

# Конституционализация частного права: компаративный обзор

П. В. Корнилина

**Для цитирования:** Корнилина П. В. Конституционализация частного права: компаративный обзор // Правоведение. 2024. Т. 68, № 1. С. 128–150. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2024.107>

Данная статья разделена на четыре части. В первой раскрывается определение *конституционализации частного права*, под которым понимается влияние основных (конституционных) прав человека на частное право. Вторая часть посвящена анализу ключевого вопроса, связанного с темой конституционализации частного права, — *как и в какой степени* основные (конституционные) права человека влияют на частное право. В этой связи рассматриваются четыре выделяемые в компаративистике модели конституционализации частного права и аргументы *pro/contra* каждой из них. В третьей части статьи исследуется, какая из указанных моделей воплощена в зарубежных правовых порядках (в частности, Германии, Голландии, Канады, ЮАР и Великобритании). Автор делает вывод, что наиболее распространенной является модель непрямого (косвенного) влияния основных прав человека на частное право. В четвертой части статьи проводится сравнительно-правовой анализ применения непрямого модели конституционализации. В рамках данной модели выделяются два подхода, которые по-разному характеризуют отношение зарубежных правовых порядков к положениям о правах человека. Первый подход — «сильная» непрямая модель — исходит из того, что положения о правах человека закрепляют *права*, которые представляют собой *правила*, обязательные для применения. Данный подход представлен, в частности, в Великобритании. Второй — «слабая» непрямая модель — рассматривает положения о правах человека как закрепляющие *ценности* и являющиеся *принципами*, подлежащими учету наряду с иными обстоятельствами. Такой подход представлен, в частности, в Германии.

**Ключевые слова:** опубличивание частного права, конституционализация частного права, приватизация прав человека, права человека, горизонтальные отношения, *Drittwirkung*.

## Введение. Феномен «конституционализации» частного права

Феномен *конституционализации частного права*, — обсуждаемый в США по крайней мере с 1876 г.<sup>1</sup>, а в Германии со вступления в силу в 1949 г. Основного закона Федеративной Республики Германии (*Grundgesetz*), — можно описать как влияние положений, закрепляющих основные права человека, на отношения между частными лицами (далее также — горизонтальные отношения). В литературе это явление иногда называют *приватизацией прав человека*<sup>2</sup>. Ключевой вопрос феномена конституционализации частного права состоит в том, *могут ли и до какой степени*<sup>3</sup> положения об основных правах человека рассматри-

---

Корнилина Полина Владимировна — Конституционный Суд РФ, Российская Федерация, 190000, Санкт-Петербург, Сенатская пл., 1; [poly.kornilina@yandex.ru](mailto:poly.kornilina@yandex.ru)

<sup>1</sup> *United States v. Cruikshank* (1876).

<sup>2</sup> *Raday F.* Privatization of Human Rights and Abuse of Power // *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. 2000. Vol. 13 (1). P. 103–136.

<sup>3</sup> *Phillipson G.* The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: a Bang or a Whimper? // *The Modern Law Review*. 1999. Vol. 62. P. 824–849.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2024

ваться как (высшие) частно-правовые нормы в регулировании горизонтальных отношений<sup>4</sup>.

Поиском ответов заняты многие правовые порядки, в том числе Германии<sup>5</sup>, Франции<sup>6</sup>, Канады<sup>7</sup>, США<sup>8</sup>, ЮАР<sup>9</sup> и Колумбии<sup>10</sup>. Особо стоит отметить обширную дискуссию, которая ведется в Великобритании с момента появления Акта о правах человека 1998 г. (Human Rights Act)<sup>11</sup>.

Можно выделить два противоположных подхода при ответе на вопрос о том, могут ли положения о правах человека влиять на горизонтальные отношения: либеральный конституционализм дает отрицательный ответ, социальный (эгалитарный) конституционализм — положительный.

С точки зрения либерального конституционализма основным правам человека придается особый (конституционный) правовой статус именно для того, чтобы предотвратить нарушение этих прав со стороны государства, которое, являясь сильным субъектом, устанавливающим правовое регулирование, может представлять угрозу нарушения данных прав<sup>12</sup>. То есть основные права человека являются тормозом государственного произвола<sup>13</sup>, границами, за пределы которых

---

<sup>4</sup> Или, как пишет Роско Паунд, могут ли права человека рассматриваться как *авторитетные отправные точки для юридического обоснования* — authoritative starting-points for legal reasoning (перевод мой. — П. К.) (см.: *Pound R. Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law* // *Tulane Law Review*. 1933. No. 7. P. 475, 483).

<sup>5</sup> См.: *Lewan K. M. The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany* // *International and Comparative Law Quarterly*. 1968. Vol. 17. P. 571–601; *Markesenis B. Privacy, Freedom of Expression, and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany* // *Law Quarterly Review*. 1999. Vol. 115. P. 47–88; *Taylor G. The Horizontal Effect of Human Rights Provisions, the German Model and its Applicability to Common Law Jurisdictions* // *King's Law Journal*. 2002. Vol. 13, iss. 2. P. 187–218.

<sup>6</sup> *Hunter-Heinen M. Horizontal application of Human Rights in France: the Triumph of the European Convention on Human Rights. Human Rights and the Private Sphere — a Comparative Study* / eds Oliver D., Fedtke J. London; New York: Routledge-Cavendish, 2007. P. 98–124. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2626442](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2626442) (дата обращения: 15.08.2023).

<sup>7</sup> *Slattery B. The Charter of Rights and Freedoms — Does It Bind Private Persons?* // *Canadian Bar Review*. 1985. Vol. 63. P. 148–161. URL: [https://www.digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly\\_works/646/](https://www.digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/646/) (дата обращения: 20.08.2023); *Chemersinsky E. Rethinking State Action* // *Northwestern University Law Review*. 1985. Vol. 80, iss. 3. P. 503–557; *Dyzenhaus D. The New Positivism* // *University of Toronto Law Journal*. 1989. Vol. 39, iss. 4. P. 361–379; *Hogg P. W. Constitutional Law of Canada*. 3<sup>rd</sup> ed. Caswell, 1992. P. 1556. URL: [https://archive.org/details/constitutionalla00hogg\\_0/page/n7/mode/2up](https://archive.org/details/constitutionalla00hogg_0/page/n7/mode/2up) (дата обращения: 20.08.2023).

<sup>8</sup> *Butler A. S. Constitutional Rights in Private Litigation: A Critique and Comparative Analysis* // *Anglo-American Law Review*. 1993. Vol. 22, iss. 1. P. 1–41.

