

**Простое усыновление совершеннолетних,  
находящихся под защитой, с точки зрения Конвенции  
о защите прав человека и основных свобод\*\***

В статье рассматривается ситуация, когда буквальное следование положениям Французского Гражданского кодекса нарушает право человека на его частную и семейную жизнь и право на усыновление. Эта двойная дискриминация, порождаемая как статьями Французского Гражданского кодекса, так и их интерпретациями, представляет собой нарушение права на уважение к частной и семейной жизни, защищаемого ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), и в то же время она не учитывает положения ст. 14 той же Конвенции со ссылками на решения Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ). С точки зрения позитивного права и вытекающего из него требования законности, суд вынужден принимать решение, предписанное законом. Однако автор обосновывает механизм принятия судебного решения *contra legem* в ситуациях, когда буквальное следование позитивному праву способно повлечь за собой вопиющую несправедливость, и приводит мотивацию такого решения *de facto* и *de jure*, основываясь как на ЕКПЧ, так и на прецедентах ЕСПЧ. Техника принятия подобных решений может быть использована и российскими судьями в случае, когда буквальное следование позитивному праву будет приводить к нарушению ЕКПЧ. В статье рассматриваются также дополнительные обязательства и полномочия судьи, вытекающие из Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

**Ключевые слова:** права человека; Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод; Европейский суд по правам человека; усыновление совершеннолетних; право на частную и семейную жизнь; посягательство на частную и семейную жизнь; согласие на усыновление; интересы личности; интересы общества.

Простое усыновление совершеннолетних, находящихся под защитой, которые не в состоянии дать согласие на свое собственное усыновление, а *rigoré* невозможно с точки зрения позитивного французского права. В действительности, поскольку Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) призывает национальный суд толковать внутреннее законодательство в соответствии с Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), необходимо учитывать, что в некоторых случаях французский судья обязан положительно воспринимать заявление об усыновлении находящегося под защитой совершеннолетнего, неспособного дать согласие на свое усыновление. В противном случае, его отказ будет противоречить ст. 8 и 14 ЕКПЧ. Обязанность французских судов толковать ст. 458 Гражданского кодекса Франции (ФГК) в соответствии с Конвенцией, как, впрочем, и все другие французские законы, индуцирует неявно, но неизбежно реальную власть. Для судебной власти пришло время востребовать ее, поскольку эта власть по праву принадлежит ей в соответствии с Конвенцией.

1. На первый взгляд проблематика данного исследования представляется очень технической. На самом деле мы предлагаем, свернув с проторенных тропинок, изменить парадигму, рассматриваемую ЕКПЧ и судебной практикой Страсбургского суда. Уточним опять же, что мы рассматриваем вопрос о простом усыновлении совершеннолетних, находящихся под защитой, которые не в состоянии дать согласие на свое собственное усыновление, как борьбу с позитивизмом, сим-

---

\* **Екатерина Павловна Криеф-Семитко**, д-р права (Франция); почетный профессор УрГЮУ (г. Екатеринбург).

\*\* *Перевод с французского на русский язык В. Д. Бурковой.*

© Е. П. Криеф-Семитко, 2016

© В. Д. Буркова, перевод на русский язык, 2016

птомом слепоты, которая заставляет нас забыть, что закон должен создаваться как можно ближе к идеалу справедливости [33].

2. В связи с этим рассмотрение Закона № 2007-308 от 5 марта 2007 года, реформирующего правовую защиту совершеннолетних [26], показывает, что правовые положения были созданы с целью выполнения рекомендаций Совета Европы, которые ставят во главу принципы «верховенства интересов и благополучия личности» и «уважения к [ее] пожеланиям и [ее] чувствам»<sup>1</sup>. Именно с этой перспективой была написана ст. 458 ФГК, ибо она очевидно вписывается в данные рекомендации. Действительно, она излагает, что проведение действий, природа которых строго требует личного согласия, никогда не может позволить помощь или представительство защищаемого лица<sup>2</sup>. Французский законодатель полагает, что защищаемое лицо не может быть принуждено выполнять против его воли строго личные акты, такие как согласие на собственное усыновление<sup>3</sup>. Эти правовые положения четко нацелены на соблюдение вышеупомянутых принципов, и в частности на уважение к пожеланиям и чувствам совершеннолетних, находящихся под защитой, и, следовательно, на «уважение свобод и человеческого достоинства» [36]. Но это предполагает, что защищаемый человек способен выразить какое-либо согласие. Таким образом, норма, установленная ст. 458 ФГК, а priori соответствуют букве ЕКПЧ. Но что можно сказать об ее духе?

3. Что, если защищаемое лицо не в состоянии выразить такое согласие? Должны ли мы признать, что в этом случае защищаемое лицо никогда не сможет выполнять такие действия, в частности, что оно никогда не сможет воспользоваться правом быть усыновленным, даже если это в его интересах? Законодатель, в отличие от случаев, подпадающих под действие ст. 459 и следующих статей Гражданского кодекса, ничего не предусмотрел для таких обстоятельств. Выразил ли тем самым закон запрет на усыновление совершеннолетних, находящихся под защитой, которые не в состоянии выразить строго личное согласие? Именно с этого вопроса начинается борьба – борьба за права человека, и эта борьба «является постоянной борьбой, повсеместной, индивидуальной и коллективной. Этот вопрос постоянно обсуждается и постоянно возобновляется, не с целью ли, скорее, отточить юридическую технику?» [34, р. 277]. Нет сомнения! На самом деле, если кажется, что закон запрещает усыновление совершеннолетних, находящихся под защитой, которые не в состоянии дать согласие на свое собственное усыновление, необходимо признать, что такая интерпретация не согласуется с ЕКПЧ. Таким образом, судья должен в таких обстоятельствах положить конец спорам, интерпретируя ст. 458 ФГК в свете ЕКПЧ.

