya. Levit, cont. *Kul'turologiya XX v. Antologiya* [Culturology of the 20th Century. Anthology]. Moscow: Yurist, pp. 104–163].

Chumakov, A.N. (2006). *Metafizika globalizatsii. Kul'turno-tsivilizatsionnyi kontekst* [Metaphysics of Globalization. Cultural and Civilizational Context]. Moscow: KANON+. (in Russ.).

Dawson, Ch. (1948). *Religion and Culture*. London: Sheedand Ward. [Russ. ed.: Dawson, Ch. (2001). *Religiya i kul'tura*. Translated from English by K. Ya. Kozhurin. Saint Petersburg: Aleteiya].

Dumanov, A.M. and Pershits, A.I. (2000). Mononormatika i nachal'noe pravo [Mononormatika and Elementary Law]. *Gosudarstvo i pravo* [The State and Law], (1), pp. 98–103. (in Russ.).

Freud, S. (1933). *Neue Folgeder Vorlesungenzur Einführung in die Psychoanalyse*. Wien: Internationaler psychoanalytischer Verlag. (in Germ.). [Russ. ed.: Freud, S. (1989). *Vvedenie v psikhoanaliz. Lektsii* [Introductory Lectures on Psychoanalysis]. Translated from German by G.V. Baryshnikova. Moscow: Nauka].

Fromm, E. (1941). *Escape From Freedom*. Oxford: Farrar & Rinehart. [Russ. ed.: Fromm, E. (2018). *Begstvo ot svobody*. Translated from English by G.F. Shveinika. Moscow: AST].

Gasparov, I. (2013). Substance Dualism and the Unity of Consciousness. *Forum Philosophicum*. 18(1), pp. 109–123. DOI: 10.5840/forphil20131817

Gins, G.K. (2012). *Pravo i kul'tura* [Law and Culture]. Moscow: Yurlitinform. (in Russ.).

Grigoryan, B. Yu (1982). *Filosofskaya antropologiya: Kriticheskii ocherk* [Philosophical Anthropology: A Critical Essay]. Moscow: Mysl'. (in Russ.).

Gurevich, P.S. (2005). *Kul'turologiya* [Culturology]. Moscow: Yuniti-Dana. (in Russ.).

Kahler, E. (1964). *The Meaning of History*. Cleveland: World Publishing Co. [Russ. ed.: Kahler, E. (2008). Smysl istorii. Translated from English by V.I. Matuzov. In: Kahler, E. *Izbrannoe: vykhod iz abirinta* [Selected Essays: Out of the Labirynth]. Moscow: ROSSPEN].

Levy-Bruhl, L. (1931). *Le sur naturelet la nature dans la mentalité primitive*. Paris: Alcan. (in Fr.). [Russ. ed.: Levy-Bruhl, L. (1937). *Sverkh"estestvennoe v pervobytnom myshlenii* [The Supernatural in Primitive Mentality]. Translated from French by B. Sharevskaya. Moscow: OGIZ].

Lévi-Strauss, C. (1958). *Anthropologie Structurale*. Paris: Plon. (in Fr.). [Russ. ed: Lévi-Strauss, C. (2011). *Strukturnaya antropologiya* [Structural Anthropology]. Translated from French by V.V. Ivanov. Moscow: AST].

Lévi-Strauss, C. (1962). *La pensée sauvage*. Paris: Plon. (in Fr.). [Russ. ed.: Lévi-Strauss, C. (2008). Nepriruchennay mysl' [The Savage Mind]. Translated from French by A.B. Ostrovskii. In: Lévi-Strauss, C. *Totemizm segodnya. Nepriruchennaya mysl'* [Totemism Today. The Savage Mind]. Moscow: Akademicheskii proekt, pp. 143–485].

Lévi-Strauss, C. (1962). *Le Totémisme aujourd' hui*. Paris: Presses Universitaires de France. (in Fr.). [Russ. ed.: Lévi-Strauss, C. (2008). Totemizm segodnya [Totemism Today]. Translated from French by A.B. Ostrovskii. In: Lévi-Strauss, C. *Totemizm segodnya. Nepriruchennaya mysl'* [Totemism Today. The Savage Mind]. Moscow: Akademicheskii proekt, pp. 21–142].

Likhachev, D.S. (2006). *Izbrannye trudy po russkoi i mirovoi kul'ture* [Selected Works on Russian and World Culture]. Saint Petersburg: SPbGUP. (in Russ.).

Losev, A.F. (1990). *Dialektika mifa* [The Dialectic of Myth]. Moscow: Pravda. (in Russ.).

Lyotard, J.-F. (1984). *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. Minneapolis: University of Minnesota Press.

Mal'tsev, G.V. (2000). *Pyat' lektsii o proiskhozhdenii i rannikh formah prava i gosudarstva* [Five Lectures on Origins and Early Forms of Law and State]. Moscow: RAGS Publ. (in Russ.).

Malinowski, B. (1948). Myth in Primitive Psychology. In: Malinowski, B. *Magic, Science and Religion and Other Essays*. Garden City: Doubleday, pp. 93–148. [Russ. ed.: Malinowski, B. (2004). Mif v pervobytnoi psikhologii. Translated from English by V.G. Nikolaev. In: Malinowski, B. *Izbrannoe: Dinamika kul'tury* [Selected Essays: The Dynamics of Culture]. Moscow: ROSSPEN, pp. 285–334].

Myers, D. (2002). *Social Psychology*. 7th ed. Boston: McGraw-Hill. [Russ. ed.: Myers, D. (2017). *Sotsial'naya psikhologiya*. Translated from English by Z.S. Zamchuk. 7th ed. Saint Petersburg: Piter].

Ortega y Gasset, J. (1961). *Obras completas.Prospecto del instituto de humanidades. Prologos. El hombre y la gente. Qué es filosofia? Idea del teatro. Goya (1948–1958)*. Madrid: Revista de Occidente. (in Span.). [Russ. ed.: Ortega y Gasset, J. (1991). *Chto takoe filosofiya?* [What is Philosophy?]. Translated from Spanish by N.G. Krotovskaya and V.S. Kulagina-Yartseva. Moscow: Nauka].

Parsons, T. (1971). *The System of Modern Societies*. Englewood Cliff: Prentice-Hall. [Russ. ed.: Parsons, T. (1998). *Sistema sovremennykh obshchestv*. Translated from English by L.A. Sedovand A.D. Kovalev. Moscow: Aspekt Press].

Pelipenko, A.A. and Yakovenko, I.G. (1998). *Kul'tura kak sistema* [Culture as a System]. Moscow: Yazyki russkoi kul'tury.(in Russ.).

Pershits, A.I. (1979). Problemy normativnoi etnografii [Problems of Normative Ethnography]. In: Yu. V. Bromlei, ed. *Issledovaniya po obshchei etnografii* [Essays on General Ethnography]. Moscow: Nauka, pp. 210–240. (in Russ.).

Pershits, A.I., Mongait, A.L. and Alekseev, V.P. (1982). *Istoriya pervobytnogo obshchestva* [The History of Primitive Society]. Moscow: Vysshaya shkola. (in Russ.).

Pinker, S. (2002). *The Blank Slate. The Modern Denial of Human Nature*. New York: Viking. [Russ. ed.: Pinker, S. (2018). *Chistyi list. Priroda cheloveka. Kto i pochemu otkazyvaetsya priznat' ee segodnya*. Translated from English by G. Borodina. Moscow: Al'pina non-fikshn].

Solov'ev, V. (2001). *Pravo i nravstvennost'* [Law and Morality]. Minsk; Moscow: Kharvest; AST. (in Russ.).

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Лукашева Елена Андреевна — член-корреспондент Российской академии наук, доктор юридических наук, главный научный сотрудник сектора прав человека Института государства и права РАН.

AUTHOR'S INFO:

Elena A. Lukasheva — Member-Correspondent of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Legal Sciences, Chief Research Fellow of the Human Rights Department, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Лукашева Е.А. Нормативность как феномен культуры: происхождение и значение // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 2. С. 9–31. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-lukasheva

CITATION:

Lukasheva, E.A. (2019). Normativity as a Phenomenon of Culture: Origin and Meaning. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 14(2). pp. 9–31. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-lukasheva

ТАТЬЯНА АНДРЕЕВНА ВАСИЛЬЕВА

Институт государства и права Российской академии наук
119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, д. 10
E-mail: tan-vas@mail.ru
SPIN-код: 1101-6691
ORCID: 0000-0002-7294-1649

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-vasilieva

СУД ЕС И КОНСТИТУЦИОННЫЕ СУДЫ ГОСУДАРСТВ — ЧЛЕНОВ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА В ПОИСКАХ КОНТИТУЦИОННОЙ ИДЕНТИЧНОСТИ

Аннотация. Проблема конституционной идентичности — одна из самых обсуждаемых в зарубежной юридической литературе, особенно в государствах — членах ЕС. Эта концепция нашла отражение в учредительных актах Союза и в практике Суда ЕС и органов конституционного контроля государств-членов. Именно к этой концепции обращаются государства, с тем чтобы легитимировать отказ от исполнения своих обязательств в рамках европейской интеграции или отклонение от общих для всех государств — членов Союза конституционных ценностей. Интерес к концепции конституционной идентичности существенного возрос в условиях кризисов — финансового кризиса 2008–2012 гг. и миграционного кризиса, связанного с массовым притоком беженцев из Африки и Ближнего Востока в 2015–2016 гг.

В праве ЕС концепции конституционной идентичности в определенной мере корреспондирует принцип уважения национальной идентичности государств — членов Союза. Закрепление данного принципа в учредительных актах ЕС привело к определенному смягчению подходов Суда ЕС в отношении соблюдения принципа верховенства права Союза. Положения об уважении национальной идентичности государств-членов были включены в Договор о Европейском союзе еще в 1992 г., однако «заработали» только после вступления в действие Лиссабонского договора, когда концепция национальной идентичности была наполнена реальным содержанием, включающим в том числе и особенности конституционного устройства государств-членов. В отличие от конституционных принципов, являющихся универсальными, национальная идентичность выражает специфику конкретного государства. Она допускает наличие у государства таких конституционных особенностей, которые при определенных об-

стоятельствах могут служить основанием для отступления от соблюдения обязательств в рамках Союза, не ставя под сомнение их легитимность. Национальная идентичность не является чем-то заранее предопределенным, она устанавливается в каждом случае, исходя из тех интересов, принципов и прав, которые затрагиваются в конкретном деле. Вместе с тем на сегодняшний день практика Суда ЕС в данном отношении еще слишком незначительна, чтобы можно было делать какие-то однозначные выводы.

Проверка соблюдения принципа уважения конституционной идентичности получает развитие и в практике конституционных судов государств — членов Союза, хотя определенную позицию в отношении содержания данной концепции высказали органы конституционного контроля лишь некоторых стран. Вместе с тем уже можно отметить определенные различия в подходах «старых» и «новых» членов ЕС в отношении взаимодействия европейского и национальных правопорядков, в правовой аргументации при рассмотрении вопросов, связанных с конституционной идентичностью. Поскольку решения институциональных структур ЕС могут быть реализованы только посредством действий национальных органов публичной власти, между Судом ЕС и национальными конституционными судами ведется постоянный диалог в целях взаимной адаптации национальных конституционных правопорядков и права ЕС.

Ключевые слова: Европейский союз, Суд ЕС, государства — члены ЕС, конституционная идентичность, принцип уважения национальной идентичности, органы конституционного контроля, диалог судов

TATIANA A. VASILIEVA

Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences
10, Znamenka str., Moscow 119019, Russian Federation
E-mail: tan-vas@mail.ru
ORCID: 0000-0002-7294-1649

THE COURT OF JUSTICE OF THE EU AND CONSTITUTIONAL COURTS OF EU MEMBER STATES IN SEARCH OF CONSTITUTIONAL IDENTITY

Abstract. The problem of constitutional identity is one of the most debatable in the Western legal papers & literature, especially, in EU Member States.

This concept was reflected in the constituent acts of the Union and in the practice of EU Court and constitutional review bodies of the EU Member States.

This particular concept is being addressed by the States in order to legitimize the withdrawal from fulfilling own commitments within the framework of the European integration or deviation from constitutional values common for all EU Member States.

The interest towards constitutional identity has dramatically grown amidst crises: financial crisis of 2008–2012 and migration crisis related to mass inflow of refugees from Africa and Middle East in 2015–2016.

In EU law, the concept of constitutional identity to a certain extent correlates with the principle of respect for national identity of EU Member States. The anchoring of this principle in EU constituent acts resulted in a certain mitigation of the Court of Justice approach towards the observance of the supremacy of EU law. The provisions regarding the respect for national identity of Member States were incorporated into the Treaty on European Union as far back as in 1992; however they became operative only following the enactment of the Lisbon Treaty where the concept of national identity was given a real meaning including, inter alia, the specifics of constitutional systems of Member States. As compared to constitutional principles standing as universal, the national identity expresses the specifics of a certain State. It allows a State to have such constitutional features that under certain circumstances may serve as a ground for deviation from meeting the commitments within EU without questioning their legitimacy. The national identity is not something predefined; it is established in each specific case proceeding from the interests, principles and laws addressed in a specific case. Nonetheless, for the time being the practice of the Court of Justice in this respect is too insignificant to make any clear-cut inferences.

The verification of compliance with the principle of respect for constitutional identity is further promoted in the practice of national constitutional courts, although constitutional review bodies of a few Member States outlined a clear standpoint in respect of the substance of the given concept. However, we can already note certain differences in the approaches of "old" and "new" EU Member States in respect of interfacing between the European and national rules of law and legal argumentation when reviewing the issues related to constitutional identity. Since the decisions of EU institutional structures can be implemented only through acts of national public authorities, the Court of Justice and national constitutional courts allow for ongoing dialogue aiming to ensure a mutual adaptation of the national constitutional rules of law and EU law.

Keywords: European Union, Court of Justice, EU Member States, constitutional identity, principle of respect for national identity, constitutional review bodies, judicial dialogue

1. Введение

Интерес к проблеме конституционной идентичности, существенно возрос в последние годы и в «старых», и в «новых» государствах — членах Европейского союза. Во-первых, органы конституционного контроля государств — членов Союза накопили определенный опыт применения принципа уважения конституционной идентичности при рассмотрении конституционных споров, имеющих так называемую интеграционную составляющую, т.е. в той или иной степени связан-

ных с актами и решениями институциональных структур ЕС, и этот опыт требует обобщения.

Во-вторых, именно к этой концепции обращаются государства, с тем чтобы легитимировать отказ от исполнения своих обязательств в рамках европейской интеграции в определенных областях или отход от общих для всех государств — членов Союза конституционных ценностей[1]. Как отмечал известный венгерский конституционалист, судья Европейского суда по правам человека А. Шайо, концепция конституционной идентичности представляет собой инструмент обороны, используемый в целях защиты собственного суверенитета[2].

В-третьих, европейская интеграция и защита конституционной идентичности представляют собой разнонаправленные процессы: первая требует конституционных трансформаций, вторая — консервации различий[3]. Не случайно интерес к концепции идентичности существенно возрастает в условиях кризисов — финансового кризиса 2008–2012 гг. и миграционного кризиса, связанного с массовым притоком беженцев из Африки и ближневосточных государств в 2015–2016 гг.

В-четвертых, слишком неопределенным и расплывчатым является само понятие «конституционная идентичность», что позволяет предлагать различные его интерпретации и содержательные характеристики в зависимости от контекста. Данная концепция может использоваться в разных целях: для обоснования допустимости отступления от исполнения международных обязательств; для установления пределов для внесения поправок в конституцию; для выявления культурологических особенностей конституции; для определения влияния

---

[1] В соответствии со ст. 2 Договора о Европейском союзе он базируется на ценностях достоинства личности, свободы, демократии, равенства, правового государства и соблюдения прав человека, включая права лиц, принадлежащих к меньшинствам. Эти ценности признаются общими для государств-членов в рамках общества, характеризующегося плюрализмом, недискриминацией, терпимостью, справедливостью, солидарностью и равенством женщин и мужчин. Текст Договора см.: Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // OJ. C326.Vol. 55. 26 October 2012. P. 13–390.

[2] См.: *Sajo A.* National Identity and the European Court of Human Rights: Margin of Appreciation or Populism á la carte? // Yappy Little Accidents. URL: http://happy-little-accidents.de/ web_projekte/icons2017/98.html (дата обращения: 23.02.2019).

[3] См.: *Larsen S.R.*, *Wilkinson M.A.* Constitutional Identity and Constitutional Difference in the Federation: What Lessons Can Be Learned from the East-Central Europe // Happy Little Accidents. URL: http://happy-little-accidents.de/web_projekte/icons2017/98.html (дата обращения: 23.02.2019).

иммиграции на культурно-религиозную самоидентификацию принимающего общества[4].

Кроме того, конституционная идентичность государств — членов ЕС — это не только правовой, но и политический вопрос, и его решение в значительной степени зависит от того, какое политическое значение придается данной концепции в той или иной стране и какие факторы внеправового характера учитывают судьи конституционных судов, разрабатывая соответствующую концепцию.

2. Концепция национальной идентичности в праве ЕС

В одном из первых своих решений Суд ЕС постановил, что положения права ЕС, производные от Договора, в силу их специальной и оригинальной природы не могут быть отменены нормами национального права[5]. Впоследствии он конкретизировал данное положение применительно к конституционным нормам, указав, что вступление положений права ЕС в противоречие с закрепленными в конституции основными правами или с национальной конституционной структурой не может влиять на действительность предпринятых ЕС мер либо на их осуществление в государстве — члене Сообщества[6]. Однако в дальнейшем наблюдается определенное смягчение подходов Суда ЕС, обусловленное в первую очередь закреплением в праве ЕС принципа уважения национальной идентичности государств — членов Союза.

Соответствующие положения были внесены в учредительные акты ЕС еще в 1992 г., однако интерес к концепции национальной идентичности проявился только в последние десятилетия. В первую очередь это было связано с наполнением соответствующих положений реальным содержанием. В Маастрихтском договоре[7] закреплялась формулировка общего характера об уважении Союзом национальной идентичности государств-членов, чьи политические системы основаны на принципах демократии (п. 1 ст. F). Закрепление такой формулировки создавало возможности для различной интерпретации национальной идентичности — в культурно-лингвистическом (уважение исто-

---

[4] Подробнее см.: *Polzin M.* Constitutional Identity as a Construed Reality and a Restless Soul // German Law Journal. 2017. Vol. 18. No. 7. P. 1597–1599.

[5] См.: CJEC. Case 6/64. Costa v. ENEL. Judgment of 15 June 1964.

[6] См.: CJEC. Case 11/70. Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr und Vorratsstelle fűr Getreide und Futtermittel. Judgment of 17 December 1970. Para. 3.

[7] Текст Договора см.: Treaty on European Union // OJ. C191.Vol. 35. 29 July 1992. P. 1–112.

рических, культурных и языковых традиций конкретного государства) или в конституционно-правовом смысле (уважение конституционных традиций и особенностей)[8]. Однако в Договоре о Европейском союзе в редакции Лиссабонского договора[9] предусмотрено, что национальная идентичность присуща основополагающим политическим и конституционным структурам государств-членов, включая региональное и местное самоуправление (п. 2 ст. 4). Таким образом, именно конституционно-правовая специфика государств-членов была интегрирована в европейский правопорядок[10] как ценность, подлежащая защите на наднациональном уровне[11]. Как отмечалось в литературе, впервые в истории интеграции возникла такая ситуация пересечения юрисдикций, при которой определенные нормы одного правопорядка были интегрированы в другой правопорядок посредством отсылки в учредительном акте ЕС[12].

В отличие от конституционных принципов, являющихся универсальными, национальная идентичность выражает специфику конкретного государства. Она допускает наличие у государства — члена Союза таких конституционных особенностей, которые при определенных обстоятельствах могут служить основанием для отступления от соблюдения обязательств в рамках Союза, не ставя под сомнение их легитимность.

Вторым фактором, обусловившим возрастание интереса к проблеме национальной идентичности, явилось расширение практики об-

---

[8] См.: *Faraguna P.* L'identità nazionale nell'Unione europea come problema e come soluzione // Il Mulino. 2015. No. 5. P. 874.

[9] Текст Договора см.: Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed in Lisbon, 13 December 2007 // OJ. C306. Vol. 50. 17 December 2007. P. 1–271. Положения Лиссабонского договора были имплементированы в Консолидированные версии Договора о Европейском союзе и Договора о функционировании Европейского союза, являющихся в настоящее время основными учредительными актами данного наднационального объединения.

[10] См.: *Ruggeri A.* Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimitti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici). URL: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/223.pdf (дата обращения: 24.12.2018).

[11] См.: *Weatherill S.* Distinctive Identity Claims, Article 4(2) TEU (and a Fleetingly Sad Nod to Brexit) // Croatian Yearbook of European Law and Policy. 2016. Vol. 12. P. VIII.

[12] См.: *Koncewicz T.T.* Constitutional Identity in the European Legal Space and the Comity of Circumspect Constitutional Courts // Gdańskie Studia Prawnicze. 2015. T. XXXIII. P. 207.

ращений в Суд ЕС, в которых стороны, хотя и не всегда успешно[13], обосновывали свои действия исходя из этой концепции, ссылаясь на положения п. 2 ст. 4 Договора о Европейском союзе.

Суд сформулировал лишь отдельные ориентиры в этой области, хотя и неоднократно ссылался на положения п. 2 ст. 4 Договора о Европейском союзе. Он акцентировал внимание на том, что сохранение национальной идентичности является легитимной целью в рамках европейского правопорядка[14], которая может быть принята во внимание при осуществлении поиска баланса между законными интересами и правами, предоставленными в соответствии с правом Европейского союза[15].

В содержательном плане концепция национальной идентичности более развернуто сформулирована в заключениях генеральных адвокатов[16], хотя их позиция в большинстве случаев и не находила отражение

---

[13] В ряде случаев Суд признавал неправомерной постановку вопроса о применении п. 2 ст. 4 Договора о ЕС. См.: CJEU. Sixth Chamber. Case C-3/10. Franco Affatto v. Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza. Order of 1 October 2010. Para. 41; Second Chamber. Case C-393/10. Dermod Patrick O'Brien v. Ministry of Justice, former Department for Constitutional Affairs. Judgment of 1 March 2012. Para. 49; Fifth Chamber. Case C-151/12. European Commission v. Kingdom of Spain. Judgment of 24 October 2013. Paras. 23, 37; Second Chamber. Case C-127/12. European Commission v. Kingdom of Spain. Judgment of 3 September 2014. Paras. 42, 61; Grand Chamber. Cases C-58/13 and C-59/13. Angelo Alberto Torresi and Pierfrancesco Torresi v. Consiglio dell' Ordine degli Avvocati di Macerata. Judgment of 17 July 2014. Paras. 55, 58.

[14] См.: CJEC. Case C-473/93. Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxemburg. Judgment of 2 July 1996. Para. 35.

[15] См.: CJEU. Second Chamber. Case C-391/09. Malgožata Runevič-Vardyn, Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miestosavivaldybės administracija and Others. Judgment of 12 May 2011. Para. 87.

[16] В Суде ЕС работают 11 генеральных адвокатов, шесть мест резервируются за представителями наиболее крупных стран Союза (Германия, Франция, Великобритания, Италия, Испания, Польша), остальные распределяются между другими государствами путем ротации. В отношении порядка назначения и отстранения от должности, несовместимости должностей для генеральных адвокатов предусмотрены такие же требования, как и для членов Суда. Суд ЕС не связан позицией генерального адвоката при рассмотрении дела, однако он учитывает ее при вынесении решения. Как отмечается в литературе, генеральный адвокат помогает Суду ЕС в подготовке дела к рассмотрению, предлагает способы разрешения дела, правовые основания для обоснования решения, в том числе с учетом судебной практики; выражает мнение в отношении правовых вопросов, возникающих в деле; оценивает судебную практику и тенденции развития права в соответствующей сфере. По мнению экспертов, заключения генеральных адвокатов позволяют лучше понять правовые аргументы, на которых основывалось решение, и возникавшие в деле правовые вопросы, рассмотреть альтернативное толкование, на которое можно будет сослаться в дальнейшем. См.: *Arrebola C.*, *Maurício A.J.*,

в решениях Суда ЕС. Генеральный адвокат П. Мадуро подчеркивал, что именно конституционные суды государств — членов ЕС призваны определять национальную конституционную идентичность, уважение которой гарантирует Союз (п. 40 заключения от 20 сентября 2005 г.)[17]. По его мнению, государства-члены могут заявлять о защите национальной идентичности в качестве обоснования отступления от свободы передвижения и опираться на это положение как на легитимное и независимое основание для дерогации (п. 32 заключения от 8 октября 2008 г.[18]). Однако уважение идентичности государства-члена не может трактоваться как абсолютное обязательство Союза считаться со всеми конституционными нормами, иначе конституции превратились бы в инструмент, позволяющий государствам уклоняться от соблюдения права ЕС в определенных сферах. Более того, это могло бы привести к дискриминации государств на основании содержания их конституций. Как право ЕС должно учитывать национальную конституционную идентичность, так и национальному конституционному праву необходимо адаптироваться к требованиям европейского правопорядка (п. 33 того же заключения).

Эту позицию разделяли и другие адвокаты. Так, в заключении от 14 января 2015 г.[19] Генеральный адвокат П. Круз Виллалон отмечал, что сохранение Союза в существующем виде стало бы невозможным, если бы речь шла об абсолютном сохранении конституционной идентичности, понятие которой в должной степени не разработано и относится к сфере усмотрения каждого из государств-членов, особенно когда это понятие отличается от предусмотренной в Договоре о Европейском союзе национальной идентичности (п. 59). Такое «сохранение идентичности», которую независимо формируют и истолковывают компетентные органы государств — членов Союза, ставит в подчиненное положение европейский правопорядок, по крайней мере с учетом количества данных государств (п. 60). Суд ЕС в течение длительного времени разрабатывал понятие общих для всех государств — членов

Portilla H.J. An Econometric Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union // Cambridge Journal of International and Comparative Law. 2016. Vol. 5. Iss. 1. P. 85, 111.

[17] См.: Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 20 September 2005. Cases C-53/04 and 180/04 Marrosu and Sardino.

[18] См.: Opinion of Advocate General P. Maduro delivered on 8 October 2008. Case C-213/07 Michaniki AE v. Ethniko Simvoulio Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias.

[19] См.: Opinion of Advocate General P. Cruz Villalón delivered on 14 January 2015. Case C-62/14 Peter Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag.

«конституционных традиций», стремясь определить руководящие принципы, в соответствии с которыми необходимо строить систему ценностей Союза, и предпочтение было отдано конституционным традициям, формирующим особую культуру прав человека в ЕС. В результате Союз приобрел характер сообщества, функционирующего не только в соответствии с принципом верховенства права, но и пропитанного конституционной культурой. Эта общая конституционная культура может рассматриваться как составная часть общей идентичности Союза, вследствие чего конституционная идентичность каждого из государств-членов, в необходимой степени специфичная, не может трактоваться как отличная от общей конституционной культуры, и открытость права ЕС в перспективе должна привести к конвергенции конституционных идентичностей Союза и государств-членов (п. 61).

В заключении от 23 декабря 2015 г.[20] Генеральный адвокат Дж. Кокотт отмечала, что необходимо учитывать общие интересы ЕС, ситуация в любом конкретном государстве-члене, взятом в отдельности, как правило, значения не имеет. Исключение составляют только те случаи, когда предусмотренные институтами ЕС меры оказывают воздействие на национальную идентичность государства-члена или его основополагающие интересы (п. 166).

Практика Суда ЕС свидетельствует о том, что национальная идентичность не является чем-то заранее предопределенным, она устанавливается в каждом случае отдельно исходя из тех интересов, принципов и прав, которые затрагиваются в конкретном деле. Речь идет об основополагающих ценностях, признаваемых Союзом в целом, а не только конкретным государством. При этом особая чувствительность того или иного государства к определенным вопросам признается на европейском уровне именно потому, что речь идет о вопросах конституционного значения[21].

Вместе с тем на сегодняшний день практика Суда ЕС еще слишком незначительна, чтобы можно было делать однозначные выводы. В частности, Суд ЕС признавал элементами национальной идентичности статус государства как республики, защиту принципа равенства в обращении путем запрета приобретения, владения и использования гражданами страны дворянских титулов и элементов имени, которые могут создавать впечатление, что лицо имеет соответствую-

---

[20] См.: Opinion of Advocate General J. Kokott delivered on 23 December 2015. Case C-358/14 Republic of Poland v. European Parliament and Council of the European Union.

[21] См.: *Weatherill S.* Op. cit. P. x.

щий титул[22]; защиту официального языка[23] или официальных языков государства[24], разграничение компетенции между субъектами федерации[25] и в рамках государства-члена[26].

Однако в литературе отмечается, что Суд занимает более снисходительную и толерантную позицию, если к нему обращаются с запросом конституционные суды или если на национальном уровне решение по данному делу выносилось конституционным судом. Кроме того, обращения в Суд ЕС, касающиеся национальной идентичности, более успешны, если рассматриваемое дело не носит экономический характер[27].

Концепция национальной идентичности, по мнению экспертов, предполагает переход к плюралистической системе взаимоотношений между правом ЕС и конституционным правом государств — членов Союза[28]. Вместе с тем в литературе обращается внимание на то, что эти положения могут стать не только основой для диалога судов, но и новым полем для битвы[29].

3. Интерпретация конституционной идентичности в праве государств — членов ЕС

Европейские государства рассматривают право ЕС как производное от их национального правопорядка и авторитета конституций.

---

[22] См.: CJEU. Second Chamber.Case C-208/09. Ilonka Sayn-Wittingenstein v. Landeshauptmann von Wein. Judgment of 22 December 2010. Paras. 92–93.

[23] См.: CJEU. Second Chamber. Case C-391/09. MalgožataRunevič-Vardyn, Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miestosavivaldybės administracija and Others. Judgment of 12 May 2011. Para. 86.

[24] См.: CJEU. Grand Chamber. Case C-202/11. Anton Las v. PSA Antwerp NV. Judgment of 16 April 2013. Para. 26.

[25] См.: CJEU. Third Chamber. Case C-156/13.Digibet LTD, Gert Albers v. Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG. Judgment of 16 April 2013. Para. 34.

[26] См.: CJEU. Third Chamber. Case C-51/15. Remondis GmbH & Co, KG Region Nord v. Region Hanniver. Judgment of 21 December 2016. Para. 40.

[27] См: *Rzotkiewicz M.* National Identity as a General Principle of EU Law and its Impact on the Obligation to Recover Aid // Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies. 2016. Vol. 9. No. 13. P. 56–57.

[28] См.: *Bogdandy von A.*, *Schill S.* Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty // Common Market Law Review. 2011. Vol. 48. No. 5. P. 1419.

[29] См.: *Dobbs M.* The Shifting Battleground of Article 4(2) TEU: Evolving National Identities and the Corresponding Need for EU Management? // European Journal of Current Legal Issues. 2015. Vol. 21. No. 2. URL: http://webjcli.org/article/view/395/560 (дата обращения: 24.03.2019).

Как отмечалось в известном Лиссабонском решении Федерального конституционного суда Германии[30], предусмотренные в европейском праве принцип наделения полномочиями и обязанность уважать идентичность государств-членов являются выражением того, что власть Союза базируется на конституционном праве государств-членов (п. 234). В большинстве европейских стран исходят из плюралистической интерпретации правовой позиции о верховенстве права Союза, полагая, что в пределах переданных полномочий европейское право является верховным правом страны, однако в сфере конституционно-правового регулирования именно положения национальной конституции определяют сферу применения права ЕС во внутреннем правопорядке. И в определенных случаях основополагающие интересы конституционного уровня могут служить веской причиной для отказа от применения права ЕС[31].

Для проверки обоснованности вторжения права ЕС в сферу конституционного регулирования в практике органов конституционного контроля государств — членов Союза существует ряд процедур, связанных с 1) защитой прав человека (проверка того, не нарушает ли законодательство ЕС гарантии основных прав человека, предусмотренные на конституционном уровне), 2) действием принципов *ultra vires* (проверка того, действует ли орган ЕС в рамках компетенции Союза и переданных полномочий) и 3) уважения конституционной идентичности (проверка того, не затрагивает ли законодательство ЕС значимые для конкретного государства конституционные ценности). Использование первых двух процедур было обусловлено в значительной степени неурегулированностью ряда вопросов в европейском законодательстве. Однако постепенно они начали утрачивать свое значение благодаря принятию Хартии ЕС об основных правах[32], которая в настоящее время рассматривается в качестве одного из учредительных актов Союза, развитию практики Суда ЕС в области прав человека, а также уточнению сфер компетенции Союза в Договоре о функционировании ЕС (ст. 2–6). В свою очередь, про-

---

[30] См.: BVerfG, 2 BvE2/08 vom 30.06.2009 // Bundesverfassungsgericht. URL: http:// www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html (дата обращения: 28.07.2018).

[31] См.: *Kumm M.*, *Comella V.F.* The Primacy Clause and the Future of the Constitutional Conflict in the European Union // International Journal of Constitutional Law. 2005. Vol. 3. Iss. 2–3. P. 476.

[32] Charter of Fundamental Rights of the European Union // OJ. C326. Vol. 55. 26 October 2012. P. 391–407.

верка соблюдения принципа уважения конституционной идентичности получает развитие в практике конституционных судов государств — членов Союза.

На национальном уровне нет единства подходов в отношении интерпретации концепции конституционной идентичности. Одни ученые и политики понимают конституционную идентичность в социально-юридическом смысле как институционализированную коллективную политическую идентификацию страны, с которой граждане связывают или отождествляют национальный конституционный правопорядок[33]. По их мнению, эта концепция позволяет выявить, какие закрепленные в конституции положения и принципы делают данную конституцию и соответствующее государство тем, чем они являются, или отличают их от других конституций или государств[34].

Другие придают конституционной идентичности скорее этнокультурное значение и рассматривают ее как совокупность разделяемых определенным сообществом традиций и ценностей, сложившихся в процессе развития национальной истории и культуры. Так, Конституционный суд Чехии в одном из дел признал, что конституционная идентичность его страны проистекает из общих конституционных традиций со Словацкой Республикой, связанных с 70-летней совместной государственностью и мирным прекращением ее существования, ситуацией, не имеющей аналогов в Европе[35]. Активно отстаивавший идею национальной идентичности Президент Чешской Республики В. Клаус рассматривал идентичность как продукт исторического процесса, а не лабораторных экспериментов, трудных для понимания международных договоров и семинаров в Брюсселе[36]. Вместе с тем и он не видел чешскую национальную идентичность в отрыве от Европы, поскольку именно принадлежность страны к Европе пред-

---

[33] См.: *Karakamisheva-Jovanovska T.* Macedonian Constitutional Identity: Lost in Translation or Lost in Transition? Paper for the IXth World Congress “Constitutional Challenges: Global and Local” in Oslo 16–20 June 2014. P. 2 // Academia.edu. URL: https://www.academia.edu/8372637/MACENIAN_CONSTITUTIONAL_IDENTITY_LOST_ IN _TRANSLATION_OR_LOST_IN _TRANSITION (дата обращения: 08.10.2018).

[34] См.: *Smerdel B.* Quest of a Doctrine: Croatian Constitutional Identity in the European Union // Zbornik Pravnog faculteta v Zagrebu. 2014. Vol. 64. No. 4. P. 515.

[35] См.: Czech Republic Constitutional Court Judgment. 2012/01/31 — Pl. ÚS5/12. Slovak Pensions. Para. VII.

[36] См.: *Polišenska M.* Czech National Identity and the European Constitution: A Chance and /or a Challenge (a Historical Perspective) // European Constitution and European Integration / Ed. by Ch.-K. P. Tzou. Taipei, 2005. P. 110.

полагала защиту и сохранение чешских отличительных особенностей, того, что страна может предложить Европе[37].

В основе конституционной идентичности лежит приверженность определенным конституционным ценностям, которые могут носить инклюзивный и эксклюзивный характер. Инклюзивные конституционные ценности (достоинство личности, равноправие, права человека) объединяют интересы всех членов сообщества, эксклюзивные защищают этническую, религиозную самобытность доминирующей группы населения. В качестве примера последних можно привести положения Основного закона Венгрии, вступившего в действие 1 января 2012 г., в преамбуле которого обозначены эксклюзивные ценности, связанные с принадлежностью к христианской религии и доминирующей этнической группе[38].

Так, после принятия седьмой поправки, вступившей в действие 29 июня 2018 г.[39], Основной закон Венгрии был дополнен положениями об основополагающем обязательстве государства защищать свою самоидентификацию[40], уходящую корнями в историческую конституцию[41] (преамбула Основного закона, ст. 1 седьмой поправки к Основ-

---

[37] См.: *Brodsky J.* Czech Identity and Returning to Europe // Sien Quarterly. 2003–2004. No. 1–2. P. 18.

[38] Первая попытка внесения соответствующих изменений в конституцию была предпринята правительством В. Орбана еще в 2016 г., однако для утверждения поправки парламентом 8 ноября 2016 г. не хватило двух голосов, поскольку его не поддержали другие партии. 20 июня 2018 г. седьмая поправка была одобрена в парламенте голосами представителей правительственной коалиции и оппозиционной националистической партии «За лучшую Венгрию».

[39] См.: The Government of Hungary. Bill number T/332 Seventh Amendment of Basic Law of Hungary. Rapporteur: Dr. Lásló Trócsányi, Minister of Justice. Budapest, May 2018. URL: https://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/T332-Constitution-Amendment-29-May-2018-ENG.pdf (дата обращения: 15.10.2018).

[40] В решении № 22 от 5 декабря 2016 г. Конституционный суд Венгрии признал, что конституционная идентичность равнозначна конституционной самоидентификации страны. См.: Decision 22/2016. (XII.5) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law. URL: http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Ungheria _30novembre2016.pdf (дата обращения: 15.01.2019).

[41] Совокупность правовых актов, принятых в разное время, включая Золотую Буллу 1222 г., которые никогда не составляли единую конституционную систему, но рассматриваются в качестве символа суверенитета и независимости страны. В доктрине отсутствует единство в отношении значения исторической конституции. Одни комментаторы полагают, что она играет сугубо символическую роль в толковании Основного закона, другие считают, что она может способствовать возвращению характерных для венгерской конституционной культуры прецедентов

ному закону), а также об обязанности всех государственных органов защищать самоидентификацию страны (ч. 4 ст. R Основного закона, ст. 3 седьмой поправки к Основному закону).

На конституционном уровне было уточнено также, что осуществление Венгрией отдельных полномочий совместно с другими государствами-членами через институты ЕС должно сообразовываться с предусмотренными в конституции основными правами и свободами и не может ограничивать неотчуждаемые полномочия принимать решения в отношении территориальной целостности, населения, формы правления и организации государства (ч. 2 ст. E Основного закона, ст. 2 седьмой поправки к Основному закону). Внесение последнего положения обосновывалось в пояснительном докладе тем, что Европейский союз как сообщество, имеющее общие законы и ценности, уважает конституционную идентичность государств-членов и их независимое право принятия решений по наиболее важным вопросам своей государственности. Определение национальной идентичности, по мнению авторов поправки, — это основополагающее и бесспорное право государства и его политического сообщества, поэтому закрепление некоторых элементов национальной идентичности на конституционном уровне имеет существенное значение.

Принятие соответствующих положений осуществлялось в рамках противодействия исполнению решения институциональных структур ЕС о введении квот на размещение мигрантов на территории государств — членов Союза[42]. Как отмечалось в пояснительной

и традиций (см.: *Frőhlich J.*, *Csink L.* Topics of Hungarian Constitutionalism // Tijdsch riftvoorconstitutioneelrecht. 2012. No. 4. P. 433).

[42] Как отмечают эксперты, миграционный кризис 2015 г. продемонстрировал нетерпимость венгерского правительства к представителям иной религии и культуры. Премьер-министр страны В. Орбан неоднократно заявлял о том, что христианская культура является объединительной силой государства, и Венгрия будет либо христианской, либо ее не будет вообще. Массовые перемещения лиц и кризис с беженцами он рассматривал в качестве кризиса либеральной идентичности: «В течение многих лет мы говорили им, что “мир — глобальная деревня”,... мы говорили об универсальных правах человека, на которые каждый имеет право. Мы насаждали им нашу идеологию: свобода — это самое важное, говорили мы. Мы обрушивались на тех, кто не принимал нашу идеологию...Мы создали Интернет, мы объявили свободу информации и сказали им, что любой человек должен иметь к нему доступ. Мы посылали им наши мыльные оперы. Они смотрели, как мы живем... Мы посылали звезд наших телесериалов в их дома. Они теперь думают, что наше виртуальное пространство — это и их пространство и что в этом виртуальном пространстве любой может встретить кого-то другого... Эти люди, частично из-за того, что их склоняли к нашей культуре или ее им навязывали, больше не

записке к законопроекту, внесение поправки было направлено на защиту национального суверенитета и запрет расселения иностранцев в Венгрии.

Результаты опросов о взаимосвязи модернизации и демократии показывают, что историческое и религиозное наследие оставляет длительный след. И если в обществах, являвшихся ранее преимущественно индустриальными, предпочтение отдается светскости, космополитизму, автономии и рациональности, то в обществах, являвшихся ранее преимущественно аграрными, особое значение придается религии, национальной гордости, уважению властей, покорности[43]. И национальные власти умело этим пользуются, в частности в Венгрии.

Однако венгерская ситуация является скорее исключением, чем общим правилом. В большинстве случаев ценности и принципы, составляющие идентичность страны, определяются посредством интерпретации конституционных положений органами конституционного контроля. Как отмечается в литературе, понятие конституционной идентичности обычно связывают с тем, что является существенным и определяющим, стабильным, постоянным и даже неизменяемым в конституции; тем, что значимо для формирования данного политического сообщества. Элементы конституционной идентичности являются настолько важными для конституции страны, что их изменение означает не просто внесение поправок, а настоящую революцию[44].

Как правило, в данном контексте необходимо обращать внимание на содержание преамбул, так называемых защищенных конституционных положений — неизменяемых статей, и статей, поправки в которые вносятся в особом порядке. Вместе с тем положения учредительных актов, определяющие конституционную идентичность, не могут сводиться только к защищенным положениям, поскольку они предусмотрены не во всех учредительных актах. Так, в государствах — чле-

---

привязаны к собственной земле и своему прошлому». См.: *Halmai G.* Fidesz and Faith: Ethno-Nationalism in Hungary // Verfassungsblog. 29 June 2018. URL: https://verfassungsblog.de/fidesz-and-faith-ethno-nationalism-in-hungary/ (дата обращения: 17.03.2019).

[43] Подробнее см.: *Inglehart R.*, *Welzel C.* Changing Mass Priorities: The Link between Modernization and Democracy // Perspectives on Politics. 2010. Vol. 8. No. 2. P. 551–567.

[44] См.: *Marti J.L.* Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution and Identity of the People // National Constitutional Identity and European Integration / Ed. by A.S. Arnáiz, C. Alcoberro. Cambridge, 2013. P. 20.

нах ЕС неизменяемые положения есть только в конституциях Греции (ст. 110), Италии (ст. 139), Кипра (ст. 182), Португалии (ст. 288), Румынии (ст. 148), Франции (ст. 89), Чехии (ст. 9).

Содержание конституционной идентичности, по мнению некоторых авторов[45], можно определять и от противного, отталкиваясь от положений учредительных актов ЕС. Конституционно чувствительные для государств вопросы выявляются путем установления тех предметов регулирования, в отношении которых было признано допустимым осуществление продвинутого сотрудничества[46], действует принцип единогласия при принятии решений[47], а также в отношении которых национальные парламенты ссылались на собственную конституционную идентичность в заключениях, представленных в рамках механизмов раннего предупреждения[48].

---

[45] См.: *Faraguna P.* Differentiated Integration and Constitutional Identity. International Society of Public Law (ICON'S) 2015 Conference "Public Law in an Uncertain World". New York University School of Law, 1–3 July 2015 // Academia.edu. URL: https:// www.academia.edu/ 13537759/ Differentiated_Integration_and_Constitutional_ Identity_-_ICONS2015_ Presentation_Draft (дата обращения: 28.07.2018).

[46] Согласно ст. 20 Договора о ЕС такое сотрудничество не менее девяти из 28 государств-членов возможно в рамках неисключительной компетенции Союза, если преследуемые цели не могут быть достигнуты Союзом в целом в разумные сроки. Этот механизм применяется в тех случаях, когда предложение блокируется конкретной страной или отдельными странами, которые не хотят участвовать в соответствующей инициативе. Продвинутое сотрудничество носит открытый характер, и на любой стадии к нему могут присоединиться другие государства — члены ЕС. В настоящее время механизм продвинутого сотрудничества действует в отношении создания специализированного патентного суда и европейской прокуратуры, разводов и режима собственности пар, состоящих в смешанных браках, налога на финансовые трансакции. См.: URL: https:// ec.europa.eu/commission/ sites/beta-political/files/enhanced_cooperation_-_already_a_reality_ in _the_eu_1.pdf (дата обращения: 07.10.2017).

[47] Принцип единогласия применяется в отношении таких вопросов, как: внешняя политика, оборона и безопасность; налогообложение; уголовное право и процесс; гражданство и связанные с ним права; социальное обеспечение; запрет дискриминации; семейное право; отдельные аспекты экологической политики и политики в отношении энергетики; права собственности.

[48] В соответствии с системой раннего предупреждения любой парламент или его палата, получив проект законодательного акта Союза, может в течение восьми недель направить мотивированное заключение в адрес председателей Европейского парламента, Совета и Комиссии с обоснованием несоответствия проекта принципу субсидиарности (ст. 3 Протокола о роли национальных парламентов в Европейском союзе, ст. 6 и 7 Протокола о применении принципов субсидиарности и пропорциональности).

В литературе неоднократно отмечалось, что и конституция, и конституционализм по-разному понимаются в различных государствах Европы[49]. Это проявляется и в подходах к взаимоотношениям европейского и национального правопорядков, правовой аргументации при рассмотрении вопросов, связанных с концепцией конституционной идентичности.

При этом необходимо учитывать, что до сих пор определенную позицию в отношении содержания своей конституционной идентичности высказали органы конституционного контроля лишь некоторых стран (Франция, Германия, Польша, Венгрия), хотя эта концепция применяется в практике конституционных судов и других государств — членов ЕС (Испания, Италия, Бельгия, Чехия и Словакия).

Считается общепризнанным, что наиболее разработанные правовые позиции в данной сфере сформулировал Федеральный конституционный суд Германии; они служат ориентиром для судей конституционных судов других государств — членов ЕС[50]. Еще в решении от 29 мая 1974 г. по делу Соланж I Федеральный конституционный суд Германии признал, что ст. 24 Основного закона, связанную с передачей суверенных прав межгосударственным институтам, нельзя рассматривать как открывающую дорогу для пересмотра основополагающей структуры Основного закона, формирующей основу идентичности страны[51]. В деле Соланж II Федеральный конституционный суд отметил, что, передавая полномочия международным организациям, Германия не должна отказываться от идентичности действующего конституционного порядка, нарушая его базовые конструкции и составляющие его структуры[52].

В известном Лиссабонском решении Федерального конституционного суда Германии от 30 июня 2009 г., связанном с ратификацией этого Договора и разработкой национальных актов об имплементации

---

[49] См., например: *Weiler J.H.H.* On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography. P. 181–182.

[50] См.: *Blagojević A.* Procedures Regarding National Identity Clause in the National Constitutional Court's and the CJEU's Case-Law // Procedural Aspects of EU Law / Ed. by D. Duić, T. Petrašević. Osijek, 2017. P. 235.

[51] BVerfGE37, 271 2 BvL 52/71 Solange I-Beschluß // Bundesverfassungsgericht. URL: https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=588 (дата обращения: 24.04.2017).

[52] См.: BVerfGE73, 339 2 BvR197/83 Solange II-decision // Bundesverfassungsgericht. URL: https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=572 (дата обращения: 28.10. 2018).

его положений, подчеркивалось, что интеграция в свободное сообщество предполагает готовность к совместным действиям и признание автономного мнения, формируемого совместно, однако она не требует подчинения, свободного от каких-либо конституционных ограничений и контроля, или отказа от собственной идентичности (п. 228).

Особо чувствительными для способности конституционного государства демократически формировать себя Федеральный конституционный суд признал: 1) решения, касающиеся уголовного и уголовно-процессуального права; 2) решения, связанные с осуществлением монополии на использование силы полицией внутри страны и военными за ее пределами; 3) основополагающие финансовые решения о публичных доходах и расходах, особенно мотивированные соображениями социальной политики; 4) решения о формировании условий жизни в социальном государстве; 5) решения по вопросам особого культурного значения, например, в области семейного права, школ и образования, контактов с религиозными сообществами (п. 252).

Таким образом, термин «конституционная идентичность» используется в Германии для обозначения незыблемого ядра Основного закона страны, которое должны уважать не только немецкие политики, но и институты ЕС[53]. Защита этого ядра носит абсолютный характер. Защищая ключевые принципы конституционного устройства, Федеральный конституционный суд рассматривает конституционную идентичность в диахронном значении как преемственность в развитии[54].

Во Франции в решении n° 2006–540 DC от 27 июля 2006 г.[55] Конституционный совет отмечал, что имплементация директивы ЕС не может порождать противоречия с правилами и принципами, составляющими конституционную идентичность страны, если органы государственной власти не дали на это согласие[56] (п. 19). В свою очередь, Государственный совет Франции в решении от 8 февраля 2007 г.

---

[53] См.: *Reestman J.-H.* The Franco-German Constitutional Divide. Reflections on National and Constitutional Identity // European Constitutional Law Review. 2009. No. 5. P. 375.

[54] Ibid. P. 388–389.

[55] The Constitutional Council Decision n° 2006-540 DC dated July 27th 2006 // Conseil Constitutionnel. URL: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/ download/2006540DCen 2006_540dc.pdf (дата обращения: 24.04.2017).

[56] В соответствии со сложившейся практикой во Франции вносят поправки в Конституцию, чтобы наиболее точно адаптировать ее нормы к изменениям учредительных актов ЕС, если они вступают в противоречие с условиями осуществления национального суверенитета.

предложил более широкую трактовку, признав, что неприменение вторичного права ЕС допустимо не только при наличии специфичного для Франции конституционного положения или принципа, но и тогда, когда различаются степень или сфера защиты положения или принципа, закрепленного в европейском и национальном правопорядках[57]. Как отмечается в литературе, в отличие от Германии, во Франции Конституционный совет защищает конституционную идентичность в синхронном значении как специфическую индивидуальность страны по отношению к Европейскому союзу. Весьма показательно, что эта защита носит относительный характер[58].

В силу особенностей исторического развития и географического положения государств Центральной и Восточной Европы вопросы, связанные с формированием политического сообщества и его самоидентификацией, играли ключевую роль в процессе конституирования новой государственности в странах этого региона[59]. Для государств, «возвращающихся в Европу», сохранение своей конституционной идентичности в рамках наднационального объединения имело особое значение.

Осуществление конституционным судом проверки соблюдения институциональными структурами ЕС принципа уважения конституционной идентичности государств-членов предусмотрено в Германии, Чехии, Словакии и Венгрии. При этом существуют определенные различия в подходах. В отличие от Германии в новых странах ЕС проверка не ограничивается только защищенными статьями конституции; в значительной степени она ориентирована на этнокультурные аспекты (исторические события и традиции) и не предполагает установление четких критериев для выделения значимых для идентичности ценностей и принципов; в процессе проверки абсолютизируется национальная специфика и отсутствуют упоминание о приверженности европейской интеграции, ссылки на европейские акты и толкование Суда ЕС[60].

Как отмечали польские авторы, концепция конституционной идентичности использовалась органами публичной власти их страны в качестве инструмента сопротивления, а не сотрудничества, и такое

---

[57] См.: *Reestman J.-H.* Op. cit. P. 387.

[58] Ibid. P. 388–389.

[59] См.: *Batt J.* European Identity and National Identity in Central and Eastern Europe // Interlocking Dimensions of European Integration / Ed. by H. Wellace. London, 2001. P. 247–262.

[60] См.: *Kovács K.* The Rise of Ethnocultural Constitutional Identity in the Jurisprudence of the East Central European Courts // German Law Journal. 2017. Vol. 18. No. 7. P. 1716–1718.

упорство в отстаивании национальной идентичности можно рассматривать как отсутствие лояльности во взаимоотношениях с европейскими институциональными структурами[61].

По мнению венгерских специалистов, опыт их страны показывает: все, что угодно, может быть оформлено в виде конституционной идентичности, защищаемой ч. 2 ст. 4 Договора о Европейском союзе, начиная от атак на образовательные учреждения и неправительственные организации как на «иностранных агентов» и «угрозу государства» и вплоть до ненадлежащего обращения с лицами, ищущими убежище.

В решении № 22 от 5 декабря 2016 г. Конституционный суд Венгрии признал, что конституционная идентичность равнозначна конституционной самоидентификации страны. Ее содержание должен определять Конституционный суд в процессе рассмотрения конкретных дел. Конституционная идентичность не предполагает исчерпывающий перечень определенных ценностей, но включает в себя, в частности, свободу, разделение властей, республиканскую форму правления, уважение предусмотренных в публичном праве автономий, свободу религии, законность, парламентаризм, равенство перед законом, признание самостоятельности судебной власти, защиту национальных групп. Конституционная идентификация страны рассматривается Конституционным судом как фундаментальная ценность, которая была не создана, а только признана Основным законом, поэтому ее нельзя отменить международным договором. До тех пор пока страна обладает суверенитетом, защита конституционной самоидентификации страны относится к компетенции Конституционного суда[62].

4. Заключение

Проблема конституционной идентичности — одна из самых обсуждаемых в зарубежной юридической литературе. По мнению экспертов, становится модным защищать собственную национальную идентичность, подчеркивая свою конституционную специфику[63].

---

[61] См.: *Śledzińska-Simon A.*, *Ziółkowski M.* Constitutional Identity of Poland: Is the Emperor Putting On the Old Clothes of Sovereignty? P. 9 // SSRN. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997407 (дата обращения: 15.01.2019).

[62] См.: *Halmai G.* Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity // Verfassungsblog. 10 January 2017. URL: http://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/ (дата обращения: 11.04.2017).

[63] См.: *Weiler J.H.H.* On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography // International Journal of Constitutional Law. 2005. Vol. 3. Iss. 2–3. P. 184.

Это обусловлено и объективными причинами, связанными с формированием наднационального уровня публичной власти, участием государств в деятельности межгосударственных объединений. Данная проблема особо актуальна для Европейского союза, членство в котором обусловлено приверженностью определенным ценностям, которые выводятся из единых для всех государств-членов конституционных традиций.

Поскольку решения институциональных структур ЕС могут быть реализованы только посредством действий национальных органов публичной власти, между Судом ЕС и национальными конституционными судами постоянно идет диалог в целях взаимодействия и адаптации национальных правопорядков и права ЕС, предполагающий как сотрудничество, так и определенное соперничество[64]. Это проявляется и в отношении реализации концепций национальной и конституционной идентичности, первая из которых закрепляется в праве ЕС, вторая находит выражение в доктрине и практике органов публичной власти государств — членов Союза.

Негативное развитие ситуации с защитой национальной идентичности в некоторых «новых» государствах — членах ЕС, по мнению ряда исследователей, ставит на повестку дня вопрос об установлении правовых и институциональных пределов в отношении признания национальной идентичности государства-члена[65]. Кроме того, возникает необходимость в разработке правовых механизмов для преодоления противоречий.

Одни авторы полагают, что для предотвращения конфликтов национальные суды могли бы обращаться в Суд ЕС в преюдициальном порядке до вынесения решения в отношении конституционной идентичности, используя возможности судейского диалога и внешнего контроля Суда ЕС. Такие запросы позволяли бы сформулировать вопросы конституционного характера, вызывающие озабоченность в государствах — членах Союза, и канализировать их; донести до институциональных структур Союза информацию о конституционных традициях страны; представить Суду ЕС более разнообразную аргументацию; теснее увязать практику национальных судов с практикой Суда ЕС[66].

---

[64] *См.: Koncewicz T.T.* Op. cit. P. 197–199.

[65] См.: *Kőrtvélyesi Z.*, *Majtènui B.* Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary // German Law Journal. 2017. Vol. 18. No. 7. P. 1743, 1732.

[66] См.: *Koncewicz T.T.* Op. cit. P. 211–212.

Другие исследователи считают, что с учетом неопределенности содержания национальной идентичности для ее защиты более адекватны иные правовые механизмы (продвинутое сотрудничество, голосование против при вынесении решения институциональными структурами ЕС на основании принципа единогласия, использование системы раннего предупреждения, предусматривающей мониторинг национальными парламентами возможных нарушений принципа субсидиарности в ходе разработки европейского законодательства). Возможно также учреждение специального органа — Трибунала по разрешению европейских противоречий в составе судей конституционных и верховных судов государств — членов ЕС под руководством председателя Суда ЕС, в который могли бы обращаться как институциональные структуры ЕС, так и государства-члены в случае исчерпания всех имеющихся средств для урегулирования спора. Если государство — член ЕС не будет удовлетворено решением Трибунала, то оно может передать спор на рассмотрение Европейского совета. Если и в этом органе не удастся достичь соглашения, приемлемого для всех сторон, то государству — члену Союза должно быть разрешено отступить от положений вторичного европейского законодательства[67].

В любом случае в современных правовых реалиях разрешение споров о конституционной идентичности должно осуществляться путем поиска точек соприкосновения как основы для диалога между институциональными структурами ЕС и национальными органами публичной власти. При этом, как отмечается в литературе, такой диалог должен идти на равных (это не всегда предполагает приятную беседу, возможна и горячая дискуссия, порождаемая существующими конфликтами), он исключает «оборонительный конституционализм», когда «конституционный суд говорит с миром, не слушая, с каким посланием мир обращается к нему»[68].

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Arrebola C., *Maurício A.J.*, *Portilla H.J.* An Econometric Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union // Cambridge Journal of International and Comparative Law. 2016. Vol. 5. Iss. 1. P. 82–112. DOI: 10.4337/cilj.2016.01.05

Batt J. European Identity and National Identity in Central and Eastern Europe // Interlocking Dimensions of European Integration / Ed. by H. Wellace. London: Palgrave Macmillan, 2001. P. 247–262. DOI: 10.1057/9780230514

[67] См.: *Faraguna P.* Differentiated Integration and Constitutional Identity.

[68] *Koncewicz T.T.* Op. cit. P. 214, 212.

Blagojević A. Procedures Regarding National Identity Clause in the National Constitutional Court's and the CJEU's Case-Law // Procedural Aspects of EU Law / Ed. by D. Duić, T. Petrašević. Osijek: University Josip Juraj Strossmayer of Osijek Faculty of Law, 2017. P. 210–237. DOI: 10.25234/eclic/6529

Bogdandy A., *Schill S.* Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty // Common Market Law Review. 2011. Vol. 48. No. 5. P. 1417–1453.