<sup>9</sup> *Visser C. J. Adjudicative Subsidiarity, the 'Horizontal Simplicity' Approach and Personality Rights: Outlining an Integrated and Constitutional Reading Strategy to the Law of Personality* // *De Jure Law Journal*. 2022. Vol. 55. P. 124–142. URL: <https://www.dejure.up.ac.za/visser-cj> (дата обращения: 04.11.2023); *Bhana D. The Substance of Contractual Autonomy in the Twenty-First Century: The South African Experience* // *Verfassung und Recht in Übersee. Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*. 2015. Vol. 48, iss. 4. P. 491–515. URL: <https://www.jstor.org/stable/26160059> (дата обращения: 20.11.2023).

<sup>10</sup> *Arrubla Paucar J. A. La Constitucionalización Del Derecho Privado* // *Nuevo Derecho*. 2010. Vol. 5. P. 43–73. URL: <https://www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5549014> (дата обращения: 26.11.2023).

<sup>11</sup> *Ewing K. D. The Human Rights Act and Parliamentary Democracy* // *The Modern Law Review*. 1999. Vol. 62, no. 1. P. 79–99; *Pattinson S. D., Beylveled D. Horizontal applicability and horizontal effect* // *Law Quarterly Review*. 2002. No. 118. P. 623–646.

<sup>12</sup> *Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law* // *Review Constitutional Studies*. 1996. No. 218. P. 225.

<sup>13</sup> *González Dávila R. La Constitucionalización del Derecho Privado y la Acción de Protección Frente a Particulares* // *Revista de Derecho*. 2011. No. 16. URL: <https://www.revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/400/395> (дата обращения: 22.08.2023).

государство не может выйти при регулировании отношений<sup>14</sup>, и действуют только в отношениях между государством и частным лицом (далее также — вертикальные отношения).

Однако основные права человека могут быть нарушены не только государством, но и частными лицами; иногда частные лица могут представлять даже большую угрозу нарушения основных прав человека, чем государство<sup>15</sup>. При этом в горизонтальных отношениях, когда права человека одного частного лица нарушаются другим частным лицом, могут отсутствовать частно-правовые инструменты защиты нарушенных прав. В этой связи возникает вопрос о необходимости и возможности защиты основных прав человека в рамках горизонтальных отношений. Приведем несколько примеров.

1. Лицо А при заключении гражданского договора с лицом Б может задавать вопросы дискриминационного характера, связанные с имущественным, семейным, социальным, должностным положением, возрастом, отношением к религии, убеждениям и т. д. Обязано ли лицо Б, — понимая, что содержащий достоверную информацию ответ приведет к отказу в заключении договора, — раскрывать информацию при ответе на дискриминационный вопрос? Может ли лицо А в случае нераскрытия ему запрашиваемой информации оспорить заключенный с лицом Б договор как совершенный под влиянием обмана/заблуждения?

2. Если врач (стоматолог) поранился при проведении операции по удалению зуба, может ли он потребовать от пациента прохождения теста на ВИЧ-инфекцию при наличии подозрений о том, что данный пациент инфицирован?<sup>16</sup> Обязан ли пациент сотрудничать с врачом?

3. Допустимо ли обязать потерпевшего предоставить эксперту и медицинскому консультанту противоположной стороны медицинскую информацию о себе за период, предшествовавший несчастному случаю?

4. Обязана ли женщина при устройстве на работу / заключении гражданско-правового договора сообщать о своей беременности?<sup>17</sup>

5. Как разрешать споры, когда сталкиваются право на свободу слова (например, в прессе) и право на неприкосновенность частной жизни?<sup>18</sup>

6. В литературе отмечается, что события, связанные с пандемией коронавируса, продемонстрировали неспособность частно-правовых инструментов эффективно решать возникающие в экстренных ситуациях проблемы исполнения обязательств, следование общим правилам которого не только социально и эко-

---

<sup>14</sup> Lewan K. M. The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany // International and Comparative Law Quarterly. P. 571; Arrubla Paucar J. A. La Constitucionalización Del Derecho Privado // Nuevo Derecho. P. 43–73. — Отличие конституционного порядка (также называемого *фундаментальным* порядком) от неконституционного (также называемого *рамочным* порядком) состоит в том, что в последнем конституция, если она и имела хоть какой-то нормативный характер, сводилась к тому, чтобы быть простым перечнем ограничений на действия государства, который срабатывает только тогда, когда пределы запретов, которые этот перечень устанавливает, явно нарушены; а в первом вместо этого оказывается фундаментальный порядок, предписывающий определенные действия, а не только запреты на действия. Утверждать, что правовая система общества является эффективно конституционной, можно, когда конституция наделена преобладающей юридической силой над всем законом.

<sup>15</sup> Phillipson G. The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law... P. 847.

<sup>16</sup> Supreme Court Decision dated 12 December 2003, NJ 2004. URL: <https://www.navigators.nl/document/id157620031212c02193hrnj2004117dosred/ecli-nl-hr-2003-ai8442-nj-2004-117-verplichting-patient-tot-verlenen-medewerking-aan-door-tandarts-verlangd-bloedonderzoek-art-10-en-11-grw-bij-afkrachtens-de> (дата обращения: 21.10.2023).

<sup>17</sup> Например, Supreme Court Decision dated February 27, 2003, NJ 2003, 654.

<sup>18</sup> Например, Supreme Court Decision dated May 2, 2003, NJ 2004, 80 (Storms v. Niessen).

номически ухудшало создавшееся положение, но и нарушало основные права человека (в том числе право на жилище, свободу предпринимательства, право собственности, право на правосудие и т. д.)<sup>19</sup>.

На этом основании появляется второй подход к определению сферы действия основных прав человека — социальный или эгалитарный конституционализм, рассматривающий сферу действия основных прав человека шире, чем упомянутый выше либеральный конституционализм. При таком широком подходе основные права человека должны защищаться от *любых нарушений* не только со стороны государства, но и со стороны частных лиц; данные права ограничивают не только государственную власть, но *любую власть* в целом. При подходе социального (эгалитарного) конституционализма действие положений об основных правах человека признается в сфере как вертикальных отношений, так и горизонтальных<sup>20</sup>.

## 1. Модели конституционализации частного права

Для ответа на вопрос о том, как положения о правах человека влияют на горизонтальные отношения, обратимся к выделяемым в компаративистике моделям конституционализации частного права<sup>21</sup>. Данные модели являются удобным инструментом, позволяющим определять границы такого влияния в разных правовых порядках и сравнивать их между собой<sup>22</sup>.