### **1. Французский закон запрещает простое усыновление совершеннолетних, находящихся под защитой, которые не в состоянии дать согласие на свое собственное усыновление**

1 (4). Работа по подготовке закона от 5 марта 2007 года показывает, что цель, которую преследовал законодатель, является абсолютно законной в той мере, в какой она способствует уважению защищаемой личности, ее чаяний и чувств. Но формулировка ст. 458 Гражданского кодекса реализует цель законодателя только в тех случаях, когда защищаемая личность в состоянии проявить строго личное

<sup>1</sup> *Блессинг Е.* О проекте закона (№ 3462) о реформе правовой защиты совершеннолетних в Национальной Ассамблее : доклад № 3557, 10 января 2007 г. [2]. – *Здесь и далее названия приводятся в переводе В. Д. Бурковой.*

<sup>2</sup> Для общего обсуждения см. диссертацию Л. Таларико «Личность находящегося под защитой совершеннолетнего» [38].

<sup>3</sup> *Массип Дж.* Согласие находящегося под защитой совершеннолетнего на свое собственное усыновление, которое является сугубо личным актом и не может быть дано вместо него опекуном [32].

согласие. Как обстоит дело с тем находящимся под защитой лицом, которое объективно и, по мнению экспертов, не в состоянии выразить волю касательно своих желаний и чувств? Французский законодатель ничего не предусмотрел для него в данной ситуации. Так что создается впечатление, что закон запрещает простое усыновление совершеннолетних, находящихся под защитой, которые не в состоянии дать согласие на свое усыновление.

2 (5). Таким образом, а priori можно было бы подумать, что с точки зрения позитивного права никто не может усыновить совершеннолетнего, находящегося под защитой, который не в состоянии дать согласие на свое усыновление [38, № 288]. Впрочем, нет никаких сомнений в том, что бывают случаи, когда такое усыновление может быть в интересах совершеннолетнего, находящегося под защитой<sup>4</sup>. Таким образом, в таких случаях, из-за молчания французского закона, принципы примата интересов и благополучия защищаемого взрослого и его право на уважение его чувств прямо и явно нарушены. В то время как находящийся под защитой взрослый не в состоянии дать согласие, он оказывается, в конечном счете, в такой же ситуации, как несовершеннолетний моложе тринадцати лет, который, как считается, не в состоянии дать осознанное согласие, на этом все для него прекращается: он не может законно дать согласие, так что он не может быть усыновлен! Ни одно решение не предлагается, чтобы преодолеть это отсутствие согласия, что обусловлено, следует помнить, только тем, что он не в состоянии дать его, не потому, а не тем, что он отказывается дать его! Бывают обстоятельства, когда это решение буквально возмутительно недостойно, или, как пишет Г. Радбрух, «действующий закон становится столь вопиюще несовместимым со справедливостью, что закон как “несправедливое право” отрицает справедливость» [40, с. 234].

3 (6). Также мы должны рассматривать, по нашему мнению, как нарушение ст. 8 и 14 ЕКПЧ отказ еще одной категории лиц по причине их возраста и инвалидности возможность вести семейную жизнь, которая обеспечила бы им как экономическое, так и эмоциональное равновесие вместе с соответствующей для их личностного развития обстановкой. Потому что на самом деле создание «классов лиц, которым вообще запрещено усыновление, равносильно лишению эффективного инструмента защиты, что противоречит преследуемой законом цели ...»<sup>5</sup>.

4 (7). Поэтому такое толкование неприемлемо в нынешнем состоянии позитивного права в области прав человека. Действительно, это слишком строгое толкование противоречило бы судебной практике ЕСПЧ, которая имеет прецедентное значение, что привело бы к принятию решений, противоречащих положениям ст. 8 и 14 ЕКПЧ.

Тем более что Гражданский кодекс Франции, в действительности, не запрещает напрямую усыновление взрослого человека, который не в состоянии дать явное согласие. Статья 458 Гражданского кодекса запрещает помощь и представительство находящегося под защитой совершеннолетнего в действиях, природа которых предполагает наличие строго личного согласия<sup>6</sup>. Другими словами, в отношении тех актов, таких как согласие на его собственное усыновление, защищаемому лицу никогда не следует иметь помощника или представителя. Оно принимает такие решения только самостоятельно. Тогда возникает проблема: является ли преодолемым не отсутствие, а неспособность защищаемого совершенно-

<sup>4</sup> Таларико Л. Указ. соч. [38]; Фавье И. Нет простому усыновлению совершеннолетнего без опекуна, если он не в состоянии дать согласие на свое собственное усыновление [24].

<sup>5</sup> Мюра Р. Невозможность усыновления совершеннолетнего, больного аутизмом, если он не в состоянии дать согласие на усыновление [35].

<sup>6</sup> Души-Удо М. Усыновление: функция опекунского суда в случаях простого усыновления находящегося под защитой совершеннолетнего [23].

нолетнего продемонстрировать свое согласие по причине инвалидности? В этом случае молчание закона оглушительно. Как некоторые уже отмечали, «напрашивается вывод, что теперь совершеннолетний опекаемый будет легкой мишенью для мошенничества в качестве усыновляющего и не сможет пользоваться защитой, которую он мог бы получить в качестве усыновляемого: прекрасный результат!»<sup>7</sup>.

