

К вопросу о демократической легитимации европейских судей: сравнительная реконструкция избрания судей Европейского Суда по правам человека и Суда Европейского Союза

Армин фон Богданди, * Кристоф Кренн**

**Армин фон Богданди является директором Гейдельбергского Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву и Председателем Суда Организации экономического сотрудничества и развития по вопросам ядерного права.*

***Кристоф Кренн является сотрудником вышеуказанного Института.*

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность авторам за разрешение перевести и опубликовать данную статью. Оригинал статьи см. **Armin von Bogdandy/ Christoph Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern. Eine vergleichende Rekonstruktion der Richterauswahl zu EGMR und EuGH**, в: Juristenzeitung, 2014, с. 529 и далее.

I. Постановка проблемы	2
1. Осуществление ЕСПЧ и Судом Евросоюза публичной власти	2
2. Избрание судей с точки зрения принципов демократии	4
II. Идентичность демократических принципов Евросоюза и Совета Европы	7
1. Представительная демократия (принцип демократического представительства)	9
2. Транспарентность, участие и свободная дискуссия	11
III. Процедура отбора и назначения судей в демократической реконструкции	13

1. Разработка критериев	13
а) Страсбург: "демократические формальности" и основанное на сотрудничестве, кооперативное развитие права	14
б) Брюссель: власть экспертов и молчание государств	19
2. Применение права	24
а) Предложение списка кандидатов	24
б) Привлечение экспертов	26
с) Решение	28
IV. Заключение	28

Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) и Суд Европейского Союза (СЕС) осуществляют публичную власть весьма ощутимым и эффективным образом. Это ставит вопрос о демократическом обосновании их властных полномочий. В настоящей статье реконструируется в этом смысле процедура избрания судей ЕСПЧ и СЕС при помощи демократических принципов, установленных в праве Совета Европы и Европейского Союза. основополагающими предстают при этом три тезиса. Во-первых, при выборе судей СЕС правовая реальность не соответствует требованиям нормативных предписаний Договора о Европейском Союзе (ДЕС). Во-вторых, на уровне Совета Европы процедура избрания судей в большей степени отвечает демократическим принципам. И в-третьих, с точки зрения демократических принципов недостаточный учет институтами Совета Европы правовых норм, установленных ими самими, представляется одновременно, тем не менее, в высшей степени проблематичным.

I. Постановка проблемы

1. Осуществление ЕСПЧ и Судом Евросоюза публичной власти

В течение долгих лет избрание судей международных судов было делом дипломатии и внешней политики. Вопрос о кандидатурах на занятие судебных должностей обсуждался и решался за закрытыми дверями в аппаратах государственной администрации и министерств. Методы отбора кандидатур определялись национальными правительствами, на компетентность и опыт которых полагались при подборе подходящих кандидатов.¹ Такой способ принятия решения представлялся оправданным в тот период, когда органы международной юрисдикции находились на стадии своего становления. Эффективные судебные органы были на том этапе малочисленными, принимаемые ими решения были редкими и еще реже эти решения затрагивали положение индивидуумов. Соответственно, дипломатический опыт и государственный расчет казались наиболее подходящими инструментами, чтобы занимать судебские скамьи в дальней Гааге и в других местах. То, что деятельность этих судов могла касаться вопросов прав и свобод индивидов, демократических институтов и социальных конфликтов, представлялось тогда, во всяком случае, делом далекого будущего.

Эта ситуация коренным образом изменилась. В последние два десятилетия международные и наднациональные суды превратились в весьма действенные и эффективные учреждения; это касается в первую очередь, в частности Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) и Суда Европейского Союза (СЕС).² Их судьи укрепляют индивидуальные права,³ ограничивают деятельность профсоюзов,⁴ детализируют правоотношения в области занятости⁵ или решают споры по вопросам опеки и

1 *Ruth MacKenzie/Phillipe Sands*, в: Kate Malleson/Peter H. Russell (Hrsg.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, 2006, с. 213, 213 и сл.; *Paul Mahoney*, *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7 (2008), 313, 324.

2 *Steven Greer*, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, 2006, с. 9; *Karen Alter*, *The European Court's Political Power*, 2009.

3 ЕСПЧ (Большая палата), Послановление от 6. 10. 2005, Nr. 74 025/01 – *Hirst ./ Vereinigtes Königreich* (политические права уголовных заключенных).

4 Суд Европейского Союза, EuGH, Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10 779 – *Viking Line*.

5 Суд Европейского Союза, EuGH, Rs. C-426/11 – *Mark Alemo-Herron* (ограничение действия тарифных соглашений при переходе собственности на предприятие).

попечительства.⁶ "Классическое" представление, которое понимает международные суды исключительно как органы по урегулированию споров, уже не соответствует современному характеру международных судебных органов как мультифункциональных институтов.⁷ Они стабилизируют нормативные ожидания в результате того, что они подтверждают действие и осуществимость правил, которые они применяют. Все чаще говорится — в том числе и самими судами — о так называемом судебном праве или "прецедентном праве".⁸ Важные социальные вопросы в существенной степени регулируются их судебной практикой. Не в последнюю очередь ЕСПЧ и СЕС контролируют и легитимируют других акторов. Именно поэтому их можно также сравнить в функциональном плане с национальными верховными или соответственно конституционными судами.⁹

То, каким образом ЕСПЧ и СЕС осуществляют эти функции, часто только в самом схематичном виде обозначено в позитивном праве, в результате чего судьи формируют правовой порядок в соответствии с их собственными представлениями.¹⁰ И хотя они не располагают средствами для непосредственного применения мер принуждения, тем не менее, они располагают значительными возможностями для эффективного регулирования и управления: так например, по общему правилу, соблюдаются как конкретные решения по спорному вопросу, так и адресуемые ими широкой общественности преюдиции. Другими словами, ЕСПЧ и СЕС как мультифункциональные учреждения осуществляют публичную власть.¹¹ Признание этого факта непосредственно ведет к вопросу о легитимации, и особенно о демократической легитимации этих учреждений.¹²

6 ЕСПЧ, Постановление от 3. 12. 2009, Nr. 22 028/04 – Zaunegger *J. Deutschland*.

7 Об этих функциях более подробно см. *Armin von Bogdandy/Ingo Venzke*, *Leiden Journal of International Law* 26 (2013), 49.

8 Более детально см. *Marc Jacob*, *German Law Journal* 12 (2011), 1005, 1014 и сл.; Несмотря на то, что решение юридически связывает лишь стороны процесса, осуществляется процесс правотворчества.

9 *Samantha Besson*, в: *Patricia Popelier/Catherine Van de Hayning/Piet Van Nuffel* (Hrsg.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction Between the European and the National Courts*, 2011, с. 97, 104 и далее.

10 Исследование на примере развития правового регулирования внутреннего рынка в ЕС см. *Stephen Weatherill*, в: *Maurice Adams et al* (Hrsg.), *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, 2013, с. 87.

11 Более подробно см. *Armin von Bogdandy/Ingo Venzke*, *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, 2014, с. 16 – 30, 136 – 155.

12 Термин демократическая легитимация имеет своим предметным содержанием процессуально оформленное обоснование осуществления публичной власти, например, путем процедуры отбора и назначения судей; *Andreas Voßkuhle/Gernot Sydow* *JZ* 2002, 673, 674, 676f. В отличие от этого, термин легитимность в соответствии с

2. Избрание судей с точки зрения принципов демократии

Специфический вопрос о легитимации рассматривается в настоящей статье в контексте процедуры избрания судей ЕСПЧ и СЕС.¹³ Актуальность данной темы подтверждают реформы, проведенные в последние годы.¹⁴ Так, для обеих судебных инстанций были учреждены экспертные комитеты, которые, примечательно различным образом участвуют в оформлении процедуры назначения судей. Кроме того, больше внимания уделяется прозрачности и качеству данной процедуры.¹⁵ Эти реформаторские усилия требуют научного исследования. С этой целью настоящая статья разрабатывает демократический принцип таким образом, чтобы данный принцип способствовал догматической проработке реформ, их критики и актуализации.

При этом ориентированная на демократические принципы реконструкция позволяет сравнивать процедуры избрания судей СЕС и ЕСПЧ таким образом, чтобы полученные результаты были взаимно востребованными и полезными. При этом с самого начала следует подчеркнуть, что между обоими судами и их судьями, естественно, существуют существенные различия. Защита основных прав становится предметом рассмотрения в СЕС лишь в ограниченном числе случаев. Прежде всего, однако, СЕС является высшим судебным органом, действующим в рамках автономного, хорошо развитого и полностью самостоятельного правопорядка. Решения данного суда, принимаемые в частности в рамках процедуры принятия предварительных решений (*Vorabentscheidungsverfahren*), непосредственно действуют в национальных правовых системах государств-участников. Тем не менее, сравнение обоих судов возможно в том плане, что они в качестве надгосударственных судебных органов осуществляют публичную власть в европейском

распространенным пониманием подразумевает фактическое принятие этой власти или согласие с ней. Более подробно по вопросу о различении этих понятий см. *Matthias Jestaedt*, в: Hermann Pünder/Christian Waldhoff (Hrsg.), *Debates in German Public Law*, 2014, с. 181, 182.