(1) Модель прямого применения (*direct application model*)<sup>23</sup> и (2) модель отказа от применения (*non-application model*)<sup>24</sup> представляют собой два крайних, противоположных друг другу подхода. Назвать правовые порядки, в которых данные модели применялись бы в полной мере, затруднительно. Во многом это объяснимо их жесткостью, а также сложностью проведения четкой границы между публичным и частным правом<sup>25</sup>. (3) Модель непрямого применения (*indirect application model*)<sup>26</sup> и (4) судебная модель (*judiciary model*) занимают промежуточное положение между крайними подходами и позволяют учитывать положения о правах человека при разрешении споров между частными лицами<sup>27</sup>.

---

<sup>19</sup> Карцов А. С. Нить Ариадны или дорога в никуда? Дискурс основных прав в зарубежном частном праве // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 4 (155). С. 149.

<sup>20</sup> González Dávila R. La Constitucionalización del Derecho Privado y la Acción de Protección Frente a Particulares.

<sup>21</sup> Подробнее см.: Hunt M. The «Horizontal Effect» of the Human Rights Act // Public Law. 1998. P. 423–443; Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law. P. 220–279.

<sup>22</sup> Отметим, что классификация моделей не является исчерпывающей. Допустимо выделение иных промежуточных моделей. Так, часто в рамках не прямой модели выделяют «сильную» и «слабую» не прямые модели (см., напр.: Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law. P. 258–265; Phillipson G. The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law... P. 830–831).

<sup>23</sup> Модель прямого применения называют также прямой горизонтальной моделью (*direct horizontal effect model*), или моделью абсолютного применения.

<sup>24</sup> Модель неприменения в других источниках также называется вертикальной моделью (*vertical effect model*).

<sup>25</sup> Corrin J. From Horizontal and Vertical to Lateral: Extending the Effect of Human Rights in Post Colonial Legal Systems of the South Pacific // International and Comparative Law Quarterly. 2009. Vol. 58. P. 33.

<sup>26</sup> Также модель непрямого применения называют диагональной моделью (*diagonal effect model*), моделью просачивания (*seepage model*), моделью излучения (*radiating effect model*).

<sup>27</sup> Между промежуточными моделями и английской доктриной общего права — эстоппель иногда проводят аналогию, отмечая, что промежуточные модели, как и эстоппель, являются щитом, но не мечом (см.: Corrin J. From Horizontal and Vertical to Lateral... P. 34).

1. Модель прямого применения основных прав человека в отношениях между частными лицами была разработана в доктрине немецкого права и получила название *Drittwirkung der Grundrechte*, что можно перевести как влияние основных прав человека на третье лицо<sup>28</sup>. Согласно данной модели основные права человека защищаются от любых посягательств со стороны не только государства, но и частных лиц.

Британский профессор Мюррей Хант (M. Hunt), рассуждая о «тотальном применении положений о правах человека ко всему праву в целом», отмечает, что все право подчинено положениям об основных правах человека; государство не вмешивается в регулирование частно-правовых отношений до тех пор, пока эти отношения урегулированы правом. Если регулирование частно-правовых отношений отсутствует, данные отношения теряют свою частно-правовую природу<sup>29</sup>.

Приведем пример того, как срабатывает прямая модель. Если лицо А готово продать товар лицу В, но не хочет продавать такой же товар лицу С, исходя из каких-либо дискриминирующих оснований, то А нарушает право С на равенство. Если применить прямую модель, то С будет иметь право на защиту от действий со стороны А в силу прямого нарушения положений, закрепляющих право на равенство<sup>30</sup>. Это означает, что он может обосновывать свои требования непосредственно через нарушение положений о правах человека, а не через нарушение каких-либо положений частного права. В защиту данной модели высказывают ряд аргументов.

Во-первых, текстуальный аргумент — из буквальных формулировок текстов конституций, как правило, ни прямо, ни косвенно не следует, что основные права человека не защищаются от посягательств со стороны частных лиц. Между тем справедлива и обратная логика — из текстов конституций, как правило, прямо не вытекает и допустимость применения положений об основных правах человека к отношениям между частными лицами<sup>31</sup>. Кроме того, отмечают, что абстрактный характер конституционных норм и регулирование этими нормами общих правоотношений затрудняют применение положений конституций как актов, непосредственно регулирующих отношения, рассматриваемые судом<sup>32</sup>.

Во-вторых, оправданность применения данной модели также объясняют через возможность нарушения основных прав человека не только государством, но и частными лицами (неправительственными организациями, юридическими лицами, физическими лицами). Следовательно, основные права человека нуждаются в защите от нарушений и со стороны государства, и со стороны частных лиц<sup>33</sup>. Нецелесообразно выделять две разные системы прав с идентичным содержанием, включающих в себя основные права человека, отдельно в публичном праве и отдельно в частном праве. Однако можно возразить, что основным правам человека придается особый (конституционный) статус, чтобы не допустить их нарушения со стороны именно государства. Для защиты же между равными частными лицами

---

<sup>28</sup> Под первым и вторым лицом понимаются частное лицо и государство соответственно, поскольку положения, закрепляющие основные права человека, направлены на защиту первого от второго. Под третьим лицом понимается другое частное лицо, которое находится в частно-правовых отношениях с первым частным лицом.

<sup>29</sup> Hunt M. The «Horizontal Effect» of the Human Rights Act. P. 434–435; Corrin J. From Horizontal and Vertical to Lateral...

<sup>30</sup> Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law. P. 225.

<sup>31</sup> Ibid. P. 227.

<sup>32</sup> Белов С. А. Непосредственное применение судами Конституции в Российской Федерации // Государство и право. 2014. № 1. С. 53.

<sup>33</sup> Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law. P. 228.

достаточно стандартного частного законодательства / общего права в области регулирования частных отношений; если же отношения не урегулированы частным правом, то положения о правах человека к ним неприменимы. Однако неприменение прав человека к отношениям между частными лицами приведет к тому, что одно и то же положение закона будет по-разному интерпретироваться судом в зависимости от того, кем является ответчик: представителем государства или частным лицом<sup>34</sup>.