Brodsky J. Czech Identity and Returning to Europe // Sien Quarterly. 2003–2004. No. 1–2. P. 9–22.

Dobbs M. The Shifting Battleground of Article 4(2) TEU: Evolving National Identities and the Corresponding Need for EU Management? // European Journal of Current Legal Issues. 2015. Vol. 21. No. 2. URL: http://webjcli.org/article/ view/ 395/560 (дата обращения: 24.03.2019).

Faraguna P. Differentiated Integration and Constitutional Identity. International Society of Public Law (ICON'S) 2015 Conference "Public Law in an Uncertain World". New York University School of Law, 1–3 July 2015 // Academia.edu. URL: https://www.academia.edu/ 13537759/ Differentiated_Integration_and_Constitutional_Identity_-_ICONS2015_ Presentation _Draft (дата обращения: 28.07.2018).

Faraguna P. L'identità nazionale nell' Unione europea come problema e come soluzione // Il Mulino. 2015. No. 5. P. 866–875.

Frőhlich J., *Csink L.* Topics of Hungarian Constitutionalism // Tijdschriftvoorconsti tutioneelrecht. 2012. No. 4. P. 424–439.

Halmai G. Fidesz and Faith: Ethno-Nationalism in Hungary // Verfassungsblog. 29 June 2018. URL: https:// verfassungsblog.de/fidesz-and-faith-ethno-nationalism-in-hungary/ (дата обращения: 17.03.2019). DOI: 10.17176/20180629-091745-0

Halmai G. Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity // Verfassungsblog. 10 January 2017. URL: http://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/ (дата обращения: 11.04.2017).

Inglehart R., *Welzel C.* Changing Mass Priorities: The Link between Modernization and Democracy // Perspectives on Politics. 2010. Vol. 8. No. 2. P. 551–567. DOI: 10.1017/S1537592710001258

Karakamisheva-Jovanovska T. Macedonian Constitutional Identity: Lost in Translation or Lost in Transition? Paper for the IXth World Congress "Constitutional Challenges: Global and Local" in Oslo 16–20 June 2014 // Academia.edu. URL: https:// www.academia.edu/ 8372637/ MACEDNIAN_CONSTITUTIONAL_IDENTITY_LOST_IN_TRANSLATION_OR_LOST_ IN_TRANSITION (дата обращения: 08.10.2018).

Koncewicz T.T. Constitutional Identity in the European Legal Space and the Comity of Circumspect Constitutional Courts // Gdańskie Studia Prawnicze. 2015. T. XXXIII. P. 195–215.

Kovács K. The Rise of Ethnocultural Constitutional Identity in the Jurisprudence of the East Central European Courts // German Law Journal. 2017. Vol. 18. No. 7. P. 1703–1720. DOI: 10.1017/s2071832200022501

Kőrtvélyesi Z., *Majtènui B.* Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary // German Law Journal. 2017. Vol. 18. No. 7. P. 1721–1744. DOI: 10.1017/s2071832200022513

Kumm M., *Comella V.F.* The Primacy Clause and the Future of the Constitutional Conflict in the European Union // International Journal of Constitutional Law. 2005. Vol. 3. Iss. 2–3. P. 473–492. DOI: 10.1093/icon/moi029

Larsen S.R., *Wilkinson M.A.* Constitutional Identity and Constitutional Difference in the Federation: What Lessons Can Be Learned from the East-Central Europe // Happy Little Accidents. URL: http://happy-little-accidents.de/web_projekte/icons2017/98.html (дата обращения: 23.02.2019).

Marti J.L. Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution and Identity of the People // National Constitutional Identity and European Integration / Ed. by A.S. Arnáiz, C. Alcoberro. Cambridge: Intersentia, 2013. P. 17–36.

Polišenska M. Czech National Identity and the European Constitution: A Chance and/or a Challenge (a Historical Perspective) // European Constitution and European Integration / Ed. by Ch.-K. P. Tzou. Taipei: Tamkang University, 2005. P. 101–117.

Polzin M. Constitutional Identity as a Construed Reality and a Restless Soul // German Law Journal. 2017. Vol. 18. No. 7. P. 1595–1616. DOI: 10.1017/s2071832200022458

Reestman J.-H. The Franco-German Constitutional Divide. Reflections on National and Constitutional Identity // European Constitutional Law Review. 2009. Vol. 5. Iss. 3. P. 374–390. DOI: 10.1017/S1574019609003745

Rzotkiewicz M. National Identity as a General Principle of EU Law and its Impact on the Obligation to Recover Aid // Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies. 2016. Vol. 9. No. 13. P. 43–60.

Ruggeri A. Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimitti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici) // URL: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wpcontent/uploads/pre_2006/223.pdf. (дата обращения: 24.12.2018).

Sajo A. National Identity and the European Court of Human Rights: Margin of Appreciation or Populism á la carte? // Happy Little Accidents. URL: http://happy-little-accidents.de/web_projekte/ icons2017/98.html (дата обращения: 23.02.2019)

Śledzińska-Simon A., *Ziółkowski M.* Constitutional Identity of Poland: Is the Emperor Putting on the Old Clothes of Sovereignty? // SSRN. 11 July 2017. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997407 (дата обращения: 15.01.2019). DOI: 10.2139/ssrn.2997407

Smerdel B. Quest of a Doctrine: Croatian Constitutional Identity in the European Union // Zbornik Pravnog faculteta v Zagrebu. 2014. Vol. 64. No. 4. P. 512–534.

Weatherill S. Distinctive Identity Claims, Article 4(2) TEU (and a Fleetingly Sad Nod to Brexit) // Croatian Yearbook of European Law and Policy. 2016. Vol. 12. P. VII–XIII.

Weiler J.H.H. On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography // International Journal of Constitutional Law. 2005. Vol. 3. Iss.2–3. P. 173–190. DOI: 10.1093/icon/moi015

REFERENCES

Arrebola, C., Maurício, A.J. and Portilla, H.J. (2016). An Econometric Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 5(1), pp. 82–112. DOI: 10.4337/cilj.2016.01.05

Batt, J. (2001). European Identity and National Identity in Central and Eastern Europe. In: H. Wellace, ed. *Interlocking Dimensions of European Integration*. London: Palgrave Macmillan, pp. 247–262. DOI: 10.1057/9780230514

Blagojević, A. (2017). Procedures Regarding National Identity Clause in the National Constitutional Court's and the CJEU's Case-Law. In: D. Duić and T. Petrašević, eds. *Procedural Aspects of EU Law*. Osijek: University Josip Juraj Strossmayer of Osijek Faculty of Law, pp. 210–237. DOI:10.25234/eclic/6529

Bogdandy, A. and Schill, S. (2011). Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, 48(5), pp. 1417–1453.

Brodsky, J. (2003–2004). Czech Identity and Returning to Europe. *Sien Quarterly*, (1–2), pp. 9–22.

Dobbs, M. (2015). The Shifting Battleground of Article 4(2) TEU: Evolving National Identities and the Corresponding Need for EU Management? *European Journal of Current Legal Issues*, [online]21(2). Available at: http://webjcli.org/article/ view/ 395/560 [Accessed 24 March 2019].

Faraguna, P. (2015). *Differentiated Integration and Constitutional Identity*. International Society of Public Law (ICON'S) 2015 Conference "Public Law in an Uncertain World". New York University School of Law, 1–3 July 2015.[online] Academia.edu. Available at: https://www.academia.edu/ 13537759/ Differentiated_Integration_and_Constitutional_ Identity _-_ICONS2015_ Presentation _Draft [Accessed 28 July 2018].

Faraguna, P. (2015). L'identità nazionale nell' Unione europea come problema e come soluzione. *Il Mulino*, (5), pp. 866–875. (in It.).

Fröhlich, J. and Csink, L. (2012). Topics of Hungarian Constitutionalism. *Tijdschrift voorconstitutioneelrecht*, (4), pp. 424–439.

Halmai, G. (2018). *Fidesz and Faith: Ethno-Nationalism in Hungary*. [online] Verfassungsblog. Available at: https:// verfassungsblog.de/fidesz-and-faith-ethno-nationalism-in-hungary/ [Accessed 17 March 2019]. DOI: 10.17176/20180629-091745-0

Halmai, G. (2017). *Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*. [online] Verfassungsblog. Available at: http://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/[Accessed 11 April 2017].

Inglehart, R. and Welzel, C. (2010). Changing Mass Priorities: The Link between Modernization and Democracy. *Perspectives on Politics*, 8(2), pp. 551–567. DOI:10.1017/ S1537592710001258

Karakamisheva-Jovanovska, T. (2014). *Macedonian Constitutional Identity: Lost in Translation or Lost in Transition?* Paper for the IXth World Congress "Constitutional Challenges: Global and Local" in Oslo 16–20 June 2014.[online]Academia.edu. Available at: https:// www.academia.edu/ 8372637/ MACEDNIAN_CONSTITUTIONAL_IDENTITY_ LOST_IN_TRANSLATION_OR_LOST_ IN_TRANSITION [Accessed 8 October 2018].

Koncewicz, T.T. (2015). Constitutional Identity in the European Legal Space and the Comity of Circumspect Constitutional Courts. *Gdańskie Studia Prawnicze*, XXXIII, pp. 195–215.

Kovács, K. (2017). The Rise of Ethnocultural Constitutional Identity in the Jurisprudence of the East Central European Courts. *German Law Journal*, 18(7), pp. 1703–1720. DOI: 10.1017/s2071832200022501

Körtvélyesi, Z. and Majténui, B. (2017). Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary. *German Law Journal*, 18(7), pp. 1721–1744. DOI: 10.1017/s2071832200022513

Kumm, M. and Comella, V.F. (2005). The Primacy Clause and the Future of the Constitutional Conflict in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, 3(2–3), pp. 473–492. DOI: 10.1093/icon/moi029

Larsen, S.R. and Wilkinson, M.A. (2017).*Constitutional Identity and Constitutional Difference in the Federation: What Lessons Can Be Learned from the East-Central Europe*. [online] Happy Little Accidents. Available at: http://happy-little-accidents.de/web_projekte/ icons2017/98.html [Accessed 23 February 2019].

Marti, J.L. (2013). Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution and Identity of the People. In: A.S. Arnáiz and C. Alcoberro, eds. *National Constitutional Identity and European Integration*. Cambridge: Intersentia, pp. 17–36.

Polišenska, M. (2005). Czech National Identity and the European Constitution: A Chance and/or a Challenge (a Historical Perspective). In: Ch.-K. P. Tzou, ed. *European Constitution and European Integration*. Taipei: Tamkang University, pp. 101–117.

Polzin, M. (2017). Constitutional Identity as a Construed Reality and a Restless Soul. *German Law Journal*, 18(7), pp. 1595–1616. DOI: 10.1017/s2071832200022458

Reestman, J.-H. (2009). The Franco-German Constitutional Divide. Reflections on National and Constitutional Identity. *European Constitutional Law Review*, 5(3), pp. 374–390. DOI: 10.1017/S1574019609003745

Rzotkiewicz, M. (2016). National Identity as a General Principle of EU Law and its Impact on the Obligation to Recover Aid. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 9(13), pp. 43–60.

Ruggeri, A. (2006).*Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimitti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*. [online].Available at: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wpcontent/ uploads/pre_2006/223.pdf. [Accessed 24 December 2018]. (in It.).

Sajo, A. (2017).*National Identity and the European Court of Human Rights: Margin of Appreciation or Populism á la carte?* [online]Happy Little Accidents. Available at: http://happy-little-accidents.de/web_projekte/ icons2017/98.html [Accessed 23 February 2019].

Śledzińska-Simon, A. and Ziółkowski, M. (2017). *Constitutional Identity of Poland: Is the Emperor Putting on the Old Clothes of Sovereignty?* [online] SSRN. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997407 [Accessed 15 January2019]. DOI: 10.2139/ssrn.2997407

Smerdel, B. (2014). Quest of a Doctrine: Croatian Constitutional Identity in the European Union. *Zbornik Pravnog faculteta v Zagrebu*, 64(4), pp. 512–534.

Weatherill, S. (2016). Distinctive Identity Claims, Article 4(2) TEU (and a Fleetingly Sad Nod to Brexit). *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 12, pp. VII–XIII.

Weiler, J.H.H. (2005). On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography. *International Journal of Constitutional Law*, 3(2–3), pp. 173–190. DOI: 10.1093/icon/moi015

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Васильева Татьяна Андреевна — доктор юридических наук, доцент, главный научный сотрудник, исполняющая обязанности заведующего сектором прав человека Института государства и права РАН.

AUTHOR'S INFO:

Tatiana A. Vasilieva — Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Chief Research Fellow, Acting Head of the Human Rights Department, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Васильева Т.А. Суд ЕС и конституционные суды государств — членов Европейского союза в поисках конституционной идентичности // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 2. С. 32–58. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-vasilieva

CITATION:

Vasilieva, T.A. (2019). The Court of Justice of the EU and Constitutional Courts of EU Member States in Search of Constitutional Identity. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 14(2), pp. 32–58. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-vasilieva

ЕЛЕНА АЛЕКСАНДРОВНА СОРОКИНА

Институт государства и права Российской академии наук
119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, д. 10
E-mail: sorokina_ea@mail.ru
SPIN-код: 3248-5351
ORCID: 0000-0002-6618-8574

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-sorokina

ПРЕЮДИЦИАЛЬНАЯ ПРОЦЕДУРА КАК ИНСТРУМЕНТ СОТРУДНИЧЕСТВА МЕЖДУ СУДОМ ЕС И КОНСТИТУЦИОННЫМИ СУДАМИ ГОСУДАРСТВ — ЧЛЕНОВ СОЮЗА

Аннотация. Преюдициальная процедура, предусмотренная в ст. 267 Договора о функционировании Европейского союза, оказала значительное влияние на развитие права ЕС. Она позволяет обеспечивать единообразное толкование и применение положений права ЕС во всех государствах-членах и является важным элементом сохранения единства европейской правовой системы

Эффективность преюдициальной процедуры зависит прежде всего от готовности национальных судов к сотрудничеству. В настоящее время налажено эффективное сотрудничество между Судом ЕС и национальными судами общей юрисдикции. Однако во взаимоотношениях между Судом ЕС и конституционными судами государств-членов существуют определенные сложности, хотя именно эти суды играют существенную роль в разработке конституционных аспектов европейской интеграции. В течение долгого времени большинство конституционных судов отрицало или не использовало возможность направления преюдициальных запросов в Суд ЕС, но постепенно они стали пересматривать свою позицию.

Направление наиболее авторитетными органами конституционного контроля государств — членов Союза — Федеральным конституционным судом Германии и Конституционным судом Италии — преюдициальных запросов в Суд ЕС свидетельствует об их намерении сотрудничать в решении сложных проблем. При этом Суд ЕС также демонстрирует готовность к сотрудничеству с национальными конституционными судами даже в тех случаях, когда основания для преюдициальных запросов не являются бесспорными. Суд ЕС внимательно относится к доводам национальных конституционных судов относительно особенностей национальных правопорядков и стремится предоставить содержательное толкование положений европейского права.

Вынесение Судом ЕС решений по преюдициальным запросам, которым следуют, хотя и с определенными оговорками, конституционные суды государств — членов Союза, является важным вкладом в развитие конструктивного межсудебного сотрудничества. Вместе с тем вряд ли можно ожидать, что взаимодействие

Суда ЕС с органами конституционного контроля будет развиваться столь же динамично, как и с судами общей юрисдикции.

Ключевые слова: право ЕС, Суд ЕС, государства — члены ЕС, органы конституционного контроля, преюдициальная процедура, преюдициальные запросы, судебный диалог, судебное сотрудничество

ELENA A. SOROKINA

Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences
10, Znamenka str., Moscow 119019, Russian Federation
E-mail: sorokina_ea@mail.ru
ORCID: 0000-0002-6618-8574

PRELIMINARY RULING PROCEDURE AS A TOOL OF COOPERATION BETWEEN THE COURT OF JUSTICE OF THE EU AND NATIONAL CONSTITUTIONAL COURTS

Abstract. The preliminary ruling procedure as stipulated in Article 267 of the Treaty on European Union has significantly affected the development of EU law. It enables to ensure convergent interpretation and application of EU law provisions in all Member States and serves as a basic element of preserving convergence of the European legal system.

The efficiency of the preliminary ruling procedure primarily depends on readiness of national courts for cooperation.

Currently, the efficient cooperation has been established between the Court of Justice of the EU and national courts of general jurisdiction. However, there are certain complexities in relationships between the Court of Justice and national constitutional courts, although these particular courts play an instrumental role in the development of the constitutional aspects of European integration. Over a long time period, the majority of constitutional courts rejected or failed to employ a possibility of submitting requests for a preliminary ruling to the Court of Justice, however, step by step they started revising their position.

The submission of requests for a preliminary ruling to the Court of Justice by high profile national constitutional review bodies — Federal Constitutional Court of Germany and Constitutional Court of Italy — demonstrates their intent to cooperate in addressing complex challenges. Thereby, the Court of Justice also demonstrates its readiness for cooperation with national constitutional courts even where the grounds for preliminary ruling are not indisputable. The Court of Justice is attentive to arguments of national constitutional courts regarding the specifics of national legal orders and seeks to provide substantive interpretation of the European law provisions.

Preliminary rulings of the Court of Justice that are followed, though with certain reservations, by national constitutional courts is a crucial investment into the development of constructive judicial cooperation. Nevertheless, there is a low probability to expect that interfacing between the Court of Justice and constitutional review bodies will be developing with the same dynamic pace as with the courts of general jurisdiction.

Keywords: EU law, Court of Justice, EU Member States, constitutional review bodies, preliminary ruling procedure, request for a preliminary ruling, judicial dialogue, judicial cooperation

1. Введение

По мнению английского исследователя Ф. Аллотта, преюдициальная процедура — одна из лучших идей отцов-основателей Сообществ, она намного превзошла ожидания тех, кто ее создавал[1]. Такая оценка отражает роль данного института в развитии европейского права и интеграционного процесса в целом. В рамках преюдициальной процедуры Суд ЕС разработал основополагающие принципы европейского правопорядка — прямое действие[2] и приоритет[3] права ЕС, а также отдельные правовые позиции в области защиты основных прав и свобод человека[4].

Эффективность преюдициальной процедуры зависит прежде всего от готовности национальных судов к сотрудничеству. Однако если направление преюдициальных запросов стало правилом для судов общей юрисдикции, то во взаимоотношениях между Судом ЕС и конституционными судами государств-членов имеются определенные сложности, хотя именно последние играют существенную роль в разработке основ европейского права и конституционных

---

[1] См.: *Allott P.* Preliminary Rulings — Another Infant Disease // European Law Review. 2000. Vol. 25. Iss. 5. P. 540.

[2] CJEC. Case 28–30/62 Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer, Hoechst Holland NV v. Netherlands Inland Revenue Administration. Reference for a preliminary ruling: Tariefcommissie — Netherlands. Judgment of 27 March 1963. Grounds of Judgment.

[3] CJEC. Case 6/64 Flaminio Costa v. E.N.E.L. Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Milano — Italy. Judgment of 15 July 1964. Grounds of Judgment.

[4] См., например: CJEC. Joined Cases C-6/90 and C-9/90 Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v. Italian Republic. References for a preliminary ruling: Pretura di Vicenza and Pretura di Bassano del Grappa — Italy. Judgment of 19 November 1991; CJEU. Grand Chamber. Case 617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson. Request for a preliminary ruling from the Haparanda tingsrätt. Judgment of 26 February 2013.

аспектов интеграции[5]. Конституционные суды неохотно направляют преюдициальные запросы в Суд ЕС[6]. Заместитель председателя Конституционного суда Италии М. Картабиа писала: «Судьба национально-культурных традиций в Европе в первую очередь зависит от конституционных судов, которые являются живым голосом своих обществ и национальных конституций. В своей деятельности Суд ЕС прислушивается к этим голосам и учитывает традиции национальных правопорядков, и в том случае, если кто-то не участвует в диалоге, утрачивается культурное наследие всей Европы. Необходимо, чтобы национальные конституционные суды изменили свой подход и использовали все имеющиеся в их распоряжении инструменты для трансляции национальных конституционных традиций на уровень ЕС, и в этом решающая роль принадлежит преюдициальной процедуре»[7].

В настоящее время конституционные суды постепенно пересматривают свою позицию в отношении обращения в Суд ЕС с преюдициальными запросами. В связи с этим представляет интерес рассмотрение эволюции взаимоотношений между национальными конституционными судами и Судом ЕС в рамках преюдициальной процедуры, а также опыта направления преюдициальных запросов одними из наиболее авторитетных органов конституционного контроля государств — членов Союза — Федеральным конституционным судом Германии и Конституционным судом Италии.

2. Общая характеристика преюдициальной процедуры

В государствах — членах ЕС судьи, с одной стороны, должны правильно применять принципы и нормы европейского права, а с другой — не применять противоречащие ему положения национального законодательства. Для обеспечения единообразного толкования и применения права ЕС на территории Союза и разрешения возникающих противоречий они могут обращаться в Суд ЕС, исполь-

---

[5] См.: *Claes M.* Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure // German Law Journal. 2015. Vol. 16. No. 6. P. 1333.

[6] См., например: *Pérez A. T.* Spanish Constitutional Court, Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door: Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC86/2011 // European Constitutional Law Review. 2012. Vol. 8. Iss. 1. P. 105.

[7] *Cartabia M.* Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously // European Constitutional Law Review. 2009. Vol. 5. Iss. 1. P. 23–25.

зуя институт преюдициальной процедуры[8]. Если при рассмотрении конкретного дела суд государства-члена установит определенное противоречие между положением права ЕС и правилами национального законодательства, значимыми для разрешения данного дела, то он формулирует вопросы и обращается в Суд ЕС, инициируя принятие преюдициального решения. Таким образом, именно национальные суды несут основную ответственность за эффективное применение права ЕС.

В свою очередь, Суд ЕС правомочен дать толкование положений права ЕС или подтвердить действительность актов ЕС, т.е. он не определяет решение по делу, находящемуся в производстве национального суда[9]. Тем не менее Суд ЕС может предоставить национальному судье «полное руководство» в отношении применения национального законодательства в соответствии с нормами европейского права[10]. Преюдициальные решения Суда ЕС, являющиеся обязательными для национального судьи, помогают ему разрешить конкретное дело надлежащим образом.

В некоторых случаях инициирование преюдициальной процедуры является не только правом, но и обязанностью судов государств — членов ЕС. В частности, суд, решения которого не подлежат обжалованию согласно национальному праву[11], должен направить преюдициальный запрос в случае выявления противоречий между национальным правом и правом ЕС. Нарушение этой обязанности в принципе может стать предметом разбирательства на основании ст. 258 и 259 Договора о функционировании ЕС[12]. В судебной практике Суда ЕС признается обязанность государства-члена выплачивать

---

[8] В настоящее время правовой основой для преюдициальной процедуры является п. 3 ст. 19 Договора о Европейском Союзе и ст. 267 Договора о функционировании ЕС. См.: Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // OJ. C326. Vol. 55. 26 October 2012. P. 13–390.

[9] См.: *Gervasoni S.* La Cour de justice et le dialogue des juges // Le dialogue entre des juges européens et nationaux: incantation et réalité / Dir. de F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard. Bruxelles, 2004. P. 143.

[10] CJEC. Case C-292/92 Ruth Hünermund and others v Landesapothekerkammer Baden-Württemberg. Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgerichtsh of Baden-Württemberg — Germany. Judgment of 15 December 1993. Para. 8.

[11] В данном случае речь идет о высших судебных инстанциях.

[12] Подробнее см., например: *Mayer F.C.* Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit. Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem // Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit / Hrsg. von A. Bogdandy, J. Bast. Berlin, 2003. S. 229.

компенсацию в том случае, если национальный суд не выполнил свою обязанность по направлению преюдициального запроса[13].

Вместе с тем допускается отступление от исполнения обязанности направлять преюдициальные запросы в том случае, если вопрос не является значимым для рассмотрения спора; если Суд ЕС уже вынес решение по этому или аналогичному вопросу (так называемая доктрина *acte éclairé*); если толкование нормы европейского права является очевидным (так называемая доктрина *acte clair*)[14]. Освобождение от данной обязанности возможно, только когда речь идет о толковании европейского права, поскольку суды обязаны направлять запросы в отношении действительности актов ЕС[15].

Для преюдициальной процедуры характерен особый характер взаимоотношений между судами. Как подчеркивал бывший судья Суда Европейских сообществ П. Пескаторе, преюдициальная процедура основана на разделении функций между национальными судами и Судом ЕС. Данный механизм не создает иерархических отношений между ними, это диалог, который начался и должен продолжаться в духе сотрудничества[16].

3. Эволюция позиций конституционных судов в отношении обращения с преюдициальными запросами

На раннем этапе процесса европейской интеграции взаимодействие между Судом ЕС и конституционными судами государств-чле-

---

[13] CJEC. Case C-224/01 Gerhard Köbler v. Republik Österreich. Reference for a preliminary ruling: Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien — Austria. Judgment of 30 September 2003. Para. 53–55; Grand Chamber. Case C-173/03 Traghetti del Mediterraneo SpA. Reference for a preliminary ruling: Tribunale di Genova — Italy. Judgment of 13 June 2006. Para. 32; Second Chamber. Case C-160/14 João Filipe Ferreira da Silva e Brito and Others v. Estado português. Request for a preliminary ruling from the Varas Cíveis de Lisboa. Judgment of 9 September 2015. Para. 55.

[14] CJEC. Joined Cases 28–30/62 Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v. Netherlands Inland Revenue Administration. Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Milano — Italy. Judgment of 27 March 1963. Grounds of Judgment; Case 283/81 Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health. Reference for a preliminary ruling: Corte suprema di Cassazione — Italy. Judgment of 6 October 1982. Para. 21.

[15] CJEC. Case 314/85 Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost. Reference for a preliminary ruling: Finanzgericht Hamburg — Germany. Judgment of 22 October 1987. Para. 15.

[16] См.: *Pescatore P.* Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte e di giudici nazionali // Il Foro Italiano. 1986. Vol. 109. No. 1. P. 25/26–47/48.

нов отличалось противоречивостью, особенно когда речь шла о приоритете права ЕС над положениями национальных конституций.

Начиная с 1960-х гг. Суд ЕС рассматривал европейский правопорядок в качестве автономного. Еще в решении по делу *Van Gend et Loos*[17] подчеркивалось, что Сообщества представляют собой новый международный правопорядок, в пользу которого государства ограничили свои суверенные права в определенных областях и субъектами которого являются не только государства-члены, но их граждане. В последующем Суд ЕС неизменно акцентировал внимание на том, что право ЕС — самобытная правовая система, не идентичная ни национальному, ни международному праву, обладающая в определенных сферах приоритетом по отношению к национальному праву[18], включая конституционное[19]. Кроме того, была предусмотрена обязанность судов государств-участников толковать источники национального права в соответствии с положениями права ЕС и не применять нормы внутреннего права, несовместимые с положениями европейского права[20]. Более того, право ЕС должно было применяться единообразно во всех государствах-членах, поэтому именно Суд ЕС был наделен правом его толкования. Таким образом, Суд ЕС исходил из того, что при создании ЕС государства-члены стремились установить новый правопорядок и предполагали, что право ЕС будет эффективно и единообразно применяться во всем Сообществе.

В свою очередь, начиная с 1970-х гг. большинство конституционных судов разрабатывали определенные критерии, в соответствии с которыми осуществляется применение права ЕС в национальных правопорядках, а некоторые даже пытались ограничить компетенцию Суда ЕС[21]. В частности, такой позиции придерживались итальянский

---

[17] CJEC. Case 26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue AdministratioReference for a preliminary ruling: Tariefcommissie — Netherlands. Judgment of 5 February 1963. Grounds of Judgment.

[18] CJEC. Case 6/64 Flaminio Costa v. E.N.E.L. Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Milano — Italy. Judgment of 15 July 1964. Grounds of Judgment.

[19] CJEC. Case 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main — Germany. Judgment of 17 December 1970. Para. 3–4.

[20] CJEC. Case 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA. Reference for a preliminary ruling: Pretura di Susa — Italy. Judgment of 9 March 1978. Para. 17.

[21] См.: *Bogdandy A.*, *Schill S.* Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty // Common Market Law Review. 2011. Vol. 48. No. 5. P. 1417–1453.

и немецкий конституционные суды[22]. Так, в решении по делу *Frontini* 1973 г.[23] Конституционный суд Италии признал, что органы и институты ЕС не вправе нарушать основополагающие принципы итальянского правопорядка и неотъемлемые права человека, и подтвердил свое полномочие исправлять возможные нарушения такого характера (доктрина контрпределов). Кроме того, признавая приоритет права ЕС над нормами обычного законодательства, Конституционный суд Италии в решении по делу *Granital* 1984 г.[24] указал, что национальные судьи должны применять положение европейского права в конкретном деле, если норма национального законодательства противоречит положениям права ЕС, имеющим прямое действие. Однако если национальное законодательство противоречит праву ЕС, не имеющему прямого действия, национальный судья должен обратиться в конституционный суд в целях признания его недействительным.

Федеральный конституционный суд (далее — ФКС) Германии в ряде своих решений подчеркнул, что его признание приоритета права ЕС является условным. В частности, ФКС оставил за собой право рассматривать акты институтов ЕС, чтобы гарантировать, что они не выходят за рамки переданных ЕС полномочий (доктрина *ultra vires*)[25], не нарушают основные права человека[26] и конституционную идентичность Германии[27]. Такие взаимоотношения Суда ЕС и конституционных судов, часто характеризовавшиеся как конфликт-

---

[22] В отечественной литературе подробнее см., например: *Филатова М.А.* Конфликты конституционных и наднациональных норм: способы преодоления (на примере Европейского Союза и правовых систем государств — членов ЕС) // Международное правосудие. 2013. № 4. С. 94–106; *Исполинов А.* Приоритет права Европейского союза и национальная (конституционная) идентичность в решениях Суда ЕС и конституционных судов государств — членов ЕС // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 4. С. 55–56; *Блохин П.* Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6. С. 67–69.

[23] Corte costituzionale. Sentenza n. 183 del 1973 // CONSULTA ONLINE. URL: http://www.giurcost.org/ decisioni/1973/0183s-73.html (дата обращения: 23.09.2018).

[24] Corte costituzionale. Sentenza n. 170 del 1984 // CONSULTA ONLINE. URL: http://www.giurcost.org/ decisioni/1984/0170s-84.html (дата обращения: 23.09.2018).

[25] BVerfGE89, 155 — Maastricht // Bundesverfassungsgericht. URL: http://www.servat.unibe.ch/dfr/ bv089155.html (дата обращения: 23.09.2018).

[26] BVerfGE37, 271 — Solange I // Bundesverfassungsgericht. URL: http://www.servat.unibe.ch/dfr/ bv037271.html (дата обращения: 23.09.2018).

[27] BVerfGE123, 267 — Lissabon // Bundesverfassungsgericht. URL: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv123267.html (дата обращения: 23.09.2018).

ные[28], безусловно, не могли не повлиять на возможность установления сотрудничества и прямого диалога между ними в рамках преюдициальной процедуры.

И после более чем 70 лет европейской интеграции вопрос о том, могут ли или обязаны конституционные суды государств-членов направлять преюдициальные запросы в Суд ЕС, все еще не имеет однозначного решения. В первичных актах ЕС применительно к преюдициальным запросам только упоминаются абстрактные понятия «суд» и «трибунал», но не уточняется, какие органы могут рассматриваться в качестве таковых. В решении по делу *Epitropos Tou Elegktikou Synedriou*[29] Суд ЕС кратко изложил критерии, которых он придерживается, относя тот или иной орган к «судам и трибуналам»: соответствующий орган должен быть учрежден в соответствии с законом; действовать на постоянной основе; обладать обязательной юрисдикцией; действовать в рамках состязательной процедуры; применять нормы права и являться независимым (п. 18). Кроме того, орган, направляющий преюдициальный запрос, должен осуществлять судебные полномочия (п. 21). Суд ЕС неоднократно подчеркивал, что только он определяет, является ли орган, направляющий преюдициальный запрос, судом или трибуналом[30].

С точки зрения права ЕС не существует сомнений в том, что конституционные суды рассматриваются в качестве органов, уполномоченных направлять преюдициальные запросы в Суд ЕС. Практика подтверждает, что Суд всегда принимал запросы конституционных судов, демонстрируя тем самым свою готовность к диалогу с ними[31].

---

[28] Критический анализ существующих подходов в отношении данной проблемы см: *Kelemen D.R.* On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2016. Vol. 23. Iss. 1. P. 136–150.

[29] CJEU. Third Chamber. Case C-363/11 Epitropos tou Elegktikou Sinedriou sto Ipourgio Politismoukai Tourismou v. Ipourgio Politismoukai Tourismou — Ipiresia Dimosionomikou Elenchou. Reference for a preliminary ruling from the Elegktiko Sinedrio (Greece). Judgment of 19 December 2012.

[30] См., например: CJEC. Case C-54/96 Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH. Reference for a preliminary ruling: Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes — Germany. Judgment of 17 September 1997. Para. 23; Joined cases C-110/98to C-147/98. Gabalfrisa SL and Others v. Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). Reference for a preliminary ruling: Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña — Spain. Judgment of 21 March 2000. Para. 33.

[31] Подробнее см.: *Claes M.* Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure. P. 1337.

Однако были ли готовы сами конституционные суды инициировать преюдициальную процедуру?

Сравнивая опыт конституционных судов, можно констатировать, что их подходы варьировались от регулярного использования преюдициальной процедуры до категорического отказа от обращения к ней. Традиционно конституционные суды Бельгии и Австрии признаются наиболее дружественно настроенными в отношении сотрудничества с Судом ЕС. Так, конституционный суд Бельгии, направивший наибольшее число запросов в Суд ЕС, не ставит под сомнение тот факт, что он является «судом или трибуналом» в смысле п. 3 ст. 267 Договора о функционировании ЕС[32]. Конституционный суд Австрии признает обязанность направлять преюдициальные запросы в Суд ЕС, подчеркивая, что решения последнего не подлежат обжалованию в соответствии с национальным правом[33]. Ряд национальных конституционных судов всегда признавал возможность направления преюдициальных запросов в Суд ЕС и обращался с такими запросами (конституционные суды Словении, Польши, Латвии).

Вместе с тем отдельные конституционные суды долгое время отрицали даже возможность направления преюдициального запроса или, признавая такую возможность, отказывались от ее использования. Так, Конституционный суд Италии в 1991 г. признал, что у него существует право направлять преюдициальные запросы[34], однако в 1995 г. отказался от данной позиции, указав, что он не может рассматриваться в качестве суда в смысле ст. 267 Договора о функционировании ЕС[35], и предписал нижестоящим судам направлять преюдициальные запросы в Суд ЕС. ФКС Германии хотя и признавал, что

---

[32] См.: *Vandamme Th.* Prochain Arrêt: La Belgique! Explaining Recent Preliminary References of the Belgian Constitutional Court // European Constitutional Law Review. 2008. Vol. 4. Iss. 1. P. 127–148.

[33] См.: VfGHB2251/97 und B2594/97 // Verfassungsgerichtshof. URL: https: // www.ris.bka.gv.at/ VfghEntscheidung.wxe? Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_10009690_97B02251_00&IncludeSelf=True(дата обращения: 25.11.2018). Подробнее см.: *Merli F.* EC Law and the Austrian Constitutional Court / Europarecht und die Gerichte der Transformationsstaaten / Hrsg. Von M. Hofmann. Baden-Baden, 2008. S. 170–175; *Jedliczka U.* The Austrian Constitutional Court and the European Court of Justice // Vienna Journal on International Constitutional Law. 2008. Vol. 2. No. 4. P. 301–306.

[34] Corte Costituzionale. Sentenza n. 168 del 1991 // CONSULTA ONLINE. URL: http:// www.giurcost.org/ decisioni/1991/0168s-91.html (дата обращения: 20. 01.2019).

[35] Corte costituzionale. Ordinanza n. 536 del 1995 // CONSULTA ONLINE. URL: http:// www.giurcost.org/ decisioni/1995/0536o-95.htm (дата обращения: 20.09.2018).

является «судом последней инстанции» в соответствии с п. 3 ст. 267 Договора о функционировании ЕС[36], но долгое время сам не обращался в Суд ЕС, а лишь определил условия, при которых высшие немецкие суды обязаны направлять запросы[37]. Конституционный суд Испании подчеркивал, что проверка соответствия положений национального законодательства праву ЕС является задачей судов общей юрисдикции[38].

Как отмечается в литературе, те страны, в которых конституционные суды были созданы после падения фашистских режимов, изначально были достаточно осторожны во взаимоотношениях с Судом ЕС[39]. Вместе с тем благодаря позиции конституционных судов данных стран взаимодействие с Судом ЕС было признано обязанностью других национальных судов. Тем самым конституционные суды стремились подчеркнуть свою особую природу как органов конституционного контроля. В этом контексте весьма показательно замечание М. Картабии: конституционные судьи, ревниво охраняющие статус национальных конституций, считают себя чемпионами, которые не хотят участвовать в обычных скачках; они не «обычные» судьи; их миссия — особенная, а их независимость — это гарантия автономии национального конституционного правопорядка[40].

Конституционные суды государств-членов, не направляя преюдициальные запросы в Суд ЕС, в то же время следили за тем, как другие национальные суды применяют право ЕС и взаимодействуют с наднациональным судебным органом, а также использовали альтернатив-

---

[36] BVerfGE37, 271 — Solange I; BVerfGE52, 187 — “Vielleicht” — Beschluß // Bundesverfassungsgericht. URL: http:// www.servat.unibe.ch/dfr/bv052187.html (дата обращения: 25.01.2019).

[37] См.: *Claes M.* The National Courts’ Mandate in the European Constitution. Oxford; Portland, 2006. P. 445.

[38] См.: *Kanninen H.* General Report on the Colloquium Subject “The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Communities” // Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union, 18th Colloquium. 2002. URL: http://193.191.217.21/colloquia/2002/gen_report_en.pdf (дата обращения: 21.11.2018).

[39] См.: *Mayer F.* The European Constitution and the Courts: Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System. Jean Monnet Working Paper 9/03. Heidelberg, 2003. URL: https:// jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-03.pdf (дата обращения: 12.01.2019).

[40] См.: *Cartabia M.* Principi inviolabili e integrazione europea. Milan, 1995. Цит. по: *Martinico G.* The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe. Abingdon, 2012. P. 136.

ные формы диалога, например визиты в Люксембург[41]. Такие встречи имели определенное значение для межсудебного взаимодействия[42], однако оценить их влияние на судебную практику сложно.

На отказ некоторых конституционных судов направлять преюдициальные запросы в Суд ЕС повлияло и то, что в течение многих лет Суд рассматривал преимущественно вопросы, связанные с правовыми основами экономической интеграции, свободным перемещением товаров, услуг, капитала, и не выходил на вопросы защиты основных прав и свобод человека или сложные социальные проблемы, которыми традиционно занимаются конституционные суды[43].

Следует также учитывать, что в некоторых случаях устанавливаются достаточно жесткие сроки для рассмотрения дел национальными конституционными судами, а ответа Суда ЕС можно ждать в течение нескольких лет. Так, согласно отчету Суда ЕС за 2017 г. средняя продолжительность вынесения Судом ЕС решения по преюдициальному запросу составляла не менее 16 месяцев даже после того, как были усовершенствованы методы работы Суда и увеличено количества судей в связи с расширением Европейского союза[44]. Однако в том случае, если в деле, рассматриваемом национальным судом, участвует лицо, находящееся под стражей (п. 4 ст. 267 Договора о функционировании ЕС), или ответ на вопрос является решающим для оценки правовой ситуации, связанной с регулированием родительских прав или опеки над несовершеннолетними детьми (ст. 33 Рекомендаций Суда ЕС 2018 г.[45]), то предусматривается возможность применения ускоренной преюдициальной процедуры (ст. 105 Правил процедуры Суда ЕС 2012 г.[46]). Кроме того, срочная преюдициальная процедура предусматривается, если преюдициальный запрос касается одного или не-

---

[41] См.: *Dehousse R.* The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration. New York, 1998. P. 139; *Brown L.N.*, *Kennedy T.* Brown and Jacobs: The Court of Justice of the European Communities. 5th ed. London, 2000. P. 401.

[42] См.: *Claes M.* The National Courts' Mandate in the European Constitution. Oxford; Portland, 2006. P. 451.

[43] Подробный анализ см.: *Claes M.* Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure. P. 1331–1342.

[44] Court of Justice of the European Union. Annual Report. 2017. URL: https:// curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-04/_ra_2017_en.pdf (дата обращения: 23.09.2018).

[45] Recommendations to National Courts and Tribunals, in Relation to the Initiation of Preliminary Ruling Proceedings // OJ. C 257/01. Vol. 61. 20 July 2018.

[46] Rules of Procedure of the Court of Justice of 25 September 2012 // OJ. L 265. Vol. 11. 29 September 2012. P. 3–44.

скольких вопросов в сфере действия разд. V ч. 3 Договора о функционировании ЕС (Пространство свободы, безопасности и правосудия) и характер дела требует его рассмотрения в течение короткого времени (ст. 107 Правил процедуры Суда ЕС 2012 г.). Рассмотрение таких дел в настоящее время занимает менее трех месяцев.

Постепенно конституционные суды пересматривают свою позицию в отношении обращения в Суд ЕС с преюдициальными запросами. После периода безразличия, а возможно, даже враждебности во взаимоотношениях с Судом ЕС национальные конституционные суды стали направлять преюдициальные запросы[47] и сегодня уже не избегают диалога с Судом[48]. Причины такого изменения позиции не совсем ясны[49], и некоторые проблемы во взаимоотношениях между Судом ЕС и конституционными судами государств-членов сохраняются.

4. Первый преюдициальный запрос Федерального конституционного суда Германии в Суд ЕС: дело *Gauweiler*

В 2014 г. ФКС Германии впервые направил преюдициальный запрос в Суд ЕС[50], и некоторые исследователи полагали, что существует серьезная угроза отношениям сотрудничества между двумя судами[51].

---

[47] См.: *García R.*, *Serret E.F.* Hardening the Preliminary Reference Procedure in a Union in Crisis: Kernkraftwerke Lippe-Ems // Common Market Law Review. 2016. Vol. 53. Iss. 3. P. 828.

[48] См.: *Millet F.* How Much Lenience for How Much Cooperation? On the First Preliminary Reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice // Common Market Law Review. 2014. Vol. 51. Iss. 1. P. 195.

[49] См.: *Drigo C.* Preliminary Reference to the European Court of Justice and Multilevel Protection of Human Rights: The Complex Dialogue between the European Court of Justice and Constitutional Courts // The Turkish Yearbook of International Relations. 2013. Vol. 44. P. 1–49; *Burgorgue-Larsen L.* The Constitutional Dialogue in Europe: A "Political" Dialogue // European Journal of Current Legal Issues. 2015. Vol. 21. No. 1 // European Journal of Current Legal Issues. URL: http://webjcli.org/article/view/412/526 (дата обращения: 21.08.2018).

[50] CJEU. Grand Chamber Case C-62/14 Peter Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag. Request for a preliminary ruling from the Bundesverfassungsgericht. Judgment of 16 June 2015.

[51] См.: *Craig P.*, *Markakis M.* Gauweiler and the Legality of Outright Monetary Transactions // European Law Review. 2016. Vol. 41. Iss. 1. P. 1, 14; *Dicosola M.*, *Fasone C.*, *Spigno I.* The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism before the European Court of Human Rights // German Law Journal. 2015. Vol. 16. Iss. 6. P. 1317.

Дело возникло в связи с конституционными жалобами депутата Бундесстага П. Гаувайлера, ряда профессоров, а также 11 тыс. немецких граждан о несоответствии положениям Договора о функционировании ЕС и Основного закона ФРГ программы неограниченной покупки государственных облигаций проблемных стран зоны евро (*Outright Monetary Transactions — OMT*) (далее — программа ОМТ), объявленной Европейским центральным банком (далее — ЕЦБ) в 2012 г. в результате финансового кризиса[52]. Программа предусматривала, что Европейская система центральных банков (далее — ЕСЦБ) может осуществлять операции по покупке и продаже государственных облигаций на вторичном рынке ценных бумаг отдельных государств — членов ЕС в неограниченном количестве до тех пор, пока данные государства являются участниками согласованной программы реформ Европейского фонда финансовой стабильности (ЕФФС) или Европейского механизма стабилизации (ЕМС). Эти действия были направлены на обеспечение надлежащей реализации и единства денежной политики в ЕС и снижение процентных ставок по государственным облигациям в связи с кризисом евро.

У ФКС имелись существенные основания полагать, что, принимая программу ОМТ, ЕЦБ вышел за рамки своих полномочий в сфере денежной политики, затронул компетенцию государств-членов, а также нарушил запрет денежного бюджетного финансирования. Преюдициальный запрос в Суд ЕС касался полномочий ЕЦБ и толкования положений ст. 119, 123 и 127 Договора о функционировании ЕС (п. 1). При этом ФКС четко указал, что даже если Суд ЕС примет решение о совместимости программы с положениями права ЕС, он может рассмотреть вопрос о ее соответствии Основному закону ФРГ и конституционной идентичности Германии, а также применить доктрину *ultra vires* (п. 7).

ФКС Германии в своем преюдициальном запросе предложил свои ответы Суду ЕС на поставленные вопросы и даже определил условия, при которых программа ОМТ не могла быть оспорена: если исключена возможность списания долговых обязательств; облигации государственного займа отдельных государств-членов не приобретаются в неограниченном количестве; вмешательство в ценообразование на рынке в максимальной степени не допускается (п. 10).

---

[52] BVerfGE2 BvR1390/12 — Ultra vires-Kontrolle OMT // Bundesverfassungsgericht. URL: https:// www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/03/rs20140318_2bvr139012.html (дата обращения: 15.12.2018).

Преюдициальный запрос ФКС поставил Суд ЕС перед сложной дилеммой: если он сочтет, что программа ОМТ противоречит праву ЕС, кризис в зоне евро может возобновиться; если он проигнорирует позицию ФКС Германии, то кризис евро может дополниться конституционным кризисом[53]. В рамках данного дела Суд ЕС должен был рассмотреть значимые правовые вопросы: от приемлемости преюдициального запроса до полномочий ЕЦБ; уделить внимание различиям между денежной и экономической политикой, чтобы прояснить полномочия ЕЦБ, законность его действий и его роль в контексте кризиса евро.

Формально преюдициальный запрос ФКС не соответствовал требованиям приемлемости, поскольку реализация программы ОМТ еще не началась. У ФКС не было сомнений в отношении толкования европейского права, и, следуя логике доктрины *ultra vires*, Суд ЕС мог признать, что отсутствует необходимость в вынесении его решения, поскольку национальный суд настаивает на своем толковании положений права Союза.

Однако Суд ЕС принял преюдициальный запрос к рассмотрению, отклонив возражения о его неприемлемости, выдвинутые национальными органами государств-членов и институтами ЕС (п. 18–31)[54]. При этом в своем решении он не ставил под сомнение положения национального законодательства и не выражал своего мнения о полномочиях конституционного суда, ограничившись указанием на то, что преюдициальные решения являются обязательными для национальных судов государств-членов (п. 16). Суд ЕС также дал четкие ответы на вопросы конституционного суда, не обсуждая его аргументацию.

В частности, Суд ЕС подробно проанализировал полномочия ЕЦБ в области денежной и экономической политики. В решении Суда ЕС отмечалось, что ЕЦБ обладает широкой свободой усмотрения (п. 34–41). При определении того, относится ли программа ОМТ к денежной или экономической политике, Суд ЕС подчеркнул необходимость изучения ее цели и тех инструментов, которые используются для ее достижения (п. 46).

---

[53] См. например: *Snell J.* Gauweiler: Some Institutional Aspects // European Law Review. 2015. No. 2. P. 134; *Sarmiento D.* The Luxembourg “Double Look”: The Advocate General’s Opinion and the Judgment in the Gauweiler Case // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2016. Vol. 23. Iss. 1. P. 43.

[54] Подробнее см.: *Tridimas T*, *Xanthoulis N*. A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2016. Vol. 23. Iss. 1. P. 21–23.

По мнению Суда, то, что программа ОМТ может иметь косвенные последствия для стабильности зоны евро, не превращает ее в меру экономической политики. Кроме того, ЕЦБ использует средства в соответствии с положениями Договора о функционировании ЕС.

Следуя рассуждениям Генерального адвоката[55], Суд ЕС заявил, что ЕЦБ пользуется широкими полномочиями при принятии решений технического характера, проведении прогнозов и комплексных оценок, однако в тех случаях, когда институт ЕС обладает такими широкими полномочиями, особенно важен контроль соблюдения определенных процессуальных гарантий. В число этих гарантий входят обязанности учреждения ЕС предоставить «адекватное изложение причин своего решения», тщательно и объективно изучать все обстоятельства дела и соответствующим образом обосновать свое решение (п. 69).

На основании представленных документов Суд ЕС пришел к выводу, что на момент объявления программы анализ ЕЦБ экономической ситуации в зоне евро был правильным (п. 74). Суд подчеркнул, что реализация экономической политики носит противоречивый характер, и от ЕЦБ требуется только проведение экономической экспертизы и использование необходимых технических средств для осуществления анализа с необходимой точностью. Следовательно, ЕЦБ может на законных основаниях полагать, что объявленная программа ОМТ была подходящей мерой для восстановления денежной политики и поддержания стабильности цен.

Применив тест на соразмерность, Суд ЕС пришел к выводу, что ЕЦБ правильно оценил экономическую ситуацию в зоне евро, программа ОМТ еще не была реализована, и ее применение ограничивается государствами-членами, проходящими программу макроэкономической корректировки, а осуществление данной программы основывается на критериях и предполагает ограничения, связанные с ее целями (п. 73–90). Таким образом, Суд ЕС признал, что программа была принята в рамках компетенции ЕЦБ и соответствует положениям права ЕС.

В своем окончательном решении от 2016 г.[56] ФКС Германии следовал за решением Суда ЕС, но высказал ряд возражений. В частности, было отмечено, что программа ОМТ в ее первоначальном виде была принята с превышением полномочий ЕЦБ, но дополнительные

---

[55] Opinion of Advocate General Cruz Villalón delivered on 14 January 2015.

[56] BVerfGE2 BvR2728/13, 2 BvR2729/13, 2 BvR2730/13, 2 BvR2731/13, 2 BvE13/13 // Bundesverfassungsgericht. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/ SharedDocs/Entscheidungen/ DE/2016/06/rs20160621_2bvr272813.html (дата обращения: 25.02.2019).

и убедительные параметры, установленные Судом ЕС в отношении ее реализации, позволяют Конституционному суду прийти к выводу, что Суд ЕС предложил ограничительное толкование, что и требовалось при рассмотрении преюдициального запроса. При этом ФКС указал правительству и парламенту Германии на необходимость внимательно следить за выполнением программы ОМТ, в частности, за тем, чтобы европейские учреждения не действовали *ultra vires* и не нарушали конституционную идентичность страны. Кроме того, ФКС высказал критические замечания в отношении обоснования и толкования полномочий ЕЦБ Судом ЕС[57].

Тем не менее данное дело рассматривается в качестве примера конструктивного судебного сотрудничества, касающегося очень деликатного и крайне важного вопроса, во многом определяющего насущные задачи современного этапа европейской интеграции[58].

5. Преюдициальный запрос Конституционного суда Италии в Суд ЕС: дело *Mascolo*

В 2013 г. Конституционный суд Италии направил в Суд ЕС преюдициальный запрос о том, можно ли рассматривать положения национального законодательства о приеме на работу сотрудников в государственные школы «эквивалентной мерой» в смысле ст. 5. Рамочного соглашения о работе на основании срочных трудовых договоров (далее — Рамочное соглашение), заключенного между Союзом объединений промышленников и работодателей Европы, Европейским центром для предприятий с государственным участием и Европейской конфедерацией профсоюзов и являющегося приложением к Директиве 1999/70/ЕС от 28 июня 1999 г.[59]

Рамочное соглашение было направлено на предотвращение злоупотреблений, возникающих в результате использования последовательных срочных трудовых договоров. В соответствии со ст. 5 Рамочного соглашения государства — члены ЕС, в которых отсутствуют эквивалентные

[57] Подробный критический анализ аргументации и возражений ФКС Германии см.: *Pliakos A.*, *Anagnostaras G.* SavingFace? The German Federal Constitutional Court Decides Gauweiler // German Law Journal. 2017. Vol. 18. No. 1. P. 213–232.

[58] См., например: *Cartabia M.* Europe Today: Bridges and Walls // International Journal of Constitutional Law. 2018. Vol. 16. Iss. 3. P. 749.

[59] Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP // OJ. L 175. 10 July 1999. P. 43–48.

правовые меры для предотвращения злоупотреблений, должны были выбрать один из вариантов действий: указать объективные причины, оправдывающие возобновление последовательных срочных трудовых договоров или отношений, предусмотреть максимальную общую продолжительность или количество обновлений таких договоров.

Италия выбрала второй вариант, в соответствии с Законодательным декретом от 6 сентября 2001 г. максимальный срок трудоустройства работников по срочным трудовым договорам составлял 36 месяцев. Если этот срок превышен, работник может потребовать возмещения убытков или преобразования договора в бессрочный. Однако последняя возможность действовала только в рамках частного сектора, поскольку согласно ст. 97 Конституции Италии должности в государственных учреждениях замещаются по конкурсу, с тем чтобы обеспечить эффективность работы и беспристрастность администрации.

Несмотря на то что в итальянском законодательстве проводилось различие между работой в частном и государственном секторах и законодательство ЕС было адекватно имплементировано в национальный правопорядок, существовали две проблемы, дававшие основания работникам государственного сектора образования отстаивать свои права в национальных судах.

Первая проблема заключалась в том, что Законодательный декрет 2001 г. исключал из сферы правового регулирования срочные трудовые договоры, заключенные для замещения временных вакансий преподавательского, административного, технического и вспомогательного персонала в целях обеспечения непрерывности предоставления образовательных услуг. Это означало, что установленное ограничение не распространялось на сектор государственного образования, и сотрудники государственных школ, с которыми были заключены срочные трудовые договоры, не могли потребовать даже возмещения убытков.

Вторая проблема была связана с тем, что в соответствии Законом № 124 1999 г. допускалась возможность замещения должностей в государственных школах, являвшихся вакантными до 31 декабря, путем ежегодных назначений до завершения процедуры конкурсного отбора. Эти временные назначения производились посредством формирования списков подходящих кандидатов с учетом должностей, подлежащих замещению, и профессионального опыта кандидата. В зависимости от имеющихся вакансий с работающими в государственной сфере образования сотрудниками могли временно заключаться трудовые договоры на основании рейтинга в данном списке или в результате прохождения конкурсных процедур. Однако в 2000–2011 гг. конкурсные процедуры не проводились.

Интересно отметить, что итальянские суды по-разному реагировали на обращения лиц, работавших в государственных школах на основе последовательных срочных трудовых договоров. Так, Кассационный суд в качестве суда последней инстанции, прибегнув к доктрине *acte claire*, признал, что национальное законодательство соответствует праву ЕС. Окружной суд Неаполя усомнился в соответствии положений итальянского права нормам европейского законодательства и направил преюдициальный запрос в Суд ЕС. Окружные суды Рима и Ламеции-Терме сочли соответствующие положения национального законодательства противоречащими праву ЕС и обратились в Конституционный суд Италии, с тем чтобы признать их недействительным[60]. Данные суды были убеждены в том, что национальное законодательство противоречит праву ЕС, поэтому они не направляли преюдициальные запросы в Суд ЕС, а, следуя решению Конституционного суда Италии по делу *Granital*, обратились к нему для признания недействительности положений итальянского законодательства как несовместимых с правом ЕС. В связи с этим Конституционный суд и направил преюдициальный запрос в Суд ЕС и оказался вовлечен в дело *Mascolo*[61].

Сформулированные Конституционным судом Италии вопросы к Суду ЕС свидетельствовали о том, что он разделял сомнения нижестоящих судов в отношении соответствия национального законодательства праву ЕС. Вместе с тем он стремился обозначить специфику и особые потребности итальянской системы образования, связанные с постоянным изменением количества учеников, межрегиональной миграцией учителей и сотрудников школ, назначением на соответствующие должности преимущественно женщин, нуждающихся в особых формах защиты в случае ухода в отпуск по беременности и родам и т.п. (п. 41). По мнению Конституционного суда Италии, положения ст. 33 и 34 Конституции, закрепляющие основное право на образование, обязывают государство эффективно предоставлять образователь-

---

[60] См.: *Sciarra S.*, *Nicastro G.* A New Conversation: Preliminary References from the Italian Constitutional Court // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2016. Vol. 23. Iss. 1. P. 201.

[61] CJEU. Third Chamber Joined Cases C22/13, C61/13 to C63/13 and C418/13 Raffaella Mascolo and Others v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca and Comune di Napoli. Requests for a preliminary ruling from the Tribunale di Napoli and the Corte costituzionale. Judgment of 26 November 2014. Подробнее см.: *Guastaferro B.* The Unexpectedly Talkative "Dumb Son": The Italian Constitutional Court's Dialogue with the European Court of Justice in Protecting Temporary Workers' Rights in the Public Education Sector // European Constitutional Law Review. 2017. Vol. 17. Iss. 3. P. 498.

ные услуги. Для этого может потребоваться временная замена сотрудников, замещающих вакантные должности, чтобы приспособиться к постоянным и непредсказуемым изменениям в численности учеников и учителей. В этой связи Конституционным судом был задан вопрос, можно ли «организационные потребности итальянской школьной системы» рассматривать в качестве «объективной причины» для заключения последовательных срочных договоров. Основной вопрос, на который должен был ответить Суд ЕС: позволяет ли Рамочное соглашение продлевать срочные трудовые договоры для замещения вакансий до завершения конкурсных процедур без предоставления права на возмещение материального ущерба (п. 43).

Суд ЕС, объединив вопросы преюдициальных запросов Конституционного суда Италии и окружного суда Неаполя, подчеркнул, что государства-члены обязаны правильно выполнять п. 1 ст. 5 Рамочного соглашения в государственном образовательном секторе. Однако у них есть определенная свобода усмотрения при выборе одной или нескольких перечисленных в Рамочном соглашении мер. Кроме того, они могут применять и существующие эквивалентные правовые меры с учетом потребностей конкретных секторов и (или) категорий работников (п. 75).

Далее Суд ЕС отметил, что образование является основным правом, гарантированным Конституцией Итальянской Республики, которая обязывает государство организовывать школьную систему образования таким образом, чтобы обеспечить постоянное соотношение численности учителей и учеников. Это зависит от множества факторов, некоторые из которых, в частности внешние и внутренние миграционные потоки или выбор предметов учениками, трудно контролировать или прогнозировать (п. 94).