13 По этой причине в статье не рассматривается вопрос о последствиях регулирования процедуры для "output" судов, соответственно, например, о его воздействии на качество судебных решений или на их восприятие общественностью. Имея в виду наличие большого числа переменных величин (привлекательность позиции, оформление внутренней процедуры, нагрузка, количество и профессиональная подготовка сотрудников, качество письменных заявлений, качество научного окружения), действительно весьма непросто показать четкие взаимоотношения.

14 См. по данному вопросу отдельные статьи в Michal Bobek (Hrsg.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, 2015.

15 *Norbert Paul Engel* *EuGRZ* 39 (2012), 486.

правовом пространстве и вследствие этого принимают непосредственное участие в его формировании. Хотя разные профили деятельности судов оправдывают расходящиеся требования к их судьям, тем не менее, процедуры их избрания и назначения могут реконструироваться при помощи общих демократических принципов и на этой основе подвергаться сравнению.

В этом отношении уже здесь можно, однако, задаться вопросом, является ли демократическая процедура избрания и назначения судей целесообразной и действительно пригодной. Согласно широко распространенному представлению, этот процесс носит чисто технический характер и во многом предопределен его юридической природой,¹⁶ когда на первом плане оказывается, прежде всего, правовая экспертиза, способность вынести суждение и тщательная оценка кандидатов. По сложившемуся мнению, для выполнения этих задач больше, чем демократические процедуры, подходят специальные учреждения, как например, экспертные комиссии. Согласно такому подходу, если пытаться улучшить процедуру отбора судей ЕСПЧ и СЕС, то ее следует "деполитизировать" и вывести из дипломатических структур в экспертные органы, но никак не "демократизировать".¹⁷ При более детальном рассмотрении процедуры отбора и назначения судей, такой подход, однако, очень быстро теряет свою убедительность. Уже только взгляд на правовые основания порождает определенные сомнения. Процедура отбора и назначения судей урегулирована соответствующими договорами лишь в самых общих чертах. Договор о функционировании Европейского Союза (ДФЕС) требует гарантии независимости и обладание профессиональными знаниями и качествами, требуемыми для занятия должностей судей СЕС (ст. 251 абз. 1 и ст. 254 абз. 2 ДФЕС). Европейская Конвенция по правам человека (ЕКПЧ) требует "высокие моральные качества" и юридическую компетентность (ст. 21 абз. 1 ЕКПЧ). Эти приблизительные контуры требований к кандидатам на судебные должности необходимо должны быть конкретизированы, чтобы стать адекватным основанием для принятия решений. Именно это и происходит на практике. Учреждения, которые уполномочены осуществлять отбор и назначение судей, привнесли свои специфические представления о независимости, экспертизе и профессиональных качествах и добавили к этим критериям, кроме того,

¹⁶ См. *Jean-Marc Sauvé*, в: Bobek (сноска 14).

¹⁷ Эти аргументы имели большое значение в дискуссии об учреждении экспертного органа (Комитета 255) для отбора кандидатов на должность судей СЕС; см. Final report of the discussion circle on the Court of Justice in the European Convention CONV 636/03 (25. 3. 2003) Rn. 6; аналогичная позиция в отношении ЕСПЧ см., например *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl. 2012, с. 40.

еще и другие.¹⁸ Наиболее важное значение при этом имеет то обстоятельство, что это происходит в генерально-абстрактной форме. Эти критерии формулируются в качестве норм в различных резолюциях, рекомендациях и отчетных докладах. Таким образом, деятельность уполномоченных в этой области учреждений и институтов ни в коем случае не исчерпывается единственно субсумирующим правоприменением (*subsumierende Rechtsanwendung*), а предполагает также и творческое правотворчество.¹⁹

Дальнейшие сомнения в правильности подхода к процедуре отбора и назначения судей как сугубо техническому и юридизированному процессу подкрепляются и соображениями сравнительно-правового характера. Нередко национальные конституции закрепляют за парламентами определенные полномочия в области назначения судей конституционных судов или сопоставимых с ними по значению верховных судов.²⁰ Со всей очевидностью процесс назначения этих судей признается на конституционном уровне важным политическим решением. Поскольку значение ЕСПЧ и СЕС во-многом не уступает значению некоторых национальных судов, то чисто экспертократическое понимание процедуры назначения судей не может быть признано состоятельным и с сравнительно-правовой точки зрения.

Реконструкция процедуры отбора и назначения судей в свете принципов демократии не означает вердикт в пользу безусловной и безотносительной политизации. Очевидно, что прямые выборы судей, как например, в США или Боливии не служат признанным примером для подражания.²¹ В той же малой степени ориентированный на демократические принципы подход должен вести к тому, чтобы судьям приписывались функции политического представительства.²² Наиболее важными в рамках настоящей статьи

18 Более подробно эти вопросы рассмотрены в разделе III.

19 Этот термин применен с тем, чтобы включить сюда не только законодательную власть в строгом смысле слова, но также и более "мягкие" формы регулирования; по вопросу о концептуализации международного "мягкого права" см. *Matthias Goldmann*, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 335.

20 Статья 94 Основного Закона ФРГ; статья 147 Федеральной Конституции Австрии; статья 135 Конституции Италии; статья 194 Конституции Польши; статья 159 Конституции Испании; статья II 2 (2) Конституции США. Более подробно см. *Andreas Voßkuhle*, *Rechtsschutz gegen den Richter: Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, 1993, с. 47 – 50, 63 – 64.

21 По США см. *Russell Wheeler*, в: Anja Seibert-Fohr (Hrsg.), *Judicial Independence in Transition*, 2012, с. 521, 528 и далее; по вопросу о прямых выборах судей в контексте регулирования, установленного вступившей в силу в 2009-ом году конституционной реформой в Боливии см. *Amanda Driscoll/Michael J. Nelson*, *Electoral Studies* (31) 2012, 628.

22 См. *von Bogdandy/Venzke* (сноска 11), с. 204.

представляются следующие два момента. Первый состоит в том, что представительные учреждения закрепляют законодательные основы назначения судей в рамках открытого и коллективного процесса. Второй момент связан с тем, что установленные критерии применяются в процессе отбора и назначения судей транспарентным и делиберативным образом. Сформулированная таким образом программа может также нейтрализовать опасения, что применение принципов демократии к судам может создать угрозу независимости судей, которая является неотъемлемым условием дееспособной судебной системы.

II. Идентичность демократических принципов Евросоюза и Совета Европы

В настоящем разделе статьи разрабатывается проблематика тождественности демократических принципов в праве Европейского союза и в праве Совета Европы, применение которых к процедуре назначения судей рассматривается затем в следующем разделе. Сразу следует подчеркнуть, что при этом речь идет не о том, чтобы разработать правовые принципы, позволяющие оценивать неправомерность или противоправность определенных правил или практик. Нижеследующее рассмотрение концентрируется исключительно на основополагающих принципах, которые юридически обосновывают и оправдывают теоретико-правовую реконструкцию и конституционно-политические оценки.

В Европейском Союзе развитие демократических принципов достигло наиболее высокого уровня. Никакой иной публичный институт, находящийся за пределами государства, не располагает такой публичной властью как Европейский Союз. По этой причине в ходе дискуссии, длящейся уже более двадцати лет, интенсивному рассмотрению были подвергнуты возможные стратегии демократической легитимации публичной власти Союза.²³ Результатом этой дискуссии стали в частности

23 Начиная с 2008-го года, данная дискуссия приобрела новый импульс в рамках так называемого финансового и долгового кризиса; см. *Ingolf Pernice et al*, Die Krise demokratisch überwinden: Reformansätze für eine demokratisch fundierte Wirtschaftsund Finanzverfassung Europas, 2012; *Miguel Maduro/Bruno de Witte/Mattias Kumm*, The Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal and Political Issues of a Fiscal Crisis, Policy Report 10 May 2012, доступно в интернете: <http://globalgovernanceprogramme.eui.eu/wp-content/uploads/2012/06/Policy-Report10May20121.pdf> (посещение: 15. 4. 2014).