Применение положений о правах человека в горизонтальных отношениях приведет к наделению судебной власти значительной дискрецией по ряду причин. Во-первых, поскольку никаких ограничений основных прав человека не предусмотрено, суд будет определять границы данных прав по своему усмотрению<sup>35</sup>. Во-вторых, в отличие от вертикальных отношений, в которых государство как сторона отношений не наделено основными правами человека, — в горизонтальных отношениях каждая из сторон наделена основными правами человека, что приведет к многочисленным конфликтам основных прав человека между собой, а следовательно, к необходимости сопоставления конфликтующих ценностей, заложенных в положениях об основных правах человека<sup>36</sup>. Например, право на частную жизнь и право на свободу слова: можно ли запретить газете публиковать информацию о внебрачной связи известного лица, чтобы защитить частную и семейную жизнь последнего? Судья должен будет разрешить этот конфликт при отсутствии каких-либо правовых механизмов для взвешивания противостоящих ценностей, т. е., по сути, на неправовых основаниях<sup>37</sup>. В данной связи выражают опасения, что применение положений об основных правах человека в горизонтальных отношениях может подорвать стабильность гражданского оборота и способствовать осуществлению судом законотворческой функции<sup>38</sup>. Отмечается также, что цель конституции состоит в предоставлении прав, а применение основных прав в отношениях между частными лицами приведет еще и к наложению обязанностей на других частных лиц эти права не нарушать<sup>39</sup>.

В качестве контраргумента прямой модели подчеркивают, что в частном праве стороны в силу частной автономии воли вправе ограничить свои права. Положения, закрепляющие основные права, не должны оказывать влияние на частную автономию воли сторон<sup>40</sup>.

Несмотря на то что прямая модель конституционализации частного права берет свое начало из немецкой доктрины, в немецком праве она не является господствующей<sup>41</sup>. Отмечается, что прямая модель используется в Швейцарии (это прямо закреплено в конституциях некоторых кантонов; в остальных кантонах, а также на федеральном уровне такое закрепление отсутствует, но оно принято как на доктринальном уровне, так и на уровне судебной практики). Также данной

---

<sup>34</sup> Leigh I. Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth? // The International and Comparative Law Quarterly. 1999. No. 48. P. 74.

<sup>35</sup> Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law. P. 231.

<sup>36</sup> Lewan K. M. The Significance of Constitutional Rights for Private Law... P. 600.

<sup>37</sup> Banakas S. The Constitutionalisation of Private Law in the UK: Is There an Emperor inside The New Clothes? // Constitutionalisation of Private Law. Leiden, Boston, 2006. P. 87.

<sup>38</sup> Corrin J. From Horizontal and Vertical to Lateral... P. 31.

<sup>39</sup> В деле *Du Plessis and Others v De Klerk and another* (ССТ 8/95), рассматриваемом Конституционным Судом ЮАР, данный аргумент высказывался судьей Ackermann J. (*Leigh I. Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy*. P. 67).

<sup>40</sup> Banakas S. The Constitutionalisation of Private Law in the UK: Is There an Emperor inside The New Clothes? // Constitutionalisation of Private Law. P. 87.

<sup>41</sup> Lewan K. M. The Significance of Constitutional Rights for Private Law... P. 572.

модели придерживаются в Индии<sup>42</sup>. Ирландия с развивающимся *sui generis* институтом конституционных деликтов позволяет одному частному лицу подать иск против другого частного лица на основании конституционных прав человека<sup>43</sup>.

2. Модель отказа от применения положений об основных правах человека в отношениях между частными лицами исходит из того, что данные положения применимы только в области публичного права и существуют для защиты от нарушений только со стороны государственной власти<sup>44</sup>.

В примере, когда лицо А отказывается заключить договор с лицом С на дискриминационных основаниях, лицо С не сможет защищать нарушение своего права на равенство, поскольку основные права человека при данной модели создают обязанность их соблюдения только у государства, но не у частных лиц. В области частного права применяется регулирование исключительно частного права. Это означает, что лицо С может защищаться исключительно частно-правовыми средствами (если они есть).

Данная модель является антиподом рассмотренной выше модели прямого применения, поэтому в поддержку данной модели срабатывают аргументы, которые высказываются против модели прямого применения. Встречается мнение о том, что этой модели придерживаются в Канаде<sup>45</sup>.

3. Модель непрямого (косвенного) применения основных прав человека на частное право занимает промежуточное положение между моделью прямого применения и моделью отказа от применения.

В силу данной модели основные права человека проникают в область частного права не напрямую, а просачиваются в него через частно-правовые доктрины — либо уже существующие, например добросовестность или разумность, либо создаваемые специально в целях абсорбции положений публичного права.

В примере, — когда лицо А отказывается от заключения договора с лицом С, исходя из дискриминационных оснований, — в соответствии с непрямой моделью лицо А будет отвечать, но не за нарушение права лица С на равенство, а, например, за недобросовестное ведение переговоров.

---

<sup>42</sup> См. подробнее: Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law. P. 243, 246–247.

<sup>43</sup> Corrin J. From Horizontal and Vertical to Lateral... P. 33.

<sup>44</sup> Данной модели придерживался, например, судья Sir Gerald Fitzmaurice, в деле *Marckx v. Belgium*: «It is abundantly clear (at least it is to me) — and the nature of the whole background against which the idea of the European Convention on Human Rights was conceived bears out this view — that the main, if not indeed the sole object and intended sphere of application of Article 8 (art. 8), was that of what I will call the “domiciliary protection” of the individual. He and his family were no longer to be subjected to the four o’clock in the morning rat-a-tat on the door; to domestic intrusions, searches and questionings; to examinations, delaying and confiscation of correspondence; to the planting of listening devices (bugging); to restrictions on the use of radio and television; to telephone-tapping or disconnection; to measures of coercion such as cutting off the electricity or water supply; to such abominations as children being required to report upon the activities of their parents, and even sometimes the same for one spouse against another, — in short the whole gamut of fascist and communist inquisitorial practices such as had scarcely been known, at least in Western Europe, since the eras of religious intolerance and oppression, until (ideology replacing religion) they became prevalent again in many countries between the two world wars and subsequently. Such, and not the internal, domestic regulation of family relationships, was the object of Article 8 (art. 8), and it was for the avoidance of these horrors, tyrannies and vexations that “private and family life... home and... correspondence” were to be respected, and the individual endowed with a right to enjoy that respect — not for the regulation of the civil status of babies». URL: [https://www.hudoc.echr.coe.int/fre/%22itemid%22:\[%22001-57534%22\]](https://www.hudoc.echr.coe.int/fre/%22itemid%22:[%22001-57534%22]) (дата обращения: 12.08.2023).

<sup>45</sup> Судья Верховного суда Канады Макинтайер (McIntyre) в деле *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.* (1986) решил, что положения о правах и свободах в канадской Хартии о правах и свободах человека неприменимы к частным отношениям (подробнее см.: Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law. P. 247–249).