Кроме того, Суд ЕС признал, что в образовательном секторе необходима особая гибкость и это можно признать объективной причиной в смысле п. 1 ст. 5 Рамочного соглашения (п. 95). Тем не менее, если в государственных школах доступ к постоянной работе предоставляется только сотрудникам, прошедшим конкурс, такие процедуры могут быть распространены и на должности, замещаемые временными работниками (п. 96).

Суд ЕС подчеркнул, что, хотя бюджетные соображения могут лежать в основе выбора социальной политики государством-членом и влиять на характер или масштаб предпринимаемых мер, эти соображения сами по себе не являются преследуемой этой политикой целью и, следовательно, не могут оправдывать отсутствие предусмотренной

в п. 1 ст. 5 Рамочного соглашения меры, направленной на предотвращение неправомерного использования последовательных срочных трудовых договоров (п. 110).

По мнению Суда, возобновление срочных трудовых договоров для удовлетворения потребностей, которые на самом деле являются постоянными, а не временными, не соответствует п. 1 ст. 5 Рамочного соглашения (п. 100) и фактически ведет к злоупотреблениям при использовании срочных трудовых договоров (п. 104). Кроме того, в национальном законодательстве не предусматривается какой-либо срок для осуществления конкурсных процедур, поскольку это зависит от финансовых возможностей государства и усмотрения администрации (п. 106), и единственный доступный вариант для заключения бессрочного договора с сотрудником, выполняющим временную работу, — включение в список подходящих кандидатов (п. 116). Однако такую возможность нельзя рассматривать в качестве эффективной меры (п. 117). Таким образом, было признано, что в сфере государственного образования итальянское законодательство исключает как реализацию права на компенсацию за ущерб, возникший в результате неограниченного возобновления срочных договоров с временными работниками, так и возможность преобразования этих договоров в бессрочные.

Пока дело находилось на рассмотрении Суда ЕС, Правительство Итальянской Республики внесло изменения в национальное законодательство, устранив наиболее существенные противоречия. Конституционный суд Италии согласился с решением Суда ЕС о том, что итальянское законодательство противоречило положениям права ЕС[62]. Окончательное решение Суда ЕС было передано для исполнения нижестоящим судам, и в сфере государственного образования были заключены бессрочные трудовые договоры с сотрудниками и возобновлены конкурсные процедуры[63].

6. Заключение

Направление конституционными судами Германии и Италии преюдициальных запросов в Суд ЕС свидетельствует об их намерении сотрудничать в решении сложных проблем, хотя характер взаимодействия

---

[62] Corte Costituzionale. Sentenza n. 187 del 2016 // CONSULTA ONLINE. URL: http://www.giurcost.org/ decisioni/2016/0187s-16.html (дата обращения: 21.11.2018).

[63] Подробнее см.: *Morrone A.* Constitutional Courts and Economic Crisis // Revista Eletrónica de Direito Público. 2017. Vol. 4. No. 1. P. 93.

этих конституционных судов с Судом ЕС был разным[64]. В свою очередь, преюдициальные решения Суда ЕС демонстрируют уважительное отношение к конституционным судам, стремление предоставить содержательное толкование положений европейского права, принимать во внимание их аргументы, касающиеся особенностей национального правопорядка.

В делах *Gauweiler* и *Mascolo* Суд ЕС подтвердил готовность вступать в диалог с национальными конституционными судами, даже в случае небесспорности оснований для преюдициальных запросов. В решениях по этим делам он дал очень подробный анализ положений права ЕС и своей судебной практики, что позволило раскрыть содержание и правовые последствия правового регулирования в соответствующих сферах, прояснить полномочия органов ЕС, а также способствовало эффективному применению законодательства ЕС в правопорядках государств-членов.

Вынесение наднациональным судом преюдициальных решений, которым следуют, хотя и с определенными оговорками, конституционные суды, является важным вкладом в развитие конструктивного судебного сотрудничества. Благодаря успешному взаимодействию в деле *Mascolo*, Конституционный суд Италии направил третий преюдициальный запрос в наднациональную судебную инстанцию[65]. Вместе с тем вряд ли можно ожидать, что взаимодействие Суда ЕС с органами конституционного контроля будет развиваться столь же динамично, как с судами общей юрисдикции.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Блохин П. Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6. С. 62–81. DOI: 10.21128/1812-7126-2018-6-62-81

Исполинов А. Приоритет права Европейского союза и национальная (конституционная) идентичность в решениях Суда ЕС и конституционных судов го-

[64] Подробнее см.: *Fabbrini F.* After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States // German Law Journal. 2015. Vol. 16. Iss. 4. P. 1003–1023; *Cartabia M.* Europe Today: Bridges and Walls// International Journal of Constitutional Law. 2018. Vol. 16. Iss. 3. P. 741–752.

[65] См: CJEU. Grand Chamber Case C-105/14 Criminal proceedings against Ivo Taricco and Others. Request for a preliminary ruling from the Tribunale di Cuneo. Judgment of 8 September 2015; Grand Chamber Case C-42/17 Criminal proceedings against M.A.S. and M.B. Request for a preliminary ruling from the Corte costituzionale. Judgment of 5 December 2017.

сударств — членов ЕС // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 4. С. 47–68. DOI: 10.21128/1812-7126-2017-4-47-68

Филатова М.А. Конфликты конституционных и наднациональных норм: способы преодоления (на примере Европейского Союза и правовых систем государств — членов ЕС) // Международное правосудие. 2013. № 4. С. 94–106.

Allott P. Preliminary Rulings — Another Infant Disease // European Law Review. 2000. Vol. 25. Iss. 5. P. 538–547.

Bogdandy A., *Schill S.* Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty // Common Market Law Review. 2011. Vol. 48. No. 5. P. 1417–1453.

Brown L.N., *Kennedy T.* Brown and Jacobs: The Court of Justice of the European Communities. 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.

Burgorgue-Larsen L. The Constitutional Dialogue in Europe: A "Political" Dialogue // European Journal of Current Legal Issues. 2015. Vol. 21. No. 1. URL: http://webjcli.org/article/view/412/526 (дата обращения: 21.08.2018).

Cartabia M. Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously // European Constitutional Law Review. 2009. Vol. 5. Iss. 1. P. 5–31. DOI: 10.1017/S1574019609000054

Cartabia M. Europe Today: Bridges and Walls // International Journal of Constitutional Law. 2018. Vol. 16. Iss. 3. P. 741–752. DOI: 10.1093/icon/moy083

Claes M. Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure // German Law Journal. 2015. Vol. 16. No. 6. P. 1331–1342. DOI: 10.1017/s2071832200021167

Claes M. The National Courts' Mandate in the European Constitution. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. DOI: 10.5040/9781472563613

Craig P., *Markakis M.* Gauweiler and the Legality of Outright Monetary Transactions // European Law Review. 2016. Vol. 41. Iss. 1. P. 4–24.

Dehousse R. The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration. New York: St. Martin, 1998.

Dicosola M., *Fasone C.*, *Spigno I.* The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism before the European Court of Human Rights // German Law Journal. 2015. Vol. 16. Iss. 6. P. 1387–1428. DOI: 10.1017/s2071832200021192

Drigo C. Preliminary Reference to the European Court of Justice and Multilevel Protection of Human Rights: The Complex Dialogue Between the European Court of Justice and Constitutional Courts // The Turkish Yearbook of International Relations. 2013. Vol. 44. P. 1–49.

Fabbrini F. After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States // German Law Journal. 2015. Vol. 16. Iss. 4. P. 1003–1023. DOI: 10.1017/s2071832200019970

García R., *Serret E.F.* Hardening the Preliminary Reference Procedure in a Union in Crisis: Kernkraftwerke Lippe-Ems // Common Market Law Review. 2016. Vol. 53. Iss. 3. P. 819–837.

Gervasoni S. La Cour de justice et le dialogue des juges // Le dialogue entre des juges européens et nationaux: incantation et réalité / Dir. de F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard. Bruxelles: Bruylant, 2004. P. 143–152.

Guastaferro B. The Unexpectedly Talkative "Dumb Son": The Italian Constitutional Court's Dialogue with the European Court of Justice in Protecting Temporary Workers' Rights in the Public Education Sector // European Constitutional Law Review. 2017. Vol. 17. Iss. 3. P. 493–524. DOI: 10.1017/S1574019617000220

Jedliczka U. The Austrian Constitutional Court and the European Court of Justice // Vienna Journal on International Constitutional Law. 2008. Vol. 2. No. 4. P. 301–306. DOI: 10.1515/icl-2008-0407

Kelemen D.R. On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2016. Vol. 23. Iss. 1. P. 136–150. DOI: 10.1177/1023263X1602300108

Kustra A. The First Preliminary Questions to the Court of Justice of the European Union Referred by Italian Corte Costituzionale, Spanish Tribunal Constitucional and French Conseil Constitutionnel // Comparative Law Review. 2013. Vol. 16. P. 159–182. DOI: 10.12775/CLR.2013.021

Martinico G. The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe. Abingdon: Routledge, 2012. DOI: 10.4324/9780203082034

Mayer F. The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System. Jean Monnet Working Paper 9/03.Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2003. URL: https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901–03.pdf (дата обращения: 12.01.2019).

Mayer F.C. Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit. Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem // Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit / Hrsg. von A. Bogdandy, J. Bast. Berlin: Springer, 2003. S. 229–282. DOI: 10.1007/978-3-662-07128-1_6

Merli F. EC Law and the Austrian Constitutional Court // Europarecht und die Gerichte der Transformationsstaaten / Hrsg. von M. Hofmann. Baden-Baden: Nomos, 2008. S. 170–175.

Millet F. How Much Lenience for How Much Cooperation? On the First Preliminary Reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice // Common Market Law Review. 2014. Vol. 51. Iss. 1. P. 195–218.

Morrone A. Constitutional Courts and Economic Crisis // Revista Eletrónica de Direito Público. 2017. Vol. 4. No. 1. P. 87–102.

Pérez A.T. Spanish Constitutional Court, Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door: Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC86/2011 // European Constitutional Law Review. 2012. Vol. 8. Iss. 1. P. 105–127. DOI: 10.1017/S1574019612000065

Pescatore P. Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali // Il Foro Italiano. 1986. Vol. 109. No. 1. P. 25/26–47/48.

Pliakos A., Anagnostaras G. Saving Face? The German Federal Constitutional Court Decides Gauweiler // German Law Journal. 2017. Vol. 18. No. 1. P. 213–232. DOI: 10.1017/s207183220002191x

Sarmiento D. The Luxembourg "Double Look": The Advocate General's Opinion and the Judgment in the Gauweiler Case // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2016. Vol. 23. Iss. 1. P. 40–54. DOI: 10.1177/1023263X1602300103

Sciarra S., *Nicastro G.* A New Conversation: Preliminary References from the Italian Constitutional Court // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2016. Vol. 23. Iss. 1. P. 195–203. DOI: 10.1177/1023263X1602300112

Snell J. Gauweiler: Some Institutional Aspects // European Law Review. 2015. No. 2. P. 133–134.

Tridimas T., *Xanthoulis N.* A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2016. Vol. 23. Iss. 1. P. 17–39. DOI: 10.1177/1023263X1602300102

Vandamme Th. Prochain Arrêt: La Belgique! Explaining Recent Preliminary References of the Belgian Constitutional Court // European Constitutional Law Review. 2008. Vol. 4. Iss. 1. P. 127–148. DOI: 10.1017/S1574019608001272

REFERENCES

Allott, P. (2000). Preliminary Rulings — Another Infant Disease. *European Law Review*, 25(5), pp. 538–547.

Blokhin, P. (2018). Sudebnaya doktrina konstitutsionnoi identichnosti: genezis, problemy, perspektivy [The Judicial Doctrine of Constitutional Identity: Genesis, Issues, and Perspectives]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review], (6), pp. 62–81. (in Russ.). DOI: 10.21128/1812-7126-2018-6-62-81

Bogdandy, A. and Schill, S. (2011). Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, 48(5), pp. 1417–1453.

Brown, L.N. and Kennedy, T. (2000). *Brown and Jacobs: The Court of Justice of the European Communities.* 5th ed. London: Sweet & Maxwell.

Burgorgue-Larsen, L. (2015). The Constitutional Dialogue in Europe: A "Political" Dialogue. *European Journal of Current Legal Issues*, [online] 21(1). Available at: http://webjcli.org/article/view/412/526 [Accessed 21 August 2018].

Cartabia, M. (2009). Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously. *European Constitutional Law Review*, 5(1), pp. 5–31. DOI: 10.1017/S1574019609000054

Cartabia, M. (2018). Europe Today: Bridges and Walls. *International Journal of Constitutional Law*, 16(3), pp. 741–752. DOI: 10.1093/icon/moy083

Claes, M. (2006). *The National Courts' Mandate in the European Constitution*. Oxford; Portland: Hart Publishing. DOI: 10.5040/9781472563613

Claes, M. (2015). Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure. *German Law Journal*, 16(6), pp. 1331–1342. DOI: 10.1017/s2071832200021167

Craig, P. and Markakis, M. (2016). Gauweiler and the Legality of Outright Monetary Transactions. *European Law Review*, 41(1), pp. 4–24.

Dehousse, R. (1998). *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration.* New York: St. Martin.

Dicosola, M., Fasone, C. and Spigno, I. (2015). The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism before the European Court of Human Rights. *German Law Journal*, 16(6), pp. 1387–1428. DOI: 10.1017/s2071832200021192

Drigo, C. (2013). Preliminary Reference to the European Court of Justice and Multilevel Protection of Human Rights: The Complex Dialogue Between the European Court of Justice and Constitutional Courts. *The Turkish Yearbook of International Relations*, 44, pp. 1–49.

Fabbrini, F. (2015). After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States. *German Law Journal*, 16(4), pp. 1003–1023. DOI: 10.1017/s2071832200019970

Filatova, M.A. (2013). Konflikty konstitutsionnykh i nadnatsional'nykh norm: sposoby preodoleniya (na primere Evropeiskogo Soyuza i pravovykh sistem gosudarstv-chlenov ES) [Relationship between Constitutional and Supranational Law: Ways to Resolve the Conflict (Example of European Union and National Legal Systems in EU Member States)]. *Mežđunarodnoe pravosudie* [International Justice], (4), pp. 94–106. (in Russ.).

García, R. and Serret, E.F. (2016). Hardening the Preliminary Reference Procedure in a Union in Crisis: Kernkraftwerke Lippe-Ems. *Common Market Law Review*, 53(3), pp. 819–837.

Gervasoni, S. (2004). La Cour de justice et le dialogue des juges. In: F. Lichère, L. Potvin-Solis and A. Raynouard, eds. *Le dialogue entre des juges européens et nationaux: incantation et réalité.* Bruxelles: Bruylant, pp. 143–152. (in Fr.).

Guastaferro, B. (2017). The Unexpectedly Talkative "Dumb Son": The Italian Constitutional Court's Dialogue with the European Court of Justice in Protecting Temporary Workers' Rights in the Public Education Sector. *European Constitutional Law Review*, 17(3), pp. 493–524. DOI: 10.1017/S1574019617000220

Ispolinov, A. (2017). Prioritet prava Evropeiskogo soyuza i natsional'naya (konstitutsionnaya) identichnost' v resheniyakh Suda ES i konstitutsionnykh sudov gosudarstv-chlenov ES [The Priority of EU Law and National (Constitutional) Identity in the Decisions of the European Court of Justice and the Constitutional Courts of the EU Member-States]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review], (4), pp. 47–68.(in Russ.). DOI: 10.21128/1812-7126-2017-4-47-68

Jedliczka, U. (2008). The Austrian Constitutional Court and the European Court of Justice. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 2(4), pp. 301–306. DOI: 10.1515/icl-2008-0407

Kelemen, D.R. (2016). On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), pp. 136–150. DOI: 10.1177/1023263X1602300108

Kustra, A. (2013). The First Preliminary Questions to the Court of Justice of the European Union Referred by Italian Corte Costituzionale, Spanish Tribunal Constitucional and French Conseil Constitutionnel. *Comparative Law Review*, 16, pp. 159–182. DOI: 10.12775/CLR.2013.021

Martinico, G. (2012). *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*. Abingdon: Routledge. DOI: 10.4324/9780203082034

Mayer, F. (2003). *The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System*. Jean Monnet Working Paper 9/03. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Avalaible at: https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-03.pdf [Accessed 12 January 2019].

Mayer, F.C. (2003). Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit. Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem. In: A. Bogdandy and J. Bast, eds. *Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit*. Berlin: Springer, pp. 229–282. (in Germ.). DOI: 10.1007/978-3-662-07128-1_6

Merli, F. (2008). EC Law and the Austrian Constitutional Court. In: M. Hofmann, ed. *Europarecht und die Gerichte der Transformationsstaaten*. Baden-Baden: Nomos, pp. 170–175.

Millet, F. (2014). How Much Lenience for How Much Cooperation? On the First Preliminary Reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice. *Common Market Law Review*, 51(1), pp. 195–218.

Morrone, A. (2017). Constitutional Courts and Economic Crisis. *Revista Eletrónica de Direito Público*, 4(1), pp. 87–102.

Pérez, A.T. (2012). Spanish Constitutional Court, Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door: Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC86/2011. *European Constitutional Law Review*, 8(1), pp. 105–127. DOI: 10.1017/S1574019612000065

Pescatore, P. (1986).Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali. *Il Foro Italiano*, 109(1), pp. 25/26–47/48. (in It.).

Pliakos, A. and Anagnostaras, G. (2017). Saving Face? The German Federal Constitutional Court Decides Gauweiler. *German Law Journal*, 18(1), pp. 213–232. DOI: 10.1017/s207183220002191x

Sarmiento, D. (2016). The Luxembourg "Double Look": The Advocate General's Opinion and the Judgment in the Gauweiler Case. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), pp. 40–54. DOI: 10.1177/1023263X1602300103

Sciarra, S. and Nicastro, G. (2016). A New Conversation: Preliminary References from the Italian Constitutional Court. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), pp. 195–203. DOI: 10.1177/1023263X1602300112

Snell, J. (2015). Gauweiler: Some Institutional Aspects. *European Law Review*, (2), pp. 133–134.

Tridimas, T. and Xanthoulis, N. (2016). A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), pp. 17–39. DOI: 10.1177/1023263X1602300102

Vandamme, Th. (2008). Prochain Arrêt: La Belgique! Explaining Recent Preliminary References of the Belgian Constitutional Court. *European Constitutional Law Review*, 4(1), pp. 127–148. DOI: 10.1017/S1574019608001272

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Сорокина Елена Александровна — кандидат юридических наук, научный сотрудник сектора прав человека Института государства и права РАН.

AUTHOR'S INFO:

Elena A. Sorokina — Candidate of Legal Sciences, Research Fellow of the Human Rights Department, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Сорокина Е.А. Преюдициальная процедура как инструмент сотрудничества между Судом ЕС и конституционными судами государств — членов Союза // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 2. С. 59–86. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-sorokina

CITATION:

Sorokina, E.A. (2019). Preliminary Ruling Procedure as a Tool of Cooperation between the Court of Justice of the EU and National Constitutional Courts. Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS, 14(2), pp. 59–86. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-sorokina

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ
И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

ELISABETH ROSSA

Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität zu Köln
Albertus-Magnus-Platz, Köln 50923, Deutschland,
E-mail: elisabeth.rossa@uni-koeln.de
ORCID: 0000-0003-1930-5181

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-rossa

DIE UN-KINDERRECHTSKONVENTION IN DEUTSCHLAND

Abstract. Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (kurz: UN-Kinderrechtskonvention) ist ein menschenrechtlicher Vertrag, der von der Staatengemeinschaft bislang große Anerkennung erfahren hat. Dennoch wird die innerstaatliche Geltung des völkerrechtlichen Vertrages häufig durch Vorbehalte eingeschränkt. So legte auch die Bundesrepublik Deutschland seinerzeit Vorbehalte hinsichtlich des Geltungsumfanges der Konvention ein. Der Beitrag beleuchtet daher — nach einem kurzen historischen und inhaltlichen Überblick über das Vertragswerk selbst — dessen innerstaatliche Geltung in Deutschland und die Zulässigkeit der eingelegten Vorbehalte. Unabdingbar ist in diesem Zusammenhang die Erörterung der Frage, ob Bestimmungen der Konvention unmittelbare Anwendbarkeit erlangt haben und welche Folgen dies für den Rechtsanwender nach sich zieht. Zudem wird die aktuell in Politik und Gesellschaft hoch umstrittene Frage einer Implementierung von Kinderrechten in das Grundgesetz auf wissenschaftlicher Grundlage erörtert. Neben Überlegungen zu einer (völkerrechtlichen) Pflicht, Kinderrechte in die Verfassung aufzunehmen, ist dabei auch herauszufinden, worin der Kern der Gewährleistung von "Kinderrechten" überhaupt besteht und an welcher Stelle der Verfassung diese am sinnvollsten zu verorten wären. Dabei muss vor allem die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigt werden, die den Gewährleistungsumfang der anwendbaren verfassungsrechtlichen Normen konkretisiert. Besondere Bedeutung kommt neben Art. 6 Abs. 2 GG dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu, dessen Garantien eng an der Kinderrechtskonvention zu überprüfen sind. Schließlich widmet sich der Beitrag einem der Durchsetzungsmechanismen der UN-Kinderrechtskonvention: dem Individualbeschwerdeverfahren. Dieses verspricht einen verbesserten Schutz von Menschenrechten, doch ist dessen Wirkkraft in vielerlei Hinsicht beschränkt. Worin diese Barrieren bestehen, ist einer der zentralen Aspekte, die aufgegriffen werden.

Schlüsselwörter: Menschenrechte, Kinderrechte, UN-Kinderrechtskonvention, Vorbehalte, Durchsetzungsmechanismus, Individualbeschwerdeverfahren, Bundesrepublik Deutschland, Grundgesetz der BRD

ЭЛИЗАБЕТ РОССА

Юридический факультет Университета г. Кёльна
50923 Deutschland, Köln, Albertus-Magnus-Platz
E-mail: elisabeth.rossa@uni-koeln.de
ORCID: 0000-0003-1930-5181

ДЕЙСТВИЕ КОНВЕНЦИИ О ПРАВАХ РЕБЕНКА В ГЕРМАНИИ

Аннотация. Конвенция ООН о правах ребенка ратифицирована большинством стран мира. Но внутригосударственное действие этого договора часто обусловливается оговорками, что характерно и для ФРГ. В статье обсуждаются проблемы действия Конвенции в Германии и приемлемость сделанных ФРГ оговорок. В данном контексте встает вопрос о том, являются ли положения Конвенции непосредственно действующими в Германии, и если да, то какие это влечет последствия. Среди политиков, а также на уровне общественного мнения активно дискутируется необходимость имплементации прав детей в Основной закон Германии. Автор полагает, что это является международно-правовой обязанностью страны, и пытается обосновать, в чем заключается обеспечение прав детей и в каком разделе Основного закона их закрепление было бы наиболее целесообразно. При этом необходимо учитывать практику Федерального конституционного суда Германии, которая конкретизирует объем гарантий, предоставляемых конституционно-правовыми нормами. В этом контексте особое значение имеют положения абз. 2 ст. 6 Основного закона ФРГ, взятые вместе с абз. 1 ст. 2 и абз. 1 ст. 1, гарантии которых необходимо рассматривать во взаимосвязи с Конвенцией о правах ребенка.

В статье также исследуется относительно новый механизм обеспечения реализации Конвенции о правах ребенка — разбирательство по индивидуальным сообщениям. Даная процедура способна усилить защиту прав детей, вытекающих из Конвенции, однако ее действенность во многих отношениях ограничена. Анализируются суть и причины этих ограничений.

В основу статьи положено диссертационное исследование автора «Права детей. Конвенция о правах ребенка в международном и национальном контексте».

Ключевые слова: права человека, права ребенка, Конвенция о правах ребенка, оговорки, механизм осуществления, разбирательство по индивидуальным сообщениям, Германия, Основной закон Германии

ELISABETH ROSSA

Faculty of Law, University of Cologne
Albertus-Magnus-Platz, Köln 50923, Deutschland,
E-mail: elisabeth.rossa@uni-koeln.de
ORCID: 0000-0003-1930-5181

IMPLEMENTATION OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD IN GERMANY

Abstract. The UN Convention on the rights of the child was ratified by the majority of countries across the globe. However, the national operation of the given treaty is often driven by reservations the fact that is also typical for the Federal Republic of Germany. The article discusses the problems of implementation of the Convention in Germany and the acceptability of the reservations made by FRG. Such context underlines an issue whether the provisions of the Convention are considered to be immediately operating in Germany and if the answer is positive what implications shall it entail. Among politicians as well as at the level of public opinion there is an intensive discussion about the need to implement the children's rights into the Basic law of Germany. The author assumes that it is a country-wide international legal obligation and attempts to substantiate what is implied under the promotion of the children's rights and in which section of the Basic law the consolidation of the children's rights would be more than expedient. Thereby, it is important to consider the practice of the Federal constitutional court of Germany which elaborates on the scope of guarantees granted through the constitutional legal norms. In this context, a special attention is drawn to paragraph 2 Art. 6 of the Basic law of FRG, taken together with paragraphs 1 Art. 2 and paragraph 1 Art. 1, the guarantees of which are necessary to address in linkage with the Convention on the children's rights.

The article also examines a fairly new mechanism for ensuring the implementation of the Convention on the children's rights — proceeding on individual messages. This procedure is capable of enhancing the protection of the children's rights proceeding from the Convention; however, its operability is limited in many respects. The essence and causes of such limitations are being analyzed.

A dissertation research of the author "Children's rights. Convention on the children's rights in the international and national context" laid the basis of the article.

Keywords: human rights, children's rights, Convention on the rights of the child, reservations, mechanism of implementation, proceeding on individual messages, Germany, Basic law

1. Einleitung. Eckdaten des Übereinkommens

Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der ausschließlich Rechtspositionen von Kindern normiert. Die Bestrebungen nach einem verstärkten Kinderschutz reichen bis zum Beginn

des 20. Jahrhunderts zurück. Als wesentliche Vertragswerke auf dem Weg zu der heutigen UN-Kinderrechtskonvention sind dabei vor allem die „Declaration of Geneva“[1], die am 26. September 1924 von der Völkerbundversammlung verabschiedet wurde, die “Declaration of the Rights of the Child” von 1948[2] sowie die von der Vollversammlung der Vereinten Nationen am 29. November 1959 verabschiedete “Erklärung der Rechte des Kindes”[3] zu nennen. Letztere diente den ersten Entwürfen der heutigen UN-Kinderrechtskonvention als Vorbild[4].

Das heutige Übereinkommen über die Rechte des Kindes wurde am 20. November 1989 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen[5] und seitdem weltweit durch fast sämtliche Staaten der Erde ratifiziert oder zumindest unterzeichnet[6]. Am 2. September 1990 trat es gemäß seines Artikels 49 Abs. 1 nach Hinterlegung der 20. Ratifikations- oder Beitrittsurkunde beim Generalsekretär der Vereinten Nationen in Kraft[7].

Die Bundesrepublik Deutschland unterzeichnete die Konvention am 26. Januar 1990. Dem folgten das Zustimmungsgesetz von Bundestag und Bundesrat vom 17. Februar 1992[8] sowie die Hinterlegung der deutschen Ratifikationsurkunde bei den Vereinten Nationen am 6. März 1992. Am 5. April 1992 trat die UN-Kinderrechtskonvention schließlich für Deutschland in Kraft[9].

Insgesamt handelt es sich bei der UN-Kinderrechtskonvention damit um ein noch sehr junges Übereinkommen. Dies gilt auch für die bislang existie-

---

[1] League of Nations Official Journal. 1924. Special Supplement № 21. S. 42 f.

[2] Rossa, E. (2014). *Kinderrechte. Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext.* Frankfurt am Main: Peter Lang Academic Research, s. 6 m.w.N.

[3] A/RES/1386 (XIV) = GAOR14th sess., Supp. 16, S. 19; siehe auch Baer, I. (1993). Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes. *Neue Juristische Wochenschrift*, (35), s. 2209.

[4] So liegt es insbesondere für den polnischen Entwurf einer Kinderrechtskonvention aus dem Jahr 1978, s. dazu auch Barsh, R.L. (1989). The Draft Convention on the Rights of the Child: A Case of Eurocentricism in Standard-Setting. *Nordic Journal of International Law*, 58(1), p. 25.

[5] A/RES/44/25 = GAOR44th sess., Supp. 49, S. 166.

[6] Der aktuelle Stand der Anzahl an Vertragsstaaten lässt sich http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en entnehmen [Zugriff am 17 March 2019].

[7] Siehe dazu auch, in: Detrick, S., Doek, J.E. and Cantwell, N. (1992). *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the “Travaux Préparatoires”*. Dordrecht: M. Nijhoff, s. 1.

[8] Bundesgesetzblatt. II 1992, 121.

[9] Siehe dazu die Ratifikationserklärung, Bundesgesetzblatt. II 1992, 990.

renden drei Zusatzprotokolle, die den Schutz von Kindern in bestimmten Bereichen konkreter ausgestalten. Zu nennen sind das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten und das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie[10]. Daneben trat kürzlich das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren[11]. Dieses lag es nur gute zwei Jahre zur Unterzeichnung auf[12], bis es am 14. April 2014 gemäß seines Art. 19 drei Monate nach Hinterlegung der zehnten Ratifikations- oder Beitrittsurkunde in Kraft trat.

2. Inhalt des Übereinkommens

Die UN-Kinderrechtskonvention umfasst 54 Artikel. Zunächst werden in Artt. 1–41 UN-KRK die materiellen Rechte des Kindes normiert. Dem folgen Bestimmungen über die Ausgestaltung internationaler Kontrolle hinsichtlich der Umsetzung der Konventionsbestimmungen (Artt. 42–45) sowie im letzten Teil (Artt. 46–54) die üblichen Schlussbestimmungen. Das Übereinkommen vereint sowohl politische und bürgerliche[13] als auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte[14] auf sich, wobei sie hinsichtlich ihrer Geltendmachung untrennbar miteinander verwoben sind[15]. Ebenso sind die Gewährleistungen der Konvention insgesamt unteilbar[16], sodass Maßnahmen und Regelungen auf internationaler und gleichwohl nationaler Ebene sämtliche der Kinderrechtsgewährleistungen berücksichtigen müssen, um der Konvention zu entsprechen[17].

---

[10] Siehe zu beiden Doc. A/RES/54/263, verabschiedet am 25. Mai 2000 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen.

[11] A/RES/66/138; auf das Mitteilungsverfahren wird weiter unten noch einzugehen sein.

[12] Der aktuelle Stand der Vertragsstaaten ist unter http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en abrufbar [Zugriff am 17 March 2019].

[13] Dazu zählen beispielsweise Art. 2 UN-KRK und Art. 7 UN-KRK.

[14] Zu nennen sind neben anderen Art. 23 UN-KRK oder Art. 28 UN-KRK.

[15] Schorlemer von, S., Hrsg. (2004). *Die Vereinten Nationen und die Entwicklung der Rechte des Kindes*. Aachen: Shaker, s. 16.

[16] Schmahl, S. (2013). *Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar.* Baden-Baden: Nomos. Art. 4 Rn. 4.

[17] Siehe dazu die Feststellung des Kinderrechtsausschusses in seinem *General Comment*, CRC/GC/2003/5, Rn. 18.

Innerhalb des ersten Abschnitts der Konventionsbestimmungen sind zwei weitere Untergliederungen vorzunehmen: zum einen werden die Art. 1 bis 5 UN-KRK als Auslegungshilfe für sämtliche nachfolgenden materiell-rechtlichen Bestimmungen herangezogen[18]. So legt beispielsweise Art. 1 UN-KRK den Anwendungsbereich der UN-Kinderrechtskonvention fest, der mit dem Eintritt der Volljährigkeit, spätestens aber mit der Vollendung des achtzehnten Lebensjahres endet. Weiterhin hat Art. 4 UN-KRK, um ein weiteres Beispiel zu nennen, die Verpflichtung der Vertragsstaaten zum Gegenstand, alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Verwirklichung der Rechte aus der Konvention zu treffen.

Zum anderen sind bei Anwendung und Auslegung der Konventionsbestimmungen die sog. "general principles" zu berücksichtigen, die dem Kinderrechtsausschuss zufolge die Schutzrichtung der UN-Kinderrechtskonvention am geeignetsten ausdrücken sollen[19]. Diese Prinzipien beinhalten die für die Sicherung des Zweckes der Kinderrechtskonvention notwendigen Grundvoraussetzungen[20] und umfassen Art. 2 UN-KRK (Achtung der Kindesrechte; Diskriminierungsverbot), Art. 3 Abs. 1 KRK (Wohl des Kindes), Art. 6 UN-KRK (Recht auf Leben) und Art. 12 UN-KRK (Berücksichtigung des Kindeswillens)[21].

Dabei kommt insbesondere Art. 3 Abs. 1 UN-KRK eine hervorgehobene Rolle zu, der den Kindeswohlvorrang normiert. Das "Kindeswohl" und seine Förderung sind danach bei jeder Maßnahme, die auf der UN-Kinderrechtskonvention fußt, zu berücksichtigen. Aber welchen Maßstab legt das Übereinkommen damit fest? Wie ist der Begriff des "Kindeswohls" auszulegen?

Zunächst ist festzustellen, dass es sich bei dem "Kindeswohl" um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der vor seiner Anwendung einer greifbaren inhaltlichen Ausfüllung bedarf. Eine allgemeingültige Konkretisierung des völkerrechtlichen Kindeswohlbegriffs erscheint jedoch unter einer grundlegenden Prämisse als nur schwer zu realisieren: legte man eine verbindliche Definition des Kindeswohlbegriffs fest, basierte diese zwangsläufig auf einem starren und somit nicht mehr disponiblen Menschenbild, das den unterschiedlichen nationalen Zielbestimmungen des Kindeswohls ethischer und

---

[18] Jeand'Heur, B. (1993). *Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG.* Berlin: Duncker & Humblot, s. 185 f.; Verschraegen, B. (1996). *Die Kinderrechtekonvention.* Wien: Manz, s. 13 f.

[19] CRC/GC/2003/5, Rn. 12.

[20] Maywald, J. (2012). *Kinder haben Rechte!: Kinderrechte kennen — umsetzen — wahren. Für Kindergarten, Schule und Jugendhilfe (0–18 Jahre).* Weinheim: Beltz, s. 96.

[21] CRC/GC/2003/5, Rn. 12.

kultureller Art nicht gerecht würde. Um der Diversität nationaler Auffassungen in ausreichendem Maße Rechnung zu tragen, wird eine völkerrechtliche Begriffsbestimmung des Kindeswohls damit scheitern müssen.

Jedoch vermag im Umkehrschluss jeder Staat einzeln den unbestimmten Rechtsbegriff für sich innerhalb seines Rechts- und Wertekanons auszufüllen. Als Anhaltspunkte können einfachrechtliche nationale Normen mit Kindesbezug ebenso wie die Rechtsprechung nationaler (Verfassungs-)Gerichte dienen. Auf internationaler Ebene kann vor allem die UN-Kinderrechtskonvention als Auslegungshilfe des Begriffs fungieren, indem dort die Grundbedürfnisse von Kindern benannt und rechtlich ausgestaltet werden. Dazu zählen neben den bereits benannten "general principles" auch die übrigen materiell-rechtlichen Verbürgungen des Übereinkommens.

Die konkrete Anwendung der (nationalen) Definition des Kindeswohls läuft anschließend auf eine Abwägung der Interessen im Einzelfall hinaus. Soll eine Entscheidung getroffen werden, die sich auf ein Kind bezieht, so sind die ermittelten Interessen des Kindes zu berücksichtigen und im Falle eines Entgegenstehens anderweitiger Interessen als Abwägungsbelang heranzuziehen.

Anhaltspunkte für eine Ausfüllung des Kindeswohlbegriffs im deutschen Recht ergeben sich insbesondere aus einer Analyse des Familienrechts sowie der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, auf die nachfolgend noch einzugehen sein wird[22]. Als besonders wichtig für die Förderung des Kindeswohls im Einzelfall gelten danach stabile Familienverhältnisse sowie der Schutz des Vertrauensverhältnisses, das ein Kind zu einem oder beiden Elternteilen aufgebaut hat[23]. Entscheidend für die Bestimmung des Kindeswohlbegriffs ist jedoch noch ein anderer Aspekt, der sich mittelbar in dem Recht auf Partizipation des Art. 12 UN-KRK wiederfindet, und der vom Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung mehrfach konkretisiert wurde: die Beteiligung eines Kindes an allen es betreffenden Entscheidungen. In Ausübung dieses Rechts wird Kindern eine eigene Stimme gewährt und sie werden in die Lage versetzt, ihre eigene Sicht der Dinge zum Ausdruck zu bringen und ihren Interessen entsprechend zu handeln[24]. Die Notwendigkeit dieser die Selbstbestimmung fördernden Sicht auf Kinder ist eng mit dem Würdebegriff des Grundgesetzes verbunden und die notwendige Folge der Wahrnehmung von Kinderrechten als Menschenrechte, die es erfordert, den Menschen und seine ihm innewohnende Würde zu respektieren. Schließlich

[22] Siehe dazu weiter unten in diesem Beitrag unter IV.

[23] Die Auswertung der einzelnen hier in Bezug genommenen Urteile ergibt sich aus Rossa, E. (2014). Op. cit., s. 81 ff.

[24] So speziell zu dem Begriff der Partizipation in Art. 12 UN-KRK Schmahl, S. (2013). Op. cit. Art. 12 Rn. 21.

ist dem Bundesverfassungsgericht uneingeschränkt zu folgen, wenn es feststellt, dass ein Kind "ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG [ist]"[25].

3. Innerstaatliche Geltung des Übereinkommens in Deutschland

Die Darstellung der innerstaatlichen Geltung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland setzt zunächst an der generellen Beziehung von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht an. Dabei soll an dieser Stelle nicht die Fülle an Theorien und Differenzierungen in den Blick genommen werden, doch soll zumindest kurz das Ergebnis der Untersuchung skizziert werden, um die deutsche Debatte um die innerstaatliche Geltung der Konvention nachvollziehbar werden zu lassen.

Grundsätzlich richtet sich die Einbeziehung von Völkervertragsrecht in deutsches Recht nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG. Dieser fordert für Verträge, die die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, die Zustimmung oder Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in Form eines Bundesgesetzes. Der staatliche Rechtsakt, der auch als Vollzugsgesetz[26] beschrieben werden kann, verfügt als Rechtsanwendungsbefehl den innerstaatlichen Vollzug des Völkerrechts, ohne dabei den Charakter der Norm als Völkerrecht zu berühren[27]. Als Folge des Vollzugsgesetzes können die innerstaatlichen Rechtssubjekte, die bereits als Adressaten im völkerrechtlichen Vertrag angelegt sind, ohne Zwischenschritt von diesem auch innerstaatlich erfasst — also berechtigt und verpflichtet — werden[28].

Für die UN-Kinderrechtskonvention stellte das bereits erwähnte Zustimmungsgesetz von Bundestag und Bundesrat vom 17. Februar 1992[29] das

---

[25] BVerfGE24, 119 (144). Link: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv024119.html [Zugriff am 15 March 2019].

[26] Die hier vertretene Auffassung orientiert sich an der *Vollzugslehre* und steht damit in Ablehnung zur *Transformationslehre*; siehe zu beiden Theorien und den dahinterstehenden dogmatischen Feinheiten bei Rossa, E. (2014). Op. cit., s. 37 ff.

[27] Pfeffer, R. (2009). *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Eine kritische Betrachtung alter und neuer Lehren unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Tübingen: Mohr Siebeck, s. 134.

[28] Niedobitek, M. (2001). *Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge. Bund, Länder und Gemeinden als Träger.* Tübingen: Mohr Siebeck, s. 166 f.

[29] Bundesgesetzblatt. II 1992, 121.

Vollzugsgesetz im Sinne des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG dar. Infolge dieses Gesetzes erlangte die UN-Kinderrechtskonvention innerstaatliche Geltung in Deutschland und den Rang eines einfachen Bundesgesetzes[30]. Wie sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ableiten lässt, sind die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung ebenfalls an das Übereinkommen gebunden[31].

Umstritten blieb jedoch eine von der innerstaatlichen Geltung zu unterscheidende Frage, nämlich die der unmittelbaren Anwendbarkeit der Konvention oder einzelner ihrer Bestimmungen. Angeheizt wurde die Debatte durch einen mittlerweile[32] zurückgenommenen Vorbehalt der Bundesrepublik Deutschland in Form einer Ratifikationserklärung[33], mittels derer die innerstaatliche Anwendbarkeit des Übereinkommens auf verschiedenen Gebieten beschränkt werden sollte. Aber auch die Rücknahme der Ratifikationserklärung führte nicht zu einer unbestrittenen Lösung der aufgeworfenen Problematik rund um eine unmittelbare Anwendbarkeit der UN-Kinderrechtskonvention.

Die Brisanz dieser Fragestellung liegt in dem Wesen der unmittelbaren Anwendbarkeit begründet. Grundsätzlich bindet ein völkerrechtlicher Vertrag die Parteien mit seinem Inkrafttreten, jedoch kann der Vertrag oder können einzelne seiner Normen unter gewissen Umständen zusätzlich unmittelbare Anwendbarkeit erlangen, die es Individuen ermöglicht, sich auf diese Rechtsnormen vor Gericht oder sonstigen staatlichen Behörden direkt zu berufen[34]. Dies hat dogmatisch zur Folge, dass eine Norm auch ohne zusätzliche Durchführungsvorschrift als verbindlich angesehen wird[35]. Es bedarf damit allein des im Vertragsgesetz enthaltenen Rechtsanwendungsbefehls, damit sich aus unmittelbar anwendbaren Vertragsnormen (self-executive — Vorschriften) Rechte und Pflichten für den jeweiligen Adressaten ergeben, während die Normen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, durch die Vertragspartner geachtet und eventuell im Wege konkretisierender Rechtsprechung ausgelegt werden müs-

---

[30] Sternberg, N. (1999). *Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG.* Berlin: Duncker & Humblot, s. 38 f.

[31] Sachs, M., Battis, U., Hrsg. (2011). *Grundgesetz. Kommentar.* 6. Aufl. München: C.H. Beck. Art. 20 Rn. 107.

[32] Der deutsche Vorbehalt zur UN-Kinderrechtskonvention wurde am 15. Juli 2010 zurückgenommen, siehe dazu und zu der Ratifikationserklärung insgesamt ausführlich Rossa, E. (2014). Op. cit., s. 33 ff.

[33] Bundesgesetzblatt. II 1992, 990.

[34] Keller, H. (2003). *Rezeption des Völkerrechts. Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen.* Berlin: Springer, s. 13.

[35] Geiger, R. (2013). *Grundgesetz und Völkerrecht: mit Europarecht: die Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht: ein Studienbuch*. 6. Aufl. München: C.H. Beck. § 34 I. 1.

sen[36]. Die self-executive — Vorschriften unterscheiden sich demgemäß von den übrigen Vorschriften, da sie auch ohne innerstaatliche Konkretisierung bereits innerstaatliche Anwendungsreife besitzen[37].

Ob ein Vertrag oder eine Norm unmittelbar anwendbar sind, ergibt sich regelmäßig nur in Ansehung der Vertragsnorm selbst, deren Auslegung sich auch im innerstaatlichen Recht nach den Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge richtet[38]. Das Vorliegen einer self-executive — Norm wird dann anzunehmen sein, wenn diese inhaltlich präzise und konkret ist, sie einen Adressaten berechtigt und verpflichtet und es keines weiteren innerstaatlichen Rechtsakts zu ihrer Anwendung bedarf[39]. Konkret bezogen auf die UN-Kinderrechtskonvention kann davon ausgegangen werden, dass zumindest Art. 3 des Übereinkommens, mithin der Vorrang des Kindeswohls, aufgrund seiner präzisen Fassung und seiner hervorgehobenen Funktion innerhalb des Systems der Kinderrechte unmittelbare Anwendbarkeit genießt.

Es gilt überdies im Zusammenhang mit der innerstaatlichen Geltung des Übereinkommens noch ein weiteres Problem zu lösen, das sich bei einer Kollision von Vertragsnormen mit gleichrangigen innerstaatlichen Vorschriften stellt. Aufgrund des Charakters des völkerrechtlichen Vertrages als einfaches Bundesgesetz käme es grundsätzlich zu einem Vorrang nachträglich erlassener Gesetze, selbst wenn diese im Widerspruch zu dem völkerrechtlichen Vertrag stünden[40]. Gegen eine Schwächung der innerstaatlichen Geltung sprechen jedoch zum einen der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit und zum anderen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Ersterer verpflichtet zu einer Auslegung nationaler Normen, die möglichst mit den durch Vertrag begründeten völkerrechtlichen Verpflichtungen übereinstimmt[41]. Etwas anderes soll dabei erst gelten, wenn eine ausdrückliche gesetzgeberische Abkehr von diesen völkerrechtlichen Bindungen existiert[42]. Das Bundesverfassungsgericht

---

[36] Starck, C., Hrsg. (2010). *Kommentar zum Grundgesetz.* Bd. 2. München: C.H. Beck. Art. 59 Abs. 2 Rn. 95.

[37] Münch von, I., Kunig, P., Hrsg. (2012). *Grundgesetz-Kommentar.* Bd. 1. München: C.H. Beck. Art. 59 Rn. 33.

[38] a.a. O., Rn. 46.

[39] Stein, T., Buttlar von, C. (2012). *Völkerrecht*. München: Vahlen. Rn. 187 sowie Bleckmann, A. (1970). *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge.* Berlin: Duncker & Humblot, s. 20.

[40] Maunz, T., Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F., Bethge. H., Hrsg. (2013). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*. München: C.H. Beck. § 80 Rn. 152.

[41] Münch von, I., Kunig, P., Hrsg. (2012). Op. cit. Art. 59 Rn. 45.

[42] Lorz, R.A. (2010). *Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung: Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der*

weitete den innerstaatlichen Anwendungsbereich von Menschenrechtsverträgen zudem noch auf die Funktion eines stets heranzuziehenden Prüfungs- bzw. Auslegungsmaßstabes in grundrechtlichen Fragen aus[43].

4. Ist eine Aufnahme von Kinderrechten in die deutsche Verfassung notwendig?

Diese Frage lässt sich kurz und knapp mit einem "Nein" beantworten. Dieses Ergebnis vermag auf den ersten Blick verwundern — insbesondere vor dem Hintergrund, dass es eine Vielzahl von Gegenstimmen in Wissenschaft und Politik zu verzeichnen gibt[44]. Jedoch resultiert die Antwort auf die eingangs gestellte Frage auf einer gründlichen Abwägung der Für- und Gegenargumente vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen für Kinder.

Dabei gilt es zunächst festzustellen, welche Rechtspositionen für Kinder konkret Eingang in die Verfassung finden sollen. Die Vorschläge orientieren sich stark an den Grundbedürfnissen von Kindern, wie sie auch in der UN-Kinderrechtskonvention festgelegt sind. Angelehnt an die "general principles" wird eine Normierung von Schutz-, Förderungs- und Partizipationsrechten gefordert[45]. Weiterhin umfassen die Vorschläge eine ausdrückliche Festschreibung des Kindeswohlvorrangs[46].

UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht? Berlin: AGJ, s.10 f.; siehe dazu auch ausdrücklich BVerfGE74, 358 (370). Link: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv074358.html [Zugriff am 27 March 2019].

[43] BVerfGE74, 358 (370) sowie BVerfGE111, 307 (317, 329) [Link: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv111307.html hinsichtlich [Zugriff am 27 March 2019]] der EMRK sowie BVerfGE128, 282 (306) [Link: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv128282.html [Zugriff am 27 March 2019]] für das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen.

[44] Siehe zu den Argumenten der Befürworter einer Verankerung von Kinderrechten in der Verfassung ausführlich Rossa, E. (2014). Op. cit., s. 113 ff.

[45] So beispielsweise Liebel, M. (2013). Antworten zu 1 und 2 im Rahmen des Öffentlichen Expertengespräches zum Thema "Kinderrechte ins Grundgesetz" am 20. Februar 2013, Kommissionsdrucks. 17/24 v. 18.02.2013. [online] *Deutscher Bundestag*. Link: https://www.bundestag.de/ausschuesse18/a13/kiko/Oeffentliche_Veranstaltungen/Oeffentl__Expertengespr__Kinderrechte_ins_GG/ [Zugriff am 17 March 2014] sowie Wiesner, R. (2013). Antwort zu 2 und 4 im Rahmen des Öffentlichen Expertengespräches zum Thema "Kinderrechte ins Grundgesetz" am 20. Februar 2013, Kommissionsdrucks. 17/25 v. 19.02.2013. [online] *Deutscher Bundestag*. Link: https://www.bundestag.de/ausschuesse18/a13/kiko/Oeffentliche_Veranstaltungen/Oeffentl__Expertengespr__Kinderrechte_ins_GG/ [Zugriff am 17 March 2014].

[46] Das befürworten beispielsweise Lütkes, A., Sedlmayr, S. (2012). Auswirkungen einer Grundrechtsänderung auf den Schutz, die Teilhabe und die Förderung von Kindern und Jugendlichen. *Familie*, *Partnerschaft*, *Recht*, s. 190.

Sämtliche dieser Rechtspositionen finden sich jedoch in den einschlägigen Artikeln des Grundgesetzes sowie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wieder. Dass Letztere ebenfalls als Quelle nationaler Kinderrechte heranzuziehen ist, wird teilweise kritisiert, da es den Rechtsanwendern nicht zuzumuten sei, verschiedene Quellen rezipieren zu müssen, um den Normgehalt des Grundgesetzes zu erfassen[47]. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es zu der grundsätzlichen Befugnis und Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts gehört, das Grundgesetz auszulegen und in dieser Form fortzuentwickeln[48]. Eine gedankliche und dogmatische strikte Trennung der Verfassung und der auf sie bezogenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts widerspräche insofern dem auf dieses Wechselspiel ausgelegten System.

Die nun in den Blick zu nehmenden Verfassungsartikel sind namentlich Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 6 GG. Das „allgemeine Persönlichkeitsrecht" ist dabei ein richterrechtlich entwickeltes Grundrecht und wird aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG herausgelesen, wobei es die Dogmatik des Menschenwürdeschutzes mit der der allgemeinen Handlungsfreiheit verbindet[49]. Die Wirkung dieses Grundrechts im Kontext der Kinderrechte wird vornehmlich dadurch bestimmt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht als "Persönlichkeitswerdungsrecht" bzw. "Menschwerdungsrecht"

---

[47] Eichholz, R. (2013). Antwort zu 1 im Rahmen des Öffentlichen Expertengespräches zum Thema "Kinderrechte ins Grundgesetz" am 20. Februar 2013, Kommissionsdrucks. 17/21 v. 20.02.2013 [online] *Deutscher Bundestag*. Link: https://www.bundestag.de/ausschuesse18/a13/kiko/Oeffentliche_Veranstaltungen/Oeffentl__Expertengespr__Kinderrechte_ins_GG/ [Zugriff am 17 March 2014]; Benassi, G. (2012). Kinderrechte mit Kindeswohlvorrang ins Grundgesetz. Wege zur Umsetzung der Kinderrechte nach der Rucknahem der deutschen Vorbehaltserklarung. *Nachrichtendienst des Deutschen Vereins*, (3), s. 100 sowie Hohmann-Dennhardt, C. (2012). Kinderrechte ins Grundgesetz — warum? *Familie*, *Partnerschaft*, *Recht*, s. 187.

[48] Bezüglich der Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts siehe bei *Maunz T.*, in: Maunz, T., Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F., Bethge. H., Hrsg. (2013). Op. cit. Art. 94 Rn. 4. Danach entspricht es gerade der Funktion des Bundesverfassungsgerichts, Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen und deren verfassungsrechtlich konstruiertes Verhältnis zu konkretisieren; daneben siehe auch *Schuler-Harms M.*, in: Schuler-Harms, M. (2009). Kinder in den Mittelpunkt — und ins Grundgesetz. In: K. Justiz, Hrsg. *Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität: Dokumentation: Kongress "60 Jahre Grundgesetz: Fundamente der Freiheit stärken" der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen am 13./14. März 2009 in Berlin*. Baden-Baden: Nomos, s. 141.

[49] Münch von, I., Kunig, P., Hrsg. (2012). Op. cit. Art. 2 Rn. 30. Weiterführende Hinweise zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, seiner Entwicklung und Einordnung geben beispielsweise *Kube H.*, in: Isensee, J., Kirchhof, P., Hrsg. (2010). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. VII. Heidelberg: C.F. Müller. § 148 Rn. 28 ff. sowie Starck, C., Hrsg. (2010). Op. cit. Art. 2 Abs. 2 Rn. 86 ff., 170 ff.

ausgelegt wird[50]. Damit schützt Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur die Privatsphäre des Kindes sondern auch das Recht auf Entwicklung seiner Persönlichkeit innerhalb der Gesellschaft[51]. Die Ausgestaltung dieser Garantien kann im Einzelfall sehr unterschiedliche Ausprägungen erfahren und gewährleistet einen umfassenden Schutz der kindlichen Interessen im Hinblick auf eine möglichst ungestörte Entwicklung. So bindet das Recht des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ebenso die Eltern in Ausübung ihrer elterlichen Sorge[52] und ist bei jeder das Kind betreffenden Maßnahme zu berücksichtigen. Dies verdeutlicht bereits die durch die Verfassung gewährleistete Umsetzung der benannten Verpflichtungen aus der UN-Kinderrechtskonvention, die ebenfalls die Partizipation des Kindes und den unbedingten Kindeswohlvorrang umfassen.

Ebenso handelt es sich bei Art. 6 GG um eine für den Kinderrechtsschutz essentielle Bestimmung, die eng mit den Gewährleistungen des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verbunden ist[53]. Art. 6 Abs. 2 GG lautet: "Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft". Grundsätzlich obliegt die Verantwortung für ein Kind damit den Eltern. Kommen sie dieser Verantwortung nicht nach, so ist subsidiär der Staat zum Eingreifen und zur Übernahme der Pflege und Erziehung des Kindes verpflichtet. Gradmesser für den Punkt der Notwendigkeit staatlichen Eingreifens bildet laut Bundesverfassungsgericht wiederum die Gewährleistung des Kindeswohls[54].

Art. 6 Abs. 2 GG enthält allerdings seit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1. April 2008 auch ein eigenes Recht des Kindes[55]. So führt das Gericht aus, dass mit der "den Eltern durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auferlegten Pflicht gegenüber dem Kind, es zu pflegen und zu erziehen, (...) das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG [korrespondiert]"[56]. Das Bundesverfassungsgericht spielt damit auf die dargestellte Dogmatik des allgemeinen Persönlichkeitsrechts an,

---

[50] Jeand'Heur, B. Op. cit. S. 18 f.

[51] Kube H., in: Isensee, J., Kirchhof, P., Hrsg. (2010). Op. cit. § 148 Rn. 48.

[52] Maywald, J. (2009). Zum Begriff des Kindeswohls. Impulse aus der UN-Kinderrechtskonvention. *IzKK-Nachrichten*, (1), s. 18.

[53] Rossa, E. (2014). Op. cit., s. 100.

[54] BVerfGE24, 119 (144). Link: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv024119.html [Zugriff am 19 March 2019].

[55] BVerfGE121, 69. Link: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv121069.html [Zugriff am 19 March 2019].

[56] BVerfGE121, 69 (93).

dessen Verwirklichung als "Menschwerdungsrecht" in der Verantwortung der Eltern liegt. Ebenso fasste es das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung vom 19. Februar 2013, in der es auf die "vom Gesetzgeber näher auszugestaltende Schutzverantwortung für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes" eingeht, die sowohl Aufgabe der Eltern als auch des Staates sei und auf deren pflichtgemäße Ausübung das Kind einen Anspruch aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG habe[57].

Neben der Auflistung dieser spezifischen Gewährleistungen für Kinder ist festzustellen, dass die Geltung der Grundrechte insgesamt für Kinder uneingeschränkt ist, weil Kinder grundrechtsfähig und damit Grundrechtsträger sind[58]. Die Eröffnung des Schutzbereichs ist altersunabhängig[59], wobei allenfalls die Ausübung des Grundrechts abhängig vom Reifegrad eingeschränkt werden kann[60]. Die auf der Würde des Menschen basierende Konzeption des Kindeswohlbegriffs gewährleistet eine umfassende Berücksichtigung der Interessen des Kindes, die sich nicht nur im Grundgesetz sondern auch in den einfachgesetzlichen Normen widerspiegelt.

Darüber hinaus ist bei einer Abwägung der Argumente für und gegen eine Aufnahme von Kinderrechten in die Verfassung zu berücksichtigen, dass der Kindeswohlvorrang aus Art. 3 UN-KRK neben der verfassungsrechtlichen Normierung ebenfalls bereits aufgrund des Normcharakters als self-executive unmittelbare Anwendbarkeit genießt[61]. Wie bereits dargestellt, wird die innerstaatliche Anwendbarkeit des Übereinkommens insgesamt zusätzlich noch durch das Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit unterstützt, sodass sämtliche Kinderrechte des Übereinkommens in Deutschland (vorrangig) zu beachten sind.

Die Geltung des Kindeswohls und seinen Vorrang noch einmal ausdrücklich im Grundgesetz festzulegen, hätte daher eine lediglich deklaratorische Wirkung, die auf die konkreten Lebensumstände eines Kindes keine unmittelbare Auswirkung hätte. Vielmehr wäre es innerhalb des Konzeptes von Verfassung und einfachgesetzlichen Normen sinnvoller, auf ebendieser nachgeschalteten Ebene anzusetzen und die Position von Kindern im Falle von Missständen mittels einfachrechtlicher Bestimmungen gezielt zu verbessern.

---

[57] BVerfGE133, 59 (74). Link: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv133059.htm [Zugriff am 19 March 2019].

[58] So beispielsweise Hohm, K.-H. (1986). Grundrechtsträgerschaft und "Grundrechtsmündigkeit" Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung. *Neue Juristische Wochenschrift*, (50), s. 3108.

[59] Lorz, R.A. (2003). *Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung.* Berlin: Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe, s. 40.

[60] Hufen, F. (2009). *Staatsrecht II: Grundrechte*. München: C.H. Beck. § 6 Rn. 41.

[61] Dazu auch Lorz, R.A. (2010). Op. cit., s. 9.

5. Das Mitteilungsverfahren

Nachdem nun Inhalt und innerstaatliche Geltung des Übereinkommens skizziert sind und auch die verfassungsrechtliche Situation von Kindern in Deutschland beleuchtet wurde, soll sich nun noch den (internationalen) Durchsetzungsmechanismen der UN-Kinderrechtskonvention gewidmet werden. Dabei ist zwischen dem Berichtsverfahren, das in Art. 44 UN-KRK geregelt ist, und dem Mitteilungsverfahren, dem das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren[62] zugrunde liegt, zu unterscheiden.