закрепленные в статьях 9 - 12 ДЕС "демократические принципы" ЕС.²⁴ Они были введены Лиссабонским договором в первичное право Союза и должны оформить учреждения и институты Союза ответственным, делиберативным и транспарентным образом. Эти принципы разрабатывались в процессе широкого и обстоятельного обсуждения и были утверждены в результате национальных ратификационных процедур, в ходе которых они были поддержаны впечатляющим большинством голосов, как правило, большинством, достаточным для внесения изменений в конституции.²⁵ Статьи 9 - 12 ДЕС основаны таким образом на консенсусе подавляющего большинства европейских граждан. Исходя из буквального текста и систематики данных норм, не вызывает при том сомнения, что их действие распространяется на все учреждения и институты Союза, в том числе также и на СЕС.²⁶

Совет Европы не располагает сравнимым каталогом демократических принципов. Однако, признание правил демократического правления четко зафиксировано в его учредительных документах. Защита и практическое осуществление демократии составляют центральные цели Совета Европы.²⁷ И, в свою очередь, Совет Европы считает себя связанным демократическими принципами.²⁸ Хотя каталог таких принципов и отсутствует, все же, как и на уровне ЕС, представительство, транспарентность и открытое, свободное обсуждение имеют и здесь фундаментальное значение, как это следует из организационно-институционального права Совета Европы и ряда инструментов так называемого "вторичного" права. Предлагаемая в настоящей статье реконструкция процедуры отбора и назначения судей не является таким

24 Английская и французская версия говорит о *democratic principles* или соответственно *principes démocratiques*.

25 Не в последнюю очередь они контролируются конституционными судами; см. испанский Конституционный суд, решение от 13. 12. 2004 – Rs. 1/2004; германский Федеральный Конституционный суд, решение от 30. 6. 2009 = BVerfGE 123, 267, 353; чешский Конституционный суд, решение от 8. 3. 2006 – Pl. ÚS 50/04; решение от 3. 5. 2006 – Pl. ÚS 66/04, пункт 53; решение от 22. 11. 2008 – Pl. ÚS 19/08, пункт 97.

26 Статья 10 ДЕС четко говорит в общем виде о "функционировании Союза", который "во всей своей деятельности" в соответствии со ст. 9 ДЕС должен основываться на демократических принципах. Дифференциация по институтам осуществляется только в ст. 13 ДЕС.

27 См. второе основание преамбулы и статью 1 Устава Совета Европы (5. 5. 1949) ETS 1.

28 Совет Европы (Комитет Министров), "О доступе к документам Совета Европы", "Access to Council of Europe documents" (12. 6. 2001) CM Res 2001/6 "Convinced that the application by the Council of Europe of the principles and standards which it lays down for its member states is a fundamental element of the Organisation's credibility and consistency."

образом произвольно надуманным интеллектуальным упражнением, лишенным позитивно-правовой основы.

1. Представительная демократия (принцип демократического представительства)

Государства-участники рассматривают себя представительными демократиями, и, соответственно, национальные парламенты нередко оказываются вовлеченными в процедуру отбора и назначения судей на важнейшие судебные должности.²⁹ Например, выбор судей верховных судов это обусловленный многими значащими факторами и последствиями процесс, и поэтому представители граждан государства должны принимать участие в принятии решения о том, кто должен занять соответствующую должность.³⁰ В соответствии со ст. 10 ДЕС, также и ЕС основывается на принципе представительной демократии, который находит в данной норме примечательное и важное дальнейшее развитие, особо релевантное применительно к процедуре выбора судей. Данная статья (второй абзац) предопределяет две легитимационные линии, которые обосновывают многоуровневую модель европейской демократии (*Mehrebenenmodell europäischer Demokratie*). Граждане Союза представлены в Европейском Парламенте, который они избирают в ходе прямых и всеобщих выборов. В свою очередь, европейские народы представлены в Европейском Совете и Совете, в состав которых входят представители национальных правительств, ответственных перед национальными парламентами или непосредственно перед гражданами государств-участников. Центральное значение национальных парламентов подтверждается в том числе статьей 12 ДЕС, которая закрепляет за национальными парламентами важную роль в формировании европейской политики и контроле за её осуществлением. Следовательно, гражданам Союза сегодня гарантируется демократическое представительство не только в их национальных парламентах, но и в Европейском Парламенте.³¹

29 См. дальнейшие ссылки в сноске 20.

30 В соответствии с этим, многие национальные суды принимают свои решения от имени политического сообщества; § 25 абзац 4 германского закона о Федеральном Конституционном суде: "Решения Федерального Конституционного суда принимаются от имени германского народа"; ст. 454 французского ГК: "Решение принимается от имени французского народа"; ст. 101 абзац 1 итальянской Конституции: "Правосудие осуществляется от имени народа".

31 *Dora Kostakopoulou* ELJ 13 (2007), 623; *Jürgen Habermas* EJIL 23 (2012), 335, 343.

Подобная демократическая многоуровневая структура предполагает необходимость того, чтобы процедура отбора и назначения судей понималась как задача, требующая общей ответственности.

Также и Устав Совета Европы содержит в этом смысле ясные и четкие предписания: в состав его центральных органов, Комитет министров и Парламентскую Ассамблею, входят "представители" государств-участников.³² Действующее правовое регулирование указывает, вместе с тем, на эти учреждения, когда речь идет об определении структур, в которых происходит формирование политической воли Совета Европы. В состав Комитета министров входят министры иностранных дел соответствующих государств-участников или замещающие их высокопоставленные дипломаты,³³ в Парламентской Ассамблее объединены депутаты, которые делегируются национальными парламентами.³⁴ Также как и в Евросоюзе,³⁵ в Совете Европы можно наблюдать определенную динамику в сторону усиления парламентского компонента. Довольно быстро парламентский орган СЕ изменил свое наименование с "совещательной" на "парламентскую" ассамблею и стал активно использовать свои парламентскую компетенцию и полномочия, в том числе компетенцию в области выбора и назначения судей ЕСПЧ. Несмотря на то, что Парламентская Ассамблея не выбирается на основе прямых и непосредственных выборов, можно сказать, что она представляет интересы граждан с точки зрения транснациональной перспективы.³⁶ Соответственно, многое говорит в пользу того, чтобы также и Парламентскую Ассамблею рассматривать как учреждение, обладающее мандатом на демократическое представительство.³⁷

Естественно, существуют и важные черты отличия по отношению к Европейскому Парламенту. Если Парламентская Ассамблея Совета Европы следует модели международного парламентаризма, которая основана на взаимодействии и совместной деятельности представителей национальных парламентов, Европейский Парламент ЕС осуществляет представительство

32 Статьи 14 и 25 Устава Совета Европы (сноска 27).

33 Статья 15 Устава Совета Европы (сноска 27).

34 Art. 25a Устава Совета Европы (сноска 27).

35 *Berthold Rittberger* JCMSt 50 (2012), 18.

36 *Isabelle Ley*, *Opposition im Völkerrecht. Ein Beitrag zu den legitimationstheoretischen Grundlagen internationaler Rechtserzeugung und ihrer Anwendung*, Heidelberg u.a., 2015, указывает, что решения Парламентской Ассамблеи могут обуславливаться как противостоянием между государствами-участниками, так и различиями в политических позициях.

37 Вопрос относительно демократических субъектов, от имени которых принимаются решения, весьма неоднозначен; здесь эта тема не может быть рассмотрена детально; более подробно см. *von Bogdandy/Venzke* (сноска 11), в частности с. 286 – 292.

новой политической общности (*politische Gemeinschaft*). Это ключевое различие ничего не меняет в том, что оба органа выполняют функцию демократического представительства за пределами рамок национального государства.

2. Транспарентность, участие и свободная дискуссия

Естественно, за пределами рамок государств представительная демократия оказывается поставленной перед особыми вызовами. В частности, представительные учреждения оказываются слабо включенными в реальные общественные структуры.³⁸ Это говорит, с одной стороны, в пользу того, чтобы интегрировать национальные парламенты в процесс осуществления правления за пределами рамок государства, как это, например, устанавливает статья 12 ДЕС. С другой стороны это побудило многих к более глубокому исследованию того потенциал, который приобретают делиберативные процессы для легитимации осуществления публичной власти европейскими институтами.³⁹ Вопрос о том, как принимается решение приобретает все большее значение. Можно констатировать, что публичные учреждения и институты, действующие за пределами рамок национального государства, в еще большей степени, чем национальные институты, должны заботиться о своей демократической легитимации.

В праве Евросоюза это соображение нашло свое отражение в статье 11 ДЕС.⁴⁰ Эта норма требует, чтобы решения принимались максимально открыто,⁴¹ чтобы было обеспечено широкое участие и чтобы в ходе обсуждения и принятия решений преобладали делиберативные и дискурсивные формы. Привлечение различных точек зрения и их обсуждение в открытой и широкой дискуссии обогащают процесс принятия решения самым разнообразным образом.⁴²

38 Исследования выборов в Европейский Парламент 2009 года показали специфические тенденции развития; по данному вопросу Special Symposium: Electoral Democracy in the European Union в: *Electoral Studies* 30 (2011), 1.

39 По данному вопросу см. *Christian Joerges/Jürgen Neyer* ELJ 3 (1997), 273 и *EUI Working Papers LAW No. 2006/20; Erik O. Eriksen, The Unfinished Democratization of Europe*, 2009.

40 Более подробно *Joana Mendes* CMLRev. 48 (2011), 1849.

41 См. также статью 1 абзац 2 ДЕС и статью 15 ДФЕС.