Так же как и модель прямого применения, непрямая модель признает применение основных прав человека в отношениях между частными лицами; не позволяет говорить о создании двух параллельных систем прав человека с одним и тем же наполнением. Аргументы, которые срабатывают в отношении прямой модели, применимы по большей части и в отношении непрямой модели. Вместе с тем преимущество непрямой модели перед моделью прямого применения состоит в том, что она позволяет ответить на критику, высказанную в сторону прямой модели. В частности, такие оценочные концепты частного права, как добросовестность, разумность, неосторожность, отражают среди прочего соответствующий баланс между противостоящими ценностями.

Утверждение о том, что результат применения прямой и непрямой моделей фактически одинаков, срабатывает как в пользу применения прямой модели, так и против ее применения. Судья Дж. Криглер (J. Kriegler) высказывал данный аргумент в южноафриканском деле *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another* (1996) в пользу применения непрямой модели; Магомед (Mahomed DP) использовал данный аргумент для обоснования прямой модели<sup>46</sup>.

Применение модели непрямого применения наиболее распространено и используется, в частности, в правовых порядках Великобритании, Германии, Испании, Италии, Канады, ЮАР и Японии<sup>47</sup>.

4. Судебная модель исходит из того, что основные права человека неприменимы в отношениях между частными лицами (в отличие от прямой и непрямой моделей). При этом в понятие государства включена и судебная власть, в отношении которой применимы положения об основных правах человека. Это означает, что судебная власть не может нарушать положения об основных правах человека и должна интерпретировать нормы частного права таким образом, чтобы они не нарушали основные права человека.

В соответствии с данной моделью, если лицо А нарушает право лица С на равенство и отказывается заключить с ним договор на дискриминационных основаниях, у лица С отсутствует возможность защиты на основании нарушения права на равенство; но нарушение права на равенство не может допустить суд, который должен истолковать нормы частного права так, чтобы право С на равенство не было нарушено<sup>48</sup>.

Судебная модель, применяемая в праве США (доктрина *State Action*), с одной стороны, близка к модели отказа от применения, поскольку истец без указания на действие со стороны государства (*state action*) не сможет обосновать свои требования исключительно на конституционных положениях, закрепляющих основные права человека; с другой — судебная модель во многом схожа с моделью непрямого применения, поскольку обе модели, разграничивая публичную и частную сферы, признают влияние положений, закрепляющих основные права человека в частной сфере.

Критика судебной модели состоит в том, что суд, разрешая частно-правовой спор, обращается к положениям об основных правах человека не потому, что их цель — защита граждан от посягательств со стороны государства (в лице суда), а потому, что они регулируют отношения между частными лицами<sup>49</sup>.

Кроме того, суд при решении частно-правового спора выступает в нейтральной позиции и должен лишь признавать или не признавать применимость

<sup>46</sup> Leigh I. Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy. P. 67.

<sup>47</sup> Подробнее см.: Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law. P. 252–254.

<sup>48</sup> Ibid. P. 226, 239.

<sup>49</sup> Ibid. P. 279.

правовых положений к конкретным отношениям сторон. Так, в рассматриваемом примере с отказом лица А заключить договор с лицом С, исходя из дискриминационных оснований, если суд признает право лица А не заключать договор, суд не нарушает обязанность государства не дискриминировать; все, что сделает суд в таком случае, — это неприменение положения о праве на равенство в отношениях между частными лицами.

Чтобы преодолеть данную критику, потребуются разграничить ситуации, когда суд действует как нейтральный арбитр, не связанный конституционными ограничениями и признающий автономию воли частных лиц, и ситуации, когда суд действует как государство и должен учитывать конституционные ограничения при разрешении споров между частными лицами. Однако найти четкий критерий для подобного разграничения едва ли возможно<sup>50</sup>.

Также отмечают, что судебная модель может привести к ослаблению демократической силы. Судебная власть не избирается народом, а, следовательно, является наименее демократической ветвью власти, при этом, осуществляя толкование и применение положений, закрепляющих основные права человека, в определенной степени олицетворяет собой волю народа<sup>51</sup>.

## 2. Конституционализация частного права в зарубежных правовых порядках

Правовый порядок Германии изначально находился на развилке между моделями прямой и косвенной конституционализации частного права, в результате выбор был сделан в пользу модели косвенной конституционализации. Такой же выбор был сделан в Канаде, Нидерландах и ЮАР. На аналогичной развилке сейчас находится право Соединенного Королевства Великобритании<sup>52</sup>.

### 2.1. Германия. *Drittwirkung*

Появление дискуссии о влиянии основных прав человека в горизонтальных отношениях связано с именем Ганса Карла Ниппердея (Hans Carl Nipperdey)<sup>53</sup>, который был сторонником прямой модели конституционализации частного права. В своей работе о достоинстве человека<sup>54</sup> он утверждал, что основные права человека напрямую связывают частных лиц, поэтому при предоставлении женщинам меньшей оплаты, чем мужчинам, за одинаковый труд нарушается принцип равенства. По его мнению, права человека распространяются на всю систему частного права, что является следствием появления социального государства. Однако он указывал, что в отношениях между лицами, находящимися в состоянии фактического равенства, защитная цель положений о правах человека подавляется и уступает место свободе договора и частной автономии воли; при этом даже такие отношения между равными лицами остаются подчиненными системе конституционных ценностей, поэтому любая сделка не должна им противоречить.

<sup>50</sup> Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law. P. 241.

<sup>51</sup> Cermen P., *Nápoles-Napoles Y.* La Constitucionalization del Derecho Privado // Digital Publisher. 2021. Vol. 6, no. 5-1, P. 206. URL: <https://www.bibliotecadigital.iue.edu.co/bitstream/20.500.12717/2320/1/271-Texto%20del%20art%3%adculo-4795-1-10-20200911.pdf> (дата обращения: 23.08.2023).

<sup>52</sup> Leigh I. Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy. P. 66.

<sup>53</sup> Ганс Карл Ниппердей (1895–1968) — эксперт по трудовому праву Германии, председатель Федерального суда по трудовым спорам (Bundesarbeitsgericht) с 1954 по 1963 г.

<sup>54</sup> Neuman F. L., Nipperdey H. K., Scheuner U. Die Würde des Menschen. Vol. II. Berlin, 1954.

Сторонником прямой модели был также Уолтер Лейснер (Walter Leisner)<sup>55</sup>. Он исходил из того, что положения о правах человека не подменяют собой положения частного права; суд должен использовать инструменты частного права и прибегать к конституционным инструментам только в случае необходимости, когда в конкретном деле нормы частного права неадекватны и законодатель не может урегулировать вопрос в сжатые сроки<sup>56</sup>.