Das Berichtsverfahren soll der "internationalen Kontrolle [dienen], die ausgeübt wird, um die Fortschritte bei der Verwirklichung der von den Vertragsstaaten übernommenen Verpflichtungen zu prüfen"[63]. Zuständig für diese Form der Kontrolle ist der Kinderrechtsausschuss, der aus zehn Sachverständigen "von hohem sittlichen Ansehen und anerkannter Sachkenntnis auf dem von diesem Übereinkommen erfassten Gebiet"[64] zusammengesetzt ist. Diesem ist gemäß Art. 44 Abs. 1 UN-KRK nach jeweiligem Inkrafttreten des Übereinkommens innerhalb von zwei Jahren (Art. 44 Abs. 1 lit. a UN-KRK) und danach alle fünf Jahre (Art. 44 Abs. 1 lit. b UN-KRK) von den Vertragsstaaten ein Bericht über die getroffenen Maßnahmen zur Verwirklichung der Kinderrechte im eigenen Land zu erstatten. Die Berichte müssen nach Art. 44 Abs. 6 UN-KRK zusätzlich in dem jeweiligen Staat selbst bekanntgemacht und verbreitet werden. Gemäß Art. 45 lit. d UN-KRK "kann der Ausschuss aufgrund der Angaben [...] Vorschläge und allgemeine Empfehlungen unterbreiten"[65]. Eine Bindungswirkung dieser Empfehlungen existiert allerdings nicht, sodass ihre Befolgung nicht zentral durchgesetzt werden kann[66].

Das Berichtsverfahren ist stark auf eine Zusammenarbeit von Kinderrechtsausschuss, Staaten und Nichtregierungsorganisationen ausgelegt, um die Rechte von Kindern möglichst kooperativ und damit wirkungsvoll um-

---

[62] A/RES/66/138.

[63] *Denkschrift der Bundesregierung zu dem Übereinkommen*, abgedr. in: BT-Drucks. 12/42 v. 24.01.1991. S. 53. Link: https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs._12/42 [Zugriff am 17 March 2019].

[64] So der Wortlaut von Art. 43 Abs. 2 S. 1 UN-KRK.

[65] Die sog. "Concluding Observations" formulieren die Ergebnisse der kritischen Prüfung des Standes der Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in dem jeweiligen Vertragsstaat und zeigen eventuelle Defizite öffentlich auf. Sie bilden zudem die Grundlage der "General Comments" des UN-Kinderrechtsausschusses, in denen verschiedene Probleme oder Auslegungsfragen hinsichtlich der materiellen Rechtspositionen für Kinder diskutiert werden.

[66] Schmahl, S. (2013). Op. cit. Art. 44/45 Rn. 24.

und durchsetzen zu können[67]. Neben diesem grundsätzlich positiven Aspekt weist das etablierte Kontrollverfahren allerdings auch negative Seiten auf. Diese liegen zum einen in der hohen Arbeitsbelastung des Kinderrechtsausschusses, die eine zügige Begutachtung der Berichte und Erarbeitung von Empfehlungen verhindert[68]. Zum anderen ist entgegen der vertraglich begründeten Verpflichtung eine eher nachlässige Mitwirkung verschiedener Staaten in Form von Verzögerungen bei Erstellung und Einreichung der Berichte zu beklagen[69]. Am schwersten aber wiegt die bereits benannte fehlende Durchsetzbarkeit einer Umsetzung der Empfehlungen des Kinderrechtsausschusses. Die nicht vorhandene Möglichkeit einer Sanktionierung unterlassener Abhilfe von Missständen führt zwangsläufig zu einer Schwächung des internationalen Kinderschutzes.

Ein Verfahren, das dementgegen eine Stärkung der Durchsetzung der Rechte von Kindern bewirken soll, ist das Mitteilungsverfahren. Es wurde 2010 von einer Arbeitsgruppe entworfen, deren Ziel es war, eine konsensfähige Konzeption des Verfahrens zu entwickeln, mit der sich möglichst viele Staaten identifizieren würden[70]. Neben dem Verfahren als solchem liegt ein Ergebnis der Bemühungen auch in der Bestimmung der Reichweite der konkret einklagbaren Rechte. Aus Gründen der Wahrung der Homogenität des Menschenrechtsschutzes können mittels der Individualbeschwerde[71] sowohl die Rechte der UN-Kinderrechtskonvention als auch die der beiden Fakultativprotokolle geltend gemacht werden[72]. Auch die Beschwerdefähigkeit des Kindes war Gegenstand der Beratungen der Arbeitsgruppe. Dabei stan-

---

[67] Verhellen, E. (1994). Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes: Entstehungsgeschichte, Inhalte und Ausblicke. In: E. Filler, Hrsg. *Kinder*, *Kinderrechte und Kinderpolitik*. Wien: European Centre for Social Welfare Policy and Research. s. 65 f.

[68] Krappmann, L. (2009). Ein Individualbeschwerdeverfahren für die UN-Kinderrechtskonvention. *IzKK-Nachrichten*, (1), s. 50.

[69] Für einen Überblick über die Anzahl und den Zeitraum der eingereichten Berichte der Vertragsstaaten siehe beispielsweise die Auflistung in dem Bericht des Kinderrechtsausschusses, Committee on the rights of the child, Submission of the reports by states parties, UN Doc. CRC/C/53/2 v. 11. November 2009. Report of the Committee on the Rights of the Child. (2010) New York: United Nations. S. 4 ff.

[70] Human Rights Council, Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, UN Doc. A/HRC/RES/13/3 v. 14 April 2010.

[71] Dieser Begriff wird synonym mit dem Mitteilungsverfahren verwandt.

[72] Dies ist nachzulesen bei Human Rights Council, Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, UN Doc. A/HRC/17/36 v. 25. Mai 2011, Rn. 36; die endgültige Fassung des Fakultativprotokolls ergibt sich aus dem Wortlaut seines Art. 5 Abs. 1.

den sich zwei Vorschläge gegenüber, die eine eigene Beschwerdefähigkeit des Kindes[73] oder eine Vertretung des Kindes durch die Eltern[74] favorisierten. Um Kindern letztlich aber eine Beschwerdemöglichkeit auch bei entgegenstehendem Willen der Eltern zu ermöglichen, wurde eine selbstständige Beschwerdemöglichkeit von Kindern normiert[75].

Als Beteiligter eines Individualbeschwerdeverfahrens ist zunächst das Kind als Beschwerdeführer zu nennen. Gemäß Art. 5 Abs. 1 des Fakultativprotokolls setzt eine Individualbeschwerde ein in der Person des Beschwerdeführers verletztes Recht aus dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes oder den beiden dazu ergangenen Fakultativprotokollen durch einen Vertragsstaat des Übereinkommens voraus. Der sehr weit gehaltene Wortlaut der Norm, die nicht ausdrücklich von einem „Kind" im Sinne der Konvention spricht, soll unterstreichen, dass eine Individualbeschwerde auch noch eingelegt werden kann, wenn die Verletzung des Rechts zeitlich vor Eintritt der Volljährigkeit liegt, die Mitteilung an den Kinderrechtsausschuss jedoch danach[76]. Ebenso ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 UN-KRK, dass die Verletzung eines Rechts mittels der Individualbeschwerde auch von einer Personengruppe geltend gemacht werden kann. Darüber hinaus ist nach dem Wortlaut der Norm auch trotz bestehender Beschwerdefähigkeit des Kindes das Einreichen einer Individualbeschwerde im Namen eines verletzten Kindes möglich. Dies stellt die notwendige Konsequenz des Umstandes dar, dass Kinder erst ab Erreichen eines bestimmten Reifegrades in der Lage sind, für ihre Rechte selbst einzutreten und bis dahin der Vertretung bedürfen[77].

Art. 5 Abs. 2 des Fakultativprotokolls knüpft an die Möglichkeit einer Vertretung jedoch strenge Voraussetzungen. Danach muss das verletzte Individuum oder die Personengruppe der Vertretung zustimmen, "es sei denn, der Verfasser [der Mitteilung] kann rechtfertigen, ohne eine solche

---

[73] Human Rights Council, Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, UN Doc. A/HRC/17/36 v. 25. Mai 2011, Rn. 39, 41.

[74] Ebd., Rn. 39.

[75] Löhr, T. (2011). Die Individualbeschwerde zur Kinderrechtskonvention. *MenschenRechtsMagazin*, (2), s. 120 sowie Art. 5 Abs. 1 des Fakultativprotokolls.

[76] Cremer, H. (2014). Neue Beschwerdemöglichkeit für Kinder. Das dritte Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention. *Vereinte Nationen*, (1), s. 24.

[77] Dazu auch mit weiterführenden Anmerkungen Payandeh, M. (2014). *Die Individualbeschwerde zum Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen. Das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung*. Berlin: National Coalition, s. 24.

Zustimmung in ihrem Namen zu handeln"[78]. Die Verfahrensordnung des Kinderrechtsausschusses[79], die er sich gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 1 des Fakultativprotokolls zur Erfüllung seiner Aufgaben gegeben hat, erläutert dabei den Sinn dieses Zustimmungserfordernisses. Die Rule 13 Abs. 2 der Verfahrensordnung bestimmt danach in Übereinstimmung mit dem Fakultativprotokoll, dass eine Beschwerde nicht gegen den Willen des vertretenen Kindes oder der Personengruppe eingelegt werden soll. Auch stellt es danach eine Aufgabe des Kinderrechtsausschusses dar, jeglichen Verdacht auf eine durch Druck zustande gekommene Zustimmung auszuräumen[80]. Kommt der Kinderrechtsausschuss hingegen zu dem Ergebnis, dass die Beschwerde nicht im Interesse des Kindes liegt, so ist es ihm möglich, eine Prüfung der Beschwerde gemäß Art. 3 Abs. 2 HS. 2 des Fakultativprotokolls abzulehnen.

Die gemäß Art. 5 Abs. 2 des Fakultativprotokolls zusätzlich noch bestehende Möglichkeit einer Rechtfertigung des Handelns in Vertretung bei mangelnder Zustimmung des Vertretenen kommt nur in solchen Fällen in Betracht, in denen der Vertretene (noch) keine Einwilligungsfähigkeit aufweist. Da gleichwohl auch in diesen Fällen ein kind- und interessengerechtes Verfahren vor dem Kinderrechtsausschuss gewährleistet werden soll, bestimmt Rule 13 Abs. 3 der Verfahrensordnung, dass der vertretene Beschwerdeführer durch den Kinderrechtsausschuss über die Beschwerde in Kenntnis gesetzt und möglichst in Form einer Anhörung beteiligt werden soll.

Als weiteren möglichen Beschwerdeführer nennt Art. 12 Abs. 1 des Zusatzprotokolls auch den Vertragsstaat selbst, der eine Beschwerde dann einlegen kann, sofern ein anderer Vertragsstaat vermeintlich die Rechte der genannten Verträge verletzt hat. Voraussetzung für eine solche Form der Beschwerdeführereigenschaft ist allerdings in Übereinstimmung mit der Norm die grundsätzliche Zustimmung eines Vertragsstaates zu dieser Form des Mitteilungsverfahrens.

Als Beschwerdegegner ist jeweils der Staat, der die verletzende Handlung begangen haben soll, zu beteiligen. Für die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens ist zum einen erforderlich, dass der betreffende Staat auch Vertragsstaat

---

[78] Siehe den Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren.

[79] Committee on the rights of the child, Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, UN Doc. CRC/C/62/3 v. 8. April 2013; gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 des Fakultativprotokolls dient die Verfahrensordnung insbesondere der Sicherung eines kindgerechten sowie manipulationsfreien Beschwerdeverfahrens.

[80] Dazu auch Payandeh, M. (2014). Op. cit., s. 24 f.

des Fakultativprotokolls ist sowie zum anderen, dass er Vertragsstaat der Verträge ist, denen die als verletzt gerügten Rechte entstammen[81].

Das Beschwerdeverfahren selbst basiert wie sämtliche Bestimmungen der UN-Kinderrechtskonvention und ihrer Fakultativprotokolle auf dem Grundsatz der Berücksichtigung des Kindeswohls. Speziell für das Mitteilungsverfahren ergibt sich die besondere Beachtung dieses Prinzips aus Art. 2 des Zusatzprotokolls. Gemäß Art. 2 S. 2 des Zusatzprotokolls soll zur optimalen Wahrung des Kindeswohls und damit der Interessen des Kindes seine Meinung in das Verfahren und die Entscheidungen einbezogen werden. Eine Form der Ermittlung des Kindeswohls stellt auch hierbei wieder die Anhörung des Kindes dar.

Der Ablauf eines Mitteilungsverfahrens ist schnell skizziert. Nach Eingang einer Beschwerde beim Kinderrechtsausschuss prüft dieser zunächst deren Zulässigkeit. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Mitteilung normiert Art. 7 des Zusatzprotokolls, der acht Zulässigkeitshindernisse enthält. Als Zulässigkeitskriterium ist danach beispielsweise Art. 7 lit. e des Protokolls zu nennen, wonach der Kinderrechtsausschuss eine Mitteilung für unzulässig erklärt, "wenn nicht alle zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft worden sind"[82]. Die nicht nachweisbare Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs stellt überdies nur dann kein Zulässigkeitshindernis dar, "wenn das Verfahren bei der Anwendung solcher Rechtsbehelfe unangemessen lange dauert oder keine wirksame Abhilfe erwarten lässt"[83].

Ist die Individualbeschwerde zulässig, übermittelt der Kinderrechtsausschuss dem betroffenen Vertragsstaat sämtliche Anschuldigungen auf vertraulichem Wege[84]. Gemäß Art. 8 Abs. 2 des Fakultativprotokolls sind dem Vertragsstaat ab diesem Zeitpunkt sechs Monate zuzubilligen, um gegenüber dem Kinderrechtsausschuss schriftlich auf die ihm vorgeworfene Rechtsverletzung einzugehen und sich zu verteidigen. Sind sowohl die Mitteilung als auch die schriftliche Stellungnahme des potentiellen Verletzerstaates beim Kinderrechtsausschuss eingegangen, beginnt die eigentliche Prüfung durch den Ausschuss. Art. 10 Abs. 1 des Protokolls legt dabei fest, dass die Prüfung des Kinderrechtsausschusses schnellstmöglich und nach Maßgabe des Absatzes 2 in nichtöffentlicher Sitzung erfolgen muss. Dabei soll der Kinderrechts-

[81] Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren.

[82] Siehe dazu den Wortlaut des Art. 7 lit. e des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren.

[83] a.a. O.

[84] Siehe Art. 8 Abs. 1 des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren.

ausschuss gemäß Art. 9 des Protokolls vor allem versuchen, eine gütliche Einigung der Konfliktparteien zu erzielen, indem er beiden nach Abs. 1 “seine guten Dienste zur Verfügung [stellt]”. Kommt eine gütliche Einigung hingegen nicht zustande, übermittelt der Kinderrechtsausschuss dem Beschwerdeführer und dem betroffenen Staat gemäß Art. 10 Abs. 5 des Protokolls das Ergebnis der Prüfung sowie eventuelle Empfehlungen.

Art. 11 des Zusatzprotokolls enthält die möglichen Folgemaßnahmen der Prüfung einer Mitteilung durch den Kinderrechtsausschuss. Nach dessen Abs. 1 zieht der Vertragsstaat “die Auffassungen des Ausschusses zusammen mit etwaigen Empfehlungen gebührend in Erwägung und unterbreitet dem Ausschuss eine schriftliche Antwort”. Dabei bestimmt Art. 11 des Zusatzprotokolls eine Frist von sechs Monaten. Eine weitere Folgemaßnahme findet sich in Art. 15 des Protokolls. Danach kann der Kinderrechtsausschuss — nach erteilter Zustimmung des Vertragsstaates — unterstützende Kräfte, zu denen die “Sonderorganisationen, Fonds und Programme[...] der Vereinten Nationen und andere[...] zuständige[...] Stellen” zählen, über die Ergebnisse der Beschwerde und die daraufhin ergangenen Empfehlungen informieren. Ziel dieses Einbezugs der unterstützenden Kräfte ist die fachliche Beratung des Vertragsstaates bei Umsetzungsschwierigkeiten der Empfehlungen oder der Konvention selbst. Zudem sollen die genannten Organisationen mit ihrer Beteiligung gemäß Art. 15 Abs. 2 des Protokolls die Umsetzung der Empfehlungen des Kinderrechtsausschusses durch internationale Maßnahmen gezielt vorantreiben können.

6. Zusammenfassung

Die Bewertung dieses neu geschaffenen Mechanismus’ zur Um- und Durchsetzung von Kinderrechten muss sowohl die Vor- als auch die Nachteile hinreichend gegeneinander abwägen. Dabei stehen zahlreiche Vorzüge einem fast übermächtig wirkenden Nachteil gegenüber: der mangelnden Möglichkeit einer Sanktionierung konventionswidrigen Verhaltens.

Doch seien zunächst die positiven Seiten skizziert: Mit dem Mitteilungsverfahren wurde erstmalig ein Verfahren im internationalen Menschenrechtsschutz geschaffen, das auf ein durchgängig kindgerechtes Verfahren angelegt ist. Damit fällt es Kindern fortan leichter, die Verletzung ihrer Rechte zu rügen und auch die internationale Staatengemeinschaft wird auf den besonderen Stellenwert von Kinderrechten zukünftig stärker hingewiesen. Ebenso lässt die erwähnte Erforderlichkeit der Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs vor Einreichung einer zulässigen Beschwerde erhoffen, dass die Gewährleistungen für Kinder auch innerstaatlich effektiver durchgesetzt wer-

den können oder zumindest ein innerstaatlicher Weg der Rechtsdurchsetzung für Kinder geschaffen wird. Für den Kinderrechtsausschuss vermag die nun noch präsentere Rolle seine Wahrnehmung in der Staatengemeinschaft als Kontrollorgan sowie als zentrales Organ und Hüter der Rechtspositionen von Kindern zu stärken. Damit wird seinen Empfehlungen gleichsam mehr Gewicht verliehen und die Staaten zeigen sich vermutlich eher bereit, ihrer Berichtspflicht rechtzeitig nachzukommen, sodass die gestärkte Position des Kinderrechtsausschusses mittelbar auch dem Berichtsverfahren nach Art. 44 UN-KRK zugutekommen kann.

Dem gegenüber stehen aber — wie bereits bemerkt — auch negative Aspekte des Berichtsverfahrens. Als praktisch wichtiges und abhilfebedürftiges Problem ist die starke Arbeitsüberlastung des Kinderrechtsausschusses zu konstatieren, der neben den Staatenberichten nun zusätzlich die Mitteilungen bearbeiten muss. Aber auch die mangelnde Effektivität des Rechtsbehelfs ist als negativ zu bewerten. Dem Kinderrechtsausschuss wurden in dem Fakultativprotokoll keine Möglichkeiten einer Sanktionierung der Nichtbefolgung seiner Empfehlungen an die Hand gegeben. Eine Pflicht zur (zwingenden) Befolgung der Empfehlungen ließe sich auch nicht aus der Unterwerfung der Staaten unter das Regime des Fakultativprotokolls herleiten. Dem stehen insbesondere der weite Wortlaut des Protokolls sowie sein Grundprinzip des Dialoges entgegen. Zudem ist den Staaten stets unbenommen, bei der Ratifizierung des Protokolls Vorbehalte einzulegen, um eine derartige Verbindlichkeit für sich auszuschließen.

Jedoch ließe sich eine Durchsetzung der Kinderrechte abseits des Berichts- und Mitteilungsverfahrens auf Grundlage der Regeln des allgemeinen Völkerrechts — insbesondere der des völkerrechtlichen Delikts erwägen. So könnte eine Rechtsverletzung gemäß der Regeln des völkerrechtlichen Delikts eine Pflicht des Verletzerstaates zur Wiedergutmachung nach sich ziehen, die beispielweise in Form der Naturalrestitution gemäß Art. 35 der ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit[85] oder auch Genugtuung nach Art. 37 der ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit erfolgen könnte. Dieser Möglichkeit stehen allerdings mehrere Aspekte entgegen. So muss aufgrund des Umstandes, dass bereits Sanktionsregeln für die Verletzung von Kinderrechten in Form des Beschwerde- und Mitteilungsverfahrens für die UN-Kinderrechtskonvention bestehen, geprüft werden, ob diese Regeln

[85] Gemeint sind die Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts der International Law Commission, General Assembly, Responsibility of States for internationally wrongful acts, UN Doc. A/Res. 56/83 v. 28. Januar 2002. URL: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/83 [Zugriff am 17 March 2019].

nicht speziell zu denen des allgemeinen Völkerrechts sind und eventuell sogar ein self-contained régime darstellen[86]. Dagegen spricht, dass es das System des allgemeinen Menschenrechtsschutzes schwächen würde, wenn sich Staaten durch Unterwerfung unter ein vergleichsweise mildes Vertragsregime dem allgemeinen Völkerrecht entziehen könnten[87]. Auch widerspräche es dem Sinn des Mitteilungsverfahrens[88], wenn ein Rückgriff auf das allgemeine Völkerrecht verwehrt bliebe, da das Ziel der Etablierung des Verfahrens gerade in der Gewährleistung des größtmöglichen Maßes an Schutz von Kinderrechten liegt, sodass jede Möglichkeit der Durchsetzung als wertvoll angesehen und nutzbar gemacht werden muss.

Zu bedenken bliebe bei einer Anwendbarkeit der allgemeinen völkerrechtlichen Regeln allerdings, dass die Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung, wie Wiedergutmachung und Naturalrestitution, nicht Sanktionen des Mitteilungsverfahrens selbst wären. Diese Sanktionsmöglichkeiten träten vielmehr selbstständig, ohne Anwendung der Regeln des Zusatzprotokolls, neben die Empfehlungen des Ausschusses. Somit handelt es sich dem allgemeinen Völkerrecht entsprechend auch nicht um individuelle Rechtspositionen des Verletzten, sondern um die Geltendmachung eines Anspruchs des Staates gegen einen anderen Staat[89], dessen Durchsetzung grundsätzlich ebenfalls nicht zentral erfolgen kann[90].

Damit fällt die Bewertung des Mitteilungsverfahrens nicht durchweg positiv aus. Die Signalwirkung für den Kinderrechtsschutz ist allerdings ebenso wie die Bewusstmachung der internationalen Staatengemeinschaft für die Rechtspositionen von Kindern nicht zu unterschätzen und eine durchaus begrüßenswerte Entwicklung für den internationalen Menschenrechtsschutz.

---

[86] Diese Problemstellung wird hier lediglich überblicksartig skizziert; für eine ausführliche Darstellung dieser Frage und ihrer Lösungsmöglichkeiten siehe Rossa, E. (2014). Op. cit., s. 157 ff.

[87] So auch Ermacora, F. (1980). Uber die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen. In: H. Miehsler, E. Mock, B. Simma, I. Tammelo, Hrgs. *Ius humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross.* Berlin: Duncker & Humblot, s. 369 f.

[88] Siehe zu dem ausdrücklichen Willen der Vertragsstaaten den Wortlaut der Präambel des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren, General Assembly, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, UN Doc. A/RES/66/138 v. 19 Dezember 2011.

[89] Hobe, S. (2008). *Einführung in das Völkerrecht.* 8. Aufl. Tübingen: UTB, s. 254.

[90] Kempen, B., Hillgruber, C. (2012). *Völkerrecht: Lehrbuch.* 2. Aufl. München: C.H. Beck. § 34 Rn. 75; weiter zu bedenken sind jedoch die Pflichten „erga omnes“, die vor allem für den internationalen Menschenrechtsschutz als positiv zu bewerten sind.

REFERENCES

Baer, I. (1993). Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes. *Neue Juristische Wochenschrift*, (35), pp. 2209–2211. (in Germ.).

Barsh, R.L. (1989). The Draft Convention on the Rights of the Child: A Case of Eurocentricism in Standard-Setting. *Nordic Journal of International Law*, 58(1), pp. 24–34. DOI: 10.1163/157181089X00127

Benassi, G. (2012). Kinderrechte mit Kindeswohlvorrang ins Grundgesetz. Wege zur Umsetzung der Kinderrechte nach der Rucknahem der deutschen Vorbehaltserklarung. *Nachrichtendienst des Deutschen Vereins*, (3), pp. 97–104. (in Germ.).

Bleckmann, A. (1970). *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*. Berlin: Duncker & Humblot. (in Germ.).

Cremer, H. (2014). Neue Beschwerdemöglich keit für Kinder. Das Dritte Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention. *Vereinte Nationen*, (1), pp. 22–27. (in Germ.).

Detrick, S., Doek, J.E. and Cantwell, N. (1992). *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the "Travaux Préparatoires".* Dordrecht: M. Nijhoff.

Ermacora, F. (1980). Uber die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen. In: H. Miehsler, E. Mock, B. Simma and I. Tammelo, eds. *Ius humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross.* Berlin: Duncker & Humblot, pp. 357–378. (in Germ.).

Geiger, R. (2013). *Grundgesetz und Völkerrecht: mit Europarecht: die Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht: ein Studienbuch*. 6th ed. München: C.H. Beck. (in Germ.).

Hobe, S. (2008). *Einführung in das Völkerrecht*. 8th ed. Tübingen: UTB. (in Germ.).

Hohm, K.-H. (1986). Grundrechtsträgerschaft und "Grundrechtsmündigkeit" Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung. *Neue Juristische Wochenschrift*, (50), pp. 3107–3114. (in Germ.).

Hohmann-Dennhardt, C. (2012). Kinderrechte ins Grundgesetz — warum? *Familie, Partnerschaft, Recht*, pp. 187–189. (in Germ.).

Hufen, F. (2009). *Staatsrecht II: Grundrechte*. München: C.H. Beck. (in Germ.).

Isensee, J. and Kirchhof, P., eds. (2010). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* Volume VII. Heidelberg: C.F. Müller. (in Germ.).

Jeand'Heur, B., (1993). *Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes undstaatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG.* Berlin: Duncker & Humblot. (in Germ.).

Keller, H. (2003). *Rezeption des Völkerrechts. Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausge-wählten Bereichen*. Berlin: Springer. (in Germ.).

Kempen, B. and Hillgruber, C. (2012). *Völkerrecht: Lehrbuch*. 2nd ed. München: C.H. Beck. (in Germ.). DOI: 10.17104/9783406731082

Krappmann, L. (2009). Ein Individualbeschwerdeverfahren für die UN-Kinderrechtskonvention. *IzKK-Nachrichten*, (1), pp. 48–51. (in Germ.).

Löhr, *T.* (2011). Die Individualbeschwerde zur Kinderrechtskonvention. *MenschenRechtsMagazin*, (2), pp. 115–128. (in Germ.).

Lorz, R.A. (2003). *Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung*. Berlin: Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe. (in Germ.).

Lorz, R.A. (2010). *Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht?* Berlin: AGJ. (in Germ.).

Lütkes, A. and Sedlmayr, S. (2012). Auswirkungen einer Grundrechtsänderung auf den Schutz, die Teilhabe und die Förderung von Kindern und Jugendlichen. *Familie, Partnerschaft, Recht*, pp. 187–190. (in Germ.)

Maunz, T., Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. and Bethge. H., eds. (2013). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*. München: C.H. Beck. (in Germ.).

Maywald, J. (2009). Zum Begriff des Kindeswohls. Impulse aus der UN-Kinderrechtskonvention. *IzKK-Nachrichten*, (1), pp. 16–20. (in Germ.).

Maywald, J. (2012). *Kinder haben Rechte!: Kinderrechte kennen — umsetzen — wahren. Für Kindergarten, Schule und Jugendhilfe (0–18 Jahre)*. Weinheim: Beltz. (in Germ.).

Münch von, I. and Kunig, eds. (2012). *Grundgesetz-Kommentar*. Volume I. München: C.H. Beck. (in Germ.).

Niedobitek, M. (2001). *Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge. Bund, Länder und Gemeinden als Träger*. Tübingen: Mohr Siebeck. (in Germ.).

Payandeh, M. (2014). *Die Individualbeschwerde zum Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen. Das Fakul-tativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung*. Berlin: National Coalition. (in Germ.).

Pfeffer, R. (2009). *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Eine kritische Betrachtung alter und neuer Lehren unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Tübingen: Mohr Siebeck. (in Germ.). DOI: 10.1628/978-3-16-151169-1

Rossa, E. (2014). *Kinderrechte. Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext*. Frankfurt am Main: Peter Lang Academic Research. (in Germ.). DOI: 10.3726/978-3-653-04567-3

Sachs, M. and Battis, U., eds. (2011). *Grundgesetz. Kommentar*. 6th ed. München: C.H. Beck. (in Germ.).

Schmahl, S. (2013). *Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos. (in Germ.).

Schorlemer von, S., ed. (2004). *Die Vereinten Nationen und die Entwicklung der Rechte des Kindes*. Aachen: Shaker. (in Germ.).

Schuler-Harms, M. (2009). Kinder in den Mittelpunkt — und ins Grundgesetz. In: K. Justiz, ed. *Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität: Dokumentation: Kongress "60 Jahre Grundgesetz: Fundamente der Freiheit stärken" der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen am 13./14. März 2009 in Berlin*. Baden-Baden: Nomos, pp. 133–146. (in Germ.). DOI: 10.5771/9783845218892-133

Starck, C., ed. (2010). *Kommentar zum Grundgesetz*. Volume 2. 6th ed. München: F. Vahlen. (in Germ.).

Stein, T. and Buttlar von, C. (2012). *Völkerrecht*. München: Vahlen. (in Germ.).

Sternberg, N. (1999). *Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG*. Berlin: Duncker & Humblot. (in Germ.).

Verhellen, E. (1994). Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes: Entstehungsgeschichte, Inhalte und Ausblicke. In: E. Filler, cont. *Kinder, Kinderrechte und Kinderpolitik*. Wien: European Centre for Social Welfare Policy and Research, pp. 57–73. (in Germ.).

Verschraegen, B. (1996). *Die Kinderrechtekonvention*. Wien: Manz. (in Germ.).

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Baer I. Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes // Neue Juristische Wochenschrift. 1993. Heft 35. S. 2209–2211.

Barsh R.L. The Draft Convention on the Rights of the Child: A Case of Eurocentricism in Standard-Setting // Nordic Journal of International Law. 1989. Vol. 58. Iss. 1. P. 24–34. DOI: 10.1163/157181089X00127

Benassi G. Kinderrechte mit Kindeswohlvorrang ins Grundgesetz. Wege zur Umsetzung der Kinderrechte nach der Rucknahem der deutschen Vorbehaltserklarung // Nachrichtendienst des Deutschen Vereins. 2012. Heft 3. S. 97–104.

Bleckmann A. Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge. Berlin: Duncker & Humblot, 1970.

Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar / Hrsg. von T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge. München: C.H. Beck, 2013.

Cremer H. Neue Beschwerdemöglich keit für Kinder. Das Dritte Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention // Vereinte Nationen. 2014. Heft 1. S. 22–27.

Detrick S., *Doek J.E.*, *Cantwell N.* The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the "Travaux Préparatoires". Dordrecht: M. Nijhoff, 1992.

Die Vereinten Nationen und die Entwicklung der Rechte des Kindes / Hrsg. von S. von Schorlemer. Aachen: Shaker, 2004.

Ermacora F. Uber die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen // Ius humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross / Hrsg. von H. Miehsler, E. Mock, B. Simma, I. Tammelo. Berlin: Duncker & Humblot, 1980. S. 357–378.

Geiger R. Grundgesetz und Völkerrecht: mit Europarecht: die Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht: ein Studienbuch. 6. Aufl. München: C.H. Beck, 2013.

Grundgesetz-Kommentar. Bd. I. / Hrsg. von I. von Münch, P. Kunig. München: C.H. Beck, 2012.

Grundgesetz. Kommentar / Hrsg. von M. Sachs, U. Battis. 6. Aufl. München: C.H. Beck, 2011.

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. VII / Hrsg. von J. Isensee, P. Kirchhof. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.

Hobe S. Einführung in das Völkerrecht. 8. Aufl. Tübingen: UTB, 2008.

Hohm K.-H. Grundrechtsträgerschaft und “Grundrechtsmündigkeit” Minder-jähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung // Neue Juristische Wochenschrift. 1986. Heft 50. S. 3107–3114.

Hohmann-Dennhardt C. Kinderrechte ins Grundgesetz — warum? // Familie, Partnerschaft, Recht. 2012. S. 187–189.

Hufen F. Staatsrecht II: Grundrechte. München: C.H. Beck, 2009.

Jeand’Heur B. Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes undstaatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

Keller H. Rezeption des Völkerrechts. Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausge-wählten Bereichen. Berlin: Springer, 2003.

Kempen B., *Hillgruber C.* Völkerrecht: Lehrbuch. 2. Aufl. München: C.H. Beck, 2012. DOI: 10.17104/9783406731082

Kommentar zum Grundgesetz. Bd. 2 / Hrsg. von C. Starck. 6 Aufl. München: F. Vahlen.

Krappmann L. Ein Individualbeschwerdeverfahren für die UN-Kinderrechtskonvention // IzKK-Nachrichten. 2009. Heft 1. S. 48–51.

Löhr T. Die Individualbeschwerde zur Kinderrechtskonvention // MenschenRechts-Magazin. 2011. Heft 2. S. 115–128.

Lorz R.A. Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung. Berlin: Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe, 2003.

Lorz R.A. Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht? Berlin: AGJ, 2010.

Lütkes A., *Sedlmayr S.* Auswirkungen einer Grundrechtsänderung auf den Schutz, die Teilhabe und die Förderung von Kindern und Jugendlichen // Familie, Partnerschaft, Recht. 2012. S. 187–190.

Maywald J. Kinder haben Rechte!: Kinderrechte kennen — umsetzen — wahren. Für Kindergarten, Schule und Jugendhilfe (0–18 Jahre). Weinheim: Beltz, 2012.

Maywald J. Zum Begriff des Kindeswohls Impulse aus der UN-Kinderrechtskonvention // IzKK-Nachrichten. 2009. Heft 1. S. 16–20.

Niedobitek M. Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge. Bund, Länder und Gemeinden als Träger. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

Payandeh M. Die Individualbeschwerde zum Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen. Das Fakul-tativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung. Berlin: National Coalition, 2014.

Pfeffer R. Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Eine kritische Betrachtung alter und neuer Lehren unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. DOI: 10.1628/978-3-16-151169-1

Rossa E. Kinderrechte. Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext. Frankfurt am Main: Peter Lang Academic Research, 2014. DOI: 10.3726/978-3-653-04567-3

Schmahl S. Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar. Baden-Baden: Nomos, 2013.

Schuler-Harms M. Kinder in den Mittelpunkt — und ins Grundgesetz // Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität: Dokumentation: Kongress "60 Jahre Grundgesetz: Fundamente der Freiheit stärken" der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen am 13./14. März 2009 in Berlin / Hrsg. von K. Justiz. Baden-Baden: Nomos, 2009. S. 133–146. DOI: 10.5771/9783845218892-133

Stein T., *Buttlar von C.* Völkerrecht. München: Vahlen, 2012.

Sternberg N. Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

Verhellen E. Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes: Entstehungsgeschichte, Inhalte und Ausblicke // Kinder, Kinderrechte und Kinderpolitik. Hrsg. von E. Filler. Wien: European Centre for Social Welfare Policy and Research, 1994. S. 57–73

Verschraegen B. Die Kinderrechtekonvention. Wien: Manz, 1996.

INFORMATIONEN ÜBER DIE AUTORIN:

Rossa Elisabeth — Doktor, wissenschaftliche Mitarbeiterin, Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität zu Köln (Deutschland)

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Росса Элизабет — кандидат юридических наук, научный сотрудник Института международного и зарубежного публичного права, юридический факультет, Университет г. Кёльна (Германия)

AUTHOR'S INFO:

Elisabeth Rossa — Candidate of Legal Sciences, Research Fellow of the Institute of International Law and Foreign Public Law, Faculty of Law, University of Cologne (Germany)

FÜR ZITIERUNGEN:

Rossa, E. (2019). Die UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 14(2), pp. 87–113. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-rossa

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Rossa E. Die UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 2. С. 87–113. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-rossa

CITATION:

Rossa, E. (2019). Implementation of the Convention on the Rights of the Child in Germany. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 14(2), pp. 87–113. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-rossa

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ

АЛЛА СЕРГЕЕВНА ЛАЛЕТИНА

Институт государства и права Российской академии наук
119010, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, д. 10
E-mail: spp@igpran.ru
SPIN-код: 3540-0069

ИГОРЬ АЛЕКСЕЕВИЧ КОСЯКИН

Акционерное общество «Концерн “Созвездие”»
394018, Российская Федерация, Воронеж, ул. Плехановская, д. 14
E-mail: i.a.kosyakin@sozvezdie.su
SPIN-код: 2353-4361
ORCID: 0000-0002-1732-7558

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-laletina-kosyakin

СРОК ПОЛНОМОЧИЙ ЕДИНОЛИЧНОГО ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ОРГАНА АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА

Аннотация. Вопрос о сроке полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества имеет под собой исторические основания, связанные с общим происхождением корпораций публичного и частного права. Частными корпорациями были восприняты многие принципы, изначально сложившиеся в рамках средневекового городского самоуправления, — выборность органов управления, срочность их полномочий, коллегиальность управления.

Современное российское законодательство императивно не предусматривает срочность полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества. По действующему законодательству полномочия единоличного исполнительного органа могут быть прекращены в любое время. Согласно изменениям, внесенным в 2015 г. в законодательство об акционерных обществах, если при истечении срока полномочий исполнительных органов общества не принято решение об образовании новых исполнительных органов или о передаче их полномочий управляющей организации или управляющему, то полномочия исполнительных органов общества действуют до принятия указанных

корпоративных решений. Таким образом, срочность полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества является лишь допустимой конструкцией, но не общим правилом.

В свою очередь, трудовое право также предусматривает возможность, но не обязательность заключения срочного трудового договора с лицом, выполняющим функции единоличного исполнительного органа акционерного общества. По истечении срока трудового договора, если ни одна из сторон не требует его расторжения и лицо продолжает работу, трудовой договор считается заключенным на неопределенный срок. Данное правило корреспондирует приведенному выше положению законодательства об акционерных обществах.

Практика корпоративного управления свидетельствует о том, что в большинстве компаний срок полномочий единоличного исполнительного органа предусмотрен уставом. Это может быть связано как с корпоративными традициями, так и с необходимостью установить ориентиры для ротации. Кроме того, публичные компании стремятся соответствовать лучшим практикам корпоративного управления стран, на биржах которых размещаются их акции.

Анализ зарубежной практики корпоративного управления показывает, что в рамках англосаксонской модели регламентация срока полномочий исполнительных органов осуществляется не законом, а на корпоративном уровне; для континентальной модели характерно императивное законодательное регулирование срока полномочий исполнительных органов акционерных обществ, а общества с ограниченной ответственностью устанавливают срок полномочий по своему усмотрению.

Представляется, что вопрос о сроке полномочий исполнительного органа должен решаться в каждом конкретном случае с учетом специфики компании и существующих практик корпоративного управления. Публичные компании могут устанавливать его, стремясь придерживаться иностранных норм о корпоративном управлении, а также в качестве способа реализации миноритарными акционерами «права быть услышанными». При этом в целях демократизации корпоративного управления логичнее не устанавливать обязательность регулярных перевыборов исполнительного органа, а пересмотреть процент владения голосующими акциями, предоставляющий акционерам дополнительные права.

Ключевые слова: акционерное общество, единоличный исполнительный орган, срок полномочий, корпоративная демократия, корпоративные выборы, лучшие практики, общее собрание акционеров

ALLA S. LALETINA

Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences
10, Znamenka str., Moscow 119019, Russian Federation
E-mail: spp@igpran.ru

IGOR A. KOSYAKIN

JSC "Concern Sozvezdie"
14, Plehanovskaja str., Voronezh 394018, Russian Federation
E-mail: i.a.kosyakin@sozvezdie.su
ORCID: 0000-0002-1732-7558

TERM OF OFFICE OF A SOLE EXECUTIVE BODY IN A JOINT-STOCK COMPANY

Abstract. The issue of the term of office of a sole executive body in a joint-stock company was rooted in historical grounds associated with a general origin of corporations of public and private law. Private corporations perceived a bulk of principles initially established within the framework of medieval municipal self-government — electivity of governance bodies, terms of their offices and collegiality of governance.

The contemporary Russian legislation imperatively does not provide for the term of office of a sole executive body in a joint-stock company. According to the legislation, the office of a sole executive body can be terminated at any time. Pursuant to amendments introduced in 2015 into the Russian legislation on joint-stock companies, in the event where upon expiry of the term of office no decision was adopted to establish new executive bodies or to transfer their office to a managing organization or to a manager, the office of the executive bodies in the company will be valid until the adoption of the said corporate decisions. Consequently, the term of office of a sole executive body in a joint-stock company is only an allowable construction, however, not a general rule.

In turn, the labor law also provides for an opportunity but not imperativeness of concluding a fixed-term employment contract with a person performing function of a sole executive body in a joint-stock company. And upon expiry of the term of the employment contract in cases where neither of the parties demands its termination and the person continues its office, the employment contract shall be deemed to be concluded for an indefinite period. This rule corresponds to the above provided legal provision on joint-stock companies.

The practice of corporate governance evidences that a Charter establishes the term of office of a sole executive body in the majority of companies. This can be attributed both to corporate customs and necessity of setting benchmarks for its rotation. Besides, public companies seek to comply with the best practices of corporate governance of the countries, at which stock exchanges their shares are listed.

The analysis of the western corporate governance practice shows that within the framework of Anglo-Saxon model the regulation of the term of office of executive bodies is not provided by the law, rather at the corporate level, while the continental model is distinguished by imperative legislative regulation of the term of office of executive bodies in joint-stock companies; however, limited liability companies establish the term of office at their own discretion.

It is assumed that the issue of the term of office of an executive body should be addressed in each case with due regard to the specifics of the company and the existing corporate governance practices. Public companies may establish the term seeking to adhere to foreign standards on corporate governance and also using it as a way to exercise "the right to be heard" by minorities. At this, for the purpose of democratizing corporate governance it is more logical not to establish imperativeness of regular re-elections of an executive body, rather to revise the percentage of holding voting shares that confers additional rights on shareholders.

Keywords: joint-stock company, sole executive body, term of office, corporate democracy, corporate elections, best practices, general shareholders' meeting

1. Введение

Вопрос о сроке полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества интересен в различных аспектах. Мы можем подойти к нему с теоретической стороны, проследив взаимосвязи между основами функционирования публично-правовых образований и частных корпораций, и изложить свои соображения по поводу того, нужно ли при законодательном регулировании следовать закономерностям, диктуемым этими взаимосвязями. Если внутрикорпоративная демократия производна от демократии в государстве, значит ли это, что полномочия единоличного исполнительного органа акционерного общества неизбежно должны носить срочный характер?

Практическая сторона вопроса связана не столько с противоречивостью и недостатками законодательства, сколько с архаичностью подходов на уровне локальных корпоративных практик.

Приведем пример. Генеральный директор одного промышленного предприятия, действующего в форме непубличного акционерного общества, обнаруживает, что срок его полномочий, предусмотренный уставом, истек. Он обращается к юристу, который разъясняет: «Вы, Иван Иванович, по-прежнему генеральный директор, что подтверждает обширная судебная практика, кроме того, в 2015 г. в Закон об акционерных обществах были внесены соответствующие изменения». Но через некоторое время Ивану Ивановичу звонят финанси-

сты: «Банк отказывается проводить зарплату, требует новый протокол общего собрания и приказ. Что делать?» И все ссылки на закон и судебную практику сталкиваются с твердой, но не соответствующей законодательству позицией банка: «У Вас в уставе написано три года, полномочия уже истекли». В итоге трудовой коллектив предприятия может столкнуться с задержкой выплаты заработной платы, так как корпоративные процедуры требуют определенного времени. Таким образом, вопрос о сроке полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества имеет прикладное значение даже в аспекте поддержания социальной стабильности.

В статье будут выявлены историко-правовые основания срочности полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества, рассмотрено регулирование данного вопроса в Российской Федерации и за рубежом и сформулированы некоторые выводы и практические рекомендации.

2. Ретроспектива вопроса

Срочность полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества имеет свои основания в истории корпоративного права. Исследователи выводят принципы организации современных частных корпораций из западноевропейских средневековых институтов сословного представительства и местного самоуправления. «Вполне правдоподобно, что юристы, готовя уставы для городов, гильдий, а, позднее, торговых компаний, могли заимствовать идеи, включая относящиеся к управлению, из устава корпорации одного типа и включить их в устав корпорации другого типа»[1]. Соответственно принципы последовательной выборности органов корпорации, срочности полномочий и коллегиальности стратегического управления сформировались сначала в представительных институтах, а уже потом были восприняты частными корпорациями в их современном понимании[2].

---

[1] *Gevurtz F.A.* The Historical and Political Origins of the Corporate Board of Directors // Hofstra Law Review. 2004. Vol. 33. Iss. 1. P. 144–145.

[2] Например, согласно статуту Марселя «ежегодно, за три дня до праздника всех святых должны быть избраны 83 советника Марселя, среди которых должны быть три юрисконсульта. Эти советники избираются из горожан вице-графского города, проживающих там, честных, добропорядочных и предусмотрительных людей. Они должны исполнять обязанности в течение года». Выборы были двухступенчатыми: сначала избиралось по два человека от шести кварталов города, которые потом определяли состав общего совета. Они же избирали коллегию,

Эту точку зрения можно поддержать, ведь в доктрине еще со времен классического римского права «публично-правовые образования», как сейчас мы их называем, рассматривались в одном ряду с другими корпорациями. Только Папа Римский Иннокентий IV (1195–1254), используя корпорацию как родовое понятие, стал выделять *collegia realia* (созданные на территориальной основе) и *collegia personalia* (с имущественным субстратом)[3]. Проблема юридической личности в средневековой науке ставилась как применительно к частным корпорациям в привычном нам понимании, так и в отношении государства, казны, города[4].

Принципы выборности и срочности полномочий встречаются во внутреннем устройстве первых компаний, о которых исследователи уже говорят как об акционерных обществах — генуэзского Банка Святого Георгия[5], английской Московской компании[6], французской Ост-Индской компании[7].

Таким образом, основные принципы устройства частной корпорации сформировались довольно рано и во взаимосвязи с организацией публично-правовых образований.

которая выбирала должностных лиц коммуны. Ежегодно избирались цеховые старшины. Так в европейском Высоком Средневековье формировались основные принципы корпоративного самоуправления. См.: Статут г. Марселя «О выборах советников Марселя и других должностных лиц и присяге, которую они должны дать» (XII в.) // Стоклицкая-Терешкович В.В., Плешкова С.Л. Средневековый город в Западной Европе в XI–XV веках. Учебно-методическое пособие. Вып. I. М., 1969. С. 39–41.

[3] См.: *Суворов Н.С.* Об юридических лицах по римскому праву. М.: Статут, 2000 // СПС «КонсультантПлюс». URL: civil.consultant.ru/elib/books/8/page_7.html. (дата обращения: 23.01.2019).

[4] См.: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности в 2 ч. Ч. 2. М., 2016. С. 70.

[5] «Управление его было вверено общему собранию (*consiglio general*), состоящему из 480 членов, и правлению из восьми лиц; те и другие избирались из среды акционеров» (см.: *Писемский П.А.* Акционерные компании с точки зрения гражданского права. М., 1876. С. 8).

[6] Компания возглавлялась одним или двумя управляющими (*Governor*), кроме того, во главе компании находился совет из четырех консулов и 24 ассистентов. Все они избирались на один год с правом переизбрания. Похожим образом была организована английская Ост-Индская компания. См.: *Ключко В.Н.* Первые европейские акционерные компании XVI–XVII веков: особенности становления // Менеджмент и бизнес-администрирование. 2014. № 2. С. 10, 19.

[7] Обзор иностранных законодательств об акционерных компаниях. СПб., 1896. С. 81.

Приведем более близкий пример из советского прошлого. В Законе СССР от 30 июня 1987 г. № 7284-XI «О государственном предприятии (объединении)»[8] предусматривалась выборность руководителей трудовым коллективом (общим собранием или конференцией) сроком на пять лет (ч. 3 ст. 6). При этом руководитель имел широкие обязанности, осуществляемые им на принципе единоначалия. Здесь можно провести определенные параллели между взаимоотношениями Советов народных депутатов различных уровней и их исполнительными органами. Советы образовывали союзные и республиканские советы министров и исполкомы на местах, но дальнейшая подотчетность этих органов Советам была исключительно формальна. Модель советской демократии распространилась и на производственную сферу, определив организацию управления государственным предприятием, что подчеркивает связь публично-правовых и частноправовых конструкций (хотя советские государственные предприятия могут быть отнесены к последним с целым рядом существенных оговорок).

Таким образом, принцип срочности управленческих полномочий наряду с другими принципами (коллегиальность, выборность) зародился в рамках средневековых институтов самоуправления. Доктрина того времени не видела различий между лицами публичного и частного права. Поэтому юридические конструкции, выработанные для публично-правовых образований, были заимствованы уставами частных корпораций. Похожий способ мышления был унаследован не только советскими юристами, как показано выше, но и некоторыми представителями современной доктрины, в чем мы убедимся ниже.

Однако в управлении современной корпорацией наблюдаются иные тенденции — профессионализация управления, стабилизация оборота — отличные от тех, что побудили первых предпринимателей заложить именно те основы устройства корпорации, о которых говорилось выше. Этим обусловливается отход от строгого принципа срочности полномочий, который осуществлен законодателем и правоприменителями[9].

---

[8] Ведомости Верховного Совета СССР. 1987. № 26. Ст. 385.

[9] Ведущую роль здесь сыграла именно правоприменительная практика. Так, в ч. 1 ст. 40 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785) установлено, что единоличный исполнительный орган избирается на срок, предусмотренный уставом общества. И органам судебной власти приходится исправлять недочеты законодателя и признавать директора ООО полномочным действовать до избрания нового директора (см., например: постановление Арбитражного суда

3. Срок полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества в российском праве. Отечественные практики корпоративного управления

Вопреки распространенному мнению, ни один из федеральных законов, регламентирующих деятельность единоличного исполнительного органа акционерного общества, не исходит из срочности его полномочий.

Приобретение и прекращение полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества происходит на основе трех юридических актов различной правовой природы:

(1) корпоративного — избрание (назначение)[10] генерального директора на должность компетентным органом управления акционерного общества[11];

(2) трудового — заключение с генеральным директором договора, с которым законодатель связывает приобретение генеральным директором статуса работника;

(3) административного — включение сведений о генеральном директоре как лице, действующем от имени юридического лица без до-

---

Западно-Сибирского округа от 1 февраля 2017 г. по делу А46-3752/2016 // Электронное правосудие. URL: ras.arbitr.ru (дата обращения: 21.04.2019)). Применительно к акционерным обществам можно привести следующие решения: постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 28 апреля 2006 г. по делу А41-К1-11940/05 (ординарный единоличный исполнительный орган) // Электронное правосудие. URL: ras.arbitr.ru (дата обращения: 21.04.2019); постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 17 января 2011 г. по делу А78-3105/2010 (временный единоличный исполнительный орган) // Электронное правосудие. URL: ras.arbitr.ru (дата обращения: 21.04.2019).

[10] Заметим, что в корпоративном законодательстве происходит смешение указанных терминов. Причина этого в отсутствии каких-либо видимых различий между генеральным директором, избранным общим собранием или назначенным единственным акционером. В этой связи вызывает юридико-технический интерес устав ПАО «ТрансКонтейнер», согласно которому совет директоров избирает (п. 15.1.1.12) генерального директора и назначает (п. 15.1.1.45) исполняющего обязанности генерального директора (на время приостановления полномочий управляющей организации) — лиц с абсолютно одинаковыми компетенцией, полномочиями и ответственностью. См.: Устав ПАО «ТрансКонтейнер» // ТрансКонтейнер. URL: https://trcont.com/investor-relations/charter-and-bylaws/charter (дата обращения: 30.01.2019).

[11] Представляется, что решение суда, после которого возможна смена генерального директора, имеет исключительно правопрекращающее (как в случае с дисквалификацией) или правовосстанавливающее значение (будь то признание решения собрания недействительным или восстановление на работе).

веренности, в Единый государственный реестр юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ).

При этом решающее значение для наделения полномочиями имеет акт корпоративной природы, что подтверждается институтом фактического допуска к работе в трудовом праве и способностью единоличного исполнительного органа, еще не включенного в ЕГРЮЛ, создавать правовые последствия для возглавляемого им общества.

Проанализируем, как сформулированы условия о сроке полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества в каждой из отраслей права.

(1) Срок полномочий прямо не упоминается в Гражданском кодексе РФ (далее — ГК РФ). Нет соответствующих правил и в Федеральном законе от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»[12] (далее — Закон об АО). Таким образом, с точки зрения корпоративного права единоличный исполнительный орган может действовать как определенный срок[13], так и в течение неограниченного времени.

Обратим внимание на положение абз. 6 ч. 3 ст. 69 Закона об АО: «Если полномочия исполнительных органов общества определены сроком и по истечении такого срока не принято решение об образовании новых исполнительных органов общества или решение о передаче полномочий единоличного исполнительного органа общества управляющей организации или управляющему, то полномочия исполнительных органов общества действуют до принятия указанных решений». Данное положение было введено Федеральным законом

[12] СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

[13] Срок полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества не обязательно определяется его уставом. Часть 3 ст. 11 Закона об АО не предусматривает его среди сведений, которые должны содержаться в уставе. Для совета директоров такой срок, напротив, установлен ч. 1 ст. 66 Закона об АО с учетом ч. 3 ст. 66.3 ГК РФ, позволяющей участникам непубличных обществ устанавливать свой порядок формирования совета директоров. В качестве источника условия о сроке полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества может рассматриваться и положение о генеральном директоре, и корпоративный договор, подписанный большинством акционеров (ведь запрет определять структуру органов и их компетенцию корпоративным договором, установленный ч. 2 ст. 67.2 ГК РФ для участников всех хозяйственных обществ, не включает запрет на определение порядка возникновения и прекращения отношений с лицами, входящими в состав таких органов). Срок полномочий может быть указан и в решении компетентного органа — общего собрания акционеров или совета директоров — по вопросу об образовании единоличного исполнительного органа акционерного общества.

от 29 июня 2015 г. № 210-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»[14] в целях преодоления неопределенности законодательного регулирования и учло упоминавшуюся выше правоприменительную практику. Из его содержания можно сделать следующие выводы:

- срочность полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества рассматривается Законом об АО в качестве допустимой конструкции наряду с возможностью ограничения полномочий определенным событием, но не как общее правило;

- хотя в теории гражданского права с истечением срока связываются определенные правовые последствия[15], в данном случае законодатель таковых не предусматривает. Образование нового единоличного исполнительного органа законодатель связывает с корпоративным решением.

(2) Статья 59 Трудового кодекса РФ (далее — ТК РФ) различает случаи, когда заключение срочного трудового договора является обязательным, и случаи, в которых это допускается по соглашению сторон. Генеральный директор в терминологии трудового права — руководитель, с ним срочный трудовой договор может (но не должен) заключаться. В гл. 43 ТК РФ «Особенности регулирования труда руководителя организации и членов коллегиального исполнительного органа организации» специальных положений, требующих обязательного заключения с данными лицами срочного трудового договора, не содержится. Таким образом, ничто не мешает заключить трудовой договор с генеральным директором на неопределенный срок. Абзацу 6 ч. 3 ст. 69 Закона об АО корреспондирует положение ч. 4 ст. 58 ТК РФ о том, что в случае, когда ни одна из сторон не потребовала расторжения срочного трудового договора в связи с истечением срока его действия и работник продолжает работу, условие о срочном характере трудового договора утрачивает силу и трудовой договор считается заключенным на неопределенный срок[16].

---

[14] СЗ РФ. 2015. № 27. Ст. 4001.

[15] См., например: *Кириллова М.Я.*, *Крашенинников П.В.* Сроки в гражданском праве. Исковая давность. 3-е изд. М., 2016. С. 11.

[16] Вероятно, упустив это положение из вида, И.С. Шиткина приходит к парадоксальному выводу: «Руководителя следует увольнять по п. 2 части первой ст. 77 ТК РФ — в связи с истечением срока трудового договора, а в случае назначения (избрания) этого же лица ЕИО новым решением общего собрания (совета директоров) его надо вновь принимать на работу по срочному трудовому договору»

Вопрос о срочности полномочий управляющей организации более сложен и требует предварительного определения природы договора с ней. Не останавливаясь на этом вопросе специально, лишь заметим, что агентский договор может быть заключен как на определенный срок, так и без указания срока его действия (ч. 3 ст. 1005 ГК РФ).

(3) В ЕГРЮЛ содержатся данные об имени (наименовании) единоличного исполнительного органа, его индивидуальный номер налогоплательщика (дополнительно — основной государственный регистрационный номер в случае управляющей организации, должность в случае генерального директора), государственный регистрационный номер и дата внесения записи, содержащей сведения о единоличном исполнительном органе. Иными словами, регистрирующий орган не фиксирует срок полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества.

Таким образом, российское позитивное право не предусматривает обязательного ограничения срока полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества.

Обратимся к отечественным источникам лучших практик корпоративного управления. Здесь, к сожалению, в части сроков полномочий исполнительных органов мы наблюдаем молчание как со стороны Кодекса корпоративного управления[17], так и со стороны требований правил листинга[18] к корпоративному управлению. Это можно объяснить тем, что центральным элементом системы внедрения и поддержания практик корпоративного управления является совет директоров, сочетающий одновременно функции менеджмента и контроля.

Рассмотрим опыт российских компаний.

Примечателен пример ПАО «Роснефть». Единоличный исполнительный орган общества представлен главным исполнительным ди-

---

(*Шиткина И.С.* Отдельные проблемы правового регулирования образования и деятельности единоличного исполнительного органа // Хозяйство и право. 2011. № 4. С. 8–9).

[17] См.: Письмо Банка России от 10 апреля 2014 г. № 06–52/2463 «О Кодексе корпоративного управления» // Вестник Банка России. 2014. № 40.

[18] Авторами проанализированы правила листинга ценных бумаг ПАО Московская биржа, зарегистрированные Банком России 2 октября 2018 г. (см.: Московская биржа. URL: https://fs.moex.com/files/257 (дата обращения: 17.04.2019)) и правила листинга ценных бумаг ПАО «Санкт-Петербургская биржа», зарегистрированные Банком России 3 октября 2018 г. (см.: Санкт-Петербургская биржа. URL: www.spbexchange.ru/ru/about/raskrytie_informacii/prav_dop_cen_bum_ktorg.aspx (дата обращения: 17.04.2019)).