42 Демократические модели, основанные на принципах участия и открытого дискурса, стали основным направлением в современной теории демократии; см. например, *Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein, The Constitutionalization of International*

Транспарентность позволяет учитывать все релевантные знания и опыт. Понятность и предсказуемость действий публичной власти и возможность определения и распределения ответственности имеют центральное значение с точки зрения демократичности ее структур, особенно в рамках комплексной многоуровневой системы. В этой связи СЕС в своей более поздней судебной практике подчеркнул фундаментальную демократическую основу действующих в ЕС норм о транспарентности. Принцип демократической открытости - это правило, а отказ от этого принципа и принятие решения "за закрытыми дверями" это, наоборот, исключение из правила, нуждающееся в обосновании и оправдании.⁴³ По смыслу и целям, сформулированным в учредительных договорах ЕС, участие, обсуждение и транспарентность - это центральные составные части демократического правления в Европе.

Аналогичные демократические принципы обнаруживает и право Совета Европы, хотя они в большей степени направлены на действия государств-участников, чем на сам Совет Европы.⁴⁴ Признание и приверженность механизмам участия и открытого обсуждения находят свое отражение в том числе в правилах и регламенте Комитета Министров, которые предусматривают консультации и совещания с другими учреждениями и экспертными структурами.⁴⁵ Относительно транспарентности определяющее значение имеет Европейская конвенция о доступе к официальным документам 2009 года (*Convention on Access to Official Documents*).⁴⁶ В ней подчеркивается значение транспарентности публичных учреждений в плюралистическом и демократическом обществе. В контексте принципов демократического правления за пределами рамок национального государства это должно действовать также для наднациональных и международных властных структур.⁴⁷ Таким образом, в рамках Совета Европы не только устанавливаются соответствующие директивы для государств-участников, но и формулируются установки на

Law, 2009, с. 268 – 71; *Deirdre Curtin*, Postnational Democracy: The European Union in Search of a Political Philosophy, 1997, с. 53 – 61; *Amartya Sen*, The Idea of Justice, 2009.

43 EuGH, verb. Rs. C-39/05 P und C-52/05 P. Slg. 2008, I-4723 – Schweden und Turco ./ Rat, пункты 45 – 46; и Rs. C-280/11 P – Rat ./ Access Info Europe, пункты 32 – 33.

44 См. тем не менее Совет Европы (Комитет Министров), "О доступе к документам Совета Европы" (сноска 28).

45 Совет Европы (Комитет Министров), Правила процедуры для заседаний заместителей министров, Rules of Procedure for the meetings of the Ministers' Deputies (4. 7. 1955, в редакции 2005 года), статья 15; см. также Совет Европы (секретариат Комитета Министров) Hearings and exchanges of views within the Ministers' Deputies (11. 3. 2008) CM/Bur/ Del(2008)2 revised.

46 Совет Европы, "О доступе к официальным документам Совета Европы" (18. 6. 2009) CETS 205, четвертое основание преамбулы.

47 *Anne Peters*, в: Andrea Bianchi/Anne Peters (Hrsg.), Transparency in International Law, 2013, с. 534, 562 и далее.

транспарентность для институтов этой организации. Также и в Совете Европы конфиденциальность - это исключение, а транспарентность, в отличие от этого, - правило.⁴⁸

III. Процедура отбора и назначения судей в демократической реконструкции

Демократические принципы нуждаются в конкретных процессах и практиках с тем, чтобы иметь практическое действие. Если пытаться оценить демократическое содержание процедуры назначения судей ЕСПЧ и СЕС, эти принципы следует реконструировать. Ниже предпринимается попытка исследовать сначала развитие критериев для выбора судей и затем собственно сам процесс отбора конкретных кандидатов. В то время, как на первом этапе речь идет о том, каким образом разрабатываются абстрактные критерии и требования, предъявляемые к надлежащей кандидатуре на судейскую должность, то лишь на втором этапе предметно обсуждается, как выбираются конкретные кандидаты. Естественно, процесс определения критериев и процесс их применения на практике тесно переплетены друг с другом. Тем не менее, нельзя недооценивать большое познавательное значение дифференциации между генерализирующим открытым правотворчеством, с одной стороны, и индивидуализирующим и предетерминированным правоприменением, с другой стороны.⁴⁹

1. Разработка критериев

И в ЕС, и в Совете Европы неопределенные и расплывчатые предписания относительно выбора судей СЕС или соответственно судей ЕСПЧ, как они закреплены в учредительных документах ЕС и в Европейской конвенции по правам человека, находят свою институциональную конкретизацию, которая осуществляется, однако, примечательно различным способом. В Страсбурге движущей силой является Парламентская Ассамблея в сотрудничестве с национальными правительствами, Комитетом министров и ЕСПЧ. Производя и преодолевая

48 Совет Европы (Комитет Министров), "О доступе к документам Совета Европы" (сноска 28), третье основание преамбулы; см. также Совет Европы (Парламентская Ассамблея), Transparency of the work of the Committee of Ministers (4. 11. 2005) Doc 10 736.

49 Более подробно см. *Christoph Möllers, Gewaltengliederung*, 2005, с. 94 – 111.

"неизбежную суматоху" демократического правления, Парламентская Ассамблея СЕ в открытом и делиберативном процессе установила ряд критериев в отношении выбора судей и при этом нашла также решения для многих столь важных, столь и спорных вопросов. В то время как в Страсбурге вопрос о том, каким требованиям должен отвечать кандидат на пост судьи ЕСПЧ решается, так сказать, в условиях действия определенных "демократических формальностей", в Брюсселе все происходит значительно более строго. Там ключевую роль играет Комитет, созданный на основании ст. 255 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), т.н. "Комитет 255", который в своих отчетных докладах закрепил сформулированный экспертами каталог критериев для отбора кандидатов на должность судей.

а) Страсбург: "демократические формальности" и основанное на сотрудничестве, кооперативное развитие права

Выбор судей ЕСПЧ - это одна из наиболее заметных и важных компетенций Парламентской Ассамблеи. С середины 90-ых годов последняя стала активно участвовать в регулировании данной процедуры.⁵⁰ При этом был сформулирован целый ряд ключевых политических рекомендаций, как например, необходимость совершенствования процедуры и методов отбора на национальном уровне, наличие у кандидатов в судьи знаний иностранных языков или же задача увеличить процент женщин-судей в ЕСПЧ до 40 % от общего числа судей. В ряде своих правовых актов, рекомендаций, резолюций и отчетов Парламентская Ассамблея закрепила определенные ориентиры и установки для судей ЕСПЧ.⁵¹ Судья должен быть компетентен и коммуникабелен, он должен осознавать общественно-политическое значение своей деятельности, проявлять гуманность и верно служить интересам общего блага.⁵² В судебной коллегии, к которой он принадлежит, должны быть равномерно

50 Целый ряд процессуально-правовых изменений направлен на то, чтобы обеспечить фактологические основания для принятия решения. Это включает в себя, в частности, стандартные формуляры для биографических данных кандидатов, собеседования с кандидатами, которые проводятся подкомиссией Парламентской Ассамблеи. Они были введены Резолюцией Res. 1082 (1996).

51 Обзор предложенных Парламентской Ассамблеей реформ см.: Доклад Комитета по правовым вопросам и правам человека, AS/Jur/Inf (2012) 02 rev4 (7. 12. 2012).

52 Совет Европы (Парламентская ассамблея), Доклад Комитета по правовым вопросам и правам человека, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Doc. 9963 (7. 10. 2003), пункт 56. В этом документе, наряду с вышеназванными критериями перечислены также и другие критерии.

представлены мужчины и женщины. Помимо этого, важное значение имеет знание иностранных языков.⁵³

Можно спорить по поводу того, убеждают ли все эти критерии. Что, тем не менее, подкупает с точки зрения реализации демократических принципов, то это сам процесс, в котором вырабатывались эти критерии. Это хорошо демонстрирует специфический раздел каталога разработанных в Совете Европы критериев, связанный с равным представительством полов в ЕСПЧ. Чтобы достичь этого, Ассамблеей было предусмотрено, что в предлагаемых национальными правительствами списках кандидатов для избрания на судебскую должность должны быть представлены также и судьи-женщины (т.н. "смешанные списки").⁵⁴ Исключения допустимы лишь в том случае, если в предложении названы только кандидаты, которые принадлежат к полу, недопредставленному в Суде, или если государство ссылается на особые обстоятельства.⁵⁵ Эти планы Парламентской Ассамблеи были предметом интенсивных парламентских дебатов. При этом сформулированные предложения обсуждались открыто и со временем они стала преобладающей точкой зрения. С одной стороны, Парламентская Ассамблея реагировала на недостаточный прогресс в государствах-участниках,⁵⁶ с другой стороны, она вела дискуссию с Комитетом Министров и национальными правительствами.