Лейснер признавал, что частные лица имеют конституционное право на свободу договора. Конституционное предоставление свободы договора — это, по сути, делегация частным лицам законодательной власти государства, поэтому свобода договора частных лиц должна подчиняться тем же ограничениям, что и законодательная власть государства<sup>57</sup>. Он полагал, что ограничения частных лиц и государства основными правами человека базируется на одном фундаменте и, в сущности, не отличаются, несмотря на разницу в том, что частное лицо, нарушающее основное право человека другого частного лица, также является носителем основных прав человека в отличие от государства, которое этими основными правами не обладает.

Для урегулирования возникающих конфликтов между основными правами частных лиц он разработал правила. В частности, положения с более узким содержанием должны иметь преимущества над положениями с более широким содержанием. Например, по мнению Лейснера, право на свободное развитие личности всегда должно иметь преимущество перед свободой выражения, включая свободу прессы; чтобы избежать неопределенности содержания конституционных прав, границы дозволенного посягательства должны быть четко зафиксированы, что позволит решить проблему поиска баланса интересов в случае конфликта конституционных прав и свобод и избежать неопределенности содержания положений об основных правах.

При этом Ниппердей, напротив, считал, что сила положений об основных правах человека должна различаться в зависимости от того, в отношении кого они применяются: в отношении государства или в отношении частных лиц, поскольку государство в отличие от посягающего частного лица не наделено правами человека<sup>58</sup>. В случае вторжения в права человека посягающего частного лица для определения допустимых границ такого вторжения следует учитывать интересы посягающего частного лица в каждом конкретном случае. Чтобы свобода договора была эффективной, сила положений о правах человека не должна быть абсолютной, она должна быть относительна праву на свободу договора и частную автономию. Таким образом, интерпретация прав человека должна состоять в поиске баланса в каждом конкретном случае между интересом в свободе договора, с одной стороны, и равенством — с другой.

Тем не менее в немецкой правовой науке прямая модель конституционализации частного права не является господствующей; значительное признание и развитие как среди ученых, так и в судебной практике получила непрямая (косвенная) модель<sup>59</sup>, сторонником которой являлся Гюнтер Дюриг (Günter

---

<sup>55</sup> Уолтер Лейснер (1929–2023) — немецкий ученый-правовед и профессор, член Ассоциации преподавателей конституционного права Германии, награжден Баварским орденом «За заслуги» и орденом «За заслуги перед Итальянской Республикой»; имеет степень почетного доктора Туринского университета.

<sup>56</sup> *Leisner W.* Grundrecht und Privatrecht. Munich: Beck, 1960. P. 317, 368.

<sup>57</sup> *Ibid.* P. 318–326.

<sup>58</sup> *Nipperdey H. C.* Grundrechte und Privatrecht. Krefeld: Scherpe, 1961. P. 18.

<sup>59</sup> *Flumme W.* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Berlin: Springer, 1992. P. 20; *Laurenz K.* Lehrbuch des Schuldrechts. 11<sup>th</sup> ed. Munich: Beck, 1983. P. 79.

Dürig)<sup>60</sup>. Он подчеркивал опасность прямой модели для свободы договора и частной автономии — свободе лица определять для себя правовые последствия своих действий и иметь свободу от необходимости демонстрировать, что его действия соответствуют закону; роль права ограничивается лишь признанием таких действий как самоопределяющих<sup>61</sup>. Статья 2 Основного закона Федеративной Республики Германия (Grundgesetz, далее также — Основной закон) гарантирует свободу договора. Это означает, что в рамках установленных ограничений лицо может пожертвовать своей свободой или извлечь из нее пользу, и такие действия лица должны признаваться государством. Дюриг приходил к выводу, что прямое применение положений, закрепляющих права человека, в отношениях между частными лицами является неконституционным<sup>62</sup>.

Применение не прямой модели конституционализации находит применение и в немецкой судебной практике<sup>63</sup>.

Так, согласно факту одного известного дела, между крупным немецким банком и бизнесменом был заключен кредитный договор, поручителем по которому выступила 21-летняя дочь последнего. Несколькими годами позже бизнесмен был признан банкротом и банк потребовал у его дочери погашения задолженности в полном объеме. Она отказалась выплатить сумму задолженности, указав, что ей не были известны последствия договора поручительства. Верховный суд (Bundesgerichtshof), высшая инстанция по гражданским делам, признал право банка требовать взыскания долга, поскольку договоры должны исполняться.

Дочь обратилась в Федеральный Конституционный суд Германии (Bundesverfassungsgericht), заявив, что нарушен Основной закон, в частности нарушено ее право на достоинство личности (ст. 1) и право на свободное развитие (ст. 2). Суд учел личные обстоятельства заявительницы: у нее не было образования, большую часть жизни она не работала, во время работы ее заработок составлял 500 евро. В случае удовлетворения требований банка одни лишь ежемесячные проценты составили бы примерно 350 евро; таким образом, доход заявительницы до конца жизни оставался бы на минимальном уровне. В этой связи Федеральный Конституционный суд Германии признал, что суды при рассмотрении гражданского дела должны учитывать общие положения частного права, в том числе противоречие доброй совести и морали, если дисбаланс переговорных возможностей ведет к заключению односторонне обременяющего соглашения; если суды этого не делают, то может быть нарушено право на достоинство личности, защищаемое ст. 1 Основного закона<sup>64</sup>.

В вопросе конституционализации частного права в Германии важным является дело Люта.

Во время Второй мировой войны Вайт Харлан (Veit Harlan) написал сценарий и спродюсировал антисемитский фильм под названием *The Jew Sues*. После войны (1950) он спродюсировал фильм — *Immortal Beloved*. Разгневанный возвращением режиссера нацистского периода Эрлих Лют (Erlich Lüth) призвал бойкотировать послевоенный фильм Харлана. По мнению Люта, бойкот должен был продемонстрировать миру, что кинематограф Германии не должен ассоциироваться с режиссером, снимающим антисемитское кино. Продюсер и дистрибьютор дан-

---

<sup>60</sup> Гюнтер Дюриг (1920–1996) — профессор конституционного права в Тюбингенском университете; своим ведущим комментарием к Основному закону Федеративной Республики Германия (Grundgesetz) оказал значительное влияние на конституционное право Германии.