5 (8). Конечно, еще до реформы закона от 5 марта 2007 года Кассационный суд уже запрещал простое усыновление совершеннолетних, находящихся под защитой, которые не в состоянии дать согласие на свое собственное усыновление [24]. Тем не менее, такое решение нежелательно. Поэтому мы не можем быть удовлетворены! Оно не является ни объективным, ни разумным<sup>8</sup>. Это то, что мы собираемся сейчас рассмотреть.

## **2. Закон не может проявлять негибкость в запрете на такое усыновление**

1 (9). Вполне вероятно, что французский законодатель хотел бы запретить усыновление совершеннолетних, находящихся под защитой, которые не в состоянии дать согласие на свое собственное усыновление, хотя не существует никакого объективного и разумного оправдания для запрета таких усыновлений в целом. Речь идет о парадоксе, который отражает «явное отсутствие баланса между поощрением к независимости и потребности в защите. Обращение к правам человека, несомненно, будет оздоравливающим моментом для всякого уязвимого совершеннолетнего, находящегося под правовым режимом защиты» [39, № 33].

2 (10). На наш взгляд, с учетом положений ЕКПЧ, есть объективные и разумные доводы, связанные с должным уважением, проявляемым французским государством к чувствам защищаемых лиц, как и к чувствам принимающей семьи, поощрять такие усыновления, а не запрещать их. Действительно, семейная жизнь является необходимым и часто достаточным обстоятельством для развития защищаемых лиц, особенно когда они особенно уязвимы по причине их психических расстройств. Исходя из этого, юридический запрет на основании ст. 458 Гражданского кодекса нарушает право на частную и семейную жизнь и порождает неприемлемую дискриминацию.

### **А. Посягательство на частную и семейную жизнь**

3 (11). Статья 458 ФГК в определенных фактических обстоятельствах представляет собой нарушение частной и семейной жизни, в то время как она находится под защитой ст. 8 ЕКПЧ<sup>9</sup>. Действительно, ЕСПЧ считает, в общем, что вопрос о существовании или отсутствии «семейной жизни» является, по существу, вопросом фактическим, который зависит от наличия близких личных связей<sup>10</sup>. Он часто напоминает, что понятие «семья», упомянутое в ст. 8, не ограничивается исключительно отношениями на основе брака, но включает и другие связи, которые могут быть названы семейными *de facto*, когда, например, стороны проживают совместно за пределами каких-либо брачных отношений<sup>11</sup>. Кроме того, Суд

<sup>7</sup> *Сальваж-Герге П.* Действия, природа которых подразумевает строго личное согласие недееспособного несовершеннолетнего (Гражданский кодекс, статья 458; L. № 2007-308 5 марта 2007 г.): категория, требующая срочного надзора [37].

<sup>8</sup> *Вассер-Ламбри Ф.* Гражданское состояние находящегося под защитой совершеннолетнего и наднациональное право по правам человека [39].

<sup>9</sup> Этому вопросу посвящена статья У. Килкелли «Право на уважение частной и семейной жизни. Руководство по применению статьи 8 Европейской конвенции о правах человека» [29].

<sup>10</sup> Постановления ЕСПЧ по делам «Маркс против Бельгии» (13 июня 1979 г., № 6833/74) [7], «К. и Т. против Финляндии» (12 июля 2001 г., № 25702/94) [18].

<sup>11</sup> См., например, Постановления ЕСПЧ по делам «Джонстон и др. против Ирландии» (18 декабря 1986 г., № 9697/82) [9], «Киган против Ирландии» (26 мая 1994 г., № 16969/90) [12], «Кроон

полагает, что отношения между родителями и взрослыми «детьми» не пользуются защитой ст. 8 без какого-либо доказательства «существования дополнительных элементов зависимости, кроме нормальных эмоциональных связей»<sup>12</sup>. С этой точки зрения Суд предлагает метод определения, являлись ли отношения семейной жизнью в соответствии со ст. 8 Конвенции. В связи с этим Суд отмечает, что необходимо принимать во внимание целый ряд факторов, как например, «живут ли партнеры вместе, и как долго, и имеют ли они совместных детей в доказательство их взаимных обязательств»<sup>13</sup>.

4 (12). Что касается конкретно усыновления совершеннолетнего, Суд вынес решение по вопросу о применении ст. 8 Конвенции, чтобы обеспечить защиту уважения семейной жизни в таких условиях. Таким образом, в одном деле, когда речь шла о семейной паре, где один из партнеров являлся биологическим родителем усыновленного – молодой женщины лет тридцати на момент, когда было принято решение об удочерении, – Суд отметил, что все три заявителя жили вместе с 1986-го по 1992 год, а затем удочеренная ушла из дома, чтобы жить с мужем, с которым она развелась в 1998 году. С 2000 года удочеренная постоянно нуждалась в уходе и поддержке, которые ей были предоставлены усыновителями. Суд заключил на основании этого, что между усыновителями и удочеренной существовала связь, которая может быть классифицирована как семья *de facto*, включая «дополнительные элементы зависимости, кроме нормальных эмоциональных связей»<sup>14</sup>. Суд также отметил в этом случае, что если бы удочеренная не была рождена в свободном союзе усыновителей, она считала бы усыновителя своим отцом<sup>15</sup>. Таким образом, будущее родство через усыновление – т. е. такое, которое будет создано между кандидатами в усыновители и находящимся под защитой совершеннолетним на основании «взвешенного анализа национального судьи», – защищается ст. 8 ЕКПЧ, если элементы конкретного дела позволяют установить фактическое существование семейной жизни, как это определено судом. Французский судья не может игнорировать этот факт!