Комитет Министров уже сравнительно рано подтвердил в качестве одной из важных целей⁵⁷ необходимость достижения гендерного баланса при выборе судей ЕСПЧ.⁵⁸ Тем не менее, стремление Парламентской Ассамблеи настаивать на введении смешанных списков предложенных кандидатов наталкивалось на серьезное сопротивление. Например, во время избрания судьи от Мальты в 2006-ом году мальтийское правительство предложило список с тремя кандидатами мужского пола. Этот шаг правительство пыталось оправдать тем, что несмотря на объявленный публичный конкурс, в конечном счете, так и не удалось найти подходящую кандидатуру женского пола. Тем не менее, Парламентская

53 Там же, пункт 10.

54 В соответствии со статьей 22 ЕКПЧ каждое государство-участник представляет список, включающий трех кандидатов, из которых Парламентская ассамблея избирает одного кандидата.

55 Совет Европы (Парламентская Ассамблея), Резолюция 1366 (2004), измененная Резолюцией 1426 (2005), Резолюция 1627 (2008) и Резолюция 1841 (2011).

56 Совет Европы (Парламентская Ассамблея), Резолюция 1627 (2008) и Резолюция 1841 (2011).

57 Комитет Министров всегда настаивал на возможности допускать исключения из правила смешанных списков.

58 Совет Европы (Комитет Министров), Руководящие положения Комитета министров Совета Европы, Guidelines of the Committee of Ministers, CM(2012)40 final (29. 3. 2012), II.8.

Ассамблея настаивала на смешанном списке. В ответ Мальта возразила, что Парламентская Ассамблея вовсе не уполномочена отклонять предложенный национальным правительством список из трех кандидатов по соображениям гендерного равенства и соответственно расширять круг установленных в ст. 21 ЕКПЧ критериев (признанный авторитет в качестве юристов и высокие моральные качества) какими-либо дополнительными требованиями.

В целях урегулирования данного конфликта ЕСПЧ принял консультативное заключение.⁵⁹ Действия Суда в этой связи весьма примечательны. Почти две трети его заключения посвящены детальному рассмотрению предыстории спора. Он особо выделил обстоятельность и глубину дебатов в Парламентской Ассамблее и её принципиальное согласие с Комитетом Министров относительно требования сбалансированного представительства полов в Суде. Кроме этого, ЕСПЧ включил в свое заключение также и сравнительно-правовую экспертизу. При этом он констатировал, в частности, тенденцию к более взвешенному в гендерном отношении составу как международных судов, так и конституционных и верховных судов государств-членов Совета Европы.⁶⁰ В результате проведенного изучения вопроса Суд не предписал какое-либо собственное понимание принципа гендерной справедливости в его применении к представительству полов в Суде. В большей степени он скорее поддержал Парламентскую Ассамблею в самой постановке проблемы и также в предложенном подходе к ее решению, но сформулировал, тем не менее, необходимость предусмотреть исключения в случае, если все предпринятые надлежащие усилия не привели к результату. Парламентская Ассамблея отреагировала на заключение Суда и внесла рекомендованные изменения. После этого наличие исключительных обстоятельств, которые допускают отклонение от соблюдения принципа "смешанных списков", могут быть подтверждены большинством в две трети голосов членов компетентной подкомиссии Парламентской Ассамблеи.⁶¹

Развитие процедур и критериев для обеспечения гендерно сбалансированного состава ЕСПЧ является успешным примером "кооперативного" развития права, то есть развития, основанного на сотрудничестве. Своими продуманными и осмотрительными действиями

59 ЕСПЧ (Большая палата), Консультативное заключение Европейского суда по правам человека от 12.02.2008 "О некоторых правовых вопросах относительно списков кандидатов, представляемых для проведения выборов судей в Европейский суд по правам человека" (Certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights).

60 Там же, пункты 34 – 35 и 49.

61 Совет Европы (Парламентская Ассамблея), Резолюция 1841 (2011), пункт 6.3.

Парламентская Ассамблея укрепила легитимационную основу сформулированного ей требования. Ей удалось обеспечить поддержку так называемой "второй палаты" Совета Европы, Комитета Министров, и она обстоятельно рассмотрела правовое заключение ЕСПЧ и конструктивно отреагировала на мнения национальных правительств. С точки зрения демократических принципов кооперативные, делиберативные элементы этого процесса и учет мнений различных органов и структур вполне убеждают. Также и статистические данные подтверждают, что такая кооперативно-демократическая стратегия оказалась успешной: в настоящее время 18 из 47 судебных мест в ЕСПЧ заняты женщинами. Это соответствует квоте в 38 %, которая отчетливо отличается от 19-ти процентной квоты судей-женщин в СЕС.⁶²

Процесс разработки и развития критериев для отбора судей в Совете Европы позволили инклюзивным образом сформулировать политически чувствительные и потенциально спорные критерии. Важная процессуально-правовая инновация может оцениваться также и с этой точки зрения. Ведь Парламентская Ассамблея смогла вместе с Комитетом Министров сформировать политически авторитетную позицию, позволившую усилить давление на национальные правительства, с тем, чтобы улучшить предварительную процедуру номинирования трех кандидатов в судьи по национальным спискам. Это в равной степени столь же щекотливая, сколь и центральная проблематика, особенно ввиду совместной ответственности национальных и транснациональных учреждений за подбор и назначение европейских судей в СЕ.

В соответствии с предписаниями ст. 22 ЕКПЧ, Парламентская Ассамблея выбирает кандидата в судьи ЕСПЧ из трех кандидатур, предложенных в национальном списке. При этом в её практике стало правилом, что она выбирает одного из трех предложенных кандидатов, если национальные процессы отбора и номинации соответствовали определенным основополагающим принципам, а именно были осуществлены демократическим, транспарентным и недискриминационным образом.⁶³ В таком подходе свое четкое отражение находит идея, что национальный и транснациональный компонент выбора

62 Из 37 судей и генеральных адвокатов СЕС лишь семь - женщины. Непосредственно среди судей СЕС ситуация несколько более сбалансированная. Шесть из 28 судей - женщины. Это соответствует квоте в 21 процент (по состоянию на 10. 1. 2014).

63 Совет Европы (Парламентская Ассамблея), Резолюция 1646 (2009), пункт 2. Уже ранее см. Совет Европы (Парламентская Ассамблея), Рекомендация 1649 (2004). Это может включать в себя объявление публичных конкурсов на занятие судебной должности и заслушивание представителей национальных парламентов. Эти требования были поддержаны Комитетом Министров: Совет Европы (Комитет Министров), СМ (2012) 40final (29. 3. 2012).

судей тесно связаны друг с другом, а успех и легитимность данной процедуры определяются взаимодействием национальных и транснациональных учреждений.⁶⁴ Такая взаимосвязь и координация основывается на следовании общим принципам. Принципы, требующие отсутствие дискриминации, прозрачность и демократию закреплены в правопорядках государств-участников и в самой ЕКПЧ.⁶⁵ Они предлагают общие рамки, которые направляют и ограничивают осуществление публичной власти.⁶⁶ Парламентская Ассамблея не устанавливает в отношении национальных процедур отбора каких-либо конкретных содержательных предписаний, и тем более не регулирует национальные процедуры в деталях. Скорее наоборот, усилия Парламентской Ассамблеи направлены на обеспечение легитимных национальных процедур отбора и таким образом на активизацию потенциала комплексного механизма легитимации.⁶⁷

в) Брюссель: власть экспертов и молчание государств

В Европейском Союзе развитие критериев и правил при выборе кандидатов на судебные должности проходит в ином направлении. Наиболее заметным актором в этом процессе является предусмотренный

64 Наиболее четко это отражено в: Совет Европы (Парламентская Ассамблея), Резолюция 1646 (2009) пункт 1: "[Ассамблея] ... подчеркивает важность наличия надлежащих национальных процедур отбора, с тем чтобы обеспечивать и повышать качество, эффективность и укреплять авторитет Суда ([The Assembly] ... underlines the importance of appropriate national selection procedures in order to ensure and reinforce the quality, efficacy and authority of the Court.)" Уже ранее см. Совет Европы (Парламентская Ассамблея), Рекомендация 1429 (1999).

65 Относительно принципа демократии: Преамбула ЕКПЧ "основные свободы ... соблюдение которых наилучшим образом обеспечивается ... подлинно демократическим политическим режимом". Кроме того, ЕСПЧ интерпретирует статью 10 ЕСПЧ (свобода выражения мнения) и статью 11 ЕКПЧ (свобода собрания) в качестве необходимых предпосылок функционирующей демократии; см. например, решение ЕСПЧ по делу *Lingens ./. Österreich*, от 8. 7. 1986, №. 9815/82, пункт 42 (статья 10) и по делу *United Communist Party ./. Türkei*, от 30. 1. 1998, №. 133/1996/752/951, пункт 25 (статья 11); к вопросу о принципе недискриминации: статья 14 ЕКПЧ и общий запрет дискриминации в статье 1 Двенадцатого Протокола.

66 *Daniel Halberstam*, в: Gráinne de Búrca/Joseph Weiler (Hrsg.) *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012, с. 150, 170 и далее, считает "voice, rights and expertise" в качестве базисной лексики дискурса о легитимации.