ректором. Согласно п. 11.3 Устава ПАО «Роснефть»[19], он назначается советом директоров на пять лет. Однако п. 11.4 нивелирует данное положение, устанавливая, что «Главный исполнительный директор Общества исполняет свои обязанности в течение срока, на который он был назначен, и до того момента, пока не будет назначен новый Главный исполнительный директор Общества».

В ПАО «Алроса» срок полномочий генерального директора — председателя правления определяется решением наблюдательного совета и договором с ним, но не может превышать пять лет (п. 13.1.4 Устава)[20].

Прекращение полномочий правления ПАО «Новолипецкий металлургический комбинат» обусловлены наступлением события, а не истечением срока: это изменение структуры и (или) персонального состава правления[21]. Но президент (председатель правления) ПАО «Новолипецкий металлургический комбинат», наделенный полномочиями единоличного исполнительного органа, избирается до следующего годового общего собрания акционеров, если иное не определено решением общего собрания акционеров[22].

Уставом ПАО «ТрансКонтейнер» (разд. 23) срок полномочий генерального директора не устанавливается. Условия договора с управляющей организацией, в том числе в части срока полномочий, находятся в компетенции совета директоров. Положение о генеральном директоре ПАО «ТрансКонтейнер» также не содержит условия о сроке его полномочий, но устанавливает возможность досрочного расторжения трудового договора с ним[23].

---

[19] Устав ПАО «Роснефть» с учетом изменений № 1–3 (последнее изменение — 29 сентября 2017 г.) // Роснефть. URL: https://www.rosneft.ru/upload/site1/document_file/rosneft_charter2.pdf. (дата обращения: 10.02.2019).

[20] Устав ПАО «Алроса» в редакции от 11 января 2018 г. // Conomy. URL: https://conomy.s3.amazonaws.com/system/inline_attachment/file/7489/_____2018.pdf (дата обращения: 10.04.2019).

[21] Положение о правлении ПАО «Новолипецкий металлургический комбинат» в редакции от 21 декабря 2018 г. // НЛМК. URL: https://www.nlmk.com/upload/iblock/550/polozhenie-o-pravlenii.pdf (дата обращения: 10.02.2019).

[22] Устав ПАО «Новолипецкий металлургический комбинат» в редакции от 21 декабря 2018 г. (п. 37.3) // НЛМК. URL: https://nlmk.com/upload/iblock/322/ustav-_utverzhden-resheniem-vosa-21.12.2018_.pdf (дата обращения: 10.02.2019).

[23] Положение о генеральном директоре ПАО «ТрансКонтейнер» в редакции от 6 ноября 2014 г. // ТрансКонтейнер. URL: https://trcont.com/documents/20143/69792/Regulation_of_CEO_PJSC_141106_rus.pdf /f6291bdb-9f04-9643-7e93-32a4bcc7b921 (дата обращения: 10.02.2019).

В Уставе ПАО «Северсталь», напротив, содержится ограничение срока полномочий генерального директора, но полномочия управляющей организации передаются без ограничения сроком, если иное не предусмотрено решением общего собрания акционеров или договором с управляющей организацией (в настоящее время — АО «Северсталь Менеджмент»)[24].

Таковы различные по юридической технике примеры формулировок уставов о сроке полномочий исполнительного органа.

Указание на срочность полномочий исполнительного органа содержится в уставах многих компаний. При этом четкая зависимость между публичным статусом компании и положениями устава относительно срока полномочий исполнительного органа не просматривается.

Какими причинами можно объяснить сохранение в уставах формального ограничения полномочий единоличного исполнительного органа определенным сроком? Ведь абз. 3 ч. 4 ст. 69 Закона об АО позволяет посредством внесения изменений в устав предусмотреть образование временного единоличного исполнительного органа исключительно по воле совета директоров, что сократит срок ротации. Достаточно эффективным инструментом для этого является и предусмотренная ч. 2 ст. 278 ТК РФ возможность прекращения трудового договора с руководителем организации по решению уполномоченного органа юридического лица, либо собственника имущества организации, либо уполномоченного собственником лица (органа) без какого-либо обоснования. Кроме того, в силу рассмотренных выше изменений, внесенных в Закон об АО (абз. 6 ч. 3 ст. 69), любые уставные положения о сроке полномочий в определенной мере утрачивают смысл.

Первое самое простое объяснение — традиция. Во многих компаниях не отслеживают изменения в законодательстве и не учитывают их в своих внутренних документах. Кроме того, предусмотренный уставом срок полномочий единоличного исполнительного органа является ориентиром для принятия управленческих решений: генеральный директор будет понимать, что по мере завершения указанного срока его деятельности во главе общества будет дана оценка со стороны компетентных органов управления, которая в том числе может выра-

[24] Устав ПАО «Северсталь» в редакции от 23 ноября 2018 г. (разд. 12) // Северсталь. URL: https://www.severstal.com/files/16708/document23550.pdf (дата обращения: 10.02.2019).

зиться в решении об образовании нового единоличного исполнительного органа.

Наконец, необходимо учитывать, что компания, желающая разместить свои ценные бумаги за рубежом, должна соответствовать требованиям к корпоративному управлению иностранной биржи.

4. Регулирование срока полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества в законодательстве зарубежных стран

Ограничение срока полномочий — возможно, не самое совершенное, но средство решения агентской проблемы[25], позволяющее установить механизм контроля за деятельностью исполнительного органа и предпосылки для его регулярной ротации. Следует оговориться, что вопрос о сопоставимости российского единоличного исполнительного органа акционерного общества и иностранных аналогов носит дискуссионный характер и его обсуждение выходит за рамки статьи. В частности, в англосаксонской модели корпоративного управления нет прямого аналога единоличного исполнительного органа. Поэтому соответствующие нормы сравниваются на основе принципа функциональности как направленные на решение одной и той же задачи[26].

Британское законодательство относит регулирование срока полномочий на локальный уровень. Часть первая ст. 168 Закона о компаниях 2006 г.[27] наделяет общее собрание правом досрочно прекратить полномочия директора, но сам закон не регулирует срок полномочий. Кодекс корпоративного управления Великобритании[28] (п. 18) устанавливает, что все директора должны избираться на ежегодной осно-

---

[25] Как и любая норма *ex ante*, регламентирующая взаимоотношения исполнительных и иных органов управления компанией. См.: *Armour J.*, *Hansmann H.*, *Kraakman R.* Agency Problems and Legal Strategies // Kraakman R., Armour J., Davies P., Enriques L., Hansmann H., Hertig G., Hopt K., Kanda H., Pargendler M., Ringe W.-G., Rock E. The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach. Oxford, 2017. P. 32.

[26] См.: *Цвайгерт К.*, *Кётц Х.* Сравнительное частное право: В 2 т. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М., 2010. С. 38–39.

[27] Companies Act 2006 // Legislation.gov.uk. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/168 (дата обращения: 16.01.2019).

[28] The UK Corporate Governance Code. July 2018. URL: https://www.frc.org.uk/getattachment/88bd8c45-50ea-4841-95b0-d2f4f48069a2/2018-UK-Corporate-Governance-Code-FINAL.pdf (дата обращения: 17.04.2019).

ве (в России совет директоров также избирается на каждом годовом общем собрании акционеров).

В отношении управляющего директора (*managing director*), которому в соответствии с уставом могут быть переданы полномочия по текущему управлению обществом, английская судебная практика исходит из того, что прекращение его полномочий до истечения срока контракта с ним влечет за собой право возмещение убытков[29].

Представляют интерес положения § 141–142 Закона о корпорациях штата Делавэр (США)[30], предусматривающие срок полномочий как директоров, так и управляющих лиц — *officers*[31] до избрания нового директора или управляющего лица с возможностью прекращения полномочий досрочно. В различных штатах могут как устанавливаться единый состав управляющего органа (*board*) с одинаковым сроком полномочий, так и предусматриваться различные категории директоров с разным сроком полномочий[32].

Французское законодательство в рамках монистической модели ограничивает предельный возраст нахождения в должности генерального директора (ст. 225–54 Коммерческого кодекса Франции[33]), не устанавливая срок его полномочий. При дуалистической модели[34] срок полномочий директората и, надо полагать, единоличного генерального директора определяется уставом в пределах от двух до шести лет; при от-

---

[29] См.: *Dine J.*, *Koutsias M.* Company Law. Basingstoke, 2014. P. 137–138.

[30] State of Delaware. The Official Website of the First State. URL: https: delcode.delaware.gov/title8/c001/sc04/index.shtml (дата обращения: 16.01.2019).

[31] Проводя аналогии с единоличным исполнительным органом акционерного общества по российскому праву, следует заметить, что в США управлением занимаются *officers* — лица, которые могут не входить в *board* (управляющий орган), но несут ответственность на основании корпоративного законодательства (чем их статус и отличается от заместителей генерального директора в России). В Великобритании один или несколько директоров могут приобретать статус *managing director* — управляющего директора, в компетенции которого находится управление текущей деятельностью компании.

[32] См.: *Соловьева С.В.* Соединенные Штаты Америки // Юридические лица в гражданском праве зарубежных стран / Отв. ред. Н.Г. Семилютина. М., 2017. С. 365.

[33] Цит. по: Коммерческий кодекс Франции / Пер. с фр. В.Н. Захватаева. М., 2008.

[34] При монистической модели действует один коллегиальный орган — административный совет, совмещающий функции стратегического управления и контроля. В рамках дуалистической модели образуются исполнительный орган — директорат (или единоличный генеральный директор) и наблюдательный совет, являющийся скорее органом контроля, чем органом управления.

сутствии в уставе положений о сроке полномочий он считается равным четырем годам (ст. 225–62). Предельный возраст пребывания в должности также установлен для единоличного генерального директора и членов директората[35]. Некоторые российские исследователи положительно оценивают такую особенность французского корпоративного права, как определение срока полномочий заместителей генерального директора именно на уровне корпоративного регулирования[36].

Немецкий Закон об акционерных обществах[37] предусматривает назначение членов правления наблюдательным советом на срок не более пяти лет с возможностью продления полномочий не более чем на пять лет (§ 84). При этом в литературе и немецкой судебной практике отмечается, что срок полномочий имеет самостоятельное правовое значение. По его истечении полномочия прекращаются, даже если компания по какой-то причине не проводит корпоративные процедуры по переизбранию соответствующих лиц[38].

Таким образом, в рамках англосаксонской модели корпоративного управления склоняются к тому, что срок полномочий — вопрос регулирования устава, и лишь для публичных компаний рекомендовано регулярное переизбрание директоров. В континентальных странах, напротив, устанавливаются сравнительно жесткие ограничения срока полномочий исполнительных органов акционерных обществ.

Вместе с тем в рамках континентальной модели также можно проследить различие между срочностью полномочий и отсутствием условий о сроке полномочий, но не между публичными и непубличными обществами, а между акционерными обществами (*AG*, *SA*) и обществами с ограниченной ответственностью (*GMBH*, *SARL*)[39].

---

[35] Статьей 225-60 Коммерческого кодекса Франции он ограничен 65 годами; интересно, что таким будет пенсионный возраст для мужчин в России после завершения пенсионной реформы.

[36] См.: *Чеховская С.А.* Отдельные вопросы статуса руководителя акционерного общества и его гражданско-правовой ответственности в акционерных обществах по законодательству Франции // Юридический мир. 2011. № 3. С. 44–46.

[37] Закон об акционерных обществах Германии. Параллельные русский и немецкий тексты / Пер. с нем. Е.А. Дубовицкой. М., 2009.

[38] См.: *Roth M.* Corporate Boards in Germany // Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe / Ed. by P. Davies, K.J. Hopt, R. Nowak, G. van Solinge. Oxford, P. 319.

[39] См.: Коммерческий кодекс Франции / Пер. с фр. В.Н. Захватаева; Limited Liability Companies Act (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG) // Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gmbhg/ (дата обращения: 10.02.2019).

В российском законодательстве аналогичное разграничение провести нельзя. Напротив, ч. 1 ст. 40 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» устанавливает, что единоличный исполнительный орган общества избирается на срок, определенный его уставом. Это, однако, не отменяет того факта, что сформирована судебная практика, аналогичная практике в отношении акционерных обществ, признающая легитимным генерального директора общества с ограниченной ответственностью, срок полномочий которого истек[40]. Определение срока полномочий единоличного исполнительного органа российского акционерного общества, как и в англосаксонской модели, — это вопрос практик корпоративного управления.

5. Заключение

Конструируя внутреннее устройство корпорации, компетенцию, срок полномочий ее органов, следует учитывать действительный баланс интересов в корпорации и ее перспективы. Вопрос о сроке полномочий исполнительного органа должен решаться в каждом конкретном случае, исходя из текущего и планируемого соотношения акционерного капитала, персонального состава органов управления, его подконтрольности, состояния кадрового резерва, а также с учетом существующих практик корпоративного управления.

Представляется, что необходимость принудительной ротации единоличного исполнительного органа и, следовательно, заключения с ним только срочного договора отсутствует[41]. Но учет интересов стейкхолдеров может побудить вернуться к периодическому переизбранию даже тех органов, которые, казалось бы, успешно работают и на постоянной основе.

---

[40] См., например: определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 октября 2012 г. по делу А53-15902/11 // Электронное правосудие. URL: ras.arbitr.ru (дата обращения: 17.04.2019); постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 9 августа 2018 г. по делу А45-40389/2017 // Электронное правосудие. URL: ras.arbitr.ru (дата обращения: 17.04.2019).

[41] В англоязычной литературе высказывается мнение о том, что положения о сроке полномочий в значительной мере девальвируются самой возможностью досрочной ротации членов органов управления. По мнению авторов, это справедливо даже в тех случаях, когда срок полномочий имеет самостоятельное юридическое значение. См.: *Davies P.*, *Gower L.C.B.*, *Worthington S.*, *Micheler E.* Gower: Principles of Modern Company Law. 10th ed. London, 2016. P. 379.

В литературе высказывается и противоположная позиция: «Сохранение полномочий единоличного исполнительного органа даже после истечения срока нарушает права акционеров на возможность выбрать директора. Отдельная группа акционеров получает ничем не обоснованное преимущество: их кандидат может сохранять полномочия бесконечно долго при условии, что остальные кандидаты не обладают необходимым большинством для избрания другого директора»[42]. Некоторые исследователи идут дальше и рассматривают истечение срока полномочий единоличного исполнительного органа в качестве самостоятельного основания для их прекращения[43].

Вернемся к взаимосвязи между публично-правовыми образованиями и корпорациями, затронутой нами применительно к генезису принципа срочности полномочий. Почему в демократических государствах избираются высшие должностные лица — президент, главы субъектов федерации? Во-первых, до сих пор отсутствуют примеры эффективной процедуры отзыва избранных должностных лиц (хотя возможность отзыва формально предусматривалась в советское время). Во-вторых, поведение избирателей сложнее предсказать, чем поведение акционеров. Нельзя достоверно утверждать, что, например, губернатор одной из областей был избран благодаря голосам пенсионеров с уровнем дохода ниже среднего. В акционерных обществах с концентрированной структурой капитала мы чаще всего с легкостью определим, чей кандидат займет пост генерального директора и сколько членов совета директоров будет избрано от каждого из акционеров. Поэтому кандидат мажоритарного акционера может сохранять полномочия бесконечно долго, даже периодически проходя через процедуру избрания.

У акционеров имеются механизмы инициирования смены единоличного исполнительного органа. Акционер, владеющий не менее 10% голосующих акций, вправе потребовать созыва внеочередного общего собрания акционеров, на котором может быть переизбран единоличный исполнительный орган. Предлагать кандидатуры на внеочередном общем собрании могут владельцы не менее 2% голосующих

---

[42] *Кузнецов А.А.* Истечение срока полномочий единоличного исполнительного органа: история вопроса и новое регулирование // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. 2016. № 9. С. 54.

[43] См.: *Тычинская Е.В.* Договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества. М., 2012. С. 152–153; *Богданов А.В.* Прекращение и восстановление полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества // Юридическая наука. 2012. № 2. С. 54.

акций. Таким образом, в целях демократизации корпоративного управления логичнее не устанавливать обязательность регулярных перевыборов исполнительного органа, а пересмотреть процент владения голосующими акциями, предоставляющий дополнительные права акционерам.

Кроме того, законодатель допускает, а Кодекс корпоративного управления рекомендует относить образование исполнительных органов общества к компетенции совета директоров (п. 2.1.1).

Зачем нужны регулярные перевыборы исполнительного органа? Это своеобразное «право быть услышанным» для миноритарного акционера, возможность прийти на годовое общее собрание акционеров, предложить собственное видение путей развития общества, задать вопросы кандидатам (как это практикуется в ряде компаний, внедривших лучшие практики корпоративного управления).

Вопрос о регулярных выборах, таким образом, стоит в ряду мер по работе с миноритарными акционерами. Обратим внимание на британский опыт, где Закон о компаниях не регулирует вопрос о сроке полномочий, но Кодекс корпоративного управления придает регулярным выборам исполнительного органа определенное значение. Компания одного лица или непубличная компания с контролирующим лицом не нуждается в существенной части рекомендаций Кодекса корпоративного управления (в том числе и относительно срока полномочий исполнительного органа), не связанных с собственно управлением. Для нее важнее механизмы, направленные на обеспечение надлежащей работы единоличного исполнительного органа. Компании с несколькими крупными акционерами, не находящимися в конфликтных отношениях, могут дополнительно к уставным процедурам воспользоваться регулятивными возможностями корпоративного договора.

Следует ли вносить изменения в законодательство в части срока полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества? Думается, в этом нет необходимости[44]. Действующая конструкция родилась из многолетней судебной практики и объективных потребностей корпоративного управления. В целом решению проблем, связанных с ротацией единоличного исполнительного орга-

[44] Вместе с тем в литературе высказывались предложения исключить из законодательства положения о сроке полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества и о возможности их досрочного прекращения. См.: *Ямпольский В.Н.* Спорный срок исчисления полномочий // ЭЖ-Юрист. 2006. № 28; Корпоративное право: В 2 т. / Отв. ред. И.С. Шиткина. Т. 2. М., 2018. С. 230.

на акционерного общества, будет скорее способствовать распространение лучших практик корпоративного управления, чем внесение изменений в законодательство.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Богданов А.В. Прекращение и восстановление полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества // Юридическая наука. 2012. № 2. С. 53–57.

Кириллова М.Я., *Крашенинников П.В.* Сроки в гражданском праве. Исковая давность. 3-е изд. М.: Статут, 2016.

Ключко В.Н. Первые европейские акционерные компании XVI–XVII веков: особенности становления // Менеджмент и бизнес-администрирование. 2014. № 2. С. 6–27.

Корпоративное право: В 2 т. / Отв. ред. И.С. Шиткина. Т. 2. М.: Статут. 2018.

Кузнецов А.А. Истечение срока полномочий единоличного исполнительного органа: история вопроса и новое регулирование // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. 2016. № 9. С. 51–55.

Обзор иностранных законодательств об акционерных компаниях. СПб.: Тип. В. Киршбаума, 1896.

Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности в 2 ч. Ч. 2. М.: Юрайт, 2016.

Писемский П.А. Акционерные компании с точки зрения гражданского права. М.: Тип. В.К. Грачева, 1876.

Соловьева С.В. Соединенные Штаты Америки // Юридические лица в гражданском праве зарубежных стран / Отв. ред. Н.Г. Семилютина. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИНФРА-М, 2017. P. 352–400. DOI: 10.12737/13188

Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М.: Статут, 2000.

Тычинская Е.В. Договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества. М.: Статут. 2012.

Цвайгерт К., *Кётц Х.* Сравнительное частное право: В 2 т. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М.: Международные отношения, 2010.

Чеховская С.А. Отдельные вопросы статуса руководителя акционерного общества и его гражданско-правовой ответственности в акционерных обществах по законодательству Франции // Юридический мир. 2011. № 3. С. 44–47.

Шиткина И.С. Отдельные проблемы правового регулирования образования и деятельности единоличного исполнительного органа // Хозяйство и право. 2011. № 4. С. 3–17.

Armour J., *Hansmann H.*, *Kraakman R.* Agency Problems and Legal Strategies // Kraakman R., Armour J., Davies P., Enriques L., Hansmann H., Hertig G., Hopt K., Kanda H., Pargendler M., Ringe W.-G., Rock E. The Anatomy of Corporate Law:

A Comparative and Functional Approach. Oxford: Oxford University Press, 2017. P. 29–48. DOI: 10.1093/acprof: oso/9780198739630.003.0002

Davies P., *Gower L.C.B.*, *Worthington S.*, *Micheler E.* Gower: Principles of Modern Company Law. 10th ed. London: Sweet & Maxwell, 2016.

Dine J., *Koutsias M.* Company Law. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014.

Gevurtz F.A. The Historical and Political Origins of the Corporate Board of Directors // Hofstra Law Review. 2004. Vol. 33. Iss. 1. P. 90–173.

Roth M. Corporate Boards in Germany // Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe / Ed. by P. Davies, K.J. Hopt, R. Nowak, G. van Solinge. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 253–366. DOI: 10.1093/acprof: oso/9780198705154.003.0004

REFERENCES

(1896). *Obzor inostrannykh zakonodatel'stv ob aktsionernykh kompaniyakh*. [Review of Foreign Legislation on Joint-Stock Companies]. Saint Petersburg: Tipografiya V. Kirshbauma. (in Russ.).

Armour, J., Hansmann, H. and Kraakman, R. (2017). Agency Problems and Legal Strategies. In: Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., Pargendler, M., Ringe, W.-G. and Rock, E. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, pp. 29–48. DOI: 10.1093/acprof: oso/9780198739630.003.0002

Bogdanov, A.V. (2012). Prekrashchenie i vosstanovlenie polnomochii edinolichnogo ispolnitel'nogo organa aktsionernogo obshchestva [Termination and Reinstatement of Term of Office of Sole Executive Body of Joint-Stock Company]. *Yuridicheskaya nauka* [Legal Science], (2), pp. 53–57. (in. Russ).

Chekhovskaya, S.A. (2011). Otdel'nye voprosy statusa rukovoditelya aktsionernogo obshchestva i ego grazhdansko-pravovoi otvetstvennosti v aktsionernykh obshchestvakh po zakonodatel'stvu Frantsii [Certain Issues of Status of Director of Join-Stock Society and his Civil-Law Responsibility in Join-Stock Societies under the Legislation of France]. *Yuridicheskii mir* [Legal World], (3), pp. 44–47. (in Russ.).

Davies, P., Gower, L.C.B., Worthington, S. and Micheler, E. (2016). *Gower: Principles of Modern Company Law.* 10th ed. London: Sweet & Maxwell.

Dine, J. and Koutsias, M. (2014). *Company Law.* Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Gevurtz, F.A. (2004). The Historical and Political Origins of the Corporate Board of Directors. *Hofstra Law Review*, 33(1), pp. 90–173.

Kirillova, M. Ya. and Krasheninnikov, P.V. (2016) *Sroki v grazhdanskom prave. Iskovaya davnost'* [Terms in Civil Law. Limitation of Actions]. 3rd ed. Moscow: Statut. (in Russ.).

Klyuchko, V.N. (2014). Pervye evropeiskie aktsionernye kompanii XVI–XVII vekov: osobennosti stanovleniya [First European Joint Stock Companies of XVI–XVII Centuries: Features of Formation]. *Menedzhment i biznes-administrirovanie* [Management and Business Administration], (2), pp. 6–27. (in Russ.).

Kuznetsov, A.A. (2016). Istechenie sroka polnomochii edinolichnogo ispolnitel'nogo organa: istoriya voprosa i novoe regulirovanie. [Expiry of Term of Office of Sole Execu-

tive Body: History of Issue and New Regulation]. *Aktsionernoe obshchestvo: voprosy korporativnogo upravleniya* [Joint-Stock Company: Corporate Governance Issues], (9), pp. 51–55. (in Russ.).

Petrażycki, L.I. (2016). *Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teorieiе nravstvennosti v 2 ch.* [Theory of Law and State in Connection with a Theory of Morality in Two Parts]. Part 2. Moscow: Yurait. (in Russ.).

Pisemskii, P.A. (1876). *Aktsionernye kompanii s tochki zreniya grazhdanskogo prava*. [Joint-Stock Companies from Civil Law Point of View]. Moscow: Tipografiya V.K. Gracheva (in Russ.).

Roth, M. (2013). Corporate Boards in Germany. In: P. Davies, K.J. Hopt, R. Nowak and G. van Solinge, eds. *Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe*. Oxford: Oxford University Press, pp. 253–366. DOI: 10.1093/acprof: oso/9780198705154.003.0004

Shitkina, I.S. ed. (2018). *Korporativnoe pravo. V 2-kh t.* [Corporate Law in Two Volumes]. Volume 2. Moscow: Statut. (in Russ.).

Shitkina, I.S. (2011) *Otdel'nye problemy pravovogo regulirovaniya obrazovaniya i deyatel'nosti edinolichnogo ispolnitel'nogo organa* [On Some Problems of Regulation of Formation and Activity of Sole Executive Body]. Khozyaistvo i pravo. [Business and Law], (4), pp. 3–17. (in Russ.).

Solov'eva, S.V. (2017). Soedinennye Shtaty Ameriki [The United States of America]. In: N.G. Semilyutina, ed. *Yuridicheskie litsa v grazhdanskom prave zarubezhnykh stran: monografiya* [Legal Entities in Civil Law of Foreign States]. Moscow: The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation; INFRA-M. DOI: 10.12737/13188

Suvorov, N.S. (2000). *Ob yuridicheskikh litsakh po rimskomu pravu*. [On Legal Entities of the Roman Law]. Moscow: Statut. (in Russ.).

Tychinskaya, E.V. (2012). *Dogovor o realizatsii funktsii edinolichnogo ispolnitel'nogo organa khozyaistvennogo obshchestva* [Agreement on the Implementation of the Functions of the Sole Executive Body of the Business Entity]. Moscow: Statut (in Russ.).

Zweigert, K. and Kötz, H. (1984). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Bd. II: Institutionen*. 2nd ed. Tübingen: J.C.B. Mohr. (in Germ.). [Russ. ed.: Zweigert K. and Kötz, H. (2010). *Sravnitel'noe chastnoe pravo: v 2-kh t. Tom II. Dogovor. Neosnovatel'noe obogashchenie. Delikt* [Comparative Private Law in Two Volumes. Volume II. Contract. Unjust Enrichment. Tort]. Translated from German by Yu. M. Yumashev. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya].

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ:

Лалетина Алла Сергеевна — доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник сектора предпринимательского и корпоративного права Института государства и права РАН, статс-секретарь — директор по правовому обеспечению и корпоративному управлению Государственной корпорации «Ростех».

Косякин Игорь Алексеевич — директор по правовому обеспечению и корпоративному управлению акционерного общества «Концерн "Созвездие"».

AUTHORS' INFO

Alla S. Laletina — Doctor of Legal Sciences, Professor, Chief Research Fellow of the Business and Corporate Law Department, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, State Secretary — Director of Legal Support and Corporate Governance, Rostec State Corporation.

Igor A. Kosyakin — Director of Legal Support and Corporate Governance, JSC "Concern Sozvezdie".

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Лалетина А.С., Косякин И.А. Срок полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 2. С. 114–136. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-laletina-kosyakin

CITATION:

Laletina, A.S. and Kosyakin, I.A. Term of Office of a Sole Executive Body in a Joint-Stock Company. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 14(2), pp. 114–136. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-laletina-kosyakin

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ И АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ

ЕЛЕНА ВЛАДИМИРОВНА ОВЧАРОВА

Юридический факультет, Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова

119991, Российская Федерация, Москва, ГСП-1, Ленинские горы, д. 1, стр. 13

Институт проблем административно-правового регулирования, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, д. 20

E-mail: oev975@yandex.ru

ORCID: 0000-0002-3460-5388

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-ovcharova

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ПРОЦЕДУРА НАЛОГОВОГО КОНТРОЛЯ В МЕХАНИЗМЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Аннотация. Развитие информационных технологий, в особенности основанных на искусственном интеллекте, отличается динамичностью и опережает правовое регулирование, что обусловлено объективными факторами ускоренного технологического развития, с одной стороны, и консервативностью правовой системы и бюрократизацией механизма правового регулирования, с другой стороны. Вместе с тем для сферы налогового контроля характерна недостаточная определенность правовых норм, обусловленная наличием рамочного правового регулирования на уровне закона и его детализацией на подзаконном уровне, часто — в ведомственных актах, принимающихся для служебного пользования и не подлежащих официальному опубликованию. Все это сопровождается широкой дискрецией в правоприменительной практике, связанной с налаживанием и совершенствованием работы автоматизированных информационных систем.

В связи с широкомасштабным внедрением современных информационных технологий в налоговый контроль наиболее серьезной проблемой становится реализация конституционных прав человека и гражданина и принципа законности. В результате серьезных пробелов в правовом регулировании налогового

контроля нивелируются конституционные принципы налогообложения, что приводит к массовым нарушениям прав и законных интересов налогоплательщиков, налоговых агентов, финансовых организаций и влечет утрату доверия к институтам государства. В этих условиях особое значение приобретает проблема легализации автоматизированных процессов налогового администрирования как в рамках административной процедуры налогового контроля, так и иных связанных с ней административных процедур. При этом административное усмотрение налоговых органов должно быть максимально ограничено и допускаться только в пределах закона.

Для обеспечения эффективной реализации административных процедур в Российской Федерации необходима их детальная унифицированная правовая регламентация в едином федеральном законе об административной процедуре. Такой подход не исключает, а, наоборот, предполагает существование специальных норм об особенностях административной процедуры в отдельных сферах и отраслях государственного управления, если они не противоречат принципам и конкретизируют общие нормы об административных процедурах.

Ключевые слова: административная процедура, административное усмотрение, налоговый контроль, налоговые проверки, налоговый мониторинг, цифровизация, автоматизированные информационные системы налогового контроля

ELENA V. OVCHAROVA

Law Faculty, Lomonosov Moscow State University

1/13, Leninskie Gory, Moscow 119991, Russian Federation

Institute of Administrative Law and Enforcement, National Research University Higher School of Economics

20, Myasnitskaya str., Moscow101000, Russian Federation

E-mail: oev975@yandex.ru

ORCID: 0000-0002-3460-5388

ADMINISTRATIVE PROCEDURE FOR TAX CONTROL IN THE LEGAL REGULATION MECHANISM

Abstract. The development of informational technologies, primarily, the ones based on artificial intelligence is featured for its dynamism and surpasses legal regulation, the fact conditioned by objective drivers of accelerated technological development, on the one part, and conservatism of the legal system and bureaucratization of legal regulation mechanism, on the other part. However, a tax control domain is characterized by the lack of clarity of legal standards conditioned by the existence of the framework legal regulation at legislative level and its itemization at

sublegislative level, often — in departmental acts adopted for internal use and not subject to official publication. All this goes hand in hand with wide discretion in law enforcement practice associated with the establishment and refining of operation of the automated informational systems.

Due to large-scale introduction of modern informational technologies into the tax control system, the realization of constitutional human rights and a principle of legality is becoming the most significant problem. The constitutional principles of taxation are leveled due to major gaps in legal regulation of tax control the fact that results in mass violations of rights and legal interests of tax payers, tax agents, and financial organizations and entails the loss of confidence in institutes of state. In this context a problem of legalization of automated processes of tax administration both within the framework of administrative procedure of tax control and other interrelated administrative procedures takes on a special significance. Nonetheless, the administrative discretion of tax authorities should be limited to the greatest possible extent and should be permitted only within the scope of law.

To ensure efficient implementation of administrative procedures in the Russian Federation one needs to have their detailed unified legal regulation within the unified federal law on administrative procedure. Such approach does not exclude and, on the contrary, anticipates the existence of special norms on the specifics of administrative procedure in certain areas and domains of government administration unless they contradict the principles and general norms on administrative procedures.

Keywords: administrative procedure; administrative discretion; tax control; tax audits; tax monitoring; digitalisation; automated tax control information systems

1. Введение

В российской правовой доктрине административные процедуры традиционно понимаются как установленный порядок реализации прав и обязанностей физических и юридических лиц в органах исполнительной власти и исполнительных органах местного самоуправления[1]. В зарубежной административно-правовой доктрине, где общим принципом административной процедуры является ее неформальность и реализация наиболее простым и целесообразным способом, этот термин используется только в единственном числе, если иное специально не оговорено законом. Это обусловлено необходимостью установления единой унифицированной административной процедуры независимо от сферы управления, в которой она приме-

[1] См.: Административный процесс: Учебник для бакалавриата и магистратуры / Под ред. М.А. Штатиной. М., 2014. С. 17, 19, 20, 29–36, 54–130; Общее административное право: Учебник: В 2 ч. Ч. 2 / Под ред. Ю.Н. Старилова. 2-е изд., пересмотр. и доп. Воронеж, 2017. С. 184–203.

няется, и тех субъектов управления, которые ее применяют[2]. Административная процедура гарантирует общедозволительный тип реализации правового статуса субъектов, не наделенных публично-властными полномочиями, по принципу «дозволено все, что прямо не запрещено...», и разрешительный тип реализации правового статуса субъектов, наделенных публично-властными полномочиями, по принципу «разрешено только то, что прямо предписано...»[3].

Административные процедуры в области налогов и сборов обусловлены конституционной обязанностью по их уплате (ст. 57 Конституции РФ). Речь идет прежде всего об административной процедуре налогового контроля и связанных с ней административных процедурах.

Административные процедуры используются в целях правового ограничения неизбежной в правоприменении дискреции публичной администрации, в том числе при налоговом администрировании. В связи с этим чрезвычайную актуальность приобретает проблема определения степени детализации административных процедур. Должно ли правовое регулирование административных процедур ограничиваться закреплением общих принципов их применения в федеральном законе об административных процедурах и установлением особенностей их реализации в различных сферах и областях государственного управления в отраслевых законах и нормативных правовых актах либо необходима детальная их правовая регламентация в едином унифицированном федеральном законе об административной процедуре или для каждой административной процедуры необходимо предусмотреть собственное отраслевое законодательство и нормативные правовые акты с учетом разграничения предметов ведения и полномочий между Российской Федерации, субъектами Федерации и муниципальными образованиями?

Вариант, предполагающий исключительно отраслевое регулирование административных процедур с неизбежным разнообразием подходов и казуистичностью, нивелирует значение института административной процедуры и, соответственно, мало чем отличается от первого варианта. Несмотря на важность принципов правового регулирования, следование им как в правотворчестве, так и в правоприменитель-

---

[2] См., например: *Sandulli A.* The Italian Administrative Procedure Act: Back to the Future // Italian Journal of Public Law. 2010. Vol. 2. No. 2. P. 202–206; *Sachs M.* Einführung in das Verwaltungsverfahrensrecht // Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess herausgegeben / Hrsg. von J. Brandt, U. Domgörgen. Heidelberg, 2018. S. 1.

[3] См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права. М., 2008. С. 219–221.

ной практике всецело зависит от дискреции правоприменителя, а это чревато нарушением прав и свобод граждан при применении административных процедур. Поэтому детальная унифицированная правовая регламентация всех административных процедур в едином федеральном законе об административной процедуре является единственно разумным решением, для того чтобы обеспечить эффективную реализацию соответствующего института. Такой подход не исключает, а, наоборот, предполагает существование специальных норм об особенностях административной процедуры в отдельных сферах и отраслях государственного управления, если они не противоречат принципам и дополняют общие нормы об административных процедурах. Безусловно, разграничение предметов ведения и полномочий субъектов публичной власти в этой сфере должно основываться на принципах федерализма, самостоятельности местного самоуправления и разделения властей.

В российской правовой доктрине указанный подход был впервые реализован в концепции проекта федерального закона «Об административной процедуре», разработанного Н.Г. Салищевой и Е.Б. Абросимовой[4], а также в инициативном проекте федерального закона «Об административных процедурах», разработанном К. Экштайном и Е.Б. Абросимовой[5]. Впоследствии видный представитель полицейской доктрины административного права Ю.П. Соловей предпринял попытку обоснования необходимости регулирования на законодательном уровне лишь принципов осуществления публичной администрацией дискреционных полномочий[6].

Полагаем, что только модель единого основополагающего федерального закона об административной процедуре с унифицированной и детальной правовой регламентацией позволит обеспечить реализацию как принципа законности, о котором писали ведущие отечественные и зарубежные ученые[7], так и связанного с ним инквизиционного прин-

---

[4] См.: *Салищева Н.Г.*, *Абросимова Е.Б.* О проблемах формирования в Российской Федерации института административной процедуры // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 4. 131–141.

[5] См.: Федеральный закон «Об административных процедурах»: Инициативный проект с комментариями разработчиков / Вступ. ст. К. Экштайна, Е. Абросимовой. М., 2001.

[6] См.: *Соловей Ю.П.* Принципы осуществления публичной администрацией дискреционных полномочий // Административное право и процесс. 2018. № 7. С. 5–15.

[7] См.: *Шершеневич Г.Ф.* О чувстве законности // Шершеневич Г.Ф. Избранное. М., 2016. С. 449–471; *Старилов Ю.Н.* Законность как принцип административных

ципа, отмечаемого зарубежными специалистами[8]. Применение этих основополагающих принципов административных процедур, в особенности инквизиционного принципа, предполагает полное, всестороннее и объективное выяснение всех обстоятельств административного дела для принятия законного и обоснованного административного акта либо совершения законного и обоснованного административного действия. Инквизиционный принцип, обеспечивающий принцип законности, в частности, успешно реализован в немецкой доктрине административной процедуры[9].

2. Уровень правового регулирования административных процедур

Правовое регулирование административных процедур относится к предметам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов. Причем если правовые основы и особенности различных видов административных процедур (государственной регистрации, лицензирования и т.п.) должны быть закреплены на уровне федерального закона, то их детализация с учетом особенностей реализации в различных отраслях государственного управления осуществляется в административных регламентах органов исполнительной власти[10].

Административные процедуры не связаны с применением мер административного принуждения либо с рассмотрением административного спора. Именно поэтому их реализация не требует детализа-

---

процедур и административного судопроизводства: развитие и юридическая конкретизация в отраслевом законодательстве на основе общей теории законности // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М., С. 37–61; *Sachs M.* Op. cit. S. 12–13; *Брокер Л.* Инквизиционный принцип в административном праве (административная процедура и административный процесс) // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. С. 11–27; *Раймерс В.* Инквизиционной принцип в административной процедуре // Там же. С. 28–36.

[8] *Брокер Л.* Указ. соч. С. 11–27; *Раймерс В.* Указ. соч. С. 28–36.

[9] См.: § 24, 26 Verwaltungsverfahresgesetz (VwVfG) // Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Bundesamt für Justiz. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/ vwvfg (дата обращения: 11.04.2019).

[10] См: постановление Правительства РФ от 16 мая 2011 г. № 373 «О разработке и утверждении административных регламентов осуществления государственного контроля (надзора) и административных регламентов предоставления государственных услуг» // СЗ РФ. 2011. № 22. Ст. 3169.

ции на уровне федерального закона, так как речь не идет об обеспечении организационно-правовых гарантий сторон правоотношений, складывающихся в ситуациях правовых конфликтов. Административные процедуры направлены на предотвращение административных споров и предупреждение обстоятельств, являющихся основаниями для применения мер административного принуждения. Поэтому в федеральном законе об административной процедуре, который необходимо принять, могут быть установлены только основы административных процедур с детальным их регулированием в специальных федеральных законах, законах субъектов Федерации и административных регламентах органов исполнительной власти, учитывающих функциональные, отраслевые, региональные и ведомственные особенности различных административных процедур. Субъекты Федерации и муниципальные образования должны быть наделены полномочиями по осуществлению правового регулирования таких административных процедур, которые необходимы для эффективной реализации прав и исполнения обязанностей физических и юридических лиц в административных правоотношениях с органами исполнительной власти субъектов Федерации и исполнительными органами местного самоуправления.

При правовой регламентации административных процедур следует исходить из предусмотренного в Конституции РФ приоритета прав и свобод человека и гражданина (ст. 2). Соответственно правовой статус человека и гражданина, в том числе процессуальный порядок реализации прав и обязанностей физических лиц и их организаций во взаимоотношениях с субъектами публичной администрации, а также допустимые ограничения прав данных лиц должны быть определены и закреплены надлежащим образом в федеральном законе. Дискреция должностных лиц публичной администрации в административных правоотношениях с членами гражданского общества по поводу реализации их прав и обязанностей должна быть ограничена административными процедурами реализации полномочий публичной администрации. Для осуществления принципа прозрачности (открытости) в деятельности публичной администрации и соблюдения права граждан на получение информации о деятельности органов публичной власти, в особенности затрагивающей их права и законные интересы, необходимо ознакомить заинтересованных физических и юридических лиц с административными регламентами. Во взаимоотношениях органов исполнительной власти и местного самоуправления с физическими и юридическими лицами не должны применяться

не предусмотренные регламентами и противоречащие законодательству административные процедуры.

Таким образом, основы административной процедуры должны регулироваться унифицированно, независимо от сферы и области ее применения, а также территориального уровня правового регулирования в едином федеральном законе об административной процедуре либо об основах административных процедур. Первый вариант наименования представляется более удачным, так как он акцентирует внимание на унификации единой административной процедуры как важнейшей процессуальной гарантии надлежащей реализации прав и законных интересов субъектов, не наделенных публично-властными полномочиями, в их взаимоотношениях с субъектами публичной администрации (органами государственной власти и местного самоуправления, иными государственными и муниципальными органами и организациями).

3. Особенности правового регулирования административных процедур в области налогов и сборов

Несмотря на необходимость унифицированного правового регулирования основ административных процедур в едином федеральном законе, особенности административной процедуры в области налогов и сборов должны регламентироваться в Налоговом кодексе РФ (далее — НК РФ) как едином федеральном кодифицированном законодательном акте о налогах и сборах. Изначально только административные процедуры постановки на учет налогоплательщиков — субъектов предпринимательской деятельности в налоговых органах по принципу «одного окна», а также реализации права налогоплательщиков на получение информации регулировались в соответствии с предписаниями НК РФ административными регламентами исполнения государственных функций либо предоставления государственных услуг, утвержденными Министерством финансов РФ[11].

[11] См.: приказ Министерства финансов РФ от 30 сентября 2016 г. № 169н «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной налоговой службой государственной услуги по государственной регистрации юридических лиц, физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей и крестьянских (фермерских) хозяйств» (с последующими изменениями и дополнениями) // СПС «КонсультантПлюс»; приказ Министерства финансов РФ от 2 июля 2012 г. № 99н «Об утверждении Административного регламента Федеральной налоговой службы по предоставлению государственной услуги по бесплатному информированию (в том числе в письменной форме) налогоплательщиков, плательщиков сборов и налоговых агентов о действующих налогах и сборах,

Административная процедура налогового контроля — предмет федерального законодательного регулирования. Это следует из содержания конституционной обязанности по уплате законно установленных налогов и сборов в части администрирования ее надлежащего исполнения (ст. 57, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ), а также из конституционного разграничения предметов ведений и полномочий Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований в области налогов и сборов (п. «и» и «к» ч. 1 ст. 72, ст. 73, ч. 1 ст. 132, ст. 133 Конституции РФ). Кроме того, необходимо учитывать, что кодификация правового регулирования в области налогов и сборов осуществляется в полном объеме на федеральном уровне[12], а также централизацию налогового администрирования в Российской Федерации[13].

После того как Конституционный Суд РФ сформулировал правовую позицию, согласно которой права и законные интересы налогоплательщиков, нарушенные актом нормативного толкования Федеральной налоговой службы РФ (далее — ФНС России), должны защищаться так же, как и права и законные интересы налогоплательщиков, нарушенные нормативным правовым актом уполномоченного федерального органа исполнительной власти[14], уровень правового регулирования налогового контроля и встроенного в него механизма административного принуждения в области налогов и сборов снизился до уровня писем ФНС России — федерального органа исполнительной власти, на который возложены функции по контролю и надзору за соблюдением законодательства о налогах и сборах, несовместимые с подзаконным нормативным правовым регулированием.

законодательстве о налогах и сборах и принятых в соответствии с ним нормативных правовых актах, порядке исчисления и уплаты налогов и сборов, правах и обязанностях налогоплательщиков, плательщиков сборов и налоговых агентов, полномочиях налоговых органов и их должностных лиц, а также по приему налоговых деклараций (расчетов)» (с последующими изменениями и дополнениями) // Российская газета. 2012. 28 нояб.; 2014. 31 янв.

[12] См.: ст. 1 части первой Налогового кодекса РФ.

[13] См.: ст. 1 Закона РФ от 21 марта 1991 г. № 943-1 «О налоговых органах Российской Федерации» // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 15. Ст. 492.

[14] См.: постановление Конституционного Суда РФ от 31 марта 2015 г. № 6-П по делу о проверке конституционности пункта 1 части 4 статьи 2 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» и абзаца третьего подпункта 1 пункта 1 статьи 342 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой Открытого акционерного общества «Газпромнефть» (п. 3, 4.2, 4.3 мотивировочной части) // СЗ РФ. 2015. № 15. Ст. 2301.

В целях налогового контроля налогоплательщики подлежат постановке на учет в налоговых органах, которая производится на основании информации о зарегистрированных юридических фактах, полученной в порядке внутриведомственного или межведомственного взаимодействия от регистрирующих органов, либо о не подлежащих государственной регистрации юридических фактах на основании информации, полученной от налогоплательщиков, налоговых агентов, финансовых организаций и нотариусов. В обоих случаях речь идет только о юридических фактах, имеющих значение для целей налогообложения, с учетом элементов юридического состава налогов. При постановке на учет налогоплательщикам присваивается ИНН для налогового администрирования и открывается лицевой счет в целях учета исполнения ими налоговых обязательств (ст. 83–85[1] НК РФ). Информация на лицевом счете налогоплательщика является определяющей для его правового статуса с точки зрения расчетов с бюджетом, т.е. наличия либо отсутствия налоговых обязательств, а также их исполнения, неисполнения или неполного исполнения в установленный налоговым законодательством срок.

Методы налогового контроля в Российской Федерации эволюционируют от налоговой проверки к налоговому мониторингу через налоговый анализ. Административная процедура налоговой проверки закрепляется в гл. 14 «Налоговый контроль» части первой НК РФ, в которой предусматриваются основания камеральных и выездных налоговых проверок, порядок и сроки их проведения, а также унифицирован порядок оформления и рассмотрения результатов таких проверок. До 2007 г. в административной процедуре налогового контроля имелись пробелы, что предоставляло достаточно широкую дискрецию проверяющим должностным лицам и оборачивалось массовыми злоупотреблениями контрольными полномочиями. Это обусловило необходимость принятия Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 137-ФЗ «О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию налогового администрирования»[15], вступившего в силу, за исключением отдельных положений, с 1 января 2007 г. В Законе детально регламентировалась административная процедура налогового контроля в интересах защиты прав налогоплательщиков. Камеральная налоговая проверка являлась проверкой исключительно налоговой от-

[15] СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3436.

четности, налоговые органы могли запрашивать дополнительные документы только в специально предусмотренных в НК РФ случаях. Предоставление пояснений налоговому органу по вопросам, возникавшим в ходе камеральной налоговой проверки, являлось правом, а не обязанностью налогоплательщиков.

В том же 2007 г. был издан специальный приказ ФНС России о критериях отбора налогоплательщиков для проведения выездных налоговых проверок при обнаружении в ходе камеральных налоговых проверок налоговых рисков, но недостаточности правовых средств для их надлежащего доказывания и оценки, в основе которого лежал риск-ориентированный подход[16]. Такой подход, безусловно, свидетельствует о процессуальной экономии в механизме налогового контроля. Выездные налоговые проверки, предполагавшие проверку как документов налогового учета, так и фактических обстоятельств деятельности налогоплательщиков, связанных с исполнением налоговых обязательств, проводились на основании решения руководителя налогового органа либо его заместителя. При этом предусмотренная в НК РФ административная процедура должна была соблюдаться как с точки зрения надлежащего применения методов проведения мероприятий налогового контроля, так и составления актов, оформлявших их основание, проведение и результаты. Это обеспечивалось надлежащей судебной защитой, предполагавшей признание недействительности решений о применении мер административного принуждения по результатам налоговых проверок, если эти меры были приняты налоговыми органами с существенными нарушениями порядка проведения налогового контроля и рассмотрения его результатов. На основании постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ[17] такая судебная практика была прекращена с 30 июля 2013 г.

После вступления в силу Федерального закона от 28 июня 2013 г. № 134-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части противодействия незаконным финансовым операциям»[18] наметилась обратная тенденция, характеризую-

---

[16] Приказ ФНС России от 30 мая 2007 г. № ММ-3-06/333@ «Об утверждении Концепции системы планирования выездных налоговых проверок» // СПС «КонсультантПлюс».

[17] Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июля 2013 г. № 57 «О некоторых вопросах, возникающих при применении арбитражными судами части первой Налогового кодекса Российской Федерации» (пункты 68 и 69) // СПС «Консультант Плюс».

[18] СЗ РФ. 2013. № 26. Ст. 3207.

щаяся стиранием граней между камеральной и выездной налоговой проверками и расширением возможностей для административного усмотрения должностных лиц налоговых органов при проведении любых мероприятий налогового контроля в рамках таких проверок в целях борьбы со злоупотреблениями налогоплательщиками своими правами в условиях экономического кризиса и бюджетного дефицита.

Налоговый мониторинг, введенный как альтернативный налоговой проверке дистанционный метод налогового контроля, предполагает предоставление налоговым органам постоянного доступа в систему налогового учета налогоплательщика по телекоммуникационным каналам связи в режиме *on line* для текущего риск-ориентированного налогового контроля (разд. V.2 НК РФ). Одновременно налогоплательщикам предоставляется гарантированная возможность согласования позиции с налоговым органом по вопросам правильности исчисления, полноты и своевременности уплаты налогов и сборов до совершения операций, налоговые последствия которых вызывают вопросы у налогоплательщика и могут быть предметом споров с налоговым органом. Процессуальная экономия средств налогового контроля означает отмену налоговых проверок в отношении налогоплательщиков, находящихся на налоговом мониторинге, за исключением специально предусмотренных в НК РФ случаев. Риск-ориентированный подход в налоговом мониторинге предполагает переход от тотального налогового контроля к налоговому аудиту системы налогового комплаенса[19] в отношении законопослушных и добросовестных организаций — крупнейших налогоплательщиков. Обнаруженные при этом риски совершенных либо потенциальных нарушений налогового законодательства или налоговых злоупотреблений с учетом их значимости для бюджетов бюджетной системы страны рассматриваются заместителем Руководителя ФНС России, к ведению которого относится обеспечение налогового комплаенса в стране. Как правило, налогоплательщики активно участвуют в таком рассмотрении и в формировании позиции ФНС России по вопросу об оценке налоговых рисков.

---

[19] См.: *Овчарова Е.В.* Налоговый комплаенс в России: проблемы соотношения мер административного принуждения и стимулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 89–111; *Lederman L.* Tax Compliance and the Reformed IRS // Kansas Law Review. 2003. Vol. 51. P. 971, 973–974; *Branham E.* Closing the Tax Gap: Encouraging Voluntary Compliance through Mass-Media Publication of High-Profile Tax Issues // Hastings Law Journal. 2009. Vol. 60. Iss. 6. P. 1507, 1524–1532; *Brown R.*, *Mazur M.* The National Research Program: Measuring Taxpayer Compliance Comprehensively // Kansas Law Review. 2003. Vol. 51. P. 1255–1271; *Choi W.* United States — Tax Risk Management, Tax Accounting & Risk Management. Amsterdam, 2018.

Мотивированные мнения налогового органа выносятся только в том случае, если вопросы правильности исчисления, полноты и своевременности уплаты налогов и сборов, возникающие при проведении налогового мониторинга у налогоплательщиков и налоговых органов, не могут быть разрешены в процессе рассмотрения и согласования. Система налогового мониторинга мотивирует налогоплательщиков и налоговые органы согласовывать свои позиции и договариваться по всем возникающим у них вопросам, не доводя до налогового спора. В противном случае налоговый орган может перевести налогоплательщика на общий режим налогового контроля методом налоговых проверок и налогового анализа, что чревато для налогоплательщика излишним налоговым администрированием и утратой гарантий стабильности налогообложения, предоставляемых именно налоговым мониторингом[20].

Следует отметить, что у налоговой администрации есть понимание того, что на налоговом мониторинге находятся бюджетообразующие налогоплательщики, которые определяют экономическую ситуацию в стране и обеспечивают основные налоговые поступления в бюджеты бюджетной системы страны. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 105[26] НК РФ для налогового мониторинга совокупная сумма налогов составляет не менее 300 млн руб.; суммарный объем полученных доходов — не менее 3 млрд руб.; совокупная стоимость активов — не менее 3 млрд руб. Этим требованиям соответствуют только 1886 налогоплательщиков. При этом в 2018 г. на налоговом мониторинге находилось лишь 26 организаций (1,38% общего числа таких налогоплательщиков), а с 1 января 2019 г.– 44 организации (2,33%). Количество налогоплательщиков, переведенных на налоговый мониторинг, постепенно растет. Налоговые органы планируют в ближайшее время увеличить количество организаций, находящихся на налоговом мониторинге, до 90, в частности, перевести на налоговый мониторинг организации с различной формой участия публичных образований в их уставном капитале. Поэтому налоговый мониторинг можно смело назвать будущим налогового контроля в условиях цифровизации[21].

---

[20] По истечении девяти месяцев после завершения налогового периода, за который проводится налоговый мониторинг, налоговый орган не правомочен пересматривать налоговые последствия совершенных в течение указанного налогового периода операций.

[21] См.: Информационные технологии в Федеральной налоговой службе // Бизнес на связи. URL: www.tadviser.ru/index.php/ Статья: Информационные_технологии_в_Федеральной_на-логовой_службе (ФНС) (дата обращения: 13.03.2019);

4. Пробелы в правовом регулировании налогового контроля в процессе цифровизации

В условиях цифровизации вместо выездной налоговой проверки налоговыми органами начали активно проводиться аналитические мероприятия, не получившие закрепления в налоговом законодательстве, на основе данных автоматизированных информационных систем с использованием таких способов получения дополнительной информации от налогоплательщиков, как внепроверочные запросы, и осуществлением взаимодействия с иными государственными органами и иностранными государствами в рамках взаимной административной помощи[22]. Полученная указанными способами информация рассматривается на комиссиях налоговых органов по легализации налоговой базы и базы страховых взносов[23], которые в 25% случаев (и эта цифра имеет тенденцию к росту) убеждают налогоплательщиков скорректировать налоговую отчетность так, как того требуют налоговые органы, объясняя им перспективы применения в отношении них всего спектра мер государственного принуждения: от административного принуждения с субсидиарным применением мер гражданско-правовой ответственности до уголовной ответственности с одновременным применением мер гражданско-правовой ответственности из причинения вреда бюджетам бюджетной системы страны[24]. Наряду с этим широко применяется такая мера вывода налогоплательщиков из теневой сферы и борьбы со схемами недобросовестной налоговой минимизации, как аннулирование налоговых деклараций, подписанных неустановленными лицами и содержащих недостоверную информацию. Речь идет о ничтожности налоговых деклараций из-за существенных дефектов их формы и содержания. Аннулирование налоговых деклараций также не предусмотрено налоговым законодательством, но массово применяется на практике.

Базанова Е., *Стеркин Ф.* Руководитель ФНС: Пресловутого давления налоговой службы не существует // Ведомости. 2018. 21 нояб.

[22] См.: Информационные технологии в Федеральной налоговой службе; *Базанова Е.*, *Стеркин Ф.* Указ. соч.

[23] См.: письмо ФНС России от 25 июля 2017 г. № ЕД-4-15/14490@ // СПС «КонсультантПлюс»; *Соколов Д.В.* Исторический и правовой генезис межведомственных налоговых комиссий // Налоговед. 2017. № 11. С. 43–50.

[24] См.: *Овчарова Е.В.* Конституционно-правовые проблемы реализации административно-правового статуса субъектов налоговых правоотношений при применении мер административного принуждения // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 5. С. 57–62.

Выездные налоговые проверки проводятся в исключительных случаях и могут быть отнесены к отмирающим в условиях цифровизации методам налогового контроля. Так, по данным ФНС России, в настоящее время выездной налоговой проверке подвергается в среднем один из 11 000 субъектов малого и среднего предпринимательства и один из 4000 субъектов крупного бизнеса[25]. Для крупнейших компаний она вообще утратила какое-либо значение в связи с постепенным распространением системы налогового мониторинга.

При этом уровень правовой регламентации налогового мониторинга в НК РФ — рамочный, а уровень дискреции руководства ФНС России при его проведении — высочайший. Налоговое администрирование налоговых органов по месту постановки на учет крупнейших налогоплательщиков, находящихся на налоговом мониторинге, — Межрегиональных инспекций по крупнейшим налогоплательщикам федерального уровня — носит формальный характер, так как фактически эти налогоплательщики администрируются ФНС России.

В условиях цифровизации риск-ориентированный подход в налоговом контроле заключается в издании ФНС России самостоятельно или совместно с иными государственными органами актов для служебного пользования, недоступных для налогоплательщиков, а также в настройках автоматизированных информационных систем, функционал которых предусматривает автоматическое, т.е. основанное на искусственном интеллекте, установление критериев налоговых рисков, их обнаружение и оценку[26]. Однако перечень рисков и критерии их оценки, по сути, представляющие собой конкретные признаки противоправного поведения, не урегулированы на законодательном уровне и не обнародованы в установленном порядке.

Административная процедура предоставления налогоплательщикам информации по вопросам налогообложения имеет значение только тогда, когда получение этой информации до совершения операций, о последствиях которых налогоплательщик запрашивает налоговый орган, является гарантией стабильности налогообложения и неприменения мер государственного принуждения в случае следования соответствующим разъяснениям. Речь идет о должным образом формализованных разъяснениях уполномоченных субъектов, полученных через налоговые органы, в соответствии с правовой позицией Конституционного Суда РФ, сформулированной в поста-

[25] См.: *Базанова Е. Стеркин Ф.* Указ. соч.

[26] См.: Информационные технологии в Федеральной налоговой службе.

новлении от 28 ноября 2017 г. № 34-П[27]. В настоящее время эта гарантия обеспечивается только налогоплательщикам, переведенным на налоговый мониторинг. Налоговые органы объясняют это невозможностью проведения оценки фактических обстоятельств финансово-хозяйственной деятельности иных налогоплательщиков до проведения в отношении них налоговой проверки, а при разрешении налоговых споров суды поддерживают такую позицию налоговых органов.

Следует отметить, что нивелирование уровня правового регулирования в области налогов и сборов в условиях автоматизации информационных систем субъектов налогового администрирования снижает значение административных процедур в области налогов и сборов и повышает уровень дискреции должностных лиц налоговых органов. На необходимость законодательного ограничения административного усмотрения в области налогов и сборов с помощью института административных процедур неоднократно обращалось внимание в российской и зарубежной доктрине налогового права[28].