### **Б. Явное различие**

4 (13). Статья 458 ФГК, которая требует согласия находящегося под защитой совершеннолетнего на свое усыновление, индуцирует, кроме всего прочего, явное различие между защищаемыми совершеннолетними в зависимости от того, способны ли они выразить явно свою волю; и различие между находящимися под защитой лицами в зависимости от их возраста. Другими словами, положения настоящей статьи создают двойное разграничение, в зависимости от возраста и инвалидности. Действительно, с одной стороны, когда умственно отсталый человек является несовершеннолетним, закон позволяет вмешательство судьи по делам опеки; если же он достиг совершеннолетия, то судья по делам опеки вмешаться не может, чтобы исправить недостатки закона. С другой стороны, когда находящийся под защитой совершеннолетний в состоянии дать согласие на свое собственное

---

и др. против Нидерландов» (27 октября 1994 г., № 18535/91) [13] и «X, Y и Z против Великобритании» (22 апреля 1997 г., № 21830/93) [10, р. 629].

<sup>12</sup> Постановление ЕСПЧ по делу «Кваки-Нти и Дюфи против Нидерландов» (7 ноября 2000 г., № 31519/96) [17].

<sup>13</sup> См., например, дела «Кроон и др. против Нидерландов» [13], «X, Y и Z против Великобритании» [10, р. 630].

<sup>14</sup> Постановление ЕСПЧ по делу «Эмоне против Швейцарии» (13 декабря 2008 г., № 39051/03) [4].

<sup>15</sup> См., а *contrario*, Постановление ЕСПЧ по делу «Хаас против Нидерландов» (13 янв. 2004 г., № 36983/97) [5]. Суд считал, что не было никакой семейной жизни, потому что заявитель никогда не жил с сыном и имел с ним только эпизодические контакты. См. также Постановление ЕСПЧ по делу «Сёдербек против Швеции» (28 октября 1998 г., № 113/1997/897/1109) [15].

усыновление, он может воспользоваться простым усыновлением, а в том случае, когда его инвалидность такова, что он не может дать действительное согласие на усыновление, закон не оставляет никакой альтернативы и обрекает этого человека никогда не иметь права на усыновление, а значит, и на семейную жизнь. Эта двойная дискриминация, порождаемая как статьями Гражданского кодекса, так и их интерпретациями, представляет собой нарушение права на уважение к частной и семейной жизни, защищаемого ст. 8 ЕКПЧ, и в то же время она не учитывает положения ст. 14 той же Конвенции<sup>16</sup>.

5 (14). Суд считает, что должны существовать особенно убедительные и веские причины, чтобы оправдать такое нарушение в отношении прав, подпадающих под действие ст. 8 ЕКПЧ. Однако таких причин в нашем случае не существует, поскольку французский закон разрешает усыновление несовершеннолетнего с психическими расстройствами на основании решения суда по опеке, что открывает путь для создания семейных отношений путем усыновления умственно отсталых.

6 (15). Таким образом, ограничительное толкование – толкование в узком смысле (*stricto sensu*) ст. 458 ФГК – приводит к дискриминации с ущербом для совершеннолетнего лица, имеющего психические расстройства по причине его возраста и инвалидности, что могло бы привести к вынесению решения ЕСПЧ против Франции на основании ст. 14 ЕКПЧ. Действительно, учитывая судебную практику Суда, кажется, что надо рассматривать применение внутреннего законодательства только в духе ст. 8 Конвенции без какой-либо возможности принимать во внимание положение лиц, от которых внутреннее право требует согласия на их собственное усыновление, хотя они не в состоянии дать его, что несовместимо с требованиями настоящей статьи.

7 (16). С этой точки зрения, чтобы установить справедливый баланс между конкурирующими интересами личности и общества, запрещение усыновления находящегося под защитой совершеннолетнего, который не в состоянии дать согласие на свое усыновление, не должно быть, на наш взгляд, принято к исполнению, если такая мера является несоразмерной преследуемой законом цели. В этом случае речь идет о том, чтобы определить, было ли решение, принятое в связи с конкретной ситуацией данных лиц, необходимым в демократическом обществе. Кроме того, надо задать себе вопрос, было ли оно принято для удовлетворения общественных потребностей и являются ли использованные средства соразмерными преследуемой цели. В связи с этим некоторые уже заявили по поводу реформы 2007 года, что «новый закон призван обеспечить пропорциональность. “Строго необходимые меры“, “строго личные действия” были словами, сказанными для того, чтобы ограничить судью или представителя, чтобы они больше обращали внимание на личность, а не на нормы» [25].

8 (17). Что необходимо сказать? Целью закона в данном случае является уважение желаний и чувств находящегося под защитой совершеннолетнего и его благополучия в целом. С этой точки зрения становится ясно, что полный запрет простого усыновления находящихся под защитой совершеннолетних, которые не в состоянии дать согласие на свое усыновление, является абсолютно непропорциональным или даже в некоторых случаях противоречащим преследуемой законом цели [37, № 6]. Следовательно, французский судья должен толковать ст. 458 ФГК в свете ЕКПЧ и адаптировать эту интерпретацию к рассматриваемым им фактам.

---

<sup>16</sup> О защите от дискриминации см. «Руководство по европейскому праву в вопросе о недискриминации» [31].