67 При этом ее деятельность оказалась весьма успешной. Так например, германское Министерство юстиции в рамках процедуры отбора кандидатур на пост судьи ЕСПЧ в 2010-ом году впервые провело публичный конкурс на замещение должности судьи ЕСПЧ; в Великобритании подобная практика существует с 1998-го года; по данному вопросу см. *Henry G. Schermers E.L.Rev.* 23 (1998), 568, 574.

Лиссабонским договором Комитет по статье 255 ДФЕС.⁶⁸ Его основная задача состоит в том, чтобы путем оценки отдельных кандидатов подготовить решение "правительств государств-участников"⁶⁹. В трех отчетных докладах о своей деятельности этот экспертный комитет установил критерии, на основании которых он производит свою оценку. (Данный Комитет состоит из семи экспертов, в нем участвуют преимущественно национальные судьи и бывшие европейские судьи, причем один член предлагается Европейским Парламентом.

Учреждение этого экспертного органа представляет, без сомнения, весьма ценное развитие процедуры отбора и назначения судей СЕС. Подключение экспертов к процессу поиска и принятия решения может заложить конструктивную основу для оценки профессиональной квалификации отдельных кандидатов.⁷⁰ Тем не менее, если рассматривать процедуру выбора судей с точки зрения демократических принципов, то роль экспертов в этом процессе должна быть ограниченной.⁷¹ Особенно это касается их участия в выработке и установлении процедуры и критериев. Это вытекает не только из статьи 10 ДЕС, в которой функция рассмотрения принципиальных вопросов (а вопрос о критериях, предъявляемых к кандидатам в судьи СЕС, является таковым) закрепляется за представительными учреждениями, но и из регламента и процедуры Комитета.

С одной стороны, заседания Комитета не являются публичными,⁷² с другой стороны, Комитет не обязан отчитываться о своей деятельности перед общественностью.⁷³ Кроме этого, сами эксперты назначаются в ходе экспертократической процедуры, так сказать методом кооптации, поскольку предложение по составу Комитета 255 вносится президентом СЕС⁷⁴ (до сих пор государства-участники всегда следовали этому предложению).⁷⁵

68 Подробности относительно его деятельности регулируются в статье 255 ДФЕС и в Решении Совета от 25. 2. 2010 относительно деятельности предусмотренного в статье 255 ДФЕС Комитета [2010] AB1. L50/18.

69 В отличие от процедуры назначения членов дирекции Европейского центрального банка (ст. 283 абзац 2 ДФЕС) или членов Европейской Счетной палаты (ст. 286 абзац 2 ДФЕС) здесь задействованы не Совет или Европейский Совет, а "правительства государств-участников".

70 Более подробно это будет исследовано ниже; см. текст к сноске 106 и далее.

71 *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 677.

72 Решение Совета (сноска 68), приложение № 5.

73 Там же, приложение № 7 и 8.

74 Статья 255 абзац 2 ДФЕС.

75 На каком основании Президент принимает свое решение и кто его, возможно, консультирует по данному вопросу неясно. Имеется информация, что при назначении

По признанию самого Комитета, он может играть только весьма ограниченную роль в процедуре отбора. В частности, особенно подчеркивается, что он не может заниматься вопросами, связанными с составом суда СЕС.⁷⁶ Вопросы представленности социальных и политических интересов или сбалансированное представительство полов в Суде лежат вне его компетенции.⁷⁷ Подобная сдержанность и самоограничение носят обоюдоострый характер. С одной стороны, такое самоограничение можно приветствовать в свете ограниченной демократической легитимации комитета. Но с другой стороны, важные вопросы, на которые, как правило, обращается внимание при выборе судей верховных судебных инстанций, в конечном счете решаются, не будучи предварительно рассмотренными в рамках открытого дискурсивного процесса. Ведь Комитет 255 не может вовсе отказаться от принятия важных оценочных решений. Так, при оценке профессионального опыта отдельных кандидатов, а это один из шести критериев, учитываемых Комитетом,⁷⁸ по признанию самого Комитета, он уделяет особенное внимание представлениям кандидатов о "природе, роли и объеме судебской функции".⁷⁹ Эта формулировка со всей очевидностью демонстрирует, что Комитет оценивает кандидатов в том числе по их собственной профессиональной самоидентификации. Совершенно ясно, что возможные ответы на этот вопрос могут оказываться совершенно различными. Судебная деятельность может пониматься как вынесение вердикта по конкретному делу⁸⁰ или же как креативная правовая работа⁸¹. Соответственно, приписываемая европейскому судье роль может для одних

первого состава Комитета сильное давление на Президента СЕС оказывалось со стороны лоббистов; см. *de Waele*, в: Bobek (сноска 14).

76 Европейский Союз, (Совет), Second Activity report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 26. 12. 2012 (Doc. 5091/13), 7.

77 *Lord Mance*, The Composition of the European Court of Justice. Talk given to the United Kingdom Association for European Law, 19. 10. 2011, с. 14 – 17.

78 Другими пятью критериями являются юридический опыт и знания, пригодность к занятию судебной должности, независимость и беспристрастность, знания языков и способность осуществлять профессиональную деятельность в международных учреждениях.

79 Европейский Союз, (Совет), (First) Activity Report of the Panel provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 17. 2. 2011 (Doc. 6509/11), 10: "nature, role and scope of the office of Judge or Advocate-General".

80 Такую позицию разделяет, например, судья СЕС от Германии *фон Данвиц* (*von Danwitz*), *Eurorecht* 43 (2008), 769, 769 и сл.

81 *G. Federico Mancini/David T. Keeling*, *Modern Law Review* 57 (1994), 175, 186, выступают в поддержку того, что судьи СЕС берут на себя обязательство по осуществлению принципа "приверженности Европе", сформулированному в учредительных договорах.

связываться со сдержанностью,⁸² для других, напротив, с активной правотворческой деятельностью.⁸³ Евросоюз может восприниматься и как новое федеративное сообщество или же просто как инструмент межгосударственного сотрудничества. И в конечном счете, в качестве центральной перспективы судебной деятельности в ЕС могут рассматриваться или государства-члены, или же граждане Союза.⁸⁴

Все вышеперечисленные факторы возможного и легитимного понимания судебной деятельности и предопределяют то, как кандидаты трактуют для себя "природу, роль и объем судебской должности". Открытое предметное обсуждение подобных фундаментальных представлений ни в коем случае не ставит судей на одну доску с политиками⁸⁵ и также не ставит под сомнение их беспристрастность и независимость. Политические убеждения, а также социальные и общественные установки неизбежно отражаются и на юридической деятельности судей.⁸⁶ Но здесь не идет речь о том, чтобы критиковать образ действия Комитета 255. Скорее приходится констатировать, что он стоит перед дилеммой. Он с полным основанием отказывается в принципе от открытого обсуждения очевидно политических вопросов, тем не менее, он не может, однако полностью избежать этого. Подобную дилемму можно наблюдать также при определении состава судей суда СЕС. Хотя Комитет и заявил о том, что не занимается вопросами, связанными с определением конкретного состава Суда, исследования показывают, что под эгидой экспертов в Люксембургский суд попадают кандидаты с длительным стажем работы в национальных судах, а доля юристов-правоведов или дипломатов постоянно снижается.⁸⁷ Можно с уверенностью предположить, что именно такой профиль Суда наиболее соответствует профессиональным внутренним убеждениям и представлениям многих членов Комитета.

82 *Jean-Pierre Colin*, *Le gouvernement des juges dans les communautés européennes*, 1966.

83 *Giandomenico Majone*, *Dilemmas of European Integration. The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, 2005, с. 155 и сл.

84 Последнюю точку зрения поддерживает *Pierre Pescatore* E.L.Rev. 8 (1983), 155, 157.

85 *Christoph Möllers*, в: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, 2011, с. 281, 314 и далее (автор по ряду причин выступает здесь против отождествления высших судов со своего рода мини-парламентами, несмотря на то, что процесс избрания судей носит высоко политизированный характер).

86 *Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, в: Robert Badinter/Stephen Breyer (Hrsg.) *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, 2004, с. 275, 281.

87 *Damian Chalmers*, в: Bobek (сноска 14).

Все это вряд ли могло бы дать повод для критики, если бы можно было исходить из того, что в рамках политического процесса решения Комитета подвергаются проверке в полном объеме и по содержанию его действий принимаются ясные установки. Согласно статьям 253 и 254 ДФЕС это является функцией правительств государств-участников. Им принадлежит здесь, в буквальном смысле слова, "последнее слово". Более того, представляющаяся анахронической конструкция⁸⁸ приводит, в конечном счете, к тому, что процедура выбора судей в ЕС вообще не подлежит судебной проверке.