В условиях широкомасштабного внедрения современных информационных технологий в налоговый контроль наиболее остро стоят проблемы реализации конституционных прав человека и гражданина и закрепленной в Конституции РФ концепции правозаконности[29]. В сфере налогового контроля данная проблема может быть решена только посредством адекватной регламентации административных процедур. И в этом контексте необходимо обратить особое внимание на ряд негативных тенденций в механизме правового регулирования.

---

[27] Постановление Конституционного Суда РФ от 28 ноября 2017 г. № 34-П по делу о проверке конституционности пункта 8 статьи 75, подпункта 3 пункта 1 статьи 111 и подпункта 23 пункта 2 статьи 149 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой акционерного общества «Флот Новороссийского морского торгового порта» (п. 3, 4 мотивировочной части) // СЗ РФ. 2017. № 49. Ст. 7532.

[28] См.: *Кучерявенко Н.П.* Особенности усмотрения в налогово-правовом регулировании // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М., 2017. С. 45–63; *Хван Л.Б.* Административное усмотрение в налоговых правоотношениях (по материалам Республики Узбекистан) // Там же. С. 161–189; *Карабаев Б.Р.* Оценочные понятия в налоговом праве Кыргызской Республики // Там же. С. 307–324; *Eckhoff R.* Vom konfrontativen zum kooperativen Steuerstaat. // Steuer und Wirtschaft. 1996. Heft. 2. S. 107–122

[29] См.: *Алексеев С.С.* Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 558, 520–563; *он же.* Восхождение к праву: поиски и решения. 2-е изд. М., 2002. С. 11–69, 280–308, 537–551.

Во-первых, именно для сферы налогового контроля характерна недостаточная определенность правовых норм, обусловленная наличием рамочного правового регулирования на уровне закона и его детализацией на подзаконном уровне, часто — в ведомственных актах, принимающихся для служебного пользования и не подлежащих официальному опубликованию. Все это сопровождается широкой дискрецией в правоприменительной практике, связанной с налаживанием и совершенствованием работы автоматизированных информационных систем.

Во-вторых, развитие информационных технологий, в особенности основанных на искусственном интеллекте, отличается динамичностью и опережает правовое регулирование, что обусловлено объективными факторами ускоренного технологического развития, с одной стороны, и консервативностью правовой системы и бюрократизацией механизма правового регулирования, с другой стороны.

В-третьих, существует определенный дисбаланс в развитии публичного и частного права, при котором институты частного права, ориентированные на регулирование рыночных экономических отношений, более развиты, и для их реализации созданы лучшие условия в механизме правового регулирования. Совершенно иначе обстоит дело с институтами публичного права, поскольку эффективная реализация публично-правовых норм зачастую зависит от субъективных факторов политической и экономической конъюнктуры.

Эти тенденции приводят к нивелированию базовых принципов права: приоритета прав и свобод человека и гражданина, законности, гласности (открытости), гуманизма, что, в свою очередь, снижает уровень правовых и организационных гарантий реализации прав и свобод человека. Вместе с тем в условиях внедрения современных информационных технологий во все сферы жизнедеятельности, в том числе и в сферу налогового контроля, только фактическое признание и обеспечение принципа верховенства права позволяет сформировать гражданское общество и гарантировать реализацию прав и свобод человека и гражданина. Это может быть обеспечено прежде всего путем адекватной цифровизации правового регулирования административной процедуры налогового контроля и связанных с ней административных процедур.

5. Заключение

При динамичной цифровизации особую актуальность приобретает проблема отсутствия правового регулирования, адекватного уровню применяемых налоговыми органами автоматизированных инфор-

мационных систем налогового контроля. В результате глобальных пробелов в правовом регулировании налогового контроля нивелируются конституционные принципы налогообложения и сборов, что приводит к массовым нарушениям прав и законных интересов налогоплательщиков, налоговых агентов, финансовых организаций и влечет утрату доверия к институтам государства.

Данная проблема может быть решена только путем надлежащей легализации автоматизированных процессов налогового администрирования в рамках административной процедуры налогового контроля и иных связанных с ней административных процедур. При этом административное усмотрение налоговых органов должно быть максимально ограничено, а возможная дискреция налоговых органов — допускаться только в пределах закона.

Заявленные цели могут быть достигнуты посредством развития института административной процедуры, общие черты которой должны регламентироваться в федеральном законе об административной процедуре, а особенности ее применения в налоговом администрировании с учетом уровня цифровизации налогового контроля — в НК РФ.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Административный процесс: Учебник для бакалавриата и магистратуры / Под ред. М.А. Штатиной. М.: Юрайт, 2014.

Алексеев С.С. Восхождение к праву: поиски и решения. 2-е изд. М.: Норма, 2002.

Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Статут, 2008.

Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999.

Брокер Л. Инквизиционный принцип в административном праве (административная процедура и административный процесс) // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 11–27.

Карабаев Б.Р. Оценочные понятия в налоговом праве Кыргызской Республики // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. 307–324.

Кучерявенко Н.П. Особенности усмотрения в налогово-правовом регулировании // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. 45–63.

Общее административное право: Учебник: В 2 ч. Ч. 2 / Под ред. Ю.Н. Старилова. 2-е изд., пересмотренное и дополненное. Воронеж: Издательский дом ВГУ, 2017.

Овчарова Е.В. Конституционно-правовые проблемы реализации административно-правового статуса субъектов налоговых правоотношений при применении

мер административного принуждения // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 5. С. 57–62.

Овчарова Е.В. Налоговый комплаенс в России: проблемы соотношения мер административного принуждения и стимулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 89–111. DOI: 10.17323/2072-8166.2019.1.89.111

Раймерс В. Инквизиционной принцип в административной процедуре // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 28–36.

Салищева Н.Г., Абросимова Е.Б. О проблемах формирования в Российской Федерации института административной процедуры // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 4. 131–141.

Соколов Д.В. Исторический и правовой генезис межведомственных налоговых комиссий // Налоговед. 2017. № 11. С. 43–50.

Соловей Ю.П. Принципы осуществления публичной администрацией дискреционных полномочий // Административное право и процесс. 2018. № 7. С. 5–15.

Старилов Ю.Н. Законность как принцип административных процедур и административного судопроизводства: развитие и юридическая конкретизация в отраслевом законодательстве на основе общей теории законности // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М.: Инфотропик Медиа, С. 37–61.

Федеральный закон «Об административных процедурах»: Инициативный проект с комментариями разработчиков / Вступ. ст. К. Экштайна, Е. Абросимовой. М.: Комплекс-Прогресс, 2001.

Хван Л.Б. Административное усмотрение в налоговых правоотношениях (по материалам Республики Узбекистан) // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. 161–189.

Шершеневич Г.Ф. О чувстве законности // Шершеневич Г.Ф. Избранное. М.: Статут, 2016. С. 449–471.

Branham E. Closing the Tax Gap: Encouraging Voluntary Compliance Through Mass-Media Publication of High-Profile Tax Issues // Hastings Law Journal. 2009. Vol. 60. Iss. 6. P. 1507–1533.

Brown R., Mazur M. The National Research Program: Measuring Taxpayer Compliance Comprehensively // Kansas Law Review. 2003. Vol. 51. P. 1255–1271.

Choi W. United States — Tax Risk Management, Tax Accounting & Risk Management. Amsterdam: IBFD, 2018.

Eckhoff R. Vom konfrontativen zum kooperativen Steuerstaat // Steuer und Wirtschaft. 1996. Heft. 2. S. 107–122.

Lederman L. Tax Compliance and the Reformed IRS // Kansas Law Review. 2003. Vol. 51. P. 971–1011.

Sachs M. Einführung in das Verwaltungsverfahrensrecht // Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess herausgegeben / Hrsg. von J. Brandt, U. Domgörgen. Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 2018. S. 1–17.

Sandulli A. The Italian Administrative Procedure Act: Back to the Future // Italian Journal of Public Law. 2010. Vol. 2. No. 2. P. 202–206.

REFERENCES

Alekseev, S.S. (1999). *Pravo: azbuka — teoriya — filosofiya. Opyt kompleksnogo issledovaniya* [Law: The ABC — Theory — Philosophy. Experience of Comprehensive Research]. Moscow: Statut. (in Russ.).

Alekseev, S.S. (2002). *Voskhozhdenie k pravu: poiski i resheniya* [Ascension to the Law: Searches and Solutions]. 2nd ed. Moscow: Norma. (in Russ.).

Alekseev, S.S. (2008). *Obshchaya teoriya prava* [General Theory of Law]. Moscow: Statut. (in Russ.).

Branham, E. (2009). Closing the Tax Gap: Encouraging Voluntary Compliance Through Mass-Media Publication of High-Profile Tax Issues. *Hastings Law Journal*, 60(6), pp. 1507–1533.

Broker, L. (2018). Inkvizitsionnyi printsip v administrativnom prave (administrativnaya protsedura i administrativnyi protsess) [Inquisition Principle in Administrative Law (Administrative Procedure and Administrative Process)]. In: *Ezhegodnik publichnogo prava 2018: Printsipy administrativnykh protsedur i administrativnogo sudoproizvodstva* [Yearbook of Public Law 2018: Principles of Administrative Procedures and Administrative Judicial Procedure]. Moscow: Infotropic Media, pp. 11–27. (in Russ.).

Brown, R. and Mazur, M. (2003). The National Research Program: Measuring Taxpayer Compliance Comprehensively. *Kansas Law Review*, 51, pp. 1255–1271.

Eckhoff, R. (1996). Vom konfrontativen zum kooperativen Steuerstaat. *Steuer und Wirtschaft*, (2), pp. 107–122. (in Germ.).

Karabaev, B.R. (2017). Otsenochnye ponyatiya v nalogovom prave Kyrgyzskoi respubliki [Evaluation Concepts in the Kyrgyz Republic Tax Law]. *Ezhegodnik publichnogo prava 2017: Usmotrenie i otsenochnye ponyatiya v administrativnom prave* [Yearbook of Public Law 2017: Discretion and Evaluation Concepts in Administrative Law]. Moscow: Infotropic Media, pp. 307–324. (in Russ.).

Khvan, L.B. (2017). Administrativnoe usmotrenie v nalogovykh pravootnosheniyakh (po materialam Respubliki Uzbekistan) [Administrative Discretion in Tax Legal Relations (On Materials of the Republic of Uzbekistan)]. In: *Ezhegodnik publichnogo prava 2017: Usmotrenie i otsenochnye ponyatiya v administrativnom prave* [Yearbook of Public Law 2017: Discretion and Evaluation Concepts in Administrative Law]. Moscow: Infotropic Media, pp. 161–189. (in Russ.).

Kucheryavenko, N.P. (2017). Osobennosti usmotreniya v nalogovo-pravovom regulirovanii [Specific Features of Discretion in Tax Legal Regulation]. In: *Ezhegodnik publichnogo prava 2017: Usmotrenie i otsenochnye ponyatiya v administrativnom prave* [Yearbook of Public Law 2017: Discretion and Evaluation Concepts in Administrative Law]. Moscow: Infotropic Media, pp. 45–63. (in Russ.).

Lederman, L. (2003). Tax Compliance and the Reformed IRS. *Kansas Law Review*, 51, pp. 971–1011.

Ovcharova, E.V. (2018). Konstitutsionno-pravovye problemy realizatsii administrativno-pravovogo statusa sub"ektov nalogovykh pravootnoshenii pri primenenii mer admini-

strativnogo prinuzhdeniya [Constitutional Law Issues of Implementation of a Tax Relationship Subject Status in Application of Administrative Coercion Measures]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* [Constitutional and Municipal Law], (5), pp. 57–62. (in Russ.).

Ovcharova, E.V. (2019). Nalogovyi komplaens v Rossii: problemy sootnosheniya mer administrativnogo prinuzhdeniya i stimulirovaniya [Tax Compliance in Russia: Balance between Administrative Enforcement and Stimulating Measures]. *Pravo. Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki* [Law. Journal of the Higher School of Economics], (1), pp. 89–111. (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2019.1.89.111

Raimers, V. (2018). Inkvizitsionnoi printsip v administrativnoi protsedure [Inquisitorial Principle in Administrative Procedure]. In: *Ezhegodnik publichnogo prava 2018: Printsipy administrativnykh protsedur i administrativnogo sudoproizvodstva* [Yearbook of Public Law 2018: Principles of Administrative Procedures and Administrative Judicial Proceeding]. Moscow: Infotropic Media, pp. 28–36. (in Russ.).

Sachs, M. (2018). Einführung in das Verwaltungsverfahrensrecht. In: J. Brandt and U. Domgörgen, eds. *Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess herausgegeben*. Heidelberg: C.F. Müller GmbH, pp. 1–17. (in Germ.).

Salishcheva, N.G. and Abrosimova, E.B. (2002). O problemakh formirovaniya v Rossiiskoi Federatsii instituta administrativnoi protsedury [On Problems of Formation of the Administrative Procedure Institution in the Russian Federation]. *Konstitutsionnoe pravo: Vostochnoevropeiskoe obozrenie* [Constitutional Law: Eastern European Review], (4), pp. 131–141. (in Russ.).

Sandulli, A. (2010). The Italian Administrative Procedure Act: Back to the Future. *Italian Journal of Public Law*, 2(2), pp. 202–206.

Shershenevich, G.F. (2016). O chuvstve zakonnosti [On the Sense of Legality]. In: Shershenevich, G.F. *Izbrannoe* [The Selected Works]. Moscow: Statut, pp. 449–471. (in Russ.).

Shtatina, M.A. ed. (2014). *Administrativnyi protsess* [Administrative Proceeding]. Moscow: Yurait. (in Russ.).

Sokolov, D.V. (2017). Istoricheskii i pravovoi genezis mezhvedomstvennykh nalogovykh komissii [The Historic and Legal Origin of Interdepartmental Tax Committees]. *Nalogoved* [Nalogoved Journal], (11), pp. 43–50. (in Russ.).

Solovey, Yu.P. (2018). Printsipy osushchestvleniya publichnoi administratsiei diskretsionnykh polnomochii [Principles of Exercise of Discretion by Public Administration]. *Administrativnoe pravo i protsess* [Administrative Law and Procedure], (7), pp. 5–15. (in Russ.).

Starilov, Yu.N. (2018). Zakonnost' kak printsip administrativnykh protsedur i administrativnogo sudoproizvodstva: razvitie i yuridicheskaya konkretizatsiya v otraslevom zakonodatel'stve na osnove obshchei teorii zakonnosti [Legality as a Principle of Administrative Procedures and Administrative Judicial Proceeding: The Development and Legal Concretization in Sectoral Legislation Based on the General Theory of Legality]. In: *Ezhegodnik publichnogo prava 2018: Printsipy administrativnykh protsedur i administrativnogo sudoproizvodstva* [Yearbook of Public Law 2018: Principles of Administrative Procedures and Administrative Judicial Procedure]. Moscow: Infotropic Media, pp. 37–61. (in Russ.).

Starilov, Yu.N. ed. (2017). *Obshchee administrativnoe pravo* [General Administrative Law]. Part 2. 2nd ed. Voronezh: Izdatel'skii dom VGU. (in Russ.).

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Овчарова Елена Владимировна — кандидат юридических наук, старший преподаватель юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова, заместитель директора Института проблем административно-правового регулирования Научно-исследовательского университета «Высшая школа экономики», член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации.

AUTHOR'S INFO:

Elena V. Ovcharova — Candidate of Legal Sciences, Senior Lecturer, Law Faculty, Lomonosov Moscow State University, Deputy Director of the Institute for Problems of Administrative Law Regulation of the National Research University "Higher School of Economics", Member of the Scientific Advisory Board of the Supreme Court of the Russian Federation.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Овчарова Е.В. Административная процедура налогового контроля в механизме правового регулирования // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 2. С. 137–158. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-ovcharova

CITATION:

Ovcharova, E.V. (2019). Administrative Procedure for Tax Control in the Legal Regulation Mechanism. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 14(2), pp. 137–158. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-ovcharova

ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА

АНТОН АЛЕКСАНДРОВИЧ АНТОПОЛЬСКИЙ

Юридический факультет, Государственный академический университет гуманитарных наук
119049, Российская Федерация, Москва, Мароновский пер., д. 26
E-mail: antopolsky@mail.ru
SPIN-код: 9630-1404
ORCID: 0000-0002-4694-4301

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-antopolsky

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И ИНТЕРНЕТ: ПРАКТИКА ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Статья подготовлена в рамках поддержанного Российским фондом фундаментальных исследований научного проекта № 18-011-00406 «Права человека в эпоху Интернета: публично-правовой аспект».

Аннотация. Интернет в современном обществе играет существенную и постоянно возрастающую роль. Это, среди прочего, ведет и к увеличению числа правовых споров, связанных с Интернетом. В статье рассматривается практика Европейского суда по правам человека по делам такого рода. По состоянию на конец мая 2019 г. Европейским судом рассмотрено около 2,5 тыс. дел, так или иначе связанных с Интернетом, в том числе свыше 100 дел, в которых ответчиком выступала Российская Федерация. Основная масса таких дел инициирована жалобами на нарушение двух статей Конвенции о защите прав человека и основных свобод: ст. 8 (право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции) и ст. 10 (свобода выражения). Кроме того, заявители ссылались на нарушения права собственности, защита которой стала распространяться и на интеллектуальную собственность, права на справедливое судебное разбирательство, свободы собраний и объединений, а также запрета дискриминации.

Европейский суд в своих решениях уточнил границы частной жизни, указав, что она включает в себя такие аспекты, как изображение человека, его персональные данные, в том числе биометрическую информацию, образцы ДНК и др. Большое значение имеет защита коммуникаций от контроля со стороны как уполномоченных государственных органов, так и иных лиц, например рабо-

тодателей. В ряде решений Европейский суд сформулировал критерии допустимости контроля работодателя за использованием работниками Интернета, позволяющие обеспечить баланс между правом работника на уважение частной жизни и интересами работодателя.

Европейский суд исходит из того, что распространение информации в Интернете подпадает под защиту ст. 10 Конвенции. Одновременно он признал, что уровень защиты информации, размещенной в сети Интернет, отличается от того, который предоставляется информации, распространяемой в средствах массовой информации. Существенный интерес представляют правовые позиции, выработанные Судом в отношении блокировки интернет-сайтов, ответственности интернет-провайдеров за распространяемую информацию и комментарии, соотношения свободы распространения информации и авторских прав и т.п. Особое внимание Европейский суд традиционно уделяет проблеме обеспечения справедливого баланса между конкурирующими правами человека.

Российским законодательным и правоприменительным органам необходимо учитывать подходы, выработанные Европейским судом, чтобы снизить количество поступающих в него жалоб от граждан нашей страны.

Ключевые слова: права человека, Интернет, Европейский суд по правам человека, неприкосновенность частной жизни, защита персональных данных, право на забвение, свобода выражения, право на доступ к Интернету, ответственность интернет-провайдеров, интеллектуальная собственность

ANTON A. ANTOPOLSKY

Faculty of Law, State Academic University for the Humanities
26, Maronovskii lane, Moscow 119049, Russian Federation
E-mail: antopolsky@mail.ru
ORCID: 0000-0002-4694=4301

HUMAN RIGHTS AND INTERNET: CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The article was prepared within the framework of the scientific project № 18-011-00406 “Human rights in the Internet Era: Public Law Aspect”, supported by the Russian Foundation for Basic Research.

Abstract. Internet in the contemporary community plays an instrumental and ever increasing role. This is, inter alia, results in the increasing number of legal disputes associated with Internet. The article outlines the practice of the European Court of Human Rights regarding the cases of such kind. As of the end of May 2019, the European Court has reviewed around 2.5 thousand cases, to this or that extent

related to Internet, inter alia, more than 100 cases where the Russian Federation acted as a defendant. The major portion of such cases was initiated by the complaints for violation of two articles of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Article 8 (right to respect for private and family life, home and correspondence) and Article 10 (freedom of expression). Moreover, applicants referred to violations of the right of property, the protection of which was extend to intellectual property, the right to a fair trial, freedom of assemblies and associations as well as the prohibition of discrimination.

The European Court, in its judgments, specified the limits of private life stating that it includes such aspects as the image of a human being, its personal data, including biometrical information, samples of DNA and others. The protection of communications against control of both the authorized public bodies and other persons, for instance, employers, has proved to be important. In a set of judgments the European Court formulated the criteria of acceptability of control imposed by the employer over the employees' use of Internet. These criteria enable to strike a balance between the employee's right to respect for private life and the employer interests.

The European Court proceeds from the fact that the dissemination of information across the Internet falls under the protection of Article 10 of the Convention. In parallel, it recognized that the extent of protection of the information placed across the Internet web differs from that which is granted to the information spread across mass media sources. The legal positions elaborated by the Court in respect of blockage of internet-websites, responsibility of internet providers for disseminated information and commentaries, correlation between the freedom of dissemination of information and proprietary rights are of substantial concern etc.

The European Court has traditionally put a special emphasis on ensuring a fair balance between the competing rights of a human being.

The Russian legislative and law enforcement bodies need to address the approaches elaborated by the European Court in order to cut the number of incoming complaints from citizens of our country.

Keywords: human rights, Internet, European Court of Human Rights, right to privacy, protection of personal data, right to be forgotten, freedom of expression, right to Internet access, responsibility of internet provider, intellectual property

1. Введение

В последние годы тема прав человека в Интернете приобретает все большую актуальность и привлекает внимание международных организаций (ООН, ОБСЕ, ЮНЕСКО, Совет Европы и др.). Европейским судом по правам человека рассмотрено значительное число дел, прямо или косвенно связанных с Интернетом, множество поступивших жалоб еще ждут своего разрешения. При этом значительное количество жалоб было подано против России и других постсоциалистических стран. Представляется, что анализ практики Европейского суда

может оказаться полезным для выявления новейших тенденций развития системы прав человека, оценки степени соответствия национального информационного законодательства и правоприменительной практики европейским стандартам.

По состоянию на конец мая 2019 г., Европейским судом было рассмотрено около 2,5 тыс. дел, где упоминается Интернет, в том числе дел, в которых ответчиком выступала Российская Федерация, — свыше 100, из них Большой палатой — пять; коммуницировано более 400 жалоб, из них 112 — против России[1].

Практика Европейского суда вызывает большой интерес как отечественных, так и зарубежных исследователей. В значительном числе публикаций, посвященных различным аспектам деятельности Суда, например защите свободы выражения, получила освещение и тема Интернета[2].

Европейский суд и сам анализирует и обобщает свою практику. В 2011 г. был подготовлен ее обзор по делам, связанным с Интернетом, в июне 2015 г. вышла его обновленная версия[3]. Структура обзора позволяет судить о том, какие вопросы сам Суд считает наиболее значимыми: наличие у него юрисдикции в отношении дел, связанных с Интернетом; защита данных и их хранения (речь идет в основном о персональных данных); свобода выражения; защита интеллектуальной собственности, доступ к информации и к Интернету; обязательства государств по противодействию насилию и иным преступным действиям в Интернете. В обзоре анализируются не только отдельные дела, непосредственно связанные с Интернетом, но и ранее рассмотренные дела, где

---

[1] Подсчитано автором по базе данных официального сайта Европейского суда по правам человека HUDOC (URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]} (дата обращения: 30.05.2019)) по ключевым словам «*internet*» и «*website*». Однако следует учитывать, что во многих делах Интернет лишь упоминается, но с ним не связаны существенные обстоятельства дела. Иногда Интернет упоминается не в решении Суда, а в особых мнениях судей.

[2] См., например: *Ефремов А.А.* Новые информационные технологии в практике Европейского суда по правам человека // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2016. № 6. С. 10–15; *Юркина Е.Е.* Европейская конвенция о защите прав человека и Интернет // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2018. № 1. С. 16–29; *Миночкина Я.* Язык вражды — открывая ящик Пандоры // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2016. № 10. С. 4–13.

[3] См.: Report Research Division ECHR, Internet: Case-law of the European Court of Human Rights. 2011, 2015 (update). URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf (дата обращения: 21.01.2019).

были сформулированы правовые позиции, на основе которых принималось решение по спорам, связанным с Интернетом.

Основная масса рассматриваемых Европейским судом дел, связанных с Интернетом, инициированы жалобами на нарушение двух статей Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.[4] (далее — Конвенция): ст. 8, закрепляющей право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции, и ст. 10, гарантирующей свободу выражения мнения. В числе иных статей Конвенции, на нарушение которых ссылались заявители, следует назвать ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции, предусматривающую защиту собственности, которая в последнее время стала распространяться на интеллектуальную собственность, ст. 6 Конвенции «Право на справедливое судебное разбирательство», ст. 11 «Свобода собраний и объединений», ст. 14 «Запрещение дискриминации» и др.

Рассмотрим позиции Европейского суда в отношении защиты отдельных прав, реализуемых в Интернете. Необходимо отметить, что сегодня идет активная дискуссия по поводу изменений, которые в последние годы претерпевает система прав человека. В частности, предпринимаются попытки теоретического обоснования таких новых прав человека, как право на доступ в Интернет, право на забвение и др. Независимо от того, будут ли они признаны в качестве самостоятельных прав человека или будут защищаться в контексте традиционных прав человека, для настоящего исследования они имеют важное значение, и поэтому их анализ выделен в самостоятельные разделы.

2. Право на уважение частной жизни

Право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции закреплено в ст. 8 Конвенции. Европейский суд отказался от попыток сформулировать исчерпывающее определение права на уважение частной жизни[5]. При этом в своих решениях он исходит из его

---

[4] СЗ РФ. 2001. № 2. С. 163.

[5] «Суд не считает возможным или необходимым дать исчерпывающее определение понятию “частная жизнь”» (ECtHR. Niemietz v. Germany. Application no. 13710/88. Judgment of 16 December 1992. Para. 29 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887 (дата обращения: 19.03.2019)).

«Понятие “частная жизнь” — это широкий термин, не поддающийся исчерпывающему определению, который охватывает физическую и психологическую целостность человека и поэтому может включать многочисленные аспекты

широкой трактовки, понимая под ним запрет на любое вмешательство в частную и семейную жизнь, что охватывает такой широкий круг проблем, как признание родительских прав, право на развод, на домашние роды и др. В России чаще используется категория «неприкосновенность частной жизни», смысл которой заметно уже и сводится к предоставленной человеку и гарантированной государством возможности «контролировать информацию о самом себе, препятствовать разглашению сведений личного, интимного характера»[6]. Наиболее глубоко и подробно тема неприкосновенности частной жизни в отечественной литературе исследована Г.Б. Романовским[7]. Однако, определяя право на неприкосновенность частной жизни достаточно широко как неотъемлемое право человека «на самостоятельное определение своего образа жизни, свободного от произвольных регламентации, вмешательства и посягательства как таковых со стороны государства, общества или человека, а также защищенное законом от какого бы то ни было навязывания стереотипа»[8], он уделяет основное внимание анализу правовых механизмов защиты от сбора информации о частной жизни человека.

По мнению А.И. Савельева, право на неприкосновенность частной жизни пересекается с правом на защиту персональных данных, но тем не менее не тождественно ему[9]. Европейский подход к пониманию частной жизни (*privacy*), отмечает он, шире американского, который предполагает «право быть оставленным в покое»[10]. Попутно сле-

---

личности человека, такие как гендерная идентификация и сексуальная ориентация, имя или элементы, относящиеся к праву человека на свой образ» (ECtHR. Axel Springer AG v. Germany. Application no. 39954/08. Judgment of 7 February 2012. Para. 83 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034 (дата обращения: 19.03.2019)).

[6] См.: определение Конституционного Суда РФ от 9 июня 2005 г. № 248-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Захаркина Валерия Алексеевича и Захаркиной Ирины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом “б” части третьей статьи 125 и частью третьей статьи 127 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации (абз. 13 п. 2 мотивировочной части) // СПС «КонсультантПлюс». См. также: Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд. М., 2011 (комментарий к ст. 23).

[7] См.: *Романовский Г.Б.* Право на неприкосновенность частной жизни. М., 2001. С. 7–127.

[8] Там же. С. 50.

[9] См.: *Савельев А.И.* Научно-практический постатейный комментарий к Федеральному закону «О персональных данных». М., 2017. С. 31–39.

[10] См.: *Warren S.D.*, *Brandeis L.D.* The Right to Privacy // Harvard Law Review. 1890. Vol. 4. No. 5. P. 193–220.

дует заметить, что сравнительно-правовым исследованиям в сфере охраны неприкосновенности частной жизни и персональных данных посвящено множество работ зарубежных авторов. Например, А. Ньюман оценивает европейский подход как целостный, последовательный и надежный по сравнению с «фрагментированным» американским, основанным на значительном числе разрозненных правил, при котором также отсутствует единый орган — регулятор[11].

Поскольку сфера частной жизни является столь обширной, что ей трудно дать юридическое определение, чрезвычайно важное значение приобретают те решения Европейского суда, которые позволяют обозначить границы этой сферы, выделить ее составляющие, подлежащие правовой охране в соответствии со ст. 8 Конвенции. Так, в решениях Европейского суда было признано, что охране подлежат:

- персональные данные, включая отпечатки пальцев и образцы ДНК[12];
- личная информация[13];
- имя гражданина — в части защиты от опубликования его полностью, а в некоторых случаях даже только собственно имени лица, без указания его фамилии, если этого достаточно для идентификации[14];
- тайна связи (включая электронную почту и онлайн-коммуникации)[15];
- право на собственное изображение[16].

---

[11] См.: *Newman A.L.* What the "Right to Be Forgotten" Means for Privacy in a Digital Age // Science. 2015. Vol. 347. No. 6221. P. 507–508.

[12] См.: ECtHR. S. and Marper v. the United Kingdom [GC]. Applications nos. 30562/04 and 30566/04. Judgment of 4 December 2008. Para. 41 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90051 (дата обращения: 12.01.2018).

[13] См.: ECtHR. Flinkkilä and Others v. Finland. Application no. 25576/04. Judgment of 6 April 2010 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98064 (дата обращения: 12.01.2019); Saaristo and Others v. Finland. Application no. 184/06, Judgment of 12 October 2010. Para. 61 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101017 (дата обращения: 12.01.2019).

[14] См.: ECtHR. Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH v. Austria (no. 2). Application no. 1593/06. Judgment of 19 June 2012. Paras. 52–57 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111524 (дата обращения: 12.01.2019).

[15] См.: ECtHR. Copland v. the United Kingdom. Application no. 62617/00. Judgment of 3 April 2007 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79996 (дата обращения: 12.01.2019).

[16] См.: ECtHR. Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC]. Applications nos. 40660/08 and 60641/08. Judgment of 7 February 2012. Para. 96 // European Court of Human

Не исключается из охраняемой сферы частной жизни и профессиональная деятельность[17]. Крайне актуальной является проблема охраны частной жизни работников от контроля со стороны работодателя, включая контроль телефонных переговоров, электронной почты и использования Интернета. Так, в деле Бэрбулеску против Румынии[18] Суд рассматривал жалобу лица, уволенного из частной компании за использование Интернета в личных целях. В решении Большой палаты Европейского суда по этому делу сформулированы критерии, позволяющие обеспечить баланс между правами и интересами работника и работодателя. Суд полагает, что должно учитываться: был ли работник информирован о мерах контроля корреспонденции; степень контроля (особый акцент Суд сделал на разнице между контролем за характером переписки и ее содержанием); была ли возможность использовать менее жесткие методы контроля и др. (п. 121).

Серьезную проблему представляет обеспечение уважения частной жизни при расследовании преступлений, ведении разведывательной и иной деятельности, связанной с обеспечением национальной безопасности. Она возникла задолго до появления Интернета, но развитие Сети ее крайне обострило[19]. Европейским судом рассмотрен ряд дел такого рода. Например, в деле K.U. против Финляндии[20] речь шла о размещении на сайте знакомств объявления сексуального характера от имени несовершеннолетнего и отказом провайдера раскрыть личность клиента по запросу полиции. Национальные суды не нашли в законе положения, которое обязывало провайдера в нарушение профессиональной тайны раскрыть идентификационные данные в случае подозрения в соверше-

---

Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109029 (дата обращения: 12.01.2019); Verlagsgruppe News GmbH and Bobi v. Austria. Application no. 59631/09. Judgment of 4 December 2012 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115013 (дата обращения: 12.01.2019).

[17] См.: ECtHR. Copland v. the United Kingdom. Application no. 62617/00. Judgment of 3 April 2007.

[18] См.: ECtHR. Barbulescu v. Romania. Application no. 61496/08. Judgment of 5 September 2017 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177082 (дата обращения: 12.01.2019).

[19] Подробнее об истории вопроса см.: *Семилетов С.И.* Проблемы обеспечения конституционных гарантий защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации при осуществлении оперативно-розыскной деятельности в сетях связи // Труды Института государства и права РАН. 2011. № 6. С. 45–66.

[20] ECtHR. K.U. v. Finland. Application no. 2872/02. Judgment of 2 December 2008 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89964 (дата обращения: 15.01.2019).

нии нетяжкого преступления, такого, как клевета. Однако Европейский суд счел, что в подобных случаях приоритет следует отдавать не свободе выражения мнений и конфиденциальности, а таким легитимным целям, как предупреждение беспорядков или преступлений и защита прав и свобод других лиц (п. 49), и признал нарушение ст. 8 Конвенции.

Неотъемлемой частью расследования преступлений является тайное наблюдение, в том числе с использованием технических средств. Не рассматривая подробно данную проблему, обратим внимание лишь на некоторые ее аспекты. Общим принципом деятельности Европейского суда является отказ от рассмотрения жалоб на законодательство *in abstracto*. Однако в делах, связанных с тайным наблюдением, этот принцип был существенно смягчен[21]. Позднее Суд сформулировал общую позицию, согласно которой в таких делах заявители должны доказать существование «обоснованной вероятности» того, «что к ним применялись рассматриваемые меры»[22].

Эти вопросы вновь возникли в деле Роман Захаров против Российской Федерации[23]. Предметом жалобы было создание в России системы тайного прослушивания мобильной телефонной связи при отсутствии эффективных средств правовой защиты. Заявитель не жаловался на то, что его разговоры прослушивались. Суть его жалобы заключалась в том, что операторы служб связи *давали возможность* властям проводить оперативно-следственные мероприятия (п. 11, 13, 152, 174 и др.). При рассмотрении дела ключевым был вопрос о том, обеспечивает ли российское законодательство эффективные средства правовой защиты от мер скрытого наблюдения. Чтобы вмешательство в права человека было признано «основанным на законе», оспариваемая мера не просто должна быть предусмотрена в законодательстве, но соответствующее законодательство должно отвечать ряду требований, выработанных в прецедентной практике Европейского суда, а именно: закон должен быть доступен для заинтересованного лица и последствия его применения должны быть предсказуемы (п. 228).

---

[21] ECtHR. Klass and Others v. Germany. Application no. 5029/71. Judgment of 6 September 1978. Para. 36 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510 (дата обращения: 20.01.2019).

[22] ECtHR. Kennedy v. United Kingdom. Application no. 26839/05. Judgment of 18 May 2010. Paras. 122–125 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98473 (дата обращения: 20.01.2019).

[23] ECtHR. Roman Zakharov v. Russia. Application no. 47143/06. Judgment of 4 December 2015 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159324 (дата обращения: 20.01.2019).

В части доступности спор возник относительно приложений к приказу Государственного комитета РФ по связи и информатизации от 20 апреля 1999 г. № 70 «О технических требованиях к системе технических средств для обеспечения функций оперативно-розыскных мероприятий на сетях электросвязи Российской Федерации»[24], которые не были официально опубликованы. Европейский суд выразил по этому поводу «сожаление», однако счел, что данные акты были «достаточно доступны» (п. 239–242).

В решении по данному делу Европейский суд сформулировал минимальные гарантии, которые должны быть установлены в законе о скрытых мерах наблюдения для того, чтобы избежать злоупотребления властью: характер правонарушений, которые могут стать основанием для прослушивания; категории лиц, телефоны которых подлежат прослушиванию; ограничения продолжительности прослушивания; порядок изучения, использования и хранения полученных данных; меры предосторожности при передаче данных другим лицам; обстоятельства, при которых записи могут или должны быть стерты или уничтожены (п. 231). Оценив по этим критериям российское законодательство, Суд пришел к выводу, что закрепленные в нем процедуры «не способны обеспечить того, чтобы меры скрытого наблюдения не назначались случайно, беспорядочно и без соответствующего рассмотрения» (п. 267)[25].

Европейский суд также подчеркнул особую важность учета информации о прослушивании для обеспечения эффективного судебного и прокурорского надзора за исполнением мер скрытого наблюдения и отметил, что российское законодательство не только не предусматривает такой обязанности, а напротив, устанавливает на это запрет[26]. Это, отметил Суд, «делает любые механизмы надзора неспособными обнаруживать незаконное прослушивание и поэтому неэффективными» (п. 272). Суд также обратил внимание на следующие обстоятельства:

---

[24] СвязьИнформ. 1999. № 6.

[25] Речь в данном случае шла главным образом о мероприятиях, проводимых в рамках Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3349.

[26] «Должна быть исключена возможность регистрации в системных журналах и на других видах носителей информации сведений о контролируемых абонентах и взаимодействии СОРМ и ПУ» (п. 5.4 Технических требований к системе технических средств по обеспечению функций оперативно-розыскных мероприятий на сетях подвижной радиотелефонной связи (СОРМ СПРС). Приложение № 1 к приказу Государственного комитета РФ по связи и информатизации от 20 апреля 1999 г. № 70).

судебный надзор ограничивается первоначальным этапом разрешения на прослушивание (п. 274); независимость прокуроров «вызывает сомнения» (п. 278–280); сфера осуществляемого ими контроля ограничена (п. 281); надзор со стороны прокуроров проводится в порядке, который закрыт для общественного контроля (п. 283); власти России не продемонстрировали, что прокурорский надзор за мерами скрытого наблюдения является эффективным на практике (п. 284).

В итоге Европейский суд пришел к выводу, что «положения законодательства Российской Федерации, регулирующие прослушивание связи, не содержат адекватных и эффективных гарантий против произвола» и в силу этого не отвечают требованиям, предъявляемым к «качеству закона», соответственно на них не может основываться вмешательство в права человека, «необходимое в демократическом обществе» (п. 304).

В деле Центр правосудия против Швеции[27] оспаривалась национальная система радиоразведки (*signals intelligence*). Европейский суд отметил, что решение о введении «режима массового перехвата для выявления угроз национальной безопасности находится в пределах усмотрения государств» (п. 112). Подробно рассмотрев законодательство Швеции с учетом принципов, выработанных при рассмотрении дел Кеннеди против Соединенного Королевства и Роман Захаров против России, он пришел к выводу, что «шведская система радиоразведки предоставляет адекватные и достаточные гарантии против произвола и риска злоупотреблений» (п. 180) и соответствующее законодательство соответствует требованиям, предъявляемым к «качеству закона» (п. 181).

Таким образом, в течение короткого промежутка времени Европейский суд рассмотрел две похожие жалобы и продемонстрировал разницу между системой, действительно нацеленной на достижение баланса между защитой прав человека и обеспечением национальной безопасности, и системой, которая лишь имитирует решение данной задачи.

3. Право на забвение

Среди прав, развитие которых непосредственно связано с распространением Интернета, следует назвать так называемое право на забвение (*right to be forgotten*). В начале 2000-х гг. за рубежом оно

[27] ECtHR. Centrum för Rättvisa v. Sweden. Application no. 35252/08. Judgment of 19 June 2018 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183863 (дата обращения: 21.01.2019).

упоминалось довольно редко[28], а в России не обсуждалось вовсе. Но в последние годы данное право вызвало большой интерес отечественных и зарубежных ученых[29].

Следует отметить, что в России право на забвение получило законодательное закрепление раньше, чем в большинстве европейских стран. Так, Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»[30] (далее — Закон об информации) в 2015 г. был дополнен ст. 10.3, закрепившей обязанность оператора информационной системы по требованию заинтересованного лица прекратить выдачу ссылок на интернет-страницы, содержащие недостоверную, неактуальную информацию о заявителе либо распространяемую с нарушением законодательства Российской Федерации[31].

Прецедентом, окончательно признавшим право на забвение в странах — членах Европейского союза, стало решение Суда ЕС от 13 мая 2014 г. по делу *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*[32]. Данное дело возникло в связи с требованием гражданина Испании к компании *Google* изъять из результатов поиска сведения о том, что он не делал отчисления в фонд социального страхования. В решении Суда, однако, под-

---

[28] См.: *Werro F.* The Right to Inform v. the Right to Be Forgotten: A Transatlantic Clash // Haftungsrecht im dritten Millennium / Ed. by A.C. Ciacchi, C. Godt, P. Rott, L.J. Smith. Baden-Baden, 2009. P. 285–300.

[29] См., например: *Середа В.Н.*, *Середа М.Ю.* Защита прав и свобод человека и гражданина в сети Интернет. Воронеж, 2013. С. 126–130; *Войниканис Е.А.* Право быть забытым: правовое регулирование и его теоретическое осмысление // Правоведение. 2016. № 3. С. 70–89; *Пащенко И.Ю.* Право быть забытым: зарубежный и российский опыт правового регулирования // Наука. Мысль: электронный периодический журнал. 2016. № 4. С. 189–192. URL: http://wwenews.esrae.ru/31-287 (дата обращения: 18.12.2018); *Чикишев Н.А.* Право на забвение в европейском цифровом законодательстве (на примере Франции) // Медиаскоп. 2017. Вып. 3. URL: http://www.mediascope.ru/2348 (дата обращения: 18.12.2018).

[30] СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

[31] См.: Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 264-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об информации, информационных технологиях и о защите информации” и статьи 29 и 402 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. 1). Ст. 4390.

[32] CJEU. Grand Chamber. Case C-131/12 Google Spain SL and Google Inc.v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González. Request for a preliminary ruling: Audiencia Nacional (Spain). Judgment of 13 May 2014. // InfoCuria — Case-law of the Court of Justice. URL: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12 (дата обращения: 22.04.2019).

черкивается, что право на исключение информации затрагивает только результаты поиска и не предусматривает изъятие ссылки из индексов поисковой системы.

В дальнейшем право на забвение (также называемое правом на удаление — *right to erasure*) получило закрепление в ст. 17 Общего Регламента о защите персональных данных от 27 апреля 2016 г. (Регламента Европейского парламента и Совета Европейского союза № 2016/679 «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС»[33]), где перечислены основания, с одной стороны, позволяющие субъекту персональных данных требовать от контролера их удаления, а с другой — дающие право отказать в удовлетворении таких требований. В частности, основаниями для отказа может быть необходимость обработки данных для осуществления права на свободу выражения мнения и распространения информации; для исполнения юридических обязанностей или властных полномочий контролера; для архивирования в научных, исторических или статистических целях и др.

Европейский суд также начал рассматривать жалобы, связанные с правом на забвение, правда, пока их количество невелико. Первым стало дело Хелили против Швейцарии[34], где Суд признал нарушением ст. 8 Конвенции отказ удалить из полицейских баз данных записи, в которой профессия заявительницы обозначалась как «проститутка». В решении по делу Пиль против Швеции[35] Европейский суд отметил, что заявитель мог требовать, чтобы поисковые системы удалили все следы (неправомерного) комментария, сославшись в качестве основания на вышеупомянутое решение Суда ЕС по делу *Google*.

Дело М.Л. и В.В. против Германии[36] было связано с требованием сделать анонимными ряд материалов в интернет-архиве (заявители

---

[33] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // OJ. L 119. Vol. 59. 4 May 2016.

[34] ECtHR. Khelili v. Switzerland. Application no. 16188/07. Judgment of 18 October 2011 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107033 (дата обращения: 12.04.2019).

[35] ECtHR. Pihl v. Sweden. Application no. 74742/14. Decision of 7 February 2017. Para. 33 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172145 (дата обращения: 15.04.2019).

[36] ECtHR. M.L. and W.W. v. Germany. Applications nos. 60798/10 and 65599/10. Judgment of 28 June 2018 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183947 (дата обращения: 15.04.2019).

были осуждены за убийство и соответствующие репортажи хранились в архиве средств массовой информации). Суд признал жалобу неприемлемой по следующим основаниям: наличие общественного интереса; широкая известность дела; объективный и достоверный характер публикаций; отсутствие намерения нанести ущерб репутации заявителей.

Таким образом, в судебной практике право на забвение получает защиту как элемент права на уважение частной жизни, предусмотренного ст. 8 Конвенции. При этом оно часто вступает в конфликт со свободой слова, но уже сделаны первые шаги к достижению «справедливого баланса» между защитой каждого из этих прав.

4. Свобода выражения

Как неоднократно указывал Европейский суд, свобода выражения мнения, гарантированная ст. 10 Конвенции, является неотъемлемым принципом, «несущей опорой» демократического общества. Свобода информации и деятельность Европейского суда по ее защите подробно проанализирована в ряде научных работ[37]. Защита свободы информации в Интернете имеет свою специфику, однако при этом Европейский суд опирается на свою обширную практику и выработанные принципы и подходы в отношении применения ст. 10 Конвенции в целом.

Европейский суд с самого начала придерживался позиции, что свобода информации распространяется и на Интернет[38]. Однако уровень защиты информации, размещенной в сети Интернет, отличается от того, который предоставляется информации, распространяемой в средствах массовой информации. Этот принцип был сформулирован в решении по делу Редакция газеты «Правое дело» и Штекель против Украины[39] (речь шла о перепечатке газетой материала диффамаци-

[37] См., например: Европейский суд по правам человека и защита свободы слова в России: прецеденты, анализ, рекомендации: В 2 т. // Под ред. Г.В. Винокурова, А.Г. Рихтер, В.В. Чернышова. Т. 1. М., 2002.

[38] См.: ECtHR. Times Newspapers Ltd (no. 1 and 2) v. the United Kingdom. Applications nos. 3002/03 and 23676/03. Judgment of 10 March 2009. Para. 27 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91706 (дата обращения: 12.04.2019).

[39] ECtHR. Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine. Application no. 33014/05. Judgment of 5 May 2011 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104685 (дата обращения: 12.04.2019).

онного характера с новостного веб-сайта). Существенным моментом в данном деле было то, что ст. 42 Закона Украины от 16 ноября 1992 г. № 2782-XII «О печатных средствах массовой информации (прессе) в Украине»[40] предусматривала освобождение журналистов и редакций от ответственности в случаях дословного воспроизведения материалов, опубликованных в других средствах массовой информации, но Интернет при этом не упоминался. Национальные суды исходили из того, что на перепечатку с интернет-сайта иммунитет не распространяется. Европейский суд отметил, что угроза причинения вреда правам и свободам человека посредством распространения информации в сети Интернет является более серьезной, чем при публикации в печатной прессе. Одновременно он признал право журналистов использовать материалы, полученные из Интернета, и пришел к выводу о распространении правового иммунитета на случаи использования информации, полученной из Сети (п. 62–63).

В решениях по делам Аксель Шпрингер АГ против Германии[41] и Принцесса Ганноверская против Германии[42] Суд обобщил обстоятельства, которые должны учитываться при определении справедливого баланса между правом на свободу выражения мнений и правом на уважение частной жизни: представляет ли дискуссия общественный интерес; идет ли речь о публичной фигуре и насколько она известна; поведение затронутого лица до публикации; способ получения информации и ее достоверность; форма и последствия публикации; серьезность назначенного наказания за распространение информации.

Разница в уровне защиты информации, распространяемой в средствах массовой информации и сети Интернет, проявляется и в вопросе о допустимых санкциях за диффамацию. Если в отношении диффамации в печати и Совет Европы, и Европейский суд твердо придерживаются позиции о недопустимости назначения за это наказания в виде лишения свободы[43], то в случае распространения информации в Интернете Суд не столь категоричен. Например, в решении по делу Пер-

---

[40] Kodeksy.com.ua. URL: http://kodeksy.com.ua/ka/o_presse.htm (дата обращения: 22.04.2019).

[41] ECtHR. Axel Springer AG v. Germany. Application no. 39954/08. Judgment of 7 February 2012. Paras. 90–95.

[42] См.: ECtHR. Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC]. Applications nos. 40660/08 and 60641/08. Judgment of 7 February 2012. Paras. 108–113.

[43] См.: Parliamentary Assembly. Resolution 1577 (2007) Towards decriminalisation of Defamation // Parliamentary Assembly. URL: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp? FileID=17588&lang=EN (дата обращения: 22.04.2019).

рен против Соединенного Королевства[44] он счел наказание в виде лишения свободы на 30 месяцев соразмерным опубликованию в Интернете материалов «крайне непристойного характера».

4.1. *Блокировка интернет-ресурсов*. Дела, связанные с блокировкой доступа к интернет-ресурсам, стали рассматриваться Европейским судом лишь в последние несколько лет, и их количество пока невелико. В деле Ахмет Йилдырым против Турции[45] заявитель был создателем и владельцем сайта, созданного при помощи сервиса *Google Sites*. Доступ к сервису был заблокирован на основании судебного приказа, так как на нем размещался также сайт с запрещенной информацией (оскорбляющей память Ататюрка), а иного способа блокировки данного сайта, по мнению турецких властей, не было. Заявитель подал в суд ходатайство об отмене судебного приказа в отношении своего интернет-сайта, однако оно было отклонено.

Европейский суд отметил, что предварительные ограничения на публикацию сами по себе не противоречат Конвенции, но требуют наличия в законодательстве надежных механизмов контроля и противодействия злоупотреблениям, обеспечивающих баланс конфликтующих интересов (п. 47, 64). Однако Суд не усмотрел признаков того, что турецкие судьи пытались сбалансировать соответствующие интересы. И хотя национальное законодательство не предусматривает обязанность судов рассматривать вопрос о том, существовала ли необходимость в общем блокировании *Google Sites*, такая обязанность вытекает из Конвенции и прецедентной практики Европейского суда. Суд счел, что применение национального закона не отвечало требованию предсказуемости, не обеспечивало заявителю необходимую защиту и противоречило положениям Конвенции, согласно которым права человека подлежат защите «независимо от государственных границ». На этом основании был сделан вывод о нарушении ст. 10 Конвенции (п. 66—70).

Дело Дженгиз и другие против Турции[46] было связано с блокировкой сайта *youtube.com*. Власти Турции полагали, что на 10 страницах

---

[44] ECtHR. Perrin v. the United Kingdom. Application no. 5446/03. Decision of 18 October 2005 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70899 (дата обращения: 15.04.2019).

[45] ECtHR. Ahmet Yıldırım v. Turkey. Application no. 3111/10. Judgment of 18 December 2012 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115705 (дата обращения: 15.04.2019).

[46] ECtHR. Cengiz and Others v. Turkey. Applications nos. 48226/10 and 14027/11. Judgment of 1 December 2015 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159188 (дата обращения: 21.04.2019).

на данном сайте содержится запрещенная информация (также в соответствии с законом о запрещении оскорбления памяти Ататюрка). Первый вопрос, который встал перед Европейским судом, заключался в том, могут ли заявители, будучи пользователями сайта *youtube*, считаться «жертвами» нарушения права в смысле Конвенции. При решении этого вопроса Суд учел, что ранее Конституционный суд Турции признал заявителей жертвами нарушения прав в связи блокировкой сайтов *youtube* и *twitter* (п. 25–26, 47–57). В данном деле Европейский суд также пришел к выводу, что блокировка сайтов не была основана на законе.

Вместе с тем жалобу, поданную пользователем сайтов *myspace.com* и *last.fm*, заблокированных за нарушение авторских прав, Европейский суд счел неприемлемой[47].

Дело Марии Алехиной (дело «Пусси Райот»)[48] стало первым, где ответчиком по жалобе, связанной с блокировкой информации в Интернете, выступила Россия[49]. Жалоба на нарушение ст. 10 была связана, во-первых, с уголовным преследованием и осуждением за выражение своего мнения и, во-вторых, с установлением запрета на доступ к видеозаписи в Интернете.

Решение о запрете доступа к видеороликам было принято Замоскворецким районным судом на основании Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности»[50] по заявлению прокурора без участия заявителей. И если двое из них в момент рассмотрения дела находились в заключении и принять участие в слушаниях не могли, то третья заявительница подавала соответствующее ходатайство, которое было отклонено (п. 70–80, 241–249). Это и стало основной причиной удовлетворения жалобы. В числе других упущений Европейский суд отметил отсутствие надлежащего обоснования судебного решения: «Из решения Замоскворецкого суда невозможно понять основания вмешательства» (п. 263–264).

---

[47] ECtHR. Akdeniz v. Turkey, Application no. 20877/10. Decision of 11 March 2014 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142383 (дата обращения: 21.04.2019).

[48] ECtHR. Mariya Alekhina and Others v. Russia. Application no. 38004/12. Judgment of 17 July 2018 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184666 (дата обращения: 23.04.2019).

[49] Жалоба касалась нарушений не только ст. 10 Конвенции, но и ст. 3 (запрет бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания), п. «с» ст. 5 (необоснованное лишение свободы) и ст. 6 (право на справедливое судебное разбирательство).

[50] СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3031.

Проблема блокирования доступа к интернет-ресурсам для России особенно актуальна. Многочисленные изменения, вносимые в последние годы в Закон об информации, связаны именно с блокировкой интернет-ресурсов (точнее, блокировкам посвящено больше половины изменений Закона). И значительная часть жалоб, поступающих в Европейский суд из России, в последнее время тоже связана с блокировками интернет-сайтов.

4.2. *Ответственность интернет-провайдеров*. Ключевая черта, отличающая отношения в сети Интернет от прочих правоотношений, заключается в сложном субъектном составе. Практически любая деятельность осложнена наличием посредников, чаще всего целой их цепочкой. И в этой связи приобретает исключительное значение вопрос об ответственности (или, напротив, об иммунитете) информационных посредников. В России соответствующие положения закреплены в ст. 17 Закона об информации и в ст. 1253[1] Гражданского кодекса РФ применительно к нарушению интеллектуальных прав.

Впервые вопрос ответственности интернет-посредников был поставлен перед Европейским судом в деле Дельфи против Эстонии[51], рассмотренном Большой палатой в 2015 г. Значимость этого дела неоднократно отмечалась в последующих решениях Суда, а также отечественными и зарубежными исследователями[52]. Заявителем выступила компания, управляющая новостным порталом в Интернете, которая была привлечена к ответственности за незаконные комментарии, размещенные пользователями портала. Противоправный характер комментариев не вызывал никаких сомнений: они «имели грубый характер, унижали человеческое достоинство и содержали угрозы», «разжигали ненависть и призывали к насилию» (п. 18, 114–115, 140 и др.). По мнению Суда, «чтобы установить незаконность комментариев, не нужно было проводить лингвистический или юридический анализ» (п. 117).

---

[51] ECtHR. Delfi A.S. v. Estonia. Application no. 64569/09. Judgment of 16 June 2015 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105 (дата обращения: 15.04.2019).

[52] См., например: *Сучкова М.* Делфи А.С. (Delfi A.S.) против Эстонии: развитие дискуссии об ответственности за оскорбительные высказывания на интернет-порталах // Международное правосудие. 2015. № 3. С. 19–26; *Юркина Е.Е.* Указ. соч.; *Veetõusme R.*, *Pajuste T.*, *Susi M.* Estonia — Raising High the Roof Beams of Freedom of Expression: New Media Environment in Estonia // Human Rights Law and Regulating Freedom of Expression in New Media. Lessons from Nordic Approaches / Ed. by M. Susi, J. Viljanen, E. Jónsson, A. Kučs. London, 2018. P. 51–68.

В данном деле были сформулированы критерии оценки правомерности вмешательства в свободу выражения мнений применительно к деятельности интернет-посредников: характер деятельности посредника; обстоятельства появления основного материала и комментариев; принимал ли посредник меры по предотвращению появления клеветнических комментариев или их удалению; привлечение к ответственности авторов комментариев; последствия, которые повлекло для компании рассмотрение дела внутригосударственными судами (п. 142–161). В целом позиция Европейского суда сводилась к тому, что активный посредник должен либо не допускать появление агрессивных противоправных комментариев, либо обеспечить их немедленное удаление (п. 153).

В деле Венгерская ассоциация провайдеров интернет-контента и компания *Index.hu Zrt* против Венгрии[53] Суд рассматривал жалобу заявителей, опубликовавших критическую статью, под которой пользователи оставили комментарии крайне оскорбительного содержания. В отличие от дела Дельфи Суд счел, что спорные комментарии «не могли быть признаны явно противоправными, и они определенно не разжигали ненависть и не содержали призывов к насилию» (п. 65). Он отметил, что проблема, поднятая в статье и комментариях к ней, затрагивала общественные интересы; что внутригосударственные органы проигнорировали вопрос о том, можно ли было установить личности авторов оскорбительных комментариев, и не приняли во внимание меры, предпринятые заявителями для предупреждения появления клеветнических комментариев, а также удаление этих комментариев после начала процесса (п. 72, 78–84). В результате Суд пришел к выводу, что позиция, занятая венгерскими судами, исходит из понятия ответственности, которое фактически исключает установление баланса между противоречащими друг другу правами в соответствии с критериями, закрепленными в прецедентной практике Европейского суда, и установил нарушение ст. 10 Конвенции в отношении заявителей (п. 91).

5. Право на доступ к Интернету

Большой интерес вызывает вопрос формирования права на доступ к Интернету. И хотя дискуссия о том, может ли доступ к Интернету

[53] ECtHR. Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary. Application no. 22947/13. Judgment of 2 February 2016 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160314 (дата обращения: 23.04.2019).

рассматриваться как самостоятельное право, еще далека от завершения[54], соответствующие притязания в определенной мере защищаются Европейским судом. Им было рассмотрено несколько дел, в которых осужденные, находящиеся в исправительных учреждениях, жаловались на отказ в доступе к Интернету или определенным сайтам. Например, в деле Калда против Эстонии[55] оспаривался отказ администрации предоставить осужденному доступ к сайтам с правовой информацией, а в деле Янковскис против Литвы[56] — к образовательным интернет-ресурсам. В обоих случаях Суд признал, что имело место нарушение ст. 10 Конвенции, поскольку национальные суды «не смогли убедительно продемонстрировать» необходимость установления таких ограничений (иными словами, ограничения были недостаточно обоснованы).

6. Охрана интеллектуальной собственности

Соотношение прав человека с правами интеллектуальной собственности — весьма интересная проблема, которая лишь недавно привлекла серьезное внимание исследователей. Она, в частности, подробно рассматривается Л. Хелфером и Г. Остином в работе «Права человека и интеллектуальная собственность: очерчивая глобальный интерфейс»[57]. Позиция Европейского суда по данному вопросу и история того, как право интеллектуальной собственности постепенно включалось в сферу его деятельности, освещена экс-председателем Суда Д. Шпильманом. Среди прочего, он показывает, как автор-

---

[54] См., например: *Шатилина А.С.* Права человека в Интернете: проблема признания права на доступ к Интернету // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2018. № 1. С. 38–45; *Щербович А.А.* Конституционное право на доступ к Интернету: мировой опыт и выводы для России // Копирайт. Вестник Российской академии интеллектуальной собственности и Российского авторского общества. 2015. № 3. С. 57–70; *Cerf V.G.* Internet Access Is Not a Human Right // The New York Times. 4 January 2012. URL: https://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html (дата обращения: 12.12.2018).