### **3. Французский судья обязан компенсировать правовой запрет, потому что ЕСПЧ наделил его такой властью**

1 (18). Предлагаемая проблематика проста. Можно ли считать, что если закон молчит, то не нужно ничего делать и можно и далее полагать, что невозможно давать разрешение на простое усыновление находящихся под защитой совершеннолетних, которые не в состоянии дать личное согласие? И каким бы ни был исход, возмущающий, поскольку, в конечном итоге, жестокий, настолько его объективность игнорирует чувства, о которых идет речь? Должны ли мы, наоборот, искать другие источники права, которые позволят вынести решение одновременно объективное и разумное, обосновывающее усилия, которые были приложены для обеспечения в рассматриваемом деле разумной соразмерности между используемыми средствами и целью французского закона?

2 (19). Вторая часть альтернативы более согласуется с позитивным правом прав человека и обязательствами, взятыми на себя французским судьей на основании судебной практики ЕСПЧ. Действительно, это дает национальным судьям право толковать правовые положения права в соответствии с Конвенцией<sup>17</sup>. Это право порождает обязательство, вернее обязанность, что может, на наш взгляд, рассматриваться в виде конкретного позитивного обязательства, которое Конвенция налагает на государства<sup>18</sup>. Исходя из этого, мы предлагаем сначала рассмотреть источники обязательства, возложенного на французского судью, прежде чем предложить несколько оснований для его решения в области простого усыновления совершеннолетних, находящихся под защитой, которые не могут дать согласие на свое собственное усыновление.

#### ***А. Источники обязательства, возложенного на французского судью***

3 (20). В целом, ЕСПЧ может применяться непосредственно во внутреннем праве, что уже давно признано Кассационным судом Франции<sup>19</sup>, но также вменено в обязанность ЕСПЧ<sup>20</sup>. Однако отдельное толкование ст. 458 ФГК способно нанести ущерб должному уважению к частной и семейной жизни, и в то же время это приводит к дискриминации в отношении права на уважение частной и семейной жизни между находящимися под защитой совершеннолетними в зависимости от того, в состоянии ли они принять решение, которое предполагает строго личное согласие, и теми, кто не в состоянии дать такое согласие. Точно так же данное толкование имеет эффект создания дискриминации между людьми с ограниченными интеллектуальными возможностями в зависимости от их возраста. В самом деле, не существует в данном случае разумной соразмерности между используемыми средствами и преследуемой целью, которая заключается в защите уязвимых совершеннолетних. Хуже того, эта интерпретация приводит к результату, противоположному преследуемой цели, поскольку она не позволяет особенно уязвимым защищаемым лицам иметь когда-либо семейную жизнь в результате простого усыновления.

4 (21). Поэтому такое толкование, по нашему мнению, представляет собой недопустимое вмешательство со стороны публичных властей в осуществление права на уважение частной и семейной жизни в соответствии со ст. 8 ЕКПЧ. Тем не менее, в соответствии со ст. 8, такое вмешательство возможно только при двойном

<sup>17</sup> Постановление ЕСПЧ по делу «Пла и Пенсерно против Андорры» (13 июля 2004 г., № 69498/01) [6].

<sup>18</sup> О позитивных обязательствах см. работу Ж.-Ф. Аканди-Комбе «Позитивные обязательства в соответствии с Европейской конвенцией о правах человека : Руководство по реализации Европейской конвенции по правам человека» [1].

<sup>19</sup> См., например: [22; 28; 3; 27].

<sup>20</sup> Дело «Пла и Пенсерно против Андорры» [6].

условии, что оно предусмотрено законом и является необходимой в демократическом обществе мерой, в частности для охраны здоровья или защиты прав и свобод других лиц. Если судья находит, что находящийся под защитой совершеннолетний, например, является фактически членом принимающей семьи, которая желает его усыновить, или что существуют сильные эмоциональные связи в отношении этого семейства, или же что эти связи укрепились в течение долгого времени, то, по нашему мнению, он должен иметь возможность принять решение о простом усыновлении данного защищаемого лица. Мотивация такого решения должна быть просто сформулирована *de facto* и *de jure*, основываясь как на ЕКПЧ, так и на прецедентах ЕСПЧ. Именно эту мотивацию мы намерены предложить сейчас вашему вниманию.

### **Б. Основания принятия решения в пользу такого усыновления**

5 (22). В области частной и семейной жизни, Суд неоднократно заявлял, что он предоставляет преимущественное право толковать и применять внутренние законы национальным органам и особенно судам<sup>21</sup>. Таким образом, когда последние призваны выносить решения в спорах подобного рода, национальные органы, и в частности суды, пользуются большой свободой усмотрения<sup>22</sup>. Исходя из этого, проблема посягательства на частную и семейную жизнь может возникнуть только «в случае оценки национальным судьей фактических или юридических элементов национального законодательства, которые бы являлись очевидно необоснованными или произвольными или явно противоречили основополагающим принципам Конвенции»<sup>23</sup>. В связи с этим ЕСПЧ указывает, что он в принципе не призван решать чисто частные споры. Тем не менее при осуществлении контроля Суд «не может оставаться инертным при интерпретации национальным судом правового акта, будь то завещательное распоряжение, частный контракт, публичный документ, *положение закона* (курсив наш. – *Е. К.-С.*) или же административная практика, представляющаяся неразумной или произвольной»<sup>24</sup> короче говоря, находящаяся в вопиющем противоречии с принципами, вытекающими из Конвенции<sup>25</sup>.