К сожалению, вряд ли можно что-то определенное сказать о том, как государства-члены понимают и выполняют эту свою роль. С одной стороны, выбор конкретных кандидатов не сопровождается обязательным обоснованием, с другой стороны, отсутствует и публичный доступ к переговорам между правительствами. Тем не менее, институциональная динамика свидетельствует о снижении роли национальных правительств. Прежде, чем был создан Комитет 255, сложилась практика, когда просто "давалась отмашка" тем кандидатам, которые предлагались государствами-членами.⁸⁹ В этой связи учреждение Комитета можно рассматривать как непосредственный ответ на подобную дипломатическую сдержанность и очевидное отсутствие критической дискуссии с конкретными кандидатами.⁹⁰ При этих обстоятельствах готовность следовать решениям Комитета 255, которую проявляют правительства государств-членов, не удивляет. Не без определенной доли самоудовлетворенности Комитет сообщил в своем третьем отчетном докладе, что все его рекомендации, в том числе и семь отрицательных вотумов, были выполнены.⁹¹

Учреждение Комитета 255 и его деятельность привели к тому, что теперь существуют высокие аргументационные и репутационные барьеры, которые нужно преодолеть в том случае, если предпринимается попытка не

88 См. процедуры назначения членов дирекции Европейского Центрального банка (статья 283 абзац 2 ДФЕС) или членов Европейской Счетной палаты (статья 286 абзац 2 ДФЕС), в рамках которых решение принимается Европейским Советом или Советом. Эти решения в соответствии со статьей 263 абзац 1 ДФЕС подлежат судебному контролю со стороны СЕС. В отличие от этого, решения, выносимые правительствами государств-участников, такому контролю не подлежат.

89 *De Waele*, в: Bobek (сноска 14); *Ulrich Karpenstein*, в: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 2013, Статья 253 ДФЕС, пункт 10.

90 *Ricardo Passos*, в: Giuliano Amato/Hervé Bribosia/Bruno de Witte (Hrsg.) *Genèse et destine de la Constitution européenne*, 2007, с. 565, 585.

91 Европейский Союз, (Совет), *Third Activity report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, 13. 12. 2013, с. 9 – 10.

последовать вердикту Комитета.⁹² Выбор судей в ЕС построен как технический и экспертократический процесс. Это не отражает его истинную природу. Помимо этого, такое понимание не позволяет выражать недовольство критериями Комитета 255 как конструктивную критику.⁹³ Для важных вопросов, требующих более детального и глубокого обсуждения,⁹⁴ не существует подходящего форума, где они могли бы быть сформулированы и рассмотрены.

Участие Европейского Парламента могло бы привести в этом смысле улучшение с точки зрения принципов демократии. Начиная с так называемого *доклада Спинелли (Spinelli-Bericht)*,⁹⁵ Парламент неоднократно требовал для себя более активной роли в процессе избрания судей СЕС.⁹⁶ Такое его участие соответствует логике ст. 10 ДЕС⁹⁷ и, как представляется, показывает перспективный и многообещающий путь к

92 Тем не менее, вероятно, можно констатировать определенные изменения. Первые решения правительств в рамках процедуры избрания судей после учреждения Комитета по статье 255 принимались по формуле: "Созданный в соответствии со статьей 255 Договора о функционировании Европейского Союза Комитет дал положительное заключение по вопросу о пригодности кандидатуры [...]" (см. например, Европейский Союз (Совет), Решение представителей правительств государств-участников по вопросу о назначении кандидата на пост судьи в Суде (31.5.2010) Doc в 9720/10). В более поздних решениях о назначениях слово "положительно" более не употребляется, теперь делается лишь ссылка на "заключение" Комитета (см. например, Европейский Союз (Совет), Решение представителей правительств государств-участников по вопросу о назначении кандидата на пост судьи в Суде (16.10.2013) Doc. 14 468/13). Этот языковой нюанс, возможно, показывает, что правительства больше не следуют вслепую за решением Комитета 255.

93 Генеральный адвокат Яскинен (*Jääskinen*) в своей речи в King's College London в феврале 2013 года описал проблематичную "политическую" реакцию государства-членов на отклонение кандидатуры на пост судьи. Так, некоторые государства-члены после отклонения предложенного кандидата отказываются номинировать нового кандидата, что в значительной степени затрудняет работу судов ЕС, см. <http://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/Kings-College-Jaaskinen.pdf> (просмотрено: 15. 4. 2014).

94 По вопросу о дифференцированной экспертизе в Суде см. *Chalmers*, в: Bobek (сноска 14); к вопросу о равном представительстве по национальному и гендерному признаку см. *Iyiola Solanke*, в: Bobek (сноска 14).

95 В нем содержался проект договора о создании Европейского Союза, ABJ. С 77. 19. 3. 1984, с. 33, в котором в статье 30 абзац 2 указывалось: "Половина членов Суда назначается Парламентом и другая половина - Советом. При нечетном числе членов Суда Парламент назначает на одного члена больше."

96 Общий обзор см. *Gregorio Garzón Clariana*, в: *Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, 2003, с. 21, 25 и далее.

97 Отказ от подключения Европейского Парламента удивляет также и с систематической точки зрения. В отношении процедур отбора и назначения в другие независимые органы ЕС Парламент играет, как минимум, совещательную роль; статья 283 абзац 2 и статья 286 абзац 2 ДФЕС.

повышению дискурсивного качества и публичного восприятие данного процесса. Это участие было бы возможно даже без изменения учредительных договоров. В частности, Европейский Парламент мог бы, после соответствующих консультаций с Комитетом 255, сформулировать критерии для отбора и назначения судей форме рекомендаций или проектов постановления (*Entschließungsanträge*).⁹⁸ Более активная роль Парламента могла бы побудить правительства государств-членов к тому, чтобы они переосмыслили их собственную роль и стали со своей стороны действовать активнее.

2. Применение права

Не каждое назначение судьи должно вести к широким и принципиальным прениям. Одна процедура избрания может вызвать обсуждение таких принципиальных вопросов, другая же - нет. При применении критериев, которые были разработаны ранее, основное внимание сначала должно уделяться сбору и оценке информации об отдельных кандидатах. При этом справедливо подчеркивается центральная роль экспертизы и необходимость объективной оценки. Однако, в рамках ориентированного на принципы демократии подхода уже и для данного этапа процесса избрания можно сформулировать определенные требования. Три элемента имеют при этом особо важное значение: предложение списка кандидатов государствами-участниками, подключение экспертных комитетов и окончательное решение.

а) Предложение списка кандидатов

Исходный пункт процедуры избрания судей в Европейском Союзе и в Совете Европы - это предлагаемые государствами-участниками списки кандидатов. Этот первый шаг накладывает отпечаток на весь последующий процесс. Если уже на этом этапе имеются дефициты или недостатки, то они едва ли могут быть устранены позже. Соответственно компетентные государственные органы несут таким образом большую ответственность.⁹⁹

98 Статья 120 регламента Европейского Парламента.

99 Совет Европы (Парламентская Ассамблея), Резолюция 1646/2009: "При отсутствии реального выбора между кандидатами, представленными Договаривающейся стороной Конвенции ... Ассамблея будет отклонять представляемые ей списки (In the absence of a real choice among the candidates submitted by a State Party to the Convention, the Assembly shall reject lists submitted to it)".

Объявление публичного конкурса на замещение должности судьи, а также транспарентный и обоснованный выбор могут способствовать тому, чтобы в результате предварительного отбора на национальном уровне избирались действительно подходящие кандидаты. Аналогично этому, так же и подключение национальных парламентов может усилить транспарентность и общественную видимость процессов.¹⁰⁰ В этом отношении в обеих системах имеется потенциал для улучшения и усовершенствования.¹⁰¹ Главное различие между Советом Европы и ЕС заключается, тем не менее, в структуре мотивации и стимулирования (*Anreizstruktur*). В то время как Парламентская Ассамблея вполне открыто заявила, что она отклоняет национальные списки предложенных кандидатов в целом, если предварительный национальный отбор не соответствует ряду основных принципов,¹⁰² Комитет 255 четко придерживается той позиции, что возможность таких действий не предусмотрена. Он понимает национальные и наднациональные элементы процедуры выбора как обособленные друг от друга процессы. Кандидат, который был выдвинут в ходе нетранспарентного или даже коррумпированного предварительного национального отбора, может, тем не менее, стать судьей СЕС, если он соответствует критериям Комитета.¹⁰³ То обстоятельство, что дефициты предварительного национального отбора закрывают лучшим кандидатам дорогу к европейской судейской должности, не имеют для Комитета значения. Он идет даже значительно дальше и полностью выводит предварительный национальный отбор за пределы области применения права Союза.¹⁰⁴ Такой подход, уже ввиду особого характера европейского управления в рамках политической общности, которое основано на общих принципах, вряд ли можно рассматривать как состоятельный.¹⁰⁵ Парламентская Ассамблея Совета Европы, напротив, подчеркивает общую

100 Австрийская Конституция, например, устанавливает в этом смысле довольно перспективные предписания, которые могли бы содействовать усилению транспарентности и открытому обсуждению. В соответствии со статьей 23с абзацы 1 и 2 Федеральной Конституции, при назначении кандидатов на должность судьи СЕС федеральное правительство обязано провести согласование с Главным комитетом Национального Совета (первой палаты парламента). На практике, однако, данный парламентский комитет не обсуждает заявления отдельных соискателей на пост судьи, а лишь одобряет предложенный правительством список кандидатов. К вопросу о критической реакции парламентской оппозиции в связи с номинацией судьи *Kreuschitz* на пост судьи СЕС см: http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2013/PK0067/ (просмотрено 15. 4. 2014).