[55] ECtHR. Kalda v. Estonia. Application no. 17429/10. Judgment of 19 January 2016. Paras. 52–53 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160270 (дата обращения: 21.04.2019).

[56] ECtHR. Jankovskis v. Lithuania. Application no. 21575/08. Judgment of 7/01/2017. Paras. 59–64 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170354 (дата обращения: 21.04.2019).

[57] См.: *Helfer L.R.*, *Austin G.W.* Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface. New York, 2011.

ское право, первоначально воспринимавшееся только как легитимное ограничение свободы выражения, постепенно превратилось в средство ее защиты[58].

Большой интерес представляет дело Ней и Сунде Колмисоппи против Швеции[59], связанное с деятельностью популярного файлообменного сервиса *The Pirate Bay*. Заявители были осуждены за поддержку интернет-сайта, с помощью которого пользователи обменивались цифровыми материалами, такими как фильмы, музыка и компьютерные игры, защищенными авторским правом. Европейский суд признал, что вмешательство в права, предусмотренные ст. 10 Конвенции, было основано на законе и преследовало легитимную цель. Оценивая необходимость данного вмешательства, он сопоставил интересы заявителей по упрощению обмена соответствующей информацией и интересы обладателей авторских прав по их защите. Таким образом, Суд признал, что свобода выражения и авторские права могут противостоять друг другу. Приняв во внимание, что заявители не предприняли каких-либо мер, чтобы воспрепятствовать нарушению авторских прав, несмотря на поступавшие обращения, Суд пришел к выводу, что вмешательство в их права было «необходимо в демократическом обществе», и признал жалобу неприемлемой.

Данный подход получил развитие в делах Ашби Доналд против Франции[60] и Акдениз против Турции[61]. В первом случае фотографы были осуждены за распространение в Интернете фотографий с показа мод без согласия правообладателей (домов моды), и Суд счел вмешательство в их права соразмерным. Во втором случае жалоба, связанная с блокировкой сайта, осуществлявшего обмен музыкальными файлами, была признана неприемлемой.

Таким образом, Европейский суд признает, что свобода выражения в принципе может быть ограничена в целях защиты авторских

---

[58] См.: *Шпильман Д.* Авторские права и права человека / Пер. с англ. Д.В. Сичинавы // Международное правосудие. 2016. № 1. С. 122–134.

[59] ECtHR. Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden. Application no. 40397/12. Decision of 9 February 2013 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117513 (дата обращения: 28.03.2019).

[60] ECtHR. Ashby Donald and Others v. France. Application no. 36769/08. Judgment of 10 January 2013 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115979 (дата обращения: 18.03.2019).

[61] ECtHR. Akdeniz v. Turkey. Application no. 20877/10. Decision of 11 March 2014 // European Court of Human Rights. HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-9493 (дата обращения: 18.03.2019).

прав. Примеров ограничения авторских прав для защиты свободы выражения в его практике выявить не удалось.

7. Заключение

Перемещение общественных отношений в интернет-пространство существенным образом сказывается на их характере, порождает новые притязания в рамках традиционно признаваемых прав человека (если не принципиально новые права), такие как право на доступ в Интернет или право на забвение. Все это требует выработки новых подходов к пониманию и защите прав человека, отвечающих современным реалиям.

Практика Европейского суда оказала огромное влияние на развитие содержания таких прав человека, как неприкосновенность частной жизни, в том числе защита персональных данных, уважение чести и достоинства, свобода выражения мнения и др., подвергающихся в эпоху Интернета существенным трансформациям. Особый интерес представляют выработанные Судом критерии, позволяющие находить справедливый баланс между конкурирующими правами человека.

Для отечественной правовой системы такой подход не характерен. Российские суды приводят более или менее убедительные нормативные и фактические основания своих решений, но не ставят перед собой задачу обеспечить согласование конфликтующих прав, установить справедливый баланс интересов спорящих сторон. В результате, когда такие решения впоследствии оказываются предметом рассмотрения Европейского суда, он часто вынужден констатировать, что «национальные власти не сумели обосновать необходимость вмешательства». Принципы обоснованности и мотивированности судебных решений закреплены в российском законодательстве, однако «скупость мотивировочной части» решений регулярно отмечают специалисты в области процессуального права[62]. В частности, А.Р. Султанов полагает, что в России данная проблема имеет системный характер[63]. Можно также заметить, что недостаточная мотивированность судебных решений и иных правоприменительных актов свойственна и другим постсоциалистическим странам.

---

[62] См., например: *Михеенкова М.А.* Некоторые аспекты влияния Европейского суда по правам человека на развитие российского доказательственного права // Судья. 2017. № 2. С. 39–44.

[63] См.: *Султанов А.Р.* Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М., 2012. С. 91–96; *он же*. Является ли немотивированное правосудие правосудием? // Российский судья. 2017. № 12. С. 29–33.

Не менее важны и выработанные Европейским судом критерии оценки качества закона, на котором основывается вмешательство в права человека. По делам, связанным с Интернетом, он достаточно часто констатирует, что вмешательство «не было основано на законе», причем в связи не с отсутствием какого-либо нормативного акта, предусматривающего предпринятые меры, а с ненадлежащим его качеством.

Представляется, что только учет российскими законодателями и правоприменителями подходов, выработанных Европейским судом, позволит снизить количество жалоб, поступающих в него из России.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Войниканис Е.А. Право быть забытым: правовое регулирование и его теоретическое осмысление // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2016. № 3. С. 70–89.

Европейский суд по правам человека и защита свободы слова в России: прецеденты, анализ, рекомендации: В 2 т. // Под ред. Г.В. Винокурова, А.Г. Рихтер, В.В. Чернышова. Т. 1. М.: Институт проблем информационного права, 2002.

Ефремов А.А. Новые информационные технологии в практике Европейского суда по правам человека // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2016. № 6. С. 10–15.

Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд. М.: НОРМА; Инфра-М, 2011.

Миночкина Я. Язык вражды — открывая ящик Пандоры // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2016. № 10. С. 4–13.

Михеенкова М.А. Некоторые аспекты влияния Европейского суда по правам человека на развитие российского доказательственного права // Судья. 2017. № 2. С. 39–44.

Пащенко И.Ю. Право быть забытым: зарубежный и российский опыт правового регулирования // Наука. Мысль: электронный периодический журнал. 2016. № 4. С. 189–192. URL: http://wwenews.esrae.ru/31–287 (дата обращения: 18.12.2018).

Романовский Г.Б. Право на неприкосновенность частной жизни. М.: МЗ-Пресс, 2001.

Савельев А.И. Научно-практический постатейный комментарий к Федеральному закону «О персональных данных». М.: Статут, 2017.

Семилетов С.И. Проблемы обеспечения конституционных гарантий защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации при осуществлении оперативно-розыскной деятельности в сетях связи // Труды Института государства и права РАН. 2011. № 6. С. 45–66.

Середа В.Н., *Середа М.Ю.* Защита прав и свобод человека и гражданина в сети Интернет. Воронеж: Издательско-полиграфический центр «Научная книга», 2013.

Султанов А.Р. Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М.: Статут, 2012.

Султанов А.Р. Является ли немотивированное правосудие правосудием? // Российский судья. 2017. № 12. С. 29–33.

Сучкова М. Делфи А.С. (*Delfi A.S.*) против Эстонии: развитие дискуссии об ответственности за оскорбительные высказывания на интернет-порталах // Международное правосудие. 2015. № . 3. С. 19–26.

Чикишев Н.А. Право на забвение в европейском цифровом законодательстве (на примере Франции) // Медиаскоп. 2017. Вып. 3. URL: http://www.mediascope.ru/2348 (дата обращения: 18.12.2018).

Шатилина А.С. Права человека в Интернете: проблема признания права на доступ к Интернету // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2018. № 1. С. 38–45.

Шпильман Д. Авторские права и права человека / Пер. с англ. Д.В. Сичинавы // Международное правосудие. 2016. № 1. С. 122–134. DOI: 10.21128/2226-2059-2016-1-122-134

Щербович А.А. Конституционное право на доступ к Интернету: мировой опыт и выводы для России // Копирайт. Вестник Российской академии интеллектуальной собственности и Российского авторского общества. 2015. № . 3. С. 57–70.

Юркина Е.Е. Европейская конвенция о защите прав человека и Интернет // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2018. № 1. С. 16–29.

Helfer L.R., *Austin G.W.* Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface. New York: Cambridge University Press, 2011.

Newman A.L. What The “Right to Be Forgotten” Means for Privacy in a Digital Age // Science. 2015. Vol. 347. No. 6221. P. 507–508. DOI: 10.1126/science.aaa4603

Veetõusme R., *Pajuste T.*, *Susi M.* Estonia — Raising High the Roof Beams of Freedom of Expression: New Media Environment in Estonia // Human Rights Law and Regulating Freedom of Expression in New Media. Lessons from Nordic Approaches / Ed. by M. Susi, J. Viljanen, E. Jónsson, A. Kučs. London: Routledge, 2018. P. 51–68. DOI: 10.4324/9781351017596-4

Warren S.D., *Brandeis L.D.* The Right to Privacy // Harvard Law Review. 1890. Vol. 4. No. 5. P. 193–220. DOI: 10.2307/1321160

Werro F. The Right to Inform v. the Right to Be Forgotten: A Transatlantic Clash // Haftungsrecht im dritten Millennium / Ed. by A.C. Ciacchi, C. Godt, P. Rott, L.J. Smith. Baden-Baden: Nomos, 2009. P. 285–300.

REFERENCES

Chikishev, N.A. (2017). Pravo na zabvenie v evropeiskom tsifrovom zakonodatel’stve (na primere Frantsii) [The Right to Be Forgotten in the European Digital Legislation (the Case of France)]. *Mediaskop* [Media & Law], [online] (3). Available at: http://www.mediascope.ru/2348 [Accessed 18 December 2018]. (in Russ.).

Efremov, A.A. (2016). Novye informatsionnye tekhnologii v praktike Evropeiskogo suda po pravam cheloveka [New Information Technologies in the Case-Law of the Euro-

pean Court of Human Rights]. *Pretsedenty Evropeiskogo suda po pravam cheloveka* [Case-Law of the European Court of Human Rights], (6), pp. 10–15. (in Russ.).

Helfer, L.R. and Austin, G.W. (2011). Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface. New York: Cambridge University Press.

Miheenkova, M.A. (2017). Nekotorye aspekty vliyaniya Evropeiskogo suda po pravam cheloveka na razvitie rossiiskogo dokazatel'stvennogo prava [Some Aspects of the Influence of European Court of Human Rights on the Development of Russian Law of Evidence]. *Sud'ya* [Judge], (2), pp. 39–44. (in Russ.).

Minochkina, Ya. (2016) Yazyk vrazhdy — otkryvaya yashchik Pandory [The Language of Enmity — Opening Pandora's Box]. *Pretsedenty Evropeiskogo suda po pravam cheloveka* [Case-Law of the European Court of Human Rights], (10), pp. 4–13. (in Russ.).

Newman, A. L. (2015). What The "Right to Be Forgotten" Means for Privacy in a Digital Age. *Science*, 347(6221), pp. 507–508. DOI: 10.1126/science.aaa4603

Pashhenko, I. Yu. (2016). Pravo byt' zabytym: zarubezhnyi i rossiiskii opyt pravovogo regulirovaniya [The Right to Be Forgotten: Foreign and Russian Experience of Legal Regulation]. *Nauka. Mysl': elektronnyi periodicheskii zhurnal* [A Science. Thought: Electronic Periodic Journal], [online] (4), pp.189–192. Available at: http://wwenews.esrae.ru/31–287 [Accessed 18 December 2018]. (in Russ.).

Romanovskij, G.B (2001). *Pravo na neprikosnovennost' chastnoj zhizni* [Right to Respect for Private Life] Moscow: MZ-Press. (in Russ.).

Savelyev, A.I. (2017). *Nauchno-prakticheskii postateinyi kommentarii k Federal'nomu zakonu "O personal'nykh dannykh"* [Scientific and Practical Commentary to the Federal Law "On Personal Data"]. Moscow: Statut. (in Russ.).

Semiletov, S.I. (2011). Problemy obespecheniya konstitutsionnykh garantii zashchity prav i svobod cheloveka i grazhdanina v Rossiiskoi Federatsii pri osushchestvlenii operativno-rozysknoi deyatel'nosti v setyakh svyazi [Problems of Maintenance of the Constitutional Guarantees of Protection of the Rights and Freedom of the Person and the Citizen in the Russian Federation at Carrying out of Lawful Interception of Communications]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* [Proceedings of the Institute of State and Law], (6), pp. 45–66. (in Russ.).

Sereda, V.N. and Sereda, M. Yu. (2013). *Zashchita prav i svobod cheloveka i grazhdanina v seti Internet* [Protection of Human Rights on the Internet]. Voronezh: Izdatel'sko-poligraficheskii tsentr "Nauchnaya kniga". (in Russ.).

Shatilina, A.S. (2018). Prava cheloveka v Internete: problema priznaniya prava na dostup k Internetu [Human Rights on the Internet: The Problem of Recognition of the Right to Internet Access]. *Pretsedenty Evropeiskogo suda po pravam cheloveka* [Case-Law of the European Court of Human Rights], (1), pp. 38–45. (in Russ.).

Shcherbovich, A.A. (2015). Konstitutsionnoe pravo na dostup k Internetu: mirovoi opyt i vyvody dlya Rossii [Constitutional Right to Internet Access: World Experience and Conclusions for Russia]. *Kopirait. Vestnik Rossiiskoi akademii intellektual'noi sobstvennosti i Rossiiskogo avtorskogo obshchestva* [Copyright], (3), pp. 57–70. (in Russ.).

Spielmann, D. (2015). Copyright and Human Rights. In: D. Edward, J. MacLennan and A. Komninos, eds. *A Scot without Borders. Liber Amicorum Ian S. Forrester.* Vo-

lume I. Paris; Bruxelles; New York: Concurrences Review, pp. 255–270. [Russ. ed.: Spielmann, D. (2016). Avtorskie prava i prava cheloveka. Translated from English by D.V. Sichinava. *Meždunarodnoe pravosudie* [International Justice], (1), pp. 122–134. DOI: 10.21128/2226-2059-2016-1-122-134].

Suchkova, M. (2015). Delfi AS protiv Estonii: razvitiye diskussii ob otvetstvennosti za oskorbitel'nyye vyskazyvaniya na internet-portalakh [Delfi AS v. Estonia: Developments on the Subject of Liability for Offensive Comments on the Online-Platforms]. *Meždunarodnoe pravosudie* [International Justice], (3), pp. 19–26. (in Russ.).

Sultanov, A.R. (2012). *Evropeiskie pravovye standarty, uroki istorii i pravoprimenitel'naya praktika* [European Legal Standards, History Lessons and Law Enforcement Practice]. Moscow: Statut. (in Russ.).

Sultanov, A.R. (2017). Yavlyaetsya li nemotivirovannoe pravosudie pravosudiem? [Can Unsubstantiated Justice Be Considered Justice?]. *Rossiiskii sud'ya* [Russian Judge], (12), pp. 29–33. (in Russ.).

Veetõusme, R., Pajuste, T. and Susi, M. (2018). Estonia – Raising High the Roof Beams of Freedom of Expression: New Media Environment in Estonia. In: M. Susi, J. Viljanen, E. Jónsson and A. Kučs, eds. *Human Rights Law and Regulating Freedom of Expression in New Media. Lessons from Nordic Approaches*. London: Routledge, pp. 51–68. DOI: 10.4324/9781351017596-4

Vinokurov, G.V., Rikhter, A.G. and Chernyshov, V.V. (2002). *Evropeiskii sud po pravam cheloveka i zashchita svobody slova v Rossii: pretsedenty, analiz, rekomendatsii: v 2 t.* [European Court of Human Rights and the Protection of Freedom of Speech in Russia: Precedents, Analysis and Recommendations: in 2 Volumes]. Volume 1. Moscow: Institut problem informatsionnogo prava. (in Russ.).

Voinikanis, E.A. (2016). Pravo byt' zabytym: pravovoe regulirovanie i ego teoreticheskoe osmyslenie [The Right to be Forgotten: Actual Regulation and its Theoretical Reflection]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie], (3), pp. 70–89. (in Russ.).

Warren, S.D. and Brandeis, L.D. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 4(5), pp.193–220. DOI: 10.2307/1321160

Werro, F. (2009). The Right to Inform v. the Right to Be Forgotten: A Transatlantic Clash. In: A.C. Ciacchi, C. Godt, P. Rott and L.J. Smith, eds. *Haftungsrecht im dritten Millennium*. Baden-Baden: Nomos, pp. 285–300.

Yurkina E.E. (2018). Evropeiskaya konventsiya o zashchite prav cheloveka i Internet [European Convention on Human Rights and the Internet]. *Pretsedenty Evropeiskogo suda po pravam cheloveka* [Case-Law of the European Court of Human Rights], (1), pp. 16–29. (in Russ.).

Zorkin, V.D. ed. (2011). *Kommentariy k Konstitutsii Rossiyskoy Federatsii* [Commentary on the Constitution of the Russian Federation]. Moscow: Norma; Infra-M. (in Russ.).

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Антопольский Антон Александрович — кандидат юридических наук, доцент кафедры частного права юридического факультета Государственного академического университета гуманитарных наук.

AUTHOR'S INFO:

Anton A. Antopolsky — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Civil Law Department, Faculty of Law, State Academic University for the Humanities.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Антопольский А.А. Права человека и Интернет: практика Европейского суда по правам человека // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 2. С. 159–185. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-antopolsky

CITATION:

Antopolsky, A.A. (2019). Human Rights and Internet: Case-Law of the European Court of Human Rights. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 14(2), pp. 159–185. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-antopolsky

ЭЛЕОНОРА ЮРЬЕВНА ВИКТОРОВА

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLC
115054, Российская Федерация, Москва, Павелецкая пл., д. 2/3
E-mail: E-mail: viktorova.eleonora@gmail.com
SPIN-код: 8299-5598
ORCID: 0000-0002-6124-2869

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-viktorova

ТЕОРИЯ ВЫЯВЛЕНИЯ НАМЕРЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЯ В ТОЛКОВАНИИ ПРАВА В АНГЛИИ И США

Аннотация. Толкование как процесс выявления смысла правовой нормы предполагает использование для этого разных способов и подходов. Пожалуй, во всех правовых системах наиболее востребованным является так называемый текстуальный подход, в рамках которого объектом толкования выступает текст закона, который считается ясным и подлежащим точному применению. Однако таковыми тексты законов бывают лишь в теории. На практике оказывается, что законодательство часто не свободно от очевидных ошибок, неточностей и двусмысленностей, что препятствует принятию справедливых решений по конкретным делам. Поэтому наряду с текстуальным активно разрабатываются и используются альтернативные подходы к толкованию права. Один из них основывается на теории выявления намерения законодателя. В статье рассматривается практика ее использования в Англии и США. В данных странах доминирует текстуальная теория толкования, однако толкование, базирующееся на выявлении намерения законодателя, все чаще составляет ему конкуренцию. Формирование и особенности теории выявления намерения законодателя в каждой из этих стран рассматриваются на основе анализа исторически значимых судебных дел, создавших прецеденты обращения к данному способу толкования — Пеппер против Харта в Великбритании, Церковь Святой Троицы против США и Работники сталелитейной промышленности против Вебера в США. Характеризуются материалы истории принятия закона (в частности, официальные отчеты о заседаниях Парламента Великобритании, так называемый Хансард), обращение к которым позволяет выявить намерение законодателя, и выработанные судебной практикой условия допустимости ссылок на них в судебном процессе.

Существенную сложность при толковании права на основе выявления намерения законодателя составляет понимание самого этого термина. В американской доктрине и судебной практике принято различать конкретное намерение законодателя, когда определяются пределы действия закона во времени, в пространстве и по кругу лиц; абстрактное намерение законодателя, для выявления которого правоприменитель как бы «встает на место» законодателя и разрешает вопрос, прямо не урегулированный законом; общее намерение законодателя, выражающееся в установлении общей цели принятия закона, разрешаемой им задачи. Выявление каждого из таких намерений законодателя не может быть проведено методологически безупречно и, соответственно, привести к однозначному результату. Именно поэтому дискуссии о допустимости и целесообразности выявления в процессе толкования закона намерения законодателя и соотношении данного подхода со строго текстуальным толкованием продолжаются в судебных заседаниях и доктринальных работах и вряд ли приведут к «победе» сторонников какой-либо из высказываемых позиций.

Ключевые слова: толкование, судебная практика, намерение законодателя, текстуальное толкование, история принятия закона, Англия, США

ELEANORA YU. VIKTOROVA

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLC
2/3, Paveletskaya sq., Moscow 115054, Russian Federation
E-mail: viktorova.eleonora@gmail.com
SPIN-код: 8299-5598
ORCID: 0000-0002-6124-2869

THE LEGISLATIVE INTENT THEORY IN STATUTORY INTERPRETATION IN ENGLAND AND THE UNITED STATES

Abstract. The interpretation as a process for identifying the meaning of legal norms assumes the application of different techniques and approaches. Probably, the so called textual approach seems to be the most popular in all legal systems where the object of interpretation is a text of the act which is considered to be clear and subject to precise application. However, the texts of acts appear to exist as such only in theory. In practice, it turns out that the legislation is often not free from obvious errors, inaccuracies and ambiguities — the fact that prevents from adopting fair decisions on specific cases. Thus, the alternative approaches to legal interpretation are being developed and used along with the textual ones. One of them is based upon the theory of identifying a legislative intent. The paper outlines the practice of its use in England and USA. A textual theory of interpretation prevails

in these countries. However, the interpretation based upon identification of the legislative intent is becoming increasingly competitive. The formation and specifics of the theory of identification of the legislative intent in each of these countries are considered on the basis of analysis of the historically significant court cases that have set precedents of recourse to the given method of interpretation — Pepper v. Hart in Great Britain, Church of the Holy Trinity v. United States of America and Steelworkers v. Weber in USA.

They feature a statute's history (in particular, the official reports on the British parliamentary sessions, the so called Hansard), the address to which enables to indentify a legislative intent and the prerequisites of permissibility of references (generated through court practice) to them in court proceedings.

The comprehension of this very term constitutes an essential difficulty in statutory interpretation based upon the identification of a legislative intent. In the American doctrine and court practice it is accepted to distinguish between the specific legislative intent, the extent of operation of an act in both time and space and in the scope of persons; abstract legislative intent for identification of which the law-enforcer sort of puts himself in the legislator's shoes and resolves an issue that has not been directly settled by the act; general legislative intent manifesting itself in setting a general purpose of adopting an act and resolving a task through it. The identification of each of such legislative intents may not be carried out flawlessly from methodological perspective and, respectively, bring to an explicit outcome. That is why the discussions on the permissibility and expediency in identifying a legislative intent in the process of statutory interpretation and correlation of such approach with a strictly textual interpretation continue to prevail in court sessions and doctrinal papers and are unlikely to result in "victory" of advocates of any of the articulated standpoints.

Keywords: statutory interpretation, court practice, legislative intent, textual interpretation, statute's history, England, USA

1. Введение

Толкование представляет собой процесс установления содержания правовых норм. В ходе толкования выявляются смысл нормы права, ее основная цель и социальная направленность, возможные последствия действия толкуемого акта, выясняются общественно-историческая обстановка его принятия, условия, в которых происходит толкование, и т.д. При этом в рамках российской юридико-догматической традиции первым и главным объектом толкования выступает сам текст нормативного правового акта, поскольку именно в нем находит свое выражение воля законодателя, которая и определяет содержание нормы.

В англо-американской доктрине и практике можно выделить несколько концептуальных подходов к толкованию, каждый из которых претендует на обоснованность и может применяться самостоятельно.

Подход, признающий объектом толкования текст закона, присутствует в обеих юрисдикциях (его принято называть текстуальной теорией, иногда — теорией явного смысла). В Великобритании действует специальный Акт «О толковании» (*Interpretation Act*) 1978 г.[1], кроме того, в целях облегчения судам процесса толкования многие акты парламента содержат специальные разделы, в которых разъясняются используемые в тексте термины. В США также доминирует текстуальная теория толкования, которая, по мнению ее сторонников, идеально согласуется с принципом разделения властей[2]. Но в Англии и в США активно разрабатываются и используются альтернативные теории толкования.

Одной из них является теория выявления намерения законодателя. В Великобритании в 1992 г. при рассмотрении дела Пеппер против Харта[3] судья лорд Гриффит впервые указал на то, что для толкования статута необходимо использовать материалы, связанные с историей его принятия (отчеты о дебатах в Парламенте), в целях выявления намерения законодателя[4]. В США широкий резонанс вызвали крайне противоречивые дела Церковь Святой Троицы против США[5] и Работники сталелитейной промышленности против Вебера[6], в которых нашло отражение «противоборство» текстуальной теории толкования и теории выявления намерения законодателя.

Рассмотрению особенностей использования теории выявления намерения законодателя в судебной практике Англии и США и посвящена статья.

---

[1] Interpretation Act 1978 // Legislation.gov.uk. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30/contents (дата обращения: 14.04.2019).

[2] См.: *Шумилов В.М.* Правовая система США. 2-е изд. М., 2016. С. 56.

[3] Pepper v. Hart [1993] AC593 // ICRL. URL: http://www.worldlii.org/uk/cases/UKHL/1992/3.html (дата обращения: 13.03.2019).

[4] См.: *Cross R.*, *Bell J.*, *Engle G.* Statutory Interpretation. 3rd ed. Oxford, 2006. P. 3.

[5] Church of the Holy Trinity v. United States of America, 143 U.S. 457 (1892) // JUSTIA. US Supreme Court. URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/457/ (дата обращения: 13.03.2019). Анализ данного дела см.: *Chomsky C.* Unlocking the Mysteries of "Holy Trinity": Spirit, Letter, and History in Statutory Interpretation // Columbia Law Review. 2000. Vol. 100. No. 4. P. 901–956; *Eskridge W.N. Jr.* Textualism, the Unknown Ideal? // Michigan Law Review. 1998. Vol. 96. No. 6. P. 1509–1560; *Vermeule A.* Legislative History and the Limits of Judicial Competence: The Untold Story of Holy Trinity Church // Stanford Law Review. 1998. Vol. 50. No. 6. P. 1833–1896.

[6] Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979) // JUSTIA. US Supreme Court. URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/193/ (дата обращения: 13.03.2019). Анализ данного дела см.: *Eskridge W.N. Jr.* Dynamic Statutory Interpretation. Cambridge, 1994. P. 14–31, 35–44.

2. Теория выявления намерения законодателя в судебной практике Англии

По словам Ф.А.Р. Бенниона[7], одного из наиболее авторитетных английских специалистов в сфере юридической интерпретации, «точкой отсчета» в толковании статута является «нормативный акт, значение которого применительно к конкретной фактической ситуации и следует выяснить»[8]. Предметом толкования могут быть как акт, принятый Парламентом, так и его отдельное положение или даже совокупность различных положений нескольких актов Парламента. Определив объем толкуемого текста, интерпретаторы могут приступать к толкованию, что часто приводит к необходимости выявления «воли законодателя» или поиска «намерения Парламента». Это обусловлено тем, что судьи часто подвергаются критике за то, что они излишне «привязаны» к нормативному тексту и не пытаются выяснить предшествовавшее принятию акта «намерение Парламента». Таким образом, при толковании статута суду приходится и анализировать его текст, и выявлять намерения законодателя, причем результаты этих видов интеллектуальной деятельности должны быть гармонизированы.

Рассмотрим дело Пеппер против Харта 1992 г., в котором был создан прецедент обращения к истории принятия акта в целях выявления намерения законодателя. Преподавателям колледжа Малверн (частной школы) была предложена льготная оплата обучения их детей в школе ($^1/_5$ от обычной ставки) при наличии свободных мест. Налогообложение данного дохода (разницы в оплате) производилось в соответствии со ст. 61(1) Акта «О бюджете» 1976 г. по статье «Денежные средства, эквивалентные доходу, получаемому работником от работодателя». В ст. 63(1) и 63(2) предусматривалось, что такие «эквивалентные денежные средства» должны исчисляться исходя из «стоимости предоставленного блага» (*cost of benefit*), которое выражалось в расходах работодателя по его предоставлению. Налоговое управление и апелляционный суд истолковали понятие «расходы работодателя на предоставление блага» как сумму, равную льготе по оплате обучения, полученной преподавателями (т.е. $^4/_5$ от размера обычного взноса). Дело дошло до Палаты лордов, большинство членов которой были решительно настроены отклонить апелляцию преподавателей, считавших, что налог с них не должен взиматься. Тем не менее судья Гриф-

---

[7] Фрэнсис Алан Роско Беннион (1923–2015) — барристер Соединенного Королевства; автор ряда известных монографий по вопросам толкования.

[8] *Bennion F.A.R.* Statutory Interpretation. London, 1990. P. 137.

фит обратил внимание лордов на историю принятия Акта «О бюджете» 1976 г., в ходе изучения которой выяснилось, что Парламент не намеревался облагать налогом преподавателей в данном случае. В процессе обсуждения билля в комитетах абзац, на основании которого с преподавателей можно было бы взыскать налог на сумму предоставленной льготы, был *намеренно* исключен. Если бы его оставили в Акте, то с преподавателей можно было бы взыскать налог на сумму льготы. Однако члены Парламента предвидели такую возможность и исключили соответствующее положение из текста билля. Расходы работодателя на предоставление данной льготы минимальны, заявил судья Гриффит, и выражаются в принятии детей в школу, что представляет собой административную процедуру, не требующую больших материальных затрат. Дело было отправлено на новое рассмотрение, и преподаватели в итоге отстояли свое право не платить налог на предоставленную льготу[9]. Таким образом, в данном деле был создан прецедент использования такого источника толкования, как отчеты обсуждений в комитетах и протоколы дебатов в Парламенте[10].

До принятия решения по делу Пеппер против Харта общим правилом был запрет на использование официальных отчетов о заседаниях Парламента (Хансард[11]) для целей толкования статута[12]. По сути, решение по делу Пеппер против Харта не привело к отмене общего правила о запрете. Однако в данном деле лорд Брауни-Уилкинсон установил четкие критерии допустимости использования таких отчетов:

(а) если текст акта является двусмысленным или неясным («туманным») либо буквальное следование ему ведет к принятию абсурдного решения;

---

[9] См.: *Cross R.*, *Bell J.*, *Engle G.* Op. cit. P. 18–19.

[10] См.: *Dickerson R.* The Interpretation and Application of Statutes. Boston, 1975. P. 7; *Mac Callum G.S.* Legislative Intent // Yale Law Journal. 1966. Vol. 75. Iss. 5. P. 754.

[11] Хансард (*Hansard*) — традиционное название официального издания стенограмм заседаний палат Парламента в Великобритании и странах Британского Содружества, по имени Томаса Хансарда (1776–1833), первого лондонского издателя, официально нанятого для этого Вестминстерским Парламентом. Следует отметить, что сегодня в отчетах о заседаниях удаляются повторы и ошибки технического и грамматического характера, а также излишне долгие обсуждения, не влияющие на суть рассматриваемого вопроса.

[12] См.: Beswick v. Beswick (1968) AC58 // Parliamentary Archives. House of Lord. URL: http://www.worldlii.org/uk/cases/UKHL/1967/2.html (дата обращения: 13.03.2019); Davis v. Johnson (1979) AC264 // Parliamentary Archives. House of Lord. URL: http://www.worldlii.org/uk/cases/UKHL/1978/1.html (дата обращения: 13.03.2019).

(б) если материалы, на которые дается ссылка при толковании, состоят из одного или нескольких утверждений министра или иного инициатора билля и других парламентских материалов, необходимых для выяснения значения этих утверждений;

(в) если утверждения, на которые дается ссылка, являются четкими и ясными.

В случае с делом Пеппер против Харта именно министром было дано разъяснение о том, как следует применять акт Парламента. Согласно этому разъяснению ст. 63(2) Акта «О бюджете» 1976 г. предполагала рассмотрение предоставляемой преподавателям льготы с налоговой точки зрения как расходов работодателя, а не полной коммерческой стоимости обучения детей в частной школе, с которой должен взиматься налог.

Наличие четких критериев допустимости использования материалов, касающихся истории принятия акта Парламента, в процессе его толкования обеспечивает стабильность и определенность судебной практики.

Основными доводами против использования Хансарда являются:

1) рост судебных издержек, а также более длительное рассмотрение дела в суде, поскольку если бы данный источник толкования всегда принимался судом, то юристы были бы обязаны рассматривать его, что также увеличило бы расходы сторон на юридическую помощь;

2) сомнения в достоверности утверждений, полученных после изучения материалов;

3) сомнения в необходимости цитирования материалов практически в каждом судебном деле[13].

Однако все эти проблемы решаемы. Современные технологии позволяют собрать необходимые парламентские материалы довольно быстро, что снижает размер издержек. Как показывает опыт использования данного источника толкования в Австралии и Новой Зеландии, опасения относительно увеличения сроков рассмотрения дела и роста расходов на юридическую помощь преувеличены. Ставка делается на здравый смысл судьи, который не позволит тратить время на изучение излишних материалов. За попытки увеличить срок рассмотрения дела путем затягивания процесса изучения материалов по истории принятия закона стороне могут быть присуждены значительные судебные издержки.

Второй довод против использования Хансарда вызван обеспокоенностью тем, что члены Парламента в ходе обсуждения билля могут на-

[13] См.: *Cross R.*, *Bell J.*, *Engle G.* Op. cit. P. 158–160.

меренно лоббировать интересы каких-либо групп, зная, что изучение дебатов способно оказать влияние на судью. В частности, лорд Хэйлсман по этому поводу заявил: «С практической точки зрения я не вижу, как коллективная воля Парламента в процессе прохождения биллем всех стадий обсуждения в обеих Палатах может отличаться от частных высказываний отдельных членов Парламента из разных групп, в разное время суток, направленных на разное число слушателей в аудитории по самым различным вопросам... То, что было сказано министром или членом Парламента в два часа в жаркий июньский день на стадии обсуждения билля, больше запутает, чем прояснит ситуацию... не говоря уже о нежелательности какой-либо судебной критики такого утверждения»[14].

Относительно третьего довода следует привести в качестве примера дело Пэтч против Герни (Налоговый инспектор)[15], в котором лорд Миллетт заявил, что содержание п. 4 ст. 56 Акта «О налоговом администрировании» 1970 г. было «абсолютно ясным для обсуждения» и обращение к материалам по истории его принятия было бы излишним. Тем не менее он все же отметил, что парламентские материалы, представленные юристом одной из сторон по делу, поддерживают его толкование данной статьи. На практике получается, что судьи обязаны рассмотреть доводы, основанные на изучении парламентских материалов, только когда содержание акта двусмысленно, туманно или буквальное его прочтение может привести к абсурдному результату. Между тем юристы сторон часто обращаются к этому способу дополнительного влияния на суд и самостоятельно ищут материалы по истории принятия закона[16].

Все же нельзя с уверенностью сказать, что в Великобритании толкование, предполагающее выявление намерения законодателя, принимается всеми правоведами. Например, лорд Скарман по этому поводу высказался следующим образом: «Если Парламент... говорит одно, а имеет в виду другое, то, согласно историческим принципам общего права, это не дает судам прерогативы исправлять такое несоответствие. Этот общий принцип должен безоговорочно действовать

---

[14] Цит. по: *Hogg Q.* Hamlyn Revisited: The British Legal System Today. London, 1983. P. 69.

[15] Petch v. Gurney (Inspector of Taxes) [1994] 3 All ER731 // Swarb.co.Uk. URL: https://swarb.co.uk/petch-v-gurney-inspector-of-taxes-ca-8-jun-1994/ (дата обращения: 22.04.2019).

[16] См.: Practice Note (procedures: reference to Hansard) [1995] 1 All ER234 // Butterworths Rules of Court: Civil Court Practice. London, 1996.

в обществе: мы должны быть связаны не намерениями Парламента, а его нормативными актами»[17].

Каким образом можно установить содержание намерения законодателя? Одним из самых распространенных способов является анализ истории принятия того или иного акта. Однако не менее важно определиться с тем, что входит в это понятие. История принятия акта Парламента включает: (а) материалы заседаний, предшествовавших принятию определенного положения, а также соответствующие положения ранее действовавших нормативных актов, со всеми внесенными в них изменениями; (б) «предпарламентские» материалы, имеющие отношение к данному положению или акту в целом, а именно отчеты комитетов и комиссий, изучавших положения действующих актов и предлагавших изменения; (в) парламентские материалы, т.е. сам текст билля как в первой, так и в последующих его редакциях, пояснительные меморандумы, протоколы заседаний комитетов и парламентских дебатов.

Все перечисленные материалы могут использоваться, только когда судья не уверен в том, что четко понимает смысл текста акта в контексте его применения. Данное правило было сформулировано в 1957 г. в деле Генеральный прокурор против принца Ганноверского Эрнеста Августа[18]. Кроме того, следует проводить разграничение ситуаций, когда материалы истории принятия акта используются в поиске оснований для толкования той или иной нормы права и когда судья обращается к таким материалам для подтверждения уже данного им толкования. В последнем случае материалы истории принятия акта играют вспомогательную роль, такую же, как и используемые судьями орфографические и толковые словари[19].

В деле Р. против министра экологии, транспорта и развития регионов (без участия компании «Спат Холм»)[20] Палата лордов дала стро-

---

[17] 418 HL Official Report (5th Series) col 65 (9 March 1981) // Hansard. URL: https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1981/mar/09/interpretation-of-legislation-bill-hl#column_65 (дата обращения 13.03.2019).

[18] Attorney-General v. Prince Ernest Augustus of Hanover [1957] 1 All ER49; [1957] A.C. 436 at 461. URL: http://www.uniset.ca/other/cs6/ernestaugustus.html (дата обращения: 13.03.2019).

[19] См.: *Cross R.*, *Bell J.*, *Engle G.* Op. cit. P. 152.

[20] R (Alconbury Developments Ltd) v. SS for Environment, Transport and the Regions [2001] UKHL 23 // www.parliament.uk. House of Lords. URL: https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010509/alcon-1.htm (дата обращения: 13.03.2019).

гое толкование прецеденту, созданному в деле Пеппер против Харта. Истцом выступала компания-арендодатель, ходатайствующая о судебном пересмотре приказа об арендной плате 1999 г., принятого в соответствии со ст. 31 Акта «Об арендодателе и арендаторе» 1985 г. Истец полагал, что приказ подлежит пересмотру, поскольку не учитывает интересы арендатора при повышении размера арендной платы в отношении некоторых видов имущества, тогда как обращение к Хансарду позволяло сделать вывод, что издание таких приказов должно было способствовать снижению инфляционного бремени арендаторов. Палата лордов постановила, что вопрос о толковании в деле Пеппер против Харта затрагивал лишь фразу «стоимость предоставленного блага», и министр дал исчерпывающее пояснение ее смысла. В данном же деле речь идет об общей направленности акта Парламента, реализуемой посредством его принятия политики, а не о смысле конкретной фразы, поэтому использование парламентских материалов недопустимо[21].

Таким образом, суды в Англии при толковании актов Парламента обращаются к материалам истории их принятия в целях выявления намерения законодателя с учетом выработанных судебной практикой ограничений по их использованию.

3. Теория выявления намерения законодателя в судебной практике США

В США теория выявления намерения законодателя как подход к толкованию законов была выработана судебной практикой[22]. Данный подход предполагает выявление цели принятия закона, которую правоприменители должны понимать так же, как и законодатели. Основную сложность в рамках данного подхода представляет понимание

---

[21] См.: *Steyn J.* Pepper v. Hart; A Re-examination // Oxford Journal of Legal Studies. 2001. Vol. 21. Iss. 1. P. 59.

[22] См.: Commissioner v. Engle, 464 U.S. 206, 214 (1984) // JUSTIA. US Supreme Court. URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/206/ (дата обращения: 13.03.2019). В 1942 г. были опубликованы материалы дискуссии на эту тему еще XVI в.: A Discourse upon the Exposicion and Understandinge of Statutes, with Sir Thomas Egerton's Additions / Ed. by S.E. Thorne. San Marino: Huntington Library, 1942. Данная проблематика активно обсуждается и в современной американской литературе (см., например: *Singer N.*, *Sutherland J.G.*, Statutes and Statutory Construction. 7th ed. Saint Paul, 2007. § 45.05; *Posner R.* The Federal Courts: Crisis and Reform. Cambridge, 1999. P. 286–293; *Hand L.* How Far Is a Judge Free in Rendering a Decision // Hand L. Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand. 3rd ed. Chicago, 1960. P. 103, 105–110).

самого термина «намерения законодателя»[23]. Идет ли речь о *конкретном намерении* законодателя, проявившемся в том, как был решен вопрос о действии закона во времени, в пространстве и по кругу лиц? Или имеется в виду *абстрактное намерение* законодателя, когда предполагается, что правоприменитель должен «встать на место» законодателя и разрешить конкретной вопрос, прямо не предусмотренный законом, как это бы сделал законодатель? Или подлежит выявлению *общее намерение* законодателя, т.е. общая цель принятия закона, задача, которую закон призван решить? Наиболее корректным является подход, предполагающий определение конкретного намерения законодателя, но он не позволяет разрешать ситуации, которые законодатель не предусмотрел. Подход, допускающий «воссоздание» судом намерения законодателя, игнорирует демократический характер законодательного процесса. Вместе с тем толкование, ограничивающееся выявлением конкретного намерения законодателя, не в состоянии объяснить решения, принятые в делах Церковь Святой Троицы против США и Работники сталелитейной промышленности против Вебера[24].

В 1887 г. Епископальная церковь Святой Троицы в Нью-Йорке пригласила в качестве настоятеля священника доктора Э.В. Уоррена, проживавшего в Великобритании. Окружной прокурор Нью-Йорка указал, что церковь этим нарушает Закон «О трудовых контрактах с иностранцами» 1885 г.[25], согласно которому любому физическому или юридическому лицу, партнерству, корпорации запрещалось содействовать въезду иностранцев на территорию США на основании предварительно заключенного договора об осуществлении в США трудовой деятельности любого рода. Окружным судом Южного округа Нью-Йорка на церковь был наложен штраф в размере 1000 долл. Но в феврале 1892 г. Верховный суд США отменил решение окружного суда на том основании, что Закон «О трудовых контрактах с иностранцами» неприменим к отношениям между церковью и священником. Выступая от имени суда, судья Д. Брюйер произнес часто цитируемую фразу: «Данный случай отно-

---

[23] Различные позиции, высказываемые по этому поводу, см.: *Marmor A.* Interpretation and Legal Theory. Oxford, 1992; *Waldron J.* Law and Disagreement. Oxford, 1999.

[24] См.: *Eskridge W.N. Jr.*, *Frickey Ph.P.*, *Garrett E.* Statutory Interpretation Stories: The Story of Steelworkers v. Weber (1979): Statutory Text, Spirit, and Practical Reasoning. New York, 2011. P. 222.

[25] Alien Contract Labor Act of 1885, ch. 164, § 1, 23 Stat. 332 (amended 1887, 1888). URL: https://www.loc.gov/law/help/statutes-at-large/48th-congress/Session%202/c48s2ch164.pdf (дата обращения: 12.04.2019).

сится к часто встречающемуся явлению, когда понятие может находиться в рамках буквы закона и одновременно существовать за рамками его духа, вопреки намерениям авторов закона»[26]. По его мнению, Закон «О трудовых контрактах с иностранцами», несмотря на довольно пространные формулировки, был направлен на ограничение въезда в США «дешевой, неквалифицированной рабочей силы, а не профессионально подготовленных работников, таких как Уоррен». Такой вывод судья Брюйер сделал, в частности, на основе анализа небольшого фрагмента материалов по истории принятия закона, где отмечалось, что «данный закон должен толковаться как включающий в сферу своего действия только лиц, занимающихся ручным трудом»[27].

Данный прецедент вызывает в юридических кругах немало споров. Судья Э. Кеннеди, ссылаясь на дело Церкви Святой Троицы, говорил о «произвольной выборке сомнительных материалов для выяснения намерения законодателя с истинной целью найти альтернативное толкование закона, которое является более удобным для суда»[28]. Судья Верховного суда США А. Скалиа считал данное дело «типичным случаем триумфа доктрины намерения законодателя над текстом закона». Каждый раз, когда адвокат стремится склонить суд отказаться от узкого, буквального толкования текста закона и обратить внимание на породившее закон намерение законодателя, он ссылается на дело Церковь Святой Троицы[29]. Однако, по мнению судьи Скалиа, этот прием есть не что иное, как побуждение к судебному нормотворчеству. Подтверждая тезис Скалиа, профессор Ф. Фрики из Миннесоты учит своих студентов: «Если закон безнадежно против вас, ссылайтесь на дело Церковь Святой Троицы»[30].

Через несколько лет после вынесения данного судебного решения Конгресс внес изменения в Закон «О трудовых контрактах с иностранцами», прямо разрешив иностранным священникам работать в США, однако резонанс, вызванный этим прецедентом, проявляется до сих пор.

---

[26] Цит. по: *Chomsky C.* Op. cit. P. 4.

[27] Church of the Holy Trinity v. United States of America, 143 U.S. 457 (1892), at 464 (quoting the Senate Report).

[28] Public Citizen v. United States Dep't of Justice, 491 U.S. 440, 473 (1989) (Kennedy, J., concurring in the judgment) // JUSTIA. US Supreme Court. URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/440/ (дата обращения: 13.03.2019).

[29] *Scalia A.* A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton, 1997. P. 18, 21.

[30] *Frickey Ph.P.* From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of Theory in Statutory Interpretation // Minnesota Law Review. 1992. Vol. 77. P. 241, 247.

Другим делом, часто обсуждаемым в контексте проблемы выбора подхода к толкованию закона, является дело Работники сталелитейной промышленности против Вебера, где встал вопрос о толковании Закона «О гражданских правах» 1964 г.[31] Согласно данному Закону работодатели и профсоюзы могли участвовать в так называемой инициативе равноправия, т.е. устанавливать расовые квоты на рабочие места своих предприятий для «уравновешивания» представителей разных рас. Б. Вебер (который был белым) считал, что такая практика нарушает его расовые права и противоречит указанному закону. По его мнению, в «уравновешивающих» квотах использовался критерий расы, который был дискредитирован «революцией гражданских прав» в США. Широчайшая свобода, которую Закон предоставлял работодателям и профсоюзам предприятий по «уравновешиванию» расового представительства (*affirmative action*) в целях более быстрой расовой интеграции граждан США, как правило, приводила к тому, что представители определенной расы подвергались прямой дискриминации.

Судья Дж. Уиздом-младший, рассматривавший это дело в 1979 г., считал, что данный Закон следует толковать с учетом его «законодательной цели», того, ради чего он принимался. Намерением законодателя, по его мнению, было предоставить профсоюзам и работодателям право самостоятельно сбалансировать интересы представителей различных рас на предприятиях. Позиция Уиздома была поддержана Верховным судом США, однако тут же подверглась критике со стороны консервативно настроенного предвыборного штаба Р. Рейгана, годом позже избранного Президентом США. Они утверждали, что белые граждане США, такие как Б. Вебер, «уже заплатили» за расовую дискриминацию афроамериканцев, поэтому Закон следует толковать строго текстуально, не вдаваясь в историю и цели его принятия[32].

Суть дела заключалась в следующем. Б. Вебер работал техникомлаборантом на заводе «*Kaiser's Gramercy*» и был членом профсоюза работников сталелитейной промышленности. На одном из заседаний комитета по рассмотрению трудовых жалоб он предложил вве-

---

[31] Civil Rights Act 1964, 78, Stat. 241, 253–54, codified at 42 U.S.C. § 2000e-2(j). URL: https://legcounsel.house.gov/Comps/Civil%20Rights%20Act%20Of%201964.pdf (дата обращения: 13.03.2019).

[32] См.: *Eskridge W.N. Jr.*, *Frickey Ph.P.*, *Garrett E.* Statutory Interpretation Stories: The Story of Steelworkers v. Weber (1979): Statutory Text, Spirit, and Practical Reasoning. P. 94.

сти программу повышения квалификации работников[33]. Данная программа могла бы помочь Б. Веберу повысить свой ежегодный доход с 17 000 до 25 000 долл. Однако при подаче заявки на прохождение обучения ему объяснили, что места по программе распределяются не в зависимости от стажа работы на предприятии, а исходя из принципа равного представительства рас, принятого на заводе. Положение Закона (§ 703(j)), о толковании которого шли дебаты в Верховном суде США, было сформулировано следующим образом: «Данный закон не должен толковаться как требующий от любого работодателя предоставлять любой группе или отдельным лицам преференциальный режим, основанный на расовой принадлежности такой группы или таких отдельных лиц вследствие диспропорционального расового распределения на рабочих местах».

Представители профсоюза работников сталелитейной промышленности настаивали на том, что данный пункт должен толковаться с учетом общей цели Закона, т.е. как предусматривающий, что государство не может возлагать на работодателей и профсоюзы обязанность вводить расовые квоты, но последние вправе устанавливать любые программы обучения и повышения квалификации, которые могут способствовать интеграции ранее сегрегированных работников. В 1987 г., несмотря на чрезвычайно критические особые мнения судей Верховного суда США Скалиа и Уайта, шесть судей согласились с таким подходом[34].

Таким образом, данный прецедент поддержал сторонников теории выявления намерения законодателя в том, что при толковании закона необходимо основываться на цели его принятия[35]. Однако в данном деле была четко обозначена и позиция сторонников строго текстуального подхода к толкованию законов. Судьи А. Скалиа, К. Стар, А. Козински и Ф. Истербрук критиковали обращение к истории при-

---

[33] См.: Record of Appeal, Steelworkers v. Weber (U.S. Supreme Court, Docket No. 78–432 et al.); *Moore M.*, *Weber B.* Blue-Collar Bakke // Wash. Post. 1979. Jan. 12; Speaking of Race // Times-Picayune (New Orleans). 1993. Nov. 16, at A7 (интервью с Б. Вебером через 14 лет после принятия решения Верховного суда США).

[34] См.: *Eskridge W.N. Jr.*, *Frickey Ph.P.* Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy. 2nd ed. Saint Paul, 1995. P. 71–87; *Hetzel O.J. Libonati M.E*, *Williams R.F.* Legislative Law and Process: Cases and Materials. 2nd ed. New York, 1993. P. 456–484; *Mikva A.J.*, *Lane E.* Legislative Process. Boston, 1995. P. 835–860; *Popkin W.D.* Materials on Legislation: Political Language and the Political Process. 2nd ed. New York, 1997. P. 472–476.

[35] См.: *Hart H.M.*, *Eskridge W.N*, *Frickey Ph.P.*, *Sacks A.M.* The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law. Westbury, 1994. P. 1374–1380.

нятия закона в целях выявления намерения законодателя при толковании закона, считая что это «угрожает принципу верховенства права»[36]. Они выразили большое разочарование решением, принятым Верховным судом, поскольку «прямой смысл» рассматриваемого Закона был проигнорирован судьями[37].

Основываясь на рассмотренных прецедентах, охарактеризуем три отмеченных выше вида намерения законодателя, подлежащего выявлению.

Конкретное намерение законодателя, по мнению сторонников данного подхода, лежит *вне* текста закона. Например, фраза «любой иностранец», которая была предметом толкования в деле Церкви Святой Троицы, однозначно предполагала включение всех иностранных граждан в сферу действия Закона. Однако изучение истории принятия данного Закона четко определило его цель — не допускать на американский рынок труда дешевую неквалифицированную иностранную рабочую силу. И судьи согласились со следующим из этой цели ограничительным толкованием данной фразы. В деле Вебер судья Ренквист, оставшийся в меньшинстве и не поддержавший решение Верховного суда, досконально изучил историю принятия Закона «О гражданских правах» 1964 г. и установил, что члены Сената несколько раз проводили на слушаниях одну и ту же идею: не допустить какой-либо дискриминации при найме на работу или увольнении с нее. Это означало, что работодатели, даже придерживаясь установленных ими квот для создания расово сбалансированного трудового коллектива, не могли при принятии каких-либо решений исходить из расы работника[38]. Но большинство судей истолковали намерение законодателя иначе, не полагаясь на приведенные факты из истории принятия закона. В этом и заключается основная проблема данного подхода: его сторонники не могут договориться о едином перечне источников для определения истинного намерения законодателя. Проблема возникает также и при определении субъекта этого намерения. Является ли таким надлежащим субъектом Палата представителей или Сенат? Должны ли приниматься во внимание доводы тех членов Конгресса, которые голосовали против закона? Доклады ка-

---

[36] См.: *Farber D.A.*, *Frickey Ph.P.* Legislative Intent and Public Choice // Virginia Law Review. 1988. Vol. 74. P. 423.

[37] Б. Вебер в своих письмах к авторитетным юристам до сих пор утверждает, что должен был выиграть дело (см.: *Eskridge W.N. Jr.*, *Frickey Ph.P.*, *Garrett E.* Legislation and Statutory Interpretation. 2nd ed. New York, 2006. P. 228).

[38] Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979), at 238–39 (Rehnquist J., dissenting).

ких комитетов Конгресса будут иметь приоритет в процессе определения истинного намерения законодателя? К сожалению, все эти вопросы остаются без ответа.

Абстрактное намерение законодателя призвано решить все обозначенные выше проблемы, связанные с определением его *конкретного намерения*. В данном случае субъект толкования пытается определить, «что законодатель имел в виду, как бы вставая на его место, в тех обстоятельствах, в которых принимался закон»[39]. Исследователи полагают, что абстрактное намерение законодателя выявлялось в деле Церкви Святой Троицы. Действительно, авторы закона были настолько поглощены идеей недопущения иностранных работников в США, что на парламентских дебатах обсуждалась только это проблема. Но если учитывать, что члены Конгресса являлись представителями весьма религиозного на тот момент американского общества, провозгласившего в Конституции свободу вероисповедания, ни у кого не возникло бы даже мысли о том, что они намеревались запретить иностранным священникам проповедовать на территории страны[40].

Однако данный подход, предполагающий реконструкцию намерения законодателя, оставляет открытым вопрос, чье мнение следует реконструировать. Должно ли это быть мнение 51 сенатора, которое необходимо для принятия закона, или мнение 67 сенаторов, которое может блокировать прохождение закона? И как правильно задать вопрос сенатору для реконструкции его намерения? В контексте дела Вебера сенатора можно было бы спросить: «Намеревались ли Вы ввести произвольные квоты для найма рабочих, принадлежащих к разным расам?», на что сенатор ответил бы, что его цель заключалась в устранении критерия расы из процедуры принятия решений работодателем. Но можно было бы поставить вопрос иначе: «Намеревались ли Вы предоставить бизнесу свободу в выборе путей достижения цели закона, т.е. нанимать на работу в том числе афроамериканцев в соответствии с установленными на предприятии квотами?», и сенатор ответил бы утвердительно. Таким образом, в зависимости от постановки вопроса может быть выявлено разное намерение законодателя. Следовательно, методология данного подхода тоже не безупречна.

---

[39] См.: *Pound R.* Spurious Interpretation // Columbia Law Review. 1907. Vol. 7. No. 6. P. 379, 381. Данный подход применялся в деле Fishgold v. Sullivan Drydock & Repair Corp., 154 F 2d 785 (2d Cir.), aff'd. 328 U.S. 275 (1946) // JUSTIA. US Supreme Court. URL: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/154/785/1478495/ (дата обращения: 13.03.2019).

[40] См.: *Chomsky C.* Op. cit. P. 901.

Самым распространенным подходом является определение *общего намерения законодателя или цели принятия закона*. Данный подход был применен Верховным судом США и в деле Вебера. Судья У. Бреннан выразил это следующим образом: «Цель закона заключалась в обеспечении баланса между белыми и цветными работниками на предприятиях; такие программы, как программа повышения квалификации на заводе Кайзер, позволяли увеличить количество афроамериканцев среди работников завода, что отвечало непосредственной цели принятия закона»[41]. Таким образом, идея выяснения общей цели принятого закона обусловлена уважением демократических принципов функционирования законодательной власти и ставит во главу угла определение не мотивов, которыми руководствовались авторы закона, а общей задачи, ради решения которой Конгресс принял конкретный закон. Однако данный подход не дает ответа на вопрос, как следует разрешать спор, когда общая цель закона не указывает на способы ее достижения в конкретных сложных ситуациях, возникающих в реальной жизни. Столь же не очевидно, на основании каких источников следует определять общую цель закона.

4. Заключение

Судами Англии и США по-прежнему востребована текстуальная теория толкования. Грамотное и внимательное прочтение текста закона, по мнению большинства юристов, является залогом вынесения обоснованного и справедливого судебного решения. Однако теория выявления законодательного намерения также часто «врывается» в ход судебного процесса, будучи полезным «инструментом» в руках юристов в случае недостаточной ясности формулировок закона. В теории текст закона является недвусмысленным выражением воли законодательного органа, и усомниться в его формулировках равнозначно нарушению принципа разделения властей. Однако, как показывает судебная практика Англии и США, законодательство не может всегда быть свободным от очевидных ошибок, неточностей и двусмысленностей, что препятствует принятию справедливых решений по конкретным делам. Именно поэтому не прекращаются споры о допустимости и целесообразности выявления в процессе толкования закона подлинного намерения законодателя.

---

[41] Цит. по: *Eskridge W.N. Jr.*, *Frickey Ph.P.*, *Garrett E.* Statutory Interpretation Stories: The Story of Steelworkers v. Weber (1979): Statutory Text, Spirit, and Practical Reasoning. P. 229.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Шумилов В.М. Правовая система США. 2-е изд. М.: Международные отношения, 2016.

Bennion F.A.R. Statutory Interpretation. London: Butterworths, 1990.

Chomsky C. Unlocking the Mysteries of "Holy Trinity": Spirit, Letter, and History in Statutory Interpretation // Columbia Law Review. 2000. Vol. 100. No. 4. P. 901–956. DOI: 10.2307/1123534

Cross R., *Bell J.*, *Engle G.* Statutory Interpretation. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Dickerson R. The Interpretation and Application of Statutes. Boston: Little, Brown and Co, 1975.

A Discourse upon the Exposicion and Understandinge of Statutes, with Sir Thomas Egerton's Additions / Ed. by S.E. Thorne. San Marino: Huntington Library, 1942.

Eskridge W.N. Jr. Dynamic Statutory Interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

Eskridge W.N. Jr. Textualism, the Unknown Ideal? // Michigan Law Review. 1998. Vol. 96. No. 6. P. 1509–1560. DOI: 10.2307/1290094

Eskridge W.N. Jr., *Frickey Ph.P.* Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy. 2nd ed. Saint Paul: West Academic Publishing, 1995.