6 (23). Таким образом, Суд возлагает на национальный суд обязанность толковать внутреннее законодательство в соответствии с Конвенцией в отношении фактов, которые были представлены на его рассмотрение. Тем не менее, если ст. 458 ФГК гласит, что согласие на свое собственное усыновление предполагает наличие строго личного согласия, не допускающее ни помощи, ни представительства защищаемого лица, закон не предусматривает никакой альтернативы в том случае, когда находящийся под защитой совершеннолетний не в состоянии дать согласие на свое собственное усыновление. Кроме того, соблюдение *stricto sensu* этих правовых положений фактически запрещает любую возможность усыновления умственно неполноценного человека, поскольку он не может дать согласие. По нашему мнению, такое применение, несомненно, является возмутительным вмешательством в осуществление прав, гарантированных ст. 8 Конвенции, поскольку такое вмешательство оправдано только в том случае, если оно преследует законную цель и необходимо в демократическом обществе.

<sup>21</sup> Постановления ЕСПЧ по делам «Винтерверп против Нидерландов» (24 октября 1979 г., № 6301/73) [11], «Иглесиас Хиль и Ауди против Испании» (29 апреля 2003 г., № 56673/00) [16], «Сливенко против Латвии» (9 октября 2003 г., № 48321/99) [20].

<sup>22</sup> Постановление ЕСПЧ по делу «Де-Диего Нафрия против Испании» (14 марта 2002 г., № 46833/99) [8].

<sup>23</sup> Дело «Пла и Пенсерно против Андорры» [6, § 60].

<sup>24</sup> Там же.

<sup>25</sup> Постановления ЕСПЧ по делам «Ларкос против Кипра» (18 февраля 1999 г., № 29515/95) [19], «Негрепонтис–Джаннизис против Греции» (28 ноября 2011 г., № 56759/08) [14], «Пла и Пенсерно против Андорры» [6, § 59].



7 (24). Разумеется, эти правовые положения носят объективный характер, обоснованный необходимостью обеспечить в демократическом государстве примат интересов и благополучия защищаемого лица и уважение к его желаниям и чувствам. Вместе с тем механическое применение ст. 458 ФГК без какой-либо возможности принять во внимание конкретное положение защищаемого лица несовместимо с требованиями ст. 8 и 14 Конвенции. Действительно, суд признает, в общем, что уважение частной и семейной жизни требует учета социальных реалий и обстоятельств дела, чтобы избежать механического и слепого применения закона в каждом отдельном случае. По этой причине Суд установил нарушение ст. 8 Конвенции, когда пренебрежение фактическими обстоятельствами прямо противоположно «пожеланиям заинтересованных лиц и не приносит никому реальную пользу»<sup>26</sup>.

8 (25). Поэтому правильный баланс между конкурирующими интересами усыновляемого и приемных родителей, с одной стороны, и интересами общества – с другой предполагает, что отказ от принятия заявления об усыновлении находящегося под защитой взрослого, не способного выразить свое согласие, может быть осуществлен только в целях удовлетворения настоятельных общественных потребностей и при условии, что такой отказ пропорционален преследуемой законом цели. Так же, по нашему мнению, неуклонное применение ст. 458 ФГК без учета обстоятельств дела представляет собой нарушение права на уважение частной и семейной жизни как потенциальных приемных родителей, так и защищаемого совершеннолетнего; это происходит всякий раз, когда такая оценка фактов и внутреннего законодательства является явно необоснованной и находится в вопиющем противоречии с фундаментальными принципами Конвенции. Действительно, такое применение будет представлять собой грубое нарушение интимных отношений взаимной привязанности и любви, существующих между кандидатами в усыновители и находящимся под защитой совершеннолетним.

9 (26). Кроме того, такое применение безотносительно к обстоятельствам конкретного дела неизбежно приводит к дискриминации в отношении права на уважение частной и семейной жизни между находящимися под защитой совершеннолетними, в зависимости от того, способны ли они принимать самостоятельные решения, предполагающие строго личное согласие, и теми, кто не в состоянии дать такое согласие. А также, как мы уже говорили ранее, такое толкование имеет еще одним следствием порождение дискриминации между людьми с ограниченными умственными возможностями в зависимости от их возраста. Теперь эта двойная дискриминация является явным очевидным нарушением ст. 8 и 14 Конвенции, поскольку в этом случае не существует разумной соразмерности между используемыми средствами и преследуемой целью. Действительно, такая интерпретация приводит к результату, противоположному преследуемой цели, игнорируя чувства находящихся под защитой совершеннолетних и их благополучие и необоснованно нанося ущерб частной жизни кандидатов в усыновители. Это прямо противоречит пожеланиям потенциальных приемных родителей и защищаемого совершеннолетнего, не принося никому реальной пользы. Исходя из этого, такая интерпретация положений Гражданского кодекса Франции оказывает плохую услугу всему обществу. Это не оправдано ни общественными интересами, ни какой-либо общественной потребностью, ни даже защитой заинтересованного лица.

10 (27). В этих обстоятельствах нет никаких причин отклонять заявление о простом усыновлении находящегося под защитой совершеннолетнего, хотя он и не в состоянии дать согласие на свое собственное усыновление, поскольку это в его интересах. Таким образом, возникло понимание, что лакуны французского за-

<sup>26</sup> См. дела «Кроон и др. против Нидерландов» [13, § 40], «Эмоне и др. против Швейцарии» [4, § 86].