101 См. обзор Комитета Парламентской Ассамблеи по правовым вопросам и правам человека; AS/Jur (2008) 52 (1. 12. 2008).

102 См. текст к сноске 64.

103 Европейский Союз, (Совет), Third Activity Report (сноска 91), с. 14.

104 Там же, Комитет высказался в том смысле, что: "[T]he selection procedure is the sole responsibility of the Member States and is not framed by the TFEU."

105 См. например статью 2 ДЕС.

ответственность, настаивая на действии общих принципов. Только тогда, когда они соблюдаются всеми участниками, все процедура в целом может претендовать на легитимность.

Ввиду многоуровневого характера процедуры отбора и назначения судей также важно, чтобы решение принималось не по одной, а по нескольким кандидатурам. Если вместо этого, национальные инстанции предлагают лишь одну кандидатуру, как это происходит в ЕС, то это обуславливает высокие репутационные издержки всех участников в том случае, если эта кандидатура будет отклонена. Предложение списка с тремя кандидатами, как это предусмотрено в праве Совета Европы, имеет поэтому, как представляется, определенные преимущества. Введение подобной системы в ЕС в принципе не представляет особой сложности: вопрос о том, сколько кандидатов должны предлагать национальные правительства, соответствующие специальные предписания ДФЕС (статьи 253 и 254) оставляют открытым.

б) Привлечение экспертов

Вторым важным элементом в обеих европейских системах являются экспертные комитеты. Не так давно также и Совет Европы учредил такой комитет, состоящий из семи экспертов. Этот неформальный орган, названный по имени его первого президента *Луциуса Вилдхабера* (*Luzius Wildhaber*), призван консультировать государства-участников по вопросу о пригодности кандидатов, прежде чем национальное предложение списка из трех кандидатов будет передано Парламентской Ассамблее.¹⁰⁶ Привлечение экспертов имеет особое значение, в том числе и с точки зрения принципов демократии. Естественно, их компетенция не может распространяться на вопросы установления критериев или, тем более, на конечный выбор кандидата. Скорее наоборот, они должны применять критерии, разработанные в рамках политического процесса,¹⁰⁷ и, тем самым, подготавливать основу для принятия окончательно решения. Тем не менее, как правило, именно такие эксперты, благодаря их личному и профессиональному опыту, оказываются наиболее оптимальной структурой, позволяющей собирать, систематизировать и оценивать информацию, и в частности, определять профессиональную квалификацию и пригодность кандидатов, а также их соответствие критериям

¹⁰⁶ Совет Европы (Комитет Министров), Резолюция CM/Res(2010)26.

¹⁰⁷ В этой связи тенденция, наблюдаемая в деятельности Комитета *Вильдхабера*, когда Комитет использует критерии, предложенные Комитетом 255, вместо того, чтобы обратиться к Парламентской Ассамблее, представляется в высшей степени проблематичной.

независимости и беспристрастности.¹⁰⁸ Юридический опыт и правовые знания, приобретенные в соответствующей области права, и их применение на практике или в научной деятельности, имеют существенное значение для профессиональной судейской деятельности и являются неотъемлемым условием доверия к работе судей.¹⁰⁹

Кроме того, с точки зрения принципов демократии представляется также важным, что граждане могут отследить и понять лежащие в основе выбора мотивы. Для того, чтобы добиться необходимой транспарентности, распределения ответственности и широкой публичной дискуссии, мнения экспертов и их аргументы, обосновавшие конкретный выбор, должны публиковаться, естественно, при соблюдении легитимных интересов обеспечения конфиденциальности.¹¹⁰ Разумеется, при этом речь идет не о том, чтобы каждую кандидатуры подвергать исчерпывающему и всестороннему публичному обсуждению. Если, однако, кандидат стремится занять ответственную европейскую судейскую должность и если, помимо этого, учреждения, уполномоченные к участию в процессе отбора, проявляют к нему корректное и уважительное отношение, то он должен быть готов в определенных пределах быть предметом общественного внимания. Более того, публичность процедуры вполне может соответствовать и интересам самих кандидатов.¹¹¹ Обеспечение транспарентности и гарантия публичности представляют собой настоящий реформаторский проект для совершенствования процедуры отбора и назначения судей в обоих европейских судах.¹¹² То, что

108 Проект доклада CDDH report on the review of the functioning of the Advisory Panel of experts on candidates for election as judge to the European Court of Human Rights, GT-GDR-E(2013)R2 Addendum II (19. 9. 2013).

109 *Vicki C. Jackson*, в: Seibert-Fohr (сноска 22), с. 19 (65).

110 Довольно убедительное предложение разработал *Alberto Alemanno*, в: Bobek (сноска 14).

111 Вряд ли можно отрицать вредные последствия для карьеры, вызываемые слухами об отклоненных кандидатах, базирующимися на их заявлениях об участии в конкурсе, которые регулярно публикуются в официальном бюллетене Евросоюза или на сайте Совета Европы. Так например, несмотря на обширные познания и опыт в вопросах права Евросоюза, кандидатура греческого кандидата на пост европейского суда была отклонена (совет Дос. 61/25, 9.2.2010), что вызвало в греческой прессе спекуляции на тему, не скрывался ли за историей с (в конечном счете провалившейся) кандидатурой личный и политический фаворитизм или протекционизм; см. например Γιάννης Πρετεντέρης, "Κοσμοπολιτικός πατριωτισμός", Το Βήμα (Αθήνα, 6. 6. 2010), <http://www.tovima.gr/opinions/article/?aid=335911> (просмотрено: 15. 4. 2014); Γιώργος Δαράτος, "Όταν οι κουτόφραγκοί δεν τρώνε open gov. . .", Ελευθεροτυπία (Αθήνα, 16. 10. 2010); http://www.enet.gr/?i=news_el.article&id=214092 (просмотрено: 15. 4. 2014).

112 *David Kosař*, в: Bobek (сноска 14); см. также исследование *Jutta Limbach et al*, Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights, Interights, London 2003, <http://www.interights.org/document/142/index.html> (просмотрено: 15. 4. 2014).

транспарентность и прозрачность может приводить к тому, что инициированный с ошибками процесс отбора кандидатов станет достоянием гласности, можно проследить на ряде подобных случаев в Совете Европы. Сообщения в прессе и парламентские дебаты в Совете Европы неоднократно приводили к отзыву неподходящих кандидатов.¹¹³ Естественно, здесь должны делаться важные и трудные оценки, но представляется очевидным, что транспарентность должна обеспечиваться в большей степени, чем до сих пор.¹¹⁴

с) Решение

То, что основное внимание предшествующего изложения было сосредоточено на разработке критериев отбора кандидатов на должность судей, а также на процедуре, в ходе которой они применяются, не должно вести к тому, чтобы упускалось из виду собственно решение о назначении кандидата судьей. В выборе конкретного кандидата весь процесс находит свой завершающий момент, решение довершает и венчает легитимационное действие и результат процедуры. Решение может вызывать публичную критику и стимулировать принципиальную дискуссию. Все это облегчает открытый процесс отбора и избрания, как например, он предусмотрен в праве Совета Европы.

IV. Заключение

Учитывая ты публичную власть, которую сегодня осуществляют европейские судьи в отношении большого количества людей, процедура их избрания и назначения должна реконструироваться и практиковаться как демократический процесс. То, что требуется для этого, следует из идентичных демократических принципов, закрепленных в Договоре о Европейском Союзе и в праве Совета Европы. Они устанавливают критерии для процесса выбора судей и показывают общую ответственность национальных и транснациональных учреждений. На этом фоне правовое регулирование процедуры отбора и назначения судей в Совете Европы значительно убедительнее, чем правила, действующие при выборе судей СЕС. Представляется, что Совет Европы взял на себя в концептуальном отношении ведущую роль в сфере демократической легитимации судей Европы. Европейский Союз мог бы многому научиться

¹¹³ С многочисленными примерами *Engel*, EuGRZ 39 (2012), 486, 487 и сл.

¹¹⁴ В этом направлении движется Совет Европы; см. проект Draft CDDH report (сноска 108).

у Совета Европы, разумеется, только у его права, но не у его практики. Лучшее процессуальное право и самые отточенные критерии бесполезны, если они не в состоянии организовывать и направлять действительность; в этом отношении в Страсбурге имеются большие проблемы.¹¹⁵ Институты Совета Европы и его государства-участники также должны соблюдать то право, которое они сами разработали,. Иначе мнимая демократия - это только фарс.

¹¹⁵ См. критические замечания у *Kosař*, в: Bobek (сноска 14); и *Engel* EuGRZ 39 (2012), 486.