<sup>61</sup> *Dürig G.* Grundrechte und Zivilrechtsprechung. Munich: Isar Verlag, 1956. P. 157, 183–184.

<sup>62</sup> *Ibid.* P. 176, 183.

<sup>63</sup> *Lewan K. M.* The Significance of Constitutional Rights for Private Law... P. 572.

<sup>64</sup> Bundesverfassungsgericht October 19, 1993, NJW 1994, 36 (Burgschaft).

ного фильма обратились в суд с требованием запретить Люту дальнейший призыв к бойкоту фильма, обосновав свое требование § 826 Германского гражданского уложения (далее также — ГГУ) об умышленном причинении вреда другому способом, противным добрым нравам. Требование было удовлетворено. Тогда Лют обратился с требованием об отмене принятого решения в Федеральный Конституционный суд Германии, заявив, что ограничение его призыва к бойкоту фильма нарушает ч. 1 ст. 5 Основного закона, согласно которой каждый имеет право свободно выражать и распространять свое мнение устно, письменно и посредством изображения, а также беспрепятственно получать информацию из общедоступных источников; гарантируются свобода печати и свобода передачи информации посредством радио и кино; цензуры не существует<sup>65</sup>. Европейский либерализм XIX в., пропитанный идеей свободы рынка, рассматривал гражданское право как средство достижения индивидуалистических целей в договорных, деликтных, наследственных, семейных отношениях; государство не входило в состав этих отношений, за исключением необходимости закрепления частных прав в гражданском кодексе, а также применения этих прав с максимальным учетом индивидуальной автономии воли<sup>66</sup>.

В противовес был заявлен контраргумент о том, что, поскольку спор существует между двумя частными лицами, Лют не может основывать свое требование на нарушении положений, закрепляющих права человека.

Таким образом, при рассмотрении данного дела Федеральный Конституционный суд Германии столкнулся с двумя противоположными подходами. Согласно первому публичная и частная системы — это две принципиально разные системы, и поэтому публичное право в целом и конституционное право в частности не должны иметь отношения к частному праву. Сторонники второго подхода, диаметрально противоположного, выражали мнение, что основные права человека должны защищаться не только от посягательств со стороны государства, но и от посягательств других частных лиц<sup>67</sup>.

Рассмотрев оба подхода, Федеральный Конституционный суд Германии обозначил, что не готов полностью принять ни один из них, и занял промежуточную позицию, которая допускала только частичный конституционный контроль в отношении частного права. Суд признал, что основные права человека действительно в большей степени применяются против нарушений со стороны государственной власти. Тем не менее Федеральный Конституционный суд Германии подчеркнул, что Конституция устанавливает *объективный порядок ценностей*, признание чего означало усиление сферы основных прав и их выход за границы традиционного понимания<sup>68</sup>. *Объективный порядок ценностей*, обозначенный в деле Люта, стал центральным концептом немецкой доктрины конституционализации частного права<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Quint P. E. Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory // Maryland Law Review. 1989. Vol. 48, no. 2. P. 254.

<sup>66</sup> Ibid. P. 257–258.

<sup>67</sup> Ibid. P. 259–260. — В развитии данного подхода большую роль сыграли решения Федерального суда по трудовым спорам Германии под председательством судьи Ганса Карла Ниппердея. Данный суд, например, занимал позицию, согласно которой работники могли заявлять о конституционных правах на свободу слова в отношении работодателей; женщины не должны подвергаться дискриминации при выплате заработной платы работодателем; конституционные права работников на достоинство нарушаются, если работодатель не предоставляет соответствующую работу в его рабочее время. Федеральный суд по трудовым спорам Германии подчеркнул, что некоторые конституционные права имеют такое значение, что должны рассматриваться как общие правила для регулирования всех отношений в обществе в целом, в том числе частных правовых отношений.

<sup>68</sup> Ibid. P. 261.

<sup>69</sup> Ibid. P. 262.

Исходя из этого, в деле Люта была принята непрямая модель конституционализации. Ценности частного права сохраняют значительный потенциал, даже когда сталкиваются с ценностями конституционного права. Эта позиция отражает силу частной правовой традиции и устойчивость взглядов о том, что должна быть область частных правовых отношений, которая остается независимой от контроля со стороны государства. Суд в деле Люта призвал приводить в соответствие публичные и частные ценности, когда частно-правовые ценности ставят под угрозу *ценности* конституционные.

Самое сильное влияние Конституции на частное право происходит (как в деле Люта), когда вопрос касается императивных правил, которые стороны не могут изменить, в форме общих положений<sup>70</sup>.

В результате Федеральный Конституционный суд Германии отменил принятое решение по делу Люта, посчитав, что право Люта на свободу выражения мнения было нарушено, поскольку он имел дело с вопросами, представляющими общественный интерес, и действовал не ради собственной выгоды, для него это был вопрос призыва к общественному сознанию, поэтому со стороны Люта не было противоправного деяния гражданского характера<sup>71</sup>.

Отметим, что непрямая модель конституционализации в немецкой доктрине признается не всеми. В частности, К. В. Канарис (C. W. Canaris) подчеркивал, что горизонтальный эффект положений о правах человека угрожает автономии воли. Он поддерживал тезис о том, что только государство является адресатом основных прав человека. Государственным властям не разрешается вмешиваться сверх определенных пределов в отношения частных лиц (запрет на чрезмерные полномочия — *Übermaßverbot*); но власти государства также не должны оставлять частных лиц непропорционально беззащитными перед нарушениями основных прав (запрет на бездействие — *Untermaßverbot*)<sup>72</sup>.

В отличие от норм частного права основные права человека не затрагивают горизонтальные отношения частных лиц. Основные права человека влияют на субъектов частного права именно через защитную функцию государства, которое выполняет свою обязанность по защите основных прав человека. По мнению Канариса, неверно считать, что стороны вмешиваются в права друг друга (например, неверно утверждать, что Лют своим призывом к бойкоту фильма вмешался в свободу деятельности кинопродюсера и дистрибьютора, а кинокомпания вмешалась в свободу слова Люта). Исключительно суд, являясь субъектом, связанным основными правами, и его решение по конкретному делу вмешивается в основное право проигравшей стороны.

Однако данная конструкция Канариса путает причину и следствие. Суды должны учитывать основные права при вынесении решения по гражданскому делу, поскольку они де-факто влияют на правоотношения соответствующих сторон. При этом основные права не претендуют на значимость для частно-правовых отношений только потому, что решение принимает государственный суд. Именно кинопродюсер и дистрибьютор с их требованием о судебном запрете в первую очередь вмешиваются в свободу слова Люта; только во вторую очередь — судебное заседание и вынесение решения по делу. Гражданские суды разъясняют взаимные права и обязанности спорящих частных сторон. Но решающим нарушением остается действие вторгшегося частного лица.