Eskridge W.N. Jr., *Frickey Ph.P.*, *Garrett E.* Legislation and Statutory Interpretation. 2nd ed. New York: Foundation Press, 2006.

Eskridge W.N. Jr., *Frickey Ph.P.*, *Garrett E.* Statutory Interpretation Stories: The Story of Steelworkers v. Weber (1979): Statutory Text, Spirit, and Practical Reasoning. New York: Foundation Press, 2011.

Farber D.A., *Frickey Ph.P.* Legislative Intent and Public Choice // Virginia Law Review. 1988. Vol. 74. P. 423–469.

Frickey Ph.P. From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of Theory in Statutory Interpretation // Minnesota Law Review. 1992. Vol. 77. P. 241–267.

Hand L. How Far Is a Judge Free in Rendering a Decision // Hand L. Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand. 3rd ed. Chicago: University of Chicago, 1960. P. 103–110.

Hart H.M., *Eskridge W.N*, *Frickey Ph.P.*, *Sacks A.M.* The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law. Westbury: Foundation Press, 1994.

Hetzel O.J. Libonati M.E, *Williams R.F.* Legislative Law and Process: Cases and Materials. 2nd ed. New York: LexisNexis, 1993.

Hogg Q. Hamlyn Revisited: The British Legal System Today. London: Stevens and Sons Ltd, 1983.

Mac Callum G.S. Legislative Intent // Yale Law Journal. 1966. Vol. 75. Iss. 5. P. 754–787. DOI: 10.2307/794933

Marmor A. Interpretation and Legal Theory. Oxford: Clarendon Press, 1992.

Mikva A.J., *Lane E.* Legislative Process. Boston: Aspen Publishers, 1995.

Popkin W.D. Materials on Legislation: Political Language and the Political Process. 2nd ed. New York: Foundation Press, 1997.

Posner R. The Federal Courts: Crisis and Reform. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Pound R. Spurious Interpretation // Columbia Law Review. 1907. Vol. 7. No. 6. P. 379–386. DOI: 10.2307/1109940

Scalia A. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton: Princeton University Press, 1997.

Singer N., *Sutherland J.G.* Statutes and Statutory Construction. 7th ed. Saint Paul: West Group, 2007.

Steyn J. Pepper v Hart; A Re-examination // Oxford Journal of Legal Studies. 2001. Vol. 21. Iss. 1. P. 59–72. DOI: 10.1093/ojls/21.1.59

Vermeule A. Legislative History and the Limits of Judicial Competence: The Untold Story of Holy Trinity Church // Stanford Law Review. 1998. Vol. 50. No. 6. P. 1833–1896. DOI: 10.2307/1229242

Waldron J. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999. DOI: 10.1093/acprof: oso/9780198262138.001.0001

REFERENCES

Bennion, F.A.R. (1990). *Statutory Interpretation*. London: Butterworths.

Chomsky, C. (2000). Unlocking the Mysteries of "Holy Trinity": Spirit, Letter, and History in Statutory Interpretation. *Columbia Law Review*, 100(4), pp. 901–956. DOI: 10.2307/1123534

Cross, R., Bell, J. and Engle, G. (2006). *Statutory Interpretation*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press.

Dickerson, R. (1975). *The Interpretation and Application of Statutes*. Boston: Little, Brown and Co.

Eskridge, W.N. Jr. (1994). *Dynamic Statutory Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press.

Eskridge, W.N. Jr. (1998). Textualism, the Unknown Ideal? *Michigan Law Review*, 96(6), pp. 1509–1560. DOI: 10.2307/1290094

Eskridge, W.N. Jr. and Frickey, Ph.P. (1995). *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*. 2nd ed. Saint Paul: West Academic Publishing.

Eskridge, W.N. Jr., Frickey, Ph.P. and Garrett, E. (2006). *Legislation and Statutory Interpretation*. 2nd ed. New York: Foundation Press

Eskridge, W.N. Jr., Frickey Ph.P. and Garrett E. (2011). *Statutory Interpretation Stories: The Story of Steelworkers v. Weber (1979): Statutory Text, Spirit, and Practical Reasoning*. New York: Foundation Press.

Farber, D.A. and Frickey, Ph.P. (1988). Legislative Intent and Public Choice. *Virginia Law Review*, 74, pp. 423–469.

Frickey, Ph.P. (1992). From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of Theory in Statutory Interpretation. *Minnesota Law Review*, 77, pp. 241–267.

Hand, L. (1960). How Far Is a Judge Free in Rendering a Decision. In: Hand, L. *Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand.* 3rd ed. Chicago: University of Chicago, pp. 103–110.

Hart, H.M., Eskridge, W.N, Frickey, Ph.P. and Sacks, A.M. (1994). *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law.* Westbury: Foundation Press.

Hetzel, O.J. Libonati, M.E. and Williams, R.F. (1993). *Legislative Law and Process: Cases and Materials.* 2nd ed. New York: LexisNexis.

Hogg, Q. (1983). *Hamlyn Revisited: The British Legal System Today.* London: Stevens and Sons Ltd.

Mac Callum, G.S. (1966). Legislative Intent. *Yale Law Journal*, 75(5), pp. 754–787. DOI: 10.2307/794933

Marmor, A. (1992). *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.

Mikva, A.J. and Lane, E. (1995). *Legislative Process.* Boston: Aspen Publ.

Popkin, W.D. (1997). *Materials on Legislation: Political Language and the Political Process.* 2nd ed. New York: Foundation Press.

Posner, R. (1999). *The Federal Courts: Crisis and Reform.* Cambridge: Harvard University Press.

Pound, R. (1907). Spurious Interpretation. *Columbia Law Review*, 7(6), pp. 379–386. DOI: 10.2307/1109940

Scalia, A. (1997). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law.* Princeton: Princeton University Press.

Shumilov, V.M. (2016). *Pravovaya sistema SShA* [United States Legal System]. 2nd ed. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya. (in Russ.).

Singer, N. and Sutherland, J.G. *Statutes and Statutory Construction.* 7th ed. Saint Paul: West Group, 2007.

Steyn, J. (2001). Pepper v Hart; A Re-examination. *Oxford Journal of Legal Studies*, 21(1), pp. 59–72. DOI: 10.1093/ojls/21.1.59

Thorne, S.E. ed. (1942). *A Discourse upon the Exposicion and Understandinge of Statutes, with Sir Thomas Egerton's Additions.* San Marino: Huntington Library.

Vermeule, A. (1998). Legislative History and the Limits of Judicial Competence: The Untold Story of Holy Trinity Church. *Stanford Law Review*, 50(6), pp. 1833–1896. DOI: 10.2307/1229242

Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. DOI:10.1093/acprof: oso/9780198262138.001.0001

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Викторова Элеонора Юрьевна — магистр права, обучающаяся по программе дополнительного высшего образования (магистратуры) по разрешению международных споров Лондонского университета королевы Марии, юрист компании Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLC.

AUTHOR'S INFO:

Eleonora Yu. Viktorova — Master of Laws (Moscow State University of International Relations — MGIMO (U) of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation), LL.M. candi-

date in the International Dispute Resolution Programmer, Queen Mary University of London, Lawyer at Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLC.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Викторова Э.Ю. Теория выявления намерения законодателя в толковании права в Англии и США // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 2. С. 186–206. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-viktorova

CITATION:

Viktorova, E. Yu. (2019). The Legislative Intent Theory in Statutory Interpretation in England and the United States. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 14(2), pp. 186–206. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-viktorova

КРИТИКА И БИБЛИОГРАФИЯ

МАКСИМ АЛЕКСАНДРОВИЧ БЕЛЯЕВ

Институт государства и права Российской академии наук
119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, д. 10
E-mail: yurist84@inbox.ru
SPIN-код: 6307-4238
ORCID: 0000-0002-7498-5231

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-belyaev

ДИСКУРСИВНАЯ ЭТИКА И ПРИМИРИТЕЛЬНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ. РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ

***Pasetti M*. Gerechtigkeit durch Mediation. Mediation als praktischer Diskurs zur Herstellung intersubjektiver Gerechtigkeit. Frankfurt am Oder: Wolfgang Metzner Verlag, 2017. 110 ss.**

Рецензия подготовлена в рамках поддержанного Российским фондом фундаментальных исследований научного проекта № 18-011-00177 «Дискурсивная легитимация права: речевой акт как форма с нормативным содержанием»

Аннотация. В 2017 г. вышла в свет работа М. Пасетти «Справедливость через медиацию. Медиация как практический дискурс, создающий интерсубъективную справедливость», посвященная философско-психологическим аспектам внесудебного урегулирования споров. Медиация сегодня привлекает все больше внимания как исследователей, так и практиков: ее активно популяризируют, но ее же и критикуют. Считается, например, что переговорные процедуры с очень низкой вероятностью могут привести к справедливому разрешению спора. Одни авторы уверены, что никакой справедливости за пределами правопорядка вообще не существует, другие, не отрицая ценность негосударственных форм защиты субъективных прав, сомневаются в квалификации медиаторов, особенно если речь идет речь о сложных спорах. Но действительно ли институт посредничества заслуживает подозрительного отношения? И в какой мере справедливость решения связана с надлежащим правоприменением? Ответы на поставленные вопросы М. Пасетти пытается дать в своей работе. Это непосредственно связано с выявлением специфики медиации: во-первых, по сравнению

с судебным процессом, во-вторых, как разновидности коммуникации. Ценность посреднических процедур, как пишут многие исследователи, достаточно велика, при этом достигаемый в ходе них консенсус в принципе не исключает справедливости. Претензии на универсализацию собственных нормативных ожиданий сопровождают всякое социальное действие. Эта связь особенно заметна, когда происходит столкновение субъектов, следующих различным моделям поведения, и им приходится оправдывать свои действия, обосновывать их перед лицом какой-либо властной инстанции. Каждый преподносит причины своего поведения как очевидные, элементарные, самодостаточные, ценностно оправданные. Какие бы чувства ни руководили людьми, вовлеченными в конфликт, за ними всегда скрывается притязание на некое позитивное или негативное долженствование, а это и есть ожидание справедливости, в контексте конкретного положения дел. Нет никаких оснований считать судебную процедуру уникальным способом выявлять эти ожидания, ведь власть может быть не только политической, ее происхождение не влияет на указанные способы обоснования поступков. Если верно, что у сторон конфликта почти всегда присутствуют разные представления о справедливости и в ходе посредничества высока вероятность сближения этих представлений, то результат переговорного процесса имеет все шансы оказаться справедливым для обеих сторон.

Ключевые слова: медиация, дискурс, этика, право, мораль, справедливость, правоприменение, коммуникация, речевые акты

MAXIM A. BELYAEV

Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences
10, Znamenka str., Moscow 119019, Russian Federation
E-mail: yurist84@inbox.ru
ORCID: 0000-0002-7498-5231

DISCURSIVE ETHICS AND MEDIATION TECHNIQUES. REVIEW

Pasetti, M. (2017). *Gerechtigkeit durch Mediation. Mediation als praktischer Diskurs zur Herstellung intersubjektiver Gerechtigkeit*. Frankfurt am Oder: Wolfgang Metzner Verlag. 110 pp.

The review has been prepared within the framework of the scientific project No 18-011-00177 “Legitimation of Law through Discourse: Speech Act as a Form with Normative Content”, supported by the Russian Foundation for Basic Research

Abstract. In the year 2017, the paper by M. Pasetti "Fairness through Mediation. Mediation as a Practical Discourse Creating Intersubjective Justice" focusing on philosophical and psychological aspects of extrajudicial dispute settlement was released. Today, mediation draws more and more attention of both researchers and practitioners: it is intensively being promoted, however, being criticized too. It is generally thought that negotiation procedures with a very low probability may lead to a fair dispute settlement. Some authors are confident that there is no fairness at all beyond the rule of law; others, without denying the value of non-public forms of protection of subjective rights, doubt the qualification of mediators, especially, where the case concerns complex disputes. But, is it true that the mediation institution deserves a suspicious attitude? And to what extent does the fairness of the decision awarded attribute to proper law enforcement? M. Pasetti attempts to give the answers to the questions raised in his paper. It relates directly to identification of the specifics of mediation: firstly, as compared with a court process, secondly, as a variety of communication. The value of mediation techniques, as reported by many researchers, is relatively high; at this, the consensus reached in course of them does not preclude fairness in principle. Any social phenomenon is accompanied by pretenses of universalization of own normative expectations. This linkage is especially noticeable when there is a clash between the subjects following different behavioral patterns and they have to justify their behavior, provide proper evidence before any authority. Each subject provides reasons of his/her behavior as evident, elementary, self-sufficient and value justified. Irrespective of the feelings governing human beings involved into a conflict, they always have a pretension of some positive or negative oughtness, and this is the very expectation of fairness in the context of a specific state of affairs. There are no any grounds to consider a court proceeding as a unique mode to identify these expectations, since the authority might not always be of political nature; its origin does not impact the indicated ways of justifying actions. If it is true that the parties to conflict almost always have different concepts about fairness and in course of mediation there is a high probability to converge these concepts, then the outcome of a negotiation process has every chance to appear to be fair for both parties.

Keywords: mediation, discourse, ethics, law, moral, justice, law enforcement, communication, speech acts

В 2017 г. в издательстве Вольфганга Мецнера вышла в свет монография М. Пасетти (Университет Виадрина, Франкфурт-на-Одере) «Справедливость через медиацию. Медиация как практический дискурс, создающий интерсубъективную справедливость», посвященная философско-психологическим аспектам внесудебного урегулирования споров.

Структурно работа М. Пасетти состоит из введения, девяти глав и заключения. Во введении автор отмечает, что в средствах массовой информации, сети Интернет и общественном сознании в целом медиация зачастую вызывает скепсис и критику, поскольку по умолча-

нию считается, что справедливое решение того или иного конфликта немыслимо вне правовых процедур в общем и деятельности судебных органов в частности. Эта точка зрения, пишет М. Пасетти, сама нуждается в критике и деконструкции, поскольку не ясно, каковы ее основания. Вполне вероятно, что такого рода уверенность вызвана не каким-то особым представлением о справедливости, чьи источники не могут быть обнаружены за пределами правопорядка, а сомнением в том, что посредник в принципе способен помочь найти сторонам спора адекватное и справедливое решение. Другими словами, за сдержанным отношением к медиации скрывается уверенность не столько в силе государства и его органов, сколько в слабости частных лиц (медиаторов). Но действительно ли институт посредничества заслуживает скептических оценок? А главное: в какой мере вопрос о справедливости связан с надлежащим правоприменением — деятельностью, реализуемой исключительно государственными органами и должностными лицами? На эти вопросы автор и пытается ответить в своей работе.

В главе «Тема справедливости в свете критики» отмечается, что честность и справедливость были и остаются главными ценностями во взаимоотношениях между людьми, при этом оба понятия постигаются интуитивно, оставаясь концептуально непрозрачными. Чтобы прояснить их смысл, необходимо обращение к определенной теории и ее философским предпосылкам. Любой из принципов, потенциально лежащий в основе представлений о справедливости («каждому свое», «всем поровну», каждому по потребностям», «каждому по заслугам» и проч.), является сущностно оспоримым, а наиболее абстрактный из них — «каждому свое» — представляется бессодержательным и уже в силу этого неприменимым. Таким образом, суть справедливости в процессе ее теоретического препарирования ускользает от нас, что, однако, не отменяет человеческих притязаний на справедливость. Эти единичные притязания всегда адресуются (даже если их носители сами этого не понимают) господствующей институциональной структуре общества, обладая поэтому сверхиндивидуальным значением.

Одной из таких институциональных структур является правовая система. Ее особенность заключается в том, что в ней не только допускается возможность удовлетворения того или иного нормативного притязания, но и урегулирован путь, ведущей к этой цели. Поскольку нормы права абстрактны и рассчитаны на многократное применение, правовая система играет роль медиума, благодаря которому различные

нормативные притязания универсализируются и приводятся к единому знаменателю. Однако, задается вопросом М. Пасетти, можно ли считать такое усреднение действительным преимуществом права?

Медиация обладает сходством с судебным процессом, но есть и существенные различия: на первое место здесь выходит не применение права, а достижение согласия между конфликтующими сторонами, это происходит без вмешательства публичной власти, с участием одного или нескольких посредников, всегда занимающих нейтральную позицию в споре. Кроме того, обсуждению в процессе посредничества подлежат в первую очередь интересы конфликтующих сторон, а не их правовые статусы. В одном отношении указанные свойства можно понимать как преимущество медиации, в другом — как ее слабость.

М. Пасетти отмечает, что медиация часто подвергается критике. Это естественно, даже если относить критику исключительно на счет внутреннего сопротивления всему новому и неизвестному. Сторонникам альтернативных способов разрешения споров всегда было трудно ответить на вопросы, что является основным ориентиром для медиации (подобно законности в судебном процессе) и чем можно компенсировать недостатки, вытекающие из отказа от зафиксированной в праве единообразной модели принятия решений. Почетный профессор Йельского университета О. Фисс, немало внимания уделивший в своих работах методологии юридического разрешения различного рода конфликтов, пишет о том, что для современного государства стандартом является закрепление в законодательстве публичных ценностей, так что даже если учитывать, что и суды не застрахованы от ошибок, на их стороне есть одно преимущество — они придерживаются справедливости в том виде, как она определена в законе. А медиация направлена на примирение сторон, что с публичной точки зрения является ценностью либо вторичной, либо вообще сомнительной[1].

Внесудебное урегулирование споров критикуется за то, что в его основе лежит идея гармонизации, в рамках которой важно сгладить проявления конфликта, но допустимо сохранить породившие его причины. Медиация, кроме того, как считает С. Бреновиц, вредна тем, что исключает общественность из участия в разрешении спора, скрывает его от публики. Предположим, пишет она, что производитель допустил техническую ошибку при производстве автомобилей,

[1] См.: *Fiss O.M.* The History of an Idea // Fordham Law Review. 2009. Vol. 78. Iss. 3. P. 1275.

вследствие чего произошло 50 несчастных случаев. Допустим, эффективность переговорных процедур была столь высока, что все 50 случаев были разрешены во внесудебном порядке. И тогда общественность осталась в неведении относительно того, что машины данной марки выпущены с определенным процентом брака. Разве это можно считать справедливым, ведь под угрозой остается жизнь и здоровье неопределенного круга лиц?[2] Подобная «избирательная толерантность» смещает акценты, и справедливость превращается во вторичную, зависимую ценность. В процессе правоприменения это исключено. Такова позиция противников медиации. По их мнению, консенсус для посредника — это проблема исключительно коммуникативного характера, в то время как в действительности имеет место столкновение субъективных прав и ценностей, когда последние не вполне вписываются в систему правовой защиты, предоставляемой публичной властью субъекту, так что примирение никак не может быть важнейшей ценностью[3].

Соответственно апологеты медиации пытаются оправдать ценность посреднических процедур, подчеркивая, что консенсус в принципе не исключает справедливости и не угрожает ее достижению. Именно эта мысль проходит красной нитью через всю монографию М. Пасетти. Остальные аргументы из приведенных выше автор, к сожалению, оставляет без внимания, не утруждая себя даже их систематизацией.

В главе «Достижение справедливости в процессе медиации» предпринята попытка обосновать универсальность дискурса о справедливости, не ограничиваясь сферой судопроизводства. Самый простой способ такого обоснования — показать, что претензии на универсализацию собственных нормативных ожиданий сопровождают всякое социальное действие. Эта связь особенно заметна, когда происходит столкновение субъектов, придерживающихся различных моделей поведения, и им приходится оправдывать свои действия, обосновывать их перед лицом какой-либо властной инстанции. Каждый преподносит причины своего поведения как очевидные, элементарные, самодостаточные, ценностно оправданные. И какие бы чувства ни двигали людьми, вовлеченными в конфликт, за ними всегда скрывается притязание на некое позитивное или негативное долженствование, а это

---

[2] См.: *Brenowitz St.* Deadly Secrecy: The Erosion of Public Information under Private Justice // Ohio State Journal on Dispute Resolution. 2004. Vol. 19. No. 2. P. 679–708.

[3] См.: *Nader L.* The ADR Explosion. The Implications of Rhetoric in Legal Forms // Windsor Yearbook of Access to Justice. 1988. Vol. 8. P. 272.

и есть ожидание справедливости в контексте конкретного положения дел — «нормативное ожидание»[4]. Нет никаких оснований считать судебную процедуру уникальным способом выявлять эти ожидания, ведь власть может быть не только политической, ее происхождение не влияет на указанные выше способы обоснования поступков.

Если верно, что у сторон конфликта почти всегда присутствуют разные представления о справедливости и в ходе посредничества высока вероятность сближения этих представлений, то результат переговорного процесса имеет все шансы оказаться справедливым для обеих сторон. Здесь не обходится без некой психологической самокоррекции, поэтому имеет смысл различать объективную и субъективную справедливость: первая зафиксирована в правовых положениях относительно судоустройства, судопроизводства и в соответствующих разделах материального права, вторая — в нормативных ожиданиях конкретных реальных индивидов. Философия права (нормативная теория) имеет предметом первый вид справедливости, психология (эмпирическая теория) — второй.

Реальные люди, пишет М. Пасетти, с их уникальными жизненными мирами устроены так, что у них происходит постоянное смешение объективной и субъективной справедливости и постоянная коммуникативная координация соответствующих чувств, понятий, представлений и ожиданий. Роль коммуникации здесь оказывается решающей: каждое понимание справедливости превращается в фигуру аргументации, это позволяет не только абстрактно сопоставлять их, но и отсекать ненужные споры.

Если рассматривать переговорный процесс как выработку решения, которое устраивает всех, то речь идет о так называемой процедурной справедливости. Уже из самого названия этого принципа очевидно, что он не имеет никакого материального содержания, так как касается лишь формальных сторон процесса (правила о языке судопроизводства, о заслушивании свидетельских показаний, о привлечении эксперта и проч.). Реализация процедурной справедливости порождает у сторон процесса уверенность в том, что разбирательство проходит правильно и честно, даже тогда, когда его результат оказывается для кого-то из участников нежелательным. Однако процедур-

[4] Данный термин не устоялся в русскоязычной научной литературе. Приблизительно его можно определить так: нормативное притязание исходит от меня, когда я мыслю в духе И. Канта, полагая, что фактичность моих действий совпадает с идеалом; и нормативное ожидание — это адресованное другим требование сообразовывать свои действия с неким уже известным (мне) идеалом.

ная справедливость совсем не обязательно требует властного вмешательства; достаточно, чтобы все участники рассматривали ее как ценность.

М. Пасетти, подыскивая подходящую философско-психологическую концепцию справедливости, предлагает рассмотреть проблему медиации сквозь призму теории коммуникативных действий Ю. Хабермаса — известного немецкого мыслителя, сторонника социально-критических идей Франкфуртской школы. Ю. Хабермас знаменит тем, что синтезировал понимающую социологию М. Вебера и теорию речевых актов Дж. Остина и Дж. Серля, преодолев тем самым противоположность материального и идеального на уровне общественного бытия. Слова в этой концепции признаются социально значимыми, поскольку последствия их произнесения могут выходить далеко за рамки простого обмена информацией. Речь символична, она соединяет и разъединяет, она конституирует смысл, венчает собой сложную систему действий и открывает возможности новых практик. Каждый речевой акт, согласно Ю. Хабермасу, имплицитно содержит в себе три притязания: на истинность, правдоподобие и правильность[5]. Это в определенной мере соответствует концепции трех миров К. Поппера[6] (истинность относится к миру объективному, правдоподобие — к субъективному, правильность — к миру идеально-смысловому, миру культуры в широком ее понимании). Совокупность притязаний на истинность образует теоретический дискурс, притязания на правдоподобие порождают терапевтический дискурс, что же касается правильности, она входит в область практического дискурса.

Медиацию можно понимать как систему дискурсивных практик, нацеленную на достижение взаимопонимания во всех трех поппеpовских мирах. Поскольку речь идет о разрешении социальных конфликтов, центральным, конечно, выступает практический дискурс, в то время как иные виды дискурса оказываются вплетенными в него. Необходимо уметь договариваться и об объективном положении дел, и о действительных намерениях субъектов спора, и, наконец, о том, каким будет правильное поведение с учетом первых двух факторов.

Следующая глава книги «Современные модели справедливости» посвящена теоретическим основаниям практического дискурса в об-

---

[5] См.: *Habermas J.* Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 1. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. Frankfurt am Main, 1981. S. 55 ff.

[6] См.: *Popper K.R.* Objective Knowledge: An Evolutionary Approach. Oxford; New York, 1979. P. 67 ff.

ществе позднего модерна (здесь снова привлекается терминология Ю. Хабермаса). М. Пасетти предлагает рассматривать социум как совокупность систем, имеющих тенденцию к усложнению и дифференциации (нарастанию разнообразия). Поскольку систем становится все больше и значения их становятся все менее понятны извне, в высокодифференцированном обществе особую роль начинают играть посредники, медиумы, инструменты (или органы — кому какая метафора ближе) перевода выражений с языка одной системы на язык другой. Сама коммуникация есть мегамедиум; это же можно сказать и о праве. Обособленность медиумов, как пишет Н. Луман, влечет за собой автономизацию ряда конституирующих ту или иную систему процессов. Автономия правовой системы означает, что решение, которое будет вынесено по конкретному делу, во многом уже запрограммировано законодателем или судебными инстанциями (посредством прецедентного права), следовательно, оно не может учитывать личностные особенности участников спора. Право по мере своего развития рвет все возможные связи с истиной, любовью, долгом, эмоциональной взаимностью и другими неправовыми явлениями, замыкаясь на себя. Универсалистская практика принятия решений приводит к тому, что, находясь внутри правовой системы, все сложнее ставить вопрос о справедливости (эпистемический аспект), а соответствующие ожидания остаются неудовлетворенными (этический аспект)[7].

С точки зрения теории систем направление эволюции совпадает с повышением функциональности, так что та или иная правовая процедура может считаться лучшей в том случае, когда она оказывается наиболее эффективной в тех условиях, в которых ее предполагается использовать. Система работает так, что вначале некоторые нормативные параметры начинают варьироваться, затем из множества новых комбинаций отбрасываются непригодные (имеется в виду — не подходящие для решения конкретных задач), затем оставшиеся комбинации стабилизируются, т.е. их нормативные параметры становятся неизменными, образуя материал для будущих новых вариаций. Этот процесс в принципе может продолжаться сколь угодно долго, приводя в итоге к нарастающему функциональному разнообразию внутри системы. Однако это разнообразие остается абсолютно нейтральным с ценностной точки зрения, так что нельзя оценить, лучше последующая система, чем предыдущая, или хуже. Вопрос о справедливости правовых процедур,

[7] См.: *Luhmann N.* Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt am Main, 1981. S. 43 ff.

таким образом, не может быть разрешен функционалистским образом, поэтому необходимо обращаться к иным концепциям.

Таких концепций М. Пасетти рассматривает три: утилитаризм, теорию справедливости Дж. Ролза и дискурсивную этику Ю. Хабермаса. Утилитаризм провозглашает ориентиром правильного решения возрастание общественной пользы — вплоть до достижимого на данный момент максимума, молчаливо допуская, что польза, как и вред, суть калькулируемые сущности (о чем можно вести отдельную полемику). Но даже такое сильное допущение не спасает утилитаризм от проблем. Представим себе некую группу людей, добившихся справедливого, на их взгляд, решения, которое принесет им удовлетворение. Допустим, это решение для иных групп является нейтральным, т.е. не приносит им ни вреда, ни пользы. По логике И. Бентама и его последователей, общий уровень удовлетворенности должен вырасти. Однако такое решение не может считаться справедливым, ибо другие группы остаются не включенными в сферу его действия, а невключенность сама по себе является несправедливой. Таким образом, утилитаристская теория в сочетании с процедурным пониманием справедливости оказывается небезупречной.

Концепция Дж. Ролза[8], как представляется М. Пасетти, преодолевает ограниченность утилитаристской модели, хотя имеет свои недостатки. Дело даже не в том, что Дж. Ролз вводит принцип рефлективного равновесия в заведомо идеализированную ситуацию («завеса неведения»), которой никогда не было и не могло быть в истории человечества. В конце концов то же самое делал и Т. Гоббс, и другие сторонники теории общественного договора. Проблема в том, что названный выше принцип формулируется монологически, без коллективного обсуждения, выступая некоей универсалией для любой политической коммуникации. Наличие трансцендентальных (сверхразумных) принципов, однако, означает, что некоторые моменты социальной действительности не подлежат ни сомнению, ни обсуждению, ни переделке — а это уже весьма подозрительно (в XX в. любые «метанарративы», задающие наиболее широкие рамки мысли и действия, всегда вызывали подозрение). Кроме того, и это, видимо, более важное обстоятельство, метод рефлективного равновесия требует очень тонкого и тщательного первоначального выбора этических посылок и умения делать из них логические безупречные выводы,

[8] См.: *Ролз Д.* Теория справедливости / Пер. с англ. В.В. Целищева, В.Н. Карповича, А.А. Шевченко. Новосибирск, 1995.

в связи с чем он вряд ли окажется подходящим для широкого применения, так как предполагает наличие у участников процедуры неординарных мыслительных способностей.

Дискурсивная этика Ю. Хабермаса, по мнению М. Пасетти, свободна от недостатков теории справедливости Дж. Ролза, поскольку в ней краеугольным камнем является принцип делиберативности, т.е. публичного обсуждения правил совместной жизни и общения. Этот принцип не делает никаких исключений относительно выносимых на обсуждение вопросов, так что любое конкретное правило может быть оценено второй, третий и последующий разы с точки зрения справедливости и пересмотрено по мере необходимости. Дискурсивная этика не требует и непомерных «эпистемических обязательств». Согласно Ю. Хабермасу, моральное развитие — это прежде всего развитие способностей к рефлексии. Чтобы эффективно коммуницировать, нужно уметь представлять себя как нечто внешнее, как предмет созерцания и воздействия, как «вещь в мире вещей». Специфические знания при этом играют подчиненную роль. М. Пасетти настолько симпатизирует дискурсивной этике, что оставляет перечисленные положения без критического комментария.

В главе «Смысл справедливости, обмен точками зрения и эмпатия» к анализу медиации автор применяет теорию моральной эволюции Л. Кольберга (из которой в той или иной мере исходили также Дж. Ролз и Ю. Хабермас). Л. Кольберг утверждает, что каждое моральное представление в процессе онтогенеза личности проходит ряд ступеней, или, точнее, что эволюция личности от ребенка к взрослому — это и есть эволюция его моральных представлений. Л. Кольберг выделяет шесть ступеней развития, на каждой из них у индивида существуют свои представления о справедливости, которые могут быть усовершенствованы (или опровергнуты) в процессе онтогенеза[9].

На первом уровне, согласно Л. Кольбергу, господствует гетерономная мораль, эгоцентрическое сознание ребенка со всех сторон ограничено повелениями и запретами, исходящими от авторитетных лиц (родителей). Это – доконвенциональный уровень развития морали, по Ю. Хабермасу (который использует собственную терминологию), здесь осуществляется «Я-Ты»-коммуникация и отсутствует перспектива наблюдателя. Соответственно медиативный процесс, направленный на взаимопонимание, оказывается невозможен.

---

[9] См.: *Kohlberg L.* Die Psychologie der Moralentwicklung. Frankfurt am Main, 1973. S. 94.

Второй уровень также является доконвенциональным, здесь господствует эгоцентрическая перспектива, но рождается понимание того, что существует многообразие интересов, и ребенок оказывается способным выбирать наиболее предпочтительный из них. Процессом выбора вначале руководят родители, и смысл справедливости оказывается редуцирован к полезности того или иного действия или образа поведения, при этом еще нет представления об интересах и ценностях другого индивида. Координация действий здесь возможна на уровне стратегии (в математизированном виде это описывает теория игр), поэтому во внимание принимается собственная нацеленность на победу и аналогичные запросы со стороны других. Такого рода коммуникация, согласно Ю. Хабермасу, носит инструментальный характер, поэтому на ее основе переговорные процедуры еще не могут быть построены: она не предполагает существования третьей стороны — незаинтересованного наблюдателя.

Третий уровень, согласно Л. Кольбергу, является конвенциональным и предполагает социальную конформность, формирующуюся за счет исполнения индивидом той или иной социальной роли (ожидаемые образцы поведения — сына, ученика и проч.). В любой социальной роли имманентно заложено допущение того, что есть перспектива другого лица, которая релевантна его интересам, чувствам и ожиданиям. На этом уровне моральное развитие личности опирается главным образом на стереотипы, предзаданные культурой, внутри которой протекает онтогенез. Именно здесь открывается принципиальная возможность посредничества и примирения конфликтующих сторон, возможность позиции незаинтересованного и одновременно активного наблюдателя, способного трансформироваться в медиатора.

На четвертом уровне, который также является конвенциональным, степень развития личности предполагает умение мыслить в категориях нормативности, что является более абстрактным уровнем по сравнению с мышлением, основанным на стереотипах. Здесь возникает представление о том, что такое общественный порядок и какова роль закона в его поддержании. Порядок становится самостоятельной ценностью, эта характеристика переносится и на право. По Ю. Хабермасу, на этом уровне все интеракции регулируются нормативно. Представление об авторитете становится максимально обезличенным. Медиация на этом уровне возможна, но сильно ограничена безусловным приматом позитивного права.

На пятом уровне, согласно Л. Кольбергу, возникает некий постконвенциональный эффект — предметом осмысления (и соответ-

ственно — критики) оказываются обычаи, нравы, нормы. По сути, как подчеркивает Ю. Хабермас, на этом уровне инструментальные действия уступают место коммуникативным, что открывает возможность критического дискурса, репрезентирующего конкретный правовой порядок как общественный договор. Там, где присутствует договорное начало, есть и альтернативность, так что порядок может быть пересмотрен. Соответственно именно здесь становится заметной разница между официальными ценностями, закрепленными в законе, и приватной сферой индивидов, свободной от организующего государственного воздействия. В сфере личного пространства (понимаем ли мы ее чисто психологически или как-то иначе) могут культивироваться совсем иные ценности, и они рано или поздно вступают в конфликт с официальными установками. На этом уровне развития морального сознания медиация, безусловно, возможна и желательна.

Показательно, что Р. Зельман (равно как и другие специалисты в области социальной психологии) считает, что некоторые взрослые так и не достигают в своем индивидуальном развитии пятой ступени морального сознания. Каких-либо фактических абсолютно непреодолимых препятствий к достижению данного уровня для индивида не существует, но если он не социализирован должным образом на четвертом уровне, переход на более высокую ступень исключается[10]. Другими словами, ценность медиации является подлинной и руководящей поведением при соблюдении предварительного условия — осознания ценности права как регулятора социальных отношений. Невозможно пользоваться ресурсами, открываемыми посредничеством как особой формой социального действия, и одновременно игнорировать нормативную основу порядка. Примирительные внесудебные процедуры, утверждает М. Пасетти, используется не в противовес праву, об отрицании права и нигилистическом отношении к нему речь не идет.

Наконец, на последнем, шестом уровне, согласно Л. Кольбергу, моральное сознание личности достигает полноты возможного развития, так как здесь индивиду открываются универсальные этические принципы, превосходящие и позитивное право, и межкультурные различия. Как утверждает Ю. Хабермас, от проверки норм на этой ступени сообщество может перейти к формулированию новых норм, таким образом, складывается неформальное (негосударственное) право, стоящее ближе к морали, чем право официальное. На этом уровне все

[10] См.: *Selman R.L.* Die Entwicklung sozialen Verstehens. Entwicklungspsychologische und klinische Untersuchungen. Frankfurt am Main, 1984. S. 54f.

аспекты спорной ситуации могут быть включены в процесс обсуждения и рассмотрены с различных перспектив. Практический дискурс, как считают исследователи, способен интегрировать огромное множество различных точек зрения, принадлежащих как социальным системам, так и жизненному миру.

На уровне развитого практического дискурса медиация не просто желательна — именно здесь она способна реализовать свой потенциал в полной мере, так как стороны конфликта могут предъявить друг другу — благодаря содействию посредника — те смыслы, которые они вкладывают в свои представления о должном, справедливом и правильном.

Глава «Личность как предмет практического медиативного дискурса» описывает возможности переговорных процедур в дифференцированном обществе с элементами публичной и частной автономии. Здесь рассматривается точка зрения известной исследовательницы демократии и проблем мультикультурализма С. Бенхабиб, которая критикует теории консенсуального достижения справедливости (сюда попадают и Дж. Ролз, и Ю. Хабермас) за их чрезмерную формальность, стремление к универсализации и эпистемическую рассогласованность. Пропоненты этих теорий представляют себе человека как самотождественную единицу, для которой важны только нормативные ожидания и коммуникативная компетентность. В действительности же решение моральных и правовых проблем опирается на глубокое знание всей личной истории участвующих в споре людей, их ценностей и желаний, потребностей, темперамента и проч[11]. Поэтому посредничество предполагает кроме соблюдения правил дискурсивной этики еще и эмпатию, способность вчувствоваться во внутренний мир другого. Таким образом, подлинная коммуникация включает не только когнитивные, но и эмоциональные аспекты. Как первые, так и вторые в ничтожной степени могут быть урегулированы правом.

Несмотря на видимое согласие М. Пасетти с мнением С. Бенхабиб, следующая глава книги называется «Дискурс правоприменения» и посвящена обоснованию тезиса о несовместимости практического дискурса (в смысле, который придает этому выражению Ю. Хабермас) с идеей единственно верного и справедливого решения, предполагаемой в праве. Дело обстоит именно так, уверена М. Пасетти, поскольку в первом случае речь идет об открытой модели, во втором же присутствует некая запрограммированность на результат (как видим, об эмо-

[11] См.: *Benhabib S.* Selbst im Kontext. Gender Studies. Frankfurt am Main. 1995. S. 83.

циональном и познавательном аспектах речь уже не идет). В правовой системе, пишет она, не может существовать того, что в дискурсивной этике называется идеальным коммуникативным сообществом. Последнее всегда хорошо структурировано, так что любое мнение имеет шансы быть обнародованным и принятым во внимание, тогда как политическая власть посредством практик, традиций и иных инструментов (право входит в их число) форматирует пространство коммуникации под себя, решая, кому давать слово, а кому нет. Показательно, что М. Пасетти настолько очарована идеями Ю. Хабермаса, что не позволяет себе и усомниться в обоснованности обвинений, адресуемых государству (суверену). Но исключать из коммуникации целые группы людей можно и без ссылки на действующий правопорядок, и в принципе децентрализованный характер власти не означает непременно ее обращенность «лицом к народу».

Самой короткой и информативной в книге является глава «Принципы медиации». Здесь М. Пасетти конкретизирует дискурсивно-этические положения, выделяя как минимум три регулятивных начала, обеспечивающих достижение справедливости при разрешении спора. Во-первых, назван принцип добровольности, согласно которому, принуждение к вступлению в переговоры не допускается. Во-вторых, обсуждается так называемый постулат правдоподобия, согласно которому правильно и конструктивно (будучи посредником) исходить из того, что стороны спора честны, когда приводят аргументы в свою пользу. Это же верно и для сторон конфликта. М. Пасетти подчеркивает, не без наивности, конечно, что субъект, лгущий по поводу каких-то значимых для примирения обстоятельств, сам себя исключает из участия в наилучшем решении проблемы, поскольку таковое достижимо исключительно при правдивости коммуницирующих субъектов. Третий принцип предполагает равенство высказываний, когда каждый аргумент должен проверяться на прочность и сопоставляться с иными аргументами, прежде чем будет принят или отвергнут. Данный набор принципов выглядит вполне разумно.

Глава «Медиатор как агент практического дискурса» включает рассуждения автора о детерминантах переговорного процесса. Дискурсивную этику, как пишет М. Пасетти, часто критикуют за утопичность, и не зря — ведь она пользуется понятием идеальной речевой ситуации, которая недостижима *a priori*. Идеальность в данном случае связана с понятием симметрии, предполагающим:

- равные шансы на постановку вопросов и формулировку ответов;
- равные шансы на скепсис и критику.

Понятно, почему эти составляющие важны — например, в иерархизированных системах принятия решений очень трудно обеспечить именно равенство данных шансов, так как исполнитель чужой воли вряд ли имеет право на сомнение в полученном сверху приказе и возражение.

Кроме того, Ю. Хабермас говорит о требовании равных иллокутивных и перформативных возможностей. В первом случае речь идет о равных возможностях субъектов репрезентировать собственные чувства и намерения, во втором — о взаимности поведенческих ожиданий (если я оперирую приказами, я не должен исключать вероятность неповиновения им, ведь это будет один из адекватных перформативных ответов на мой перформативный акт). Ясно, что перечисленные выше четыре условия одновременно являются и критериями, по которым псевдосогласие можно отличить от подлинного согласия. Например, если консенсус обеспечен только тем, что ряд аргументов не доведены до противоположной стороны, или тем, что взаимодействие проходило в условиях информационного дефицита, такое согласие фальшиво вне зависимости от того, какова степень субъективной удовлетворенности участников переговорного процесса.

М. Пасетти подчеркивает, что идеальная речевая ситуация обеспечивается идеальным посредником, а некто предполагается таковым, если обладает одинаково развитыми логическими, рефлексивными, эмпатическими и риторическими способностями. Но не менее важен безусловный запрет на дискриминацию: если кто-то из участников процедуры такими способностями не обладает, это не может быть основанием для лишения его голоса. Каждый, кто способен говорить, должен иметь возможность входить в дискурс[12].

Последняя глава монографии «Дискурсивные предпосылки моделей медиации» посвящена целям, которые могут быть достигнуты благодаря распространению переговорных практик. М. Пасетти называет пять таких целей: оказание услуг по запросу частных лиц, обеспечение доступа к справедливому разрешению конфликтов, обеспечение возможности обсуждения проблем, выход на социальную трансформацию и поддержка частной автономии. Нетрудно заме-

[12] Показательно, что инверсия этого принципа («каждый, кто не желает говорить, обязан покинуть дискурс») вошла в число основных начал примирительного внесудебного производства, предусмотренный Законом ФРГ о медиации. См. комментарий в работе *Alexy R.* Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begrundung. Frankfurt am Main, 1983. S. 240.

тить, что расположены цели в порядке убывания инструментального начала (или возрастания начала коммуникативного). Здесь М. Пасетти формулирует важный тезис: пока справедливость понимается в инструментальном плане, правоприменительная деятельность гораздо лучше обеспечивает ее достижение, но при смещении целевых установок в коммуникативном направлении ценность (или функциональность) правовых механизмов неумолимо снижается до такой степени, что можно с уверенностью отказывать публичной власти, например, в поддержании автономности отдельных лиц (и действительно, это не в ее интересах и может практиковаться ситуативно и только как популистской жест).

Из сказанного становится понятно главное: не бывает какой-то универсальной справедливости; есть разные виды социальных действий и с ними соотносятся разные способы справедливого разрешения споров. В каких-то случаях эффективнее традиционное применение права, в других — негосударственная медиация. В заключении М. Пасетти говорит именно о плюралистическом подходе к проблеме, но и не забывает подчеркнуть, что в дискурсивной этике медиация впервые находит себе надежную философскую опору. Конечно, читатели вправе оспорить этот вывод, но делать это следует, вооружившись аргументами, как того и требует предмет дискуссии, а это возможно лишь по прочтении данной монографии. Она не свободна от недостатков композиционного и логического характера, но в целом весьма интересна.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Ролз Д. Теория справедливости / Пер. с англ. В.В. Целищева, В.Н. Карповича, А.А. Шевченко. Новосибирск: Изд-во Новосиб. ун-та, 1995.

Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begrundung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

Benhabib S. Selbst im Kontext. Kommunikative Ethik im Spannungsfeld von Feminismus, Kommunitarismus und Postmoderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

Brenowitz St. Deadly Secrecy: The Erosion of Public Information under Private Justice // Ohio State Journal on Dispute Resolution. 2004. Vol. 19. No. 2. P. 679–708.

Fiss O.M. The History of an Idea // Fordham Law Review. 2009. Vol. 78. Iss. 3. P. 1273–1280.

Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 1. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

Kohlberg L. Die Psychologie der Moralentwicklung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973.

Luhmann N. Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

Nader L. The ADR Explosion. The Implications of Rhetoric in Legal Forms // Windsor Yearbook of Access to Justice. 1988. Vol. 8. P. 269–291.

Pasetti M. Gerechtigkeit durch Mediation. Mediation als praktischer Diskurs zur Herstellung intersubjektiver Gerechtigkeit. Frankfurt am Oder: Wolfgang Metzner Verlag, 2017.

Popper K.R. Objective Knowledge: An Evolutionary Approach. Oxford; New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1979.

Selman R.L. Die Entwicklung sozialen Verstehens. Entwicklungspsychologische und klinische Untersuchungen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

REFERENCES

Alexy, R. (1983). *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begrundung.* Frankfurt am Main: Suhrkamp. (in Germ.).

Benhabib, S. (1995). *Selbst im Kontext. Kommunikative Ethik im Spannungsfeld von Feminismus, Kommunitarismus und Postmoderne.* Frankfurt am Main: Suhrkamp. (in Germ.).

Brenowitz, St. (2004). Deadly Secrecy: The Erosion of Public Information under Private Justice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 19(2), pp. 679–708.

Fiss, O.M. (2009). The History of an Idea. *Fordham Law Review*, 78(3), pp. 1273–1280.

Habermas, J. (1981). *Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 1. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung.* Frankfurt am Main: Suhrkamp. (in Germ.).

Kohlberg, L. (1973). *Die Psychologie der Moralentwicklung.* Frankfurt am Main: Suhrkamp. (in Germ.).

Luhmann, N. (1981). *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie.* Frankfurt am Main: Suhrkamp. (in Germ.).

Nader, L. (1988). The ADR Explosion. The Implications of Rhetoric in Legal Forms. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 8, pp. 269–291.

Pasetti, M. (2017). *Gerechtigkeit durch Mediation. Mediation als praktischer Diskurs zur Herstellung intersubjektiver Gerechtigkeit.* Frankfurt am Oder: Wolfgang Metzner Verlag. (in Germ.).

Popper, K.R. (1979). *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach*. Oxford; New York: Clarendon Press; Oxford University Press.

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice.* Cambridge; Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press. [Russ. ed.: Rawls, J. (1996). *Teoriya spravedlivosti*. Translated from English by V.V. Tselishchev, V.N. Karpovich and A.A. Shevchenko. Novosibirsk: Novosibirskii universitet Publ.].

Selman, R.L. (1984). *Die Entwicklung sozialen Verstehens. Entwicklungspsychologische und klinische Untersuchungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. (in Germ.).

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Беляев Максим Александрович — кандидат философских наук, научный сотрудник сектора философии права, истории и теории государства и права Института государства и права РАН.

AUTHOR'S INFO:

Maxim A. Belyaev — Candidate of Philosophy, Research Fellow of the Legal Philosophy, Theory and History of State and Law Department, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Беляев М.А. Дискурсивная этика и примирительные процедуры. Рецензия на монографию: Pasetti M. Gerechtigkeit durch Mediation. Mediation als praktischer Diskurs zur Herstellung intersubjektiver Gerechtigkeit. Frankfurt am Oder: Wolfgang Metzner Verlag, 2017. 110 ss. // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14(2). С. 207–225. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-belyaev

CITATION:

Belyaev, M.A. (2019). Discursive Ethics and Mediation Techniques. Review: Pasetti, M. (2017). Gerechtigkeit durch Mediation. Mediation als praktischer Diskurs zur Herstellung intersubjektiver Gerechtigkeit. Frankfurt am Oder: Wolfgang Metzner Verlag. 110 pp. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 14(2), pp. 207–225. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-belyaev

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

СЕРГЕЙ ИВАНОВИЧ НЕКРАСОВ

Государственный университет управления
109542, Российская Федерация, Москва, Рязанский пр., д. 99
E-mail: s-nekrasov@yandex.ru
SPIN-код: 5523-5497
ORCID0000-0003-3606-1262

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-nekrasov

НАУЧНАЯ ЭТИКА НЕ ДОЛЖНА НАРУШАТЬСЯ

Аннотация. В условиях цифровизации становится намного легче искать научную информацию. Современные поисковые системы обеспечивают доступ к новейшим исследованиям, однако иногда в Интернете удается обнаружить не только публикации по интересующей проблематике, но и некорректные заимствования из авторских работ. В публикации рассматривается конкретный случай такого заимствования и содержится призыв к научному сообществу не допускать отклонений от сложившихся правил исследовательской этики и привлекать внимание к некорректным заимствованиям и авторам соответствующих публикаций.

Ключевые слова: информация, поисковые системы, научные публикации, научная этика, некорректные заимствования

SERGEI I. NEKRASOV

State University of Managment
99, Ryazanskij av., Moscow 109 542, Russian Federation
E-mail: s-nekrasov@yandex.ru
ORCID: 0000-0003-3606-1262

SCIENTIFIC ETHICS MUST NOT BE IMPAIRED

Abstract. In the context of digitalization it is becoming much easier to look for scientific information. The contemporary search engines provide an access to the state-of-the-art research, however sometimes web resources do not only retrieve

publications on the issue in question but also provide incorrect borrowings from original (author) papers. The publication outlines a specific case of such borrowing and contains a call to the scientific community not to admit deviations from the well-established rules of research ethics and to draw attention to incorrect borrowings and authors of the respective publications.

Keywords: information, search engines, scientific publications, scientific ethics, incorrect borrowings

Окружающая нас действительность меняется стремительно. Распространять и искать информацию становится намного легче, не является исключением и научная информация. Современный исследователь может воспользоваться различного рода поисковыми системами и интернет-ресурсами. Так, весьма авторитетная Научная электронная библиотека eLIBRARY.RU позволяет знакомиться с научными публикациями по всем областям научного знания. В этом ресурсе я обратил внимание на два сборника материалов научных конференций, изданных в Пензе в 2017 г. Внимание привлекли три статьи (две из которых опубликованы в одном сборнике), в качестве их авторов указаны представители дагестанской научной школы — Мажид Магдиевич и Лариса Владимировна Магдиловы[1].

Мой интерес был обусловлен двумя обстоятельствами. Во-первых, тематика этих публикаций относится к сфере моих научных интересов (появилась, как казалось, возможность не упустить что-то свежее и интересное), во-вторых, в этих статьях были ссылки на мои публикации, и меня интересовал контекст, в котором они упоминались. Однако в данных статьях я обнаружил не оригинальные авторские суждения, а заимствования из моих работ — механическое копирование, включая обороты, примечания, сноски[2]. «Авторы» даже не сочли не-

---

[1] См.: *Магдилов М.М.*, *Магдилова Л.В.* Вопросы взаимодействия органов государственной власти различных уровней в России // Современная юриспруденция: актуальные вопросы, достижения и инновации. Сборник статей IV Международной научно-практической конференции. В 2 ч. Ч. 1. Пенза, 2017. С. 54–56; *они же.* Правовые механизмы и проблемы изменения состава субъектов Российской Федерации // World Science: Problems and Innovations. Сборник статей XVI Международной научно-практической конференции. В 3 ч. Ч. 3. Пенза, 2017. С. 151–154; *они же*. Теоретические вопросы территориальной организации публичной власти в России // Современная юриспруденция: актуальные вопросы, достижения и инновации. С. 13–16.

[2] *Некрасов С.И.* Территориальная организация публичной власти: понятие и сущностная характеристика // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 1. С. 21–24; *он же*. Российская конституционная модель территориальной

обходимым осуществить конъюнктурную правку. Так, в одной из статей Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти Республики Татарстан упоминался как действующий правовой акт; в другой использовалась как актуальная аббревиатура Евразийского экономического сообщества, являвшегося предшественником успешно функционирующего сегодня Евразийского экономического союза (ЕАЭС).

Преподавателям вузов неизбежно приходится сталкиваться с ситуациями, когда студенческие работы содержат некорректные заимствования из других источников. Но когда подобное допускают уважаемые коллеги — научные и педагогические работники!

В стремительно изменяющейся социальной действительности какие-то традиционные принципы должны оставаться незыблемыми. К таким принципам, очевидно, можно отнести и правила научной, исследовательской этики. Именно эта — нравственная — сторона обнаружившейся ситуации, а не гражданско-правовые аспекты авторских правоотношений является для меня определяющей.

Любое научное исследование, особенно в сфере гуманитарных, общественных наук, неизбежно содержит высказанные ранее по той или иной проблеме суждения («книги пишутся из книг»). Однако, даже соглашаясь с позициями других авторов, необходимо их творчески развивать. Проблематика территориальной организации публичной власти — благодатная сфера для исследований, здесь постоянно проявляются новые тенденции, требующие научного анализа. Благодаря дискуссии (как очной — на конференциях, семинарах, круглых столах или в товарищеской беседе, так и заочной — на страницах научных изданий) осуществляется приращение нового знания.

Необходимо отметить, что после моего обращения в Научную электронную библиотеку eLIBRARY издатель достаточно оперативно отозвал одну из статей[3] (впервые пришлось на собственном опыте столкнуться с институтом ретракции и вникнуть в соответствующее понятие. — *С.Н.*) с формулировкой «в связи с неправомерным заимствованием авторами в недопустимом объеме результатов научных исследований Некрасова С.И., опубликованных в статье “Россий-

---

организации публичной власти: специфика, трансформации, проблемы оптимизации // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 5. С. 30–51.

[3] *Магдилов М.М.*, *Магдилова Л.В.* Теоретические вопросы территориальной организации публичной власти в России. См.: URL: https://elibrary.ru/item.asp?id=31205357 (дата обращения: 22.04.2019).

ская конституционная модель территориальной организации публичной власти: специфика, трансформации, проблемы оптимизации" // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 5. С. 30–51».

Но другие статьи по-прежнему «числятся» за их «авторами», сохраняются в библиотеках и на книжных полках. Данная публикация — это обращение к научному сообществу не допускать отклонений от сложившихся правил исследовательской этики и не проходить мимо их нарушений.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Магдилов М.М., *Магдилова Л.В.* Вопросы взаимодействия органов государственной власти различных уровней в России // Современная юриспруденция: актуальные вопросы, достижения и инновации. Сборник статей IV Международной научно-практической конференции. В 2 ч. Ч. 1. Пенза: Изд-во «Наука и просвещение» (ИП Гуляев Г.), 2017. С. 54–56.

Магдилов М.М., *Магдилова Л.В.* Правовые механизмы и проблемы изменения состава субъектов Российской Федерации // World Science: Problems and Innovations. Сборник статей XVI Международной научно-практической конференции. В 3 ч. Ч. 3. Пенза: Изд-во «Наука и просвещение» (ИП Гуляев Г.Ю.), 2017. С. 151–154.

Магдилов М.М., *Магдилова Л.В.* Теоретические вопросы территориальной организации публичной власти в России // Современная юриспруденция: актуальные вопросы, достижения и инновации. Сборник статей IV Международной научно-практической конференции. В 2 ч. Ч. 1. Пенза: Изд-во «Наука и просвещение» (ИП Гуляев Г.), 2017. С. 13–16.

Некрасов С.И. Российская конституционная модель территориальной организации публичной власти: специфика, трансформации, проблемы оптимизации // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 5. С. 30–51.

Некрасов С.И. Территориальная организация публичной власти: понятие и сущностная характеристика // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 1. С. 21–24.

REFERENCES

Magdilov, M.M. and Magdilova, L.V. (2017). Voprosy vzaimodeistviya organov gosudarstvennoi vlasti razlichnykh urovnei v Rossii [Issues of Interaction of Government Authorities in Various Levels in Russia]. In: *Sovremennaya yurisprudentsiya: aktual'nye voprosy, dostizheniya i innovatsii. Sbornik statei IV Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii. V 2 ch. Ch. 1.* [Modern Jurisprudence: Current Issues, Achievements and Innovations. Proceedings of the IV International Scientific-Practical Conference in Two Parts]. Part 1. Penza: "Nauka i prosveshchenie" Publ. (IP Gulyaev G.), pp. 54–56. (in Russ.).

Magdilov, M.M. and Magdilova, L.V. (2017). Pravovye mekhanizmy i problemy izmeneniya sostava sub"ektov Rossiiskoi Federatsii [Legal Mechanisms and Problems of Chan-

ging the Composition of Subjects in the Russian Federation]. In: *World Science: Problems and Innovations. Sbornik statei XVI Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii. V 3 ch. Ch. 3* [World Science: Problems and Innovations. Proceedings of the XVI International Scientific-Practical Conference in Three Parts]. Part 3. Penza: "Nauka i prosveshchenie" Publ. (IP Gulyaev G.), pp. 151–154. (in Russ.).

Magdilov, M.M. and Magdilova, L.V. (2017). Teoreticheskie voprosy territorial'noi organizatsii publichnoi vlasti v Rossii [Theoretical Issues of the Territorial Public Authority in Russia]. In: *Sovremennaya yurisprudentsiya: aktual'nye voprosy, dostizheniya i innovatsii. Sbornik statei IV Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii. V 2 ch. Ch. 1.* [Modern Jurisprudence: Current Issues, Achievements and Innovations. Proceedings of the IV International Scientific-Practical Conference in Two Parts]. Part 1. Penza: "Nauka i prosveshchenie" Publ. (IP Gulyaev G.), pp. 13–16. (in Russ.).

Nekrasov, S.I. (2013). Territorial'naya organizatsiya publichnoi vlasti: ponyatie i sushchnostnaya kharakteristika [Territorial Organization of Public Power: Concept and Essence Description]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* [Constitutional and Municipal Law], (1), pp. 21–24. (in Russ.).

Nekrasov, S.I. (2016). Rossiiskaya konstitutsionnaya model' territorial'noi organizatsii publichnoi vlasti: spetsifika, transformatsii, problemy optimizatsii [Russian Constitutional Model of the Territorial Organization of Public Authority: Specific Features, Transformations, Problems of Optimization]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* [Proceedings of the Institute of State and Law], (5), pp. 30–51. (in Russ.).

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Некрасов Сергей Иванович — кандидат юридических наук, профессор, профессор кафедры публичного права и правового обеспечения управления, Государственный университет управления.

AUTHOR'S INFO:

Sergei I. Nekrasov — Candidate of Legal Sciences, Professor, Professor of the Public Law and Support for Management Department, State University of Management.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Некрасов С.И. Научная этика не должна нарушаться // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 2. С. 226–230. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-nekrasov

CITATION:

Nekrasov, S.I. (2019). Scientific Ethics Must Not Be Impaired. *Trudy Instituta gosudarstva I prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 14(2), pp. 226–230. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-nekrasov

Труды Института государства и права РАН

2019. Том 14. № 2

Подписано в печать 17.06.2019 г. Формат $60 \times 90\ ^{1}/_{16}$.
Бумага офсетная. Печать цифровая. Усл. печ. л. 14,5. Заказ