конодательства могут быть устранены с помощью комбинированного применения ст. 8 и 14 ЕКПЧ, тем более что Французский Гражданский кодекс, в действительности, не запрещает напрямую усыновление умственно отсталого совершеннолетнего. В ситуации, когда закон молчит, и с учетом положений ст. 8 и 14 Конвенции, судья может вынести решение на основании интерпретации различных правовых положений, относящихся к его решению, сообразно обстоятельствам каждого дела. Это позволит судье придерживаться принципа, установленного в ЕСПЧ, который возлагает на него обязанность интерпретировать внутреннее законодательство в соответствии с ЕКПЧ и адаптировать его к каждому рассматриваемому им делу. Так, судья может разрешить простое усыновление во благо находящихся под защитой совершеннолетних, которые не в состоянии выразить свое согласие, если из обстоятельств дела следует, что кандидаты на простое усыновление уже давно разместили у себя защищаемого совершеннолетнего; что они испытывают по отношению к нему сильную эмоциональную привязанность, воспринимая его в качестве полноценного члена семьи; что поведение защищаемого совершеннолетнего в их доме подтверждает его привязанность к потенциальным усыновителям. Иными словами, французский судья может положительно принять заявление о простом усыновлении защищаемого совершеннолетнего, не способного выразить согласие на свое усыновление, каждый раз, когда *de facto* имеет место семейная жизнь в соответствии с ЕКПЧ, поскольку семейная жизнь защищена ст. 8 Конвенции, которая в иерархии норм находится выше ст. 458 ФГК<sup>27</sup>.

11 (28). В грядущие времена было бы хорошо поразмышлять о той роли, которую ЕСПЧ отводит национальному судье, роли, которая не чужда французскому законодательству. Судам административным и судам по уголовным и гражданским делам уже, косвенно, рекомендовано взять на себя ответственность за постановление Конституционного Совета от 15 января 1975 года<sup>28</sup>. Они должны были контролировать соответствие внутреннего законодательства международным договорам или соглашениям, основываясь на ст. 55 Конституции 1958 года, которая предусматривает, что «договоры или соглашения, должным образом ратифицированные или одобренные, приобретают с момента своей публикации силу, превосходящую силу законов, при условии, что каждое соглашение или договор применяются также и другой стороной» [30, p. 256].

12 (29). Но когда речь идет о защите прав человека, осторожность – это не лучший подход. Тем более что ЕСПЧ возлагает на национальные суды функцию контроля за применением местного законодательством в ходе рассмотрения дел. Когда это применение приводит к нарушению прав человека, национальный суд обязан восполнить этот пробел, приняв решение в соответствии с ЕСПЧ. Этот долг гуманности призывает судью держать глаза открытыми, чтобы освободиться от позитивизма, и открывает перед ним новую перспективу – перспективу естественной справедливости, исполненной доброжелательности, а значит, расположенную ближе к истцу. Воплощенная справедливость, очеловеченная, осознавшая, наконец, меру своей независимости, может быть только тогда по-настоящему гарантирована, когда судебная власть получит признание [Ibid., p. 42]. Однако эта власть имеет последствия, поскольку порождает новые, еще более ограничивающие обязательства, ибо будущее «публичных свобод, в конечном счете, зависит от каждого из нас... Как это выражает статуя Бартольди, достаточно размахивать факелом своей свободы, чтобы осветить горизонт общественных свобод...» [Ibid., p. 535].

<sup>27</sup> См. дело «Эмоне против Швейцарии» (13 декабря 2008 г.) [4].

<sup>28</sup> Постановление Конституционного Совета № 74-54 DC от 15 января 1975 г. (Добровольное прерывание беременности) [21].

13 (30). Исходя из сказанного, какую бы область права мы ни рассматривали, французский судья, воодушевленный своей собственной свободой, должен проявлять свою независимость, изыскивая для каждого рассматриваемого им дела решение, которое находится за пределами позитивного права, поскольку глаза его смотрят в сторону горизонта гражданских свобод. Речь идет именно об естественной справедливости! Той самой, к которой нас призывает Европейская конвенция по правам человека.