<sup>70</sup> Quint P. E. Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory. P. 265.

<sup>71</sup> Ibid. P. 248–249.

<sup>72</sup> Canaris C. W. Grundrechte and Privatrecht — Eine Zwischenbilanz. Berlin; New York, 1999. P. 98.

## 2.2. Нидерланды

Законодатель занял негативную позицию в отношении прямого горизонтального эффекта основных прав человека уже на этапе создания Конституции Нидерландов (*Grondwet*) в 1983 г. В этой связи с (национальной) конституционной точки зрения свобода суда допускать горизонтальный эффект основных прав человека значительно ограничена<sup>73</sup>.

Тем не менее признается косвенное влияние *ценностей*, закрепленных в положениях о правах человека, на частное право<sup>74</sup>. Такое косвенное воздействие происходит как через установление конкретных положений закона, которые основаны на ценностях, заложенных в положениях об основных правах человека (например, запрет на дискриминацию, закрепленный в Законе о равном обращении (*Algemene Wet Gelijke Behandeling*), или положения о недействительности дискриминационных контрактов и условий в контексте трудовых отношений в ст. 646 книги 7 ГК Нидерландов), так и через открытые нормы (например, стандарт должной заботы, закрепленный в ст. 162 книги 6, ст. 40 книги 3 ГК Нидерландов, или разумности и справедливости, закрепленный в ст. 2, 233 и 248 книги 6 ГК Нидерландов).

## 2.3. Канада

Канадская Хартия прав и свобод человека (*The Charter of Rights and Freedoms*) является частью Конституционного акта 1982 г. В известном деле *Dolphin Delivery* 1986 г.<sup>75</sup> Верховный суд Канады указал, что запрет Апелляционного суда Британской Колумбии, направленный на предотвращение повторных забастовок, мог ограничить право заявителя на свободу выражения, закрепленное в ст. 2 (b) Хартии (хотя и являлся разумным ограничением, согласно ст. 1), но Хартия не связывает действия судов и не регулирует горизонтальные отношения. Верховный суд Канады пришел к данному выводу, основываясь на том, что ст. 52.1 Конституционного акта 1982 г. закрепила приоритет Хартии над противоречивым правом (включая общее право); согласно ст. 32.1, Хартией связано именно государство, в которое не входят суды. Когда оспариваются действия государства на основании общего права, то применяется Хартия; в ситуациях, когда спор — между частными лицами, Хартия неприменима, но судам следует развивать общее право в соответствии с *ценностями* Хартии<sup>76</sup>.

Судья Д. Макинтайр (J. McIntyre) указывал, что ст. 32 Хартии уточняет, кто относится к субъектам, к которым применима Хартия, — это законодательная, исполнительная и административная ветви власти. Хартия будет применяться к общему праву, но только постольку, поскольку общее право является основанием для действий со стороны государства, которые, как заявляется, нарушают охраняемые права и свободы<sup>77</sup>.

В последующем решении по делу *McKinney v University of Guelph* (1990) судья Дж. Ла Форест (J. La Forest) указывал, что исключение частных лиц из сферы действия Хартии — это намеренный выбор, государство — это лицо, которое

---

<sup>73</sup> *Barkhuysen T., Lindenbergh S.D.* Constitutionalisation of Private Law. Brill Academic Publisher, Martinus Nijhoff Publishers. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers; Boston: Brill Academic Publisher, 2006. Introduction.

<sup>74</sup> *Ibid.* P. 102.

<sup>75</sup> *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 et al v. Dolphin Delivery Ltd* (1986).

<sup>76</sup> *Quint P. I.* Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory. P. 253.

<sup>77</sup> *Leigh I.* Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy. P. 63.

устанавливает регулирование и может посягать на свободы частного лица. Нужно ограничивать только государство, чтобы сохранить права частного лица. Распространение действия Хартии на частных лиц означало бы пересмотр устоявшихся областей права и было бы тождественно установлению равносильной системе деликтов, что может нарушить функционирование общества<sup>78</sup>.

#### 2.4. ЮАР

В ведущем прецеденте по вопросу конституционализации частного права ЮАР — *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another* (1996) — Конституционный Суд ЮАР на основании Временной конституции ЮАР 1993 г. пришел к выводу об отсутствии горизонтального эффекта права свободы слова в случае защиты от клеветы. Интерпретируя ст. 7.1 Временной конституции, большинство судей согласилось с тем, что данный акт связывает только законодательные и исполнительные органы власти, но не суды, поскольку связанность последних Временной конституцией прямо не установлена. Большинство судей цитировало дело *Dolphin Delivery*, указывало на недостатки судебной модели (доктрины State Action) и приводило аргументы в поддержку немецкого подхода *Drittwirkung*.

Правовой эффект по делу *Du Plessis* был аналогичен эффекту в рассмотренном выше ведущем канадском прецеденте *Dolphin Delivery*<sup>79</sup>, недостатком которого является риск легализации дискриминации прав человека частными лицами.

Тем не менее вопрос о непрямом горизонтальном эффекте положений о правах человека оставался открытым, поскольку ст. 35.3 Временной конституции требовала от судов относиться должным образом к *духу, целям и объектам* Конституции при развитии общего права.

В Конституции ЮАР 1996 г. был принят подход, отстаиваемый в деле *Du Plessis* судьей Д. Мадала (J. Madala): прямой горизонтальный эффект должен рассматриваться в контексте каждого конкретного конституционного права человека, но не как общий принцип<sup>80</sup>. Новая Конституция ЮАР 1996 г. имеет преобразующий характер, и раздел 39 предписывает судам развивать общее право и право коренных народов в целях поощрения имплементации прав человека, *ценностей, духа и смысла* Билля о правах<sup>81</sup>. Отмечается, что во всех подотраслях частного права, в частности в договорном, деликтном, вещном, семейном, наследственном и коммерческом праве, судебная практика стремится согласовывать конституционные *ценности* с правовой традицией. Мощный импульс этому процессу был придан законодательством, предусматривающим среди прочего равенство в сфере занятости, перераспределение земель, реформу землевладения, защиту прав потребителей, брак, равенство, новый режим прав на полезные ископаемые<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Leigh I. Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy. P. 64.

<sup>79</sup> Ibid. P. 66.

<sup>80</sup> Статья 8.2 Билля о правах человека (раздел 2 Конституции