### Литература

1. Akandji-Kombé J.-F. Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme : Un guide pour la mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme // Précis sur les droits de l'homme. – № 7. – Direction générale des droits de l'homme : Conseil de l'Europe, 2006.
2. Blessing E. Rapport Assemblée Nationale, № 3557, 10 janv. 2007, sur projet de loi (№ 3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs, devant l'Assemblée nationale.
3. Bulletin civil, 1992, ass. plén., № 13.
4. CEDH, 13 déc. 2008, № 39051/03, Emonet c/ Suisse : JCP G 2008, I, 110, № 9, obs. F. Sudre ; AJF 2008, p. 76, note F. Chénéde.
5. CEDH, 13 janv. 2004, № 36983/97, Haas c/ Pays-Bas, § 42.
6. CEDH, 13 juill. 2004, № 69498/01, Pla et Puncernau c/ Andorre : JCP G 2005, II 10052, note F. Boulanger.
7. CEDH, 13 juin 1979, № 6833/74, Marckx c/ Belgique : Rec. CEDH 1979, série A, № 31, p. 14 et s., § 31.
8. CEDH, 14 mars 2002, № 46833/99, De Diego Nafria c/ Espagne, § 39.
9. CEDH, 18 déc. 1986, № 9697/82, Johnston et a. c/ Irlande : Rec. CEDH 1986, série A, № 112, p. 25, § 55.
10. CEDH, 22 avr. 1997, № 21830/93, X, Y et Z c/ Royaume-Uni : Rec. CEDH 1997, II, p. 629, § 36.
11. CEDH, 24 oct. 1979, № 6301/73, Winterwerp c/ Pays-Bas : Rec. CEDH 1979, série A, № 33, p. 20, § 46.
12. CEDH, 26 mai 1994, № 16969/90, Keegan c/ Irlande : Rec. CEDH 1994, série A, № 290, p. 17, § 44.
13. CEDH, 27 oct. 1994, № 18535/91, Kroon et a. c/ Pays-Bas : Rec. CEDH 1994, série A, № 297-C, p. 55 et s., § 30.
14. CEDH, 28 nov. 2011, № 56759/08, Negreponis-Giannisis c/ Grèce : JCP N 2012, № 17, 1206, № 10, É. Fongaro.
15. CEDH, 28 oct. 1998, № 113/1997/897/1109, Söderbäck c/ Suède : Rec. CEDH 1998, VII, p. 3095, § 32.
16. CEDH, 29 avr. 2003, № 56673/00, Iglesias Gil et AUI c/ Espagne, § 61.
17. CEDH, 7 nov. 2000, № 31519/96, Kwakye-Nti et Dufie c/ Pays-Bas.
18. CEDH, gr. ch., 12 juill. 2001, № 25702/94, K. et T. c/ Finlande, § 150.
19. CEDH, gr. ch., 18 févr. 1999, № 29515/95, Larkos c/ Chypre, §§ 30–31.
20. CEDH, gr. ch., 9 oct. 2003, № 48321/99, Slivenko c/ Lettonie, § 105 : JCP G 2004, I, 107, № 16, obs. F. Sudre.
21. Conseil Constitutionnel. Décision № 74-54 DC du 15 janvier 1975 (Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse).
22. Cour de cassation, assemblée plénière, 11 déc. 1992, № 91-11.900 et № 91-12.373 : JurisData № 1992-002867.
23. Douchy-Oudot M. Adoption : office du juge des tutelles en cas d'adoption simple d'un majeur protégé : note sous Cassation Ire chambre civile. – 2008. – 8 oct. – préc. : Procédures 2008. – comm. 334.
24. Favier Y. Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption : note sous Cassation Ire chambre civile. – 2008. – 8 oct. – № 07-16.094 [JurisData № 2008-045278] : JCP G 2009, II, 10012.
25. Fossier Th. La protection de la personne, un droit flexible // Droit de la famille. – 2007. – étude 17.

26. Journal Officiel. – 2007. – 7 Mars. – P. 4325.
27. JurisClasseur Périodique G 1993, II, 21991, note G. Mémeteau.
28. JurisData № 1992-002595.
29. Kilkelly U. Le droit au respect de la vie privée et familiale : Un guide sur la mise en oeuvre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme // Précis sur les droits de l'homme. – № 1. – Conseil de l'Europe, 2003.
30. Lebreton G. Libertés publiques et droits de. – 7e éd. – Paris : Armand Colin, 2005.
31. Manuel de droit européen en matière de non-discrimination / Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. – CEDH – Conseil de l'Europe, 2011.
32. Massip J. Le consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption, qui est un acte strictement personnel, ne peut être donné en ses lieux et place par son tuteur // Defrénois. – 2008. – P. 2431.
33. Mazeaud H., Mazeaud L., Mazeaud J., Chabas F. Leçons de droit civil. – T. 1, vol. 1 : Introduction à l'étude du droit. – 12e éd. – Paris : Montchrestien, 2000. – № 17. – P. 48.
34. Morange J. Manuel des droits de l'homme et libertés publiques. – Paris : PUF, 2007. – № 211. – P. 277.
35. Murat P. L'inadoptabilité de l'autiste majeur, inapte à consentir à son adoption : note sous Cassation 1re chambre civile. – 2008. – 8 oct. – préc. : Droit de la famille. – 2008. – comm. 173.
36. Peterka N. Brèves réflexions sur les actes du tuteur // Leçons du droit civil : Mélanges en l'honneur de F. Chabas / études coordonnées par N. Guimezanes. – Bruxelles. – 2011. – № 6. – P. 753–758.
37. Salvage-Gerest P. Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458 ; L. № 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence // Droit de la famille. – 2009. – étude 17.
38. Talarico L. La personne du majeur protégé : Thèse. – Lyon 3, 2008.
39. Vasseur-Lambry F. Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme // Droit de la famille. – 2011. – Dossier 3.
40. Радбрух Г. Философия права. – М. : Международные отношения, 2004.

**Ekaterina Pavlovna Krief-Semitko,**

Doctor of Law (France);

Emeritus Professor at USLU and Liberal Arts University (Ekaterinburg)

**A Simple Adoption of the Adults under Protection in Terms of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms**

The article examines the situation where the literal adherence to every letter of French Civil Code violates the man's rights to privacy, family and adoption. This double discrimination caused by the articles of the French Civil Code and their interpretations constitutes the violation of the right to respect for private and family life, which is protected by the Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). At the same time, it does not take into account the Article 14 of the same Convention invoking judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR). In the context of the positive law and, consequently, the legality requirement, courts have to take decisions stipulated by the law. However, the author substantiates the *contra legem* judicial decision in case of taking a literal interpretation of the positive law that can lead to a grave injustice, and describes the motivation of these decisions *de facto* and *de jure*, referring to both ECHR and ECtHR precedents. Judges in Russia can use such decision-making procedures when the literal adherence to the positive law leads to ECHR violation. The article also regards additional obligations and powers of the judge determined by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

**Key words:** Human rights; the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; the European Court of Human Rights; adoption of the adults; right to private and family life; infringing on the privacy and family life; consent to adoption; personal interests; social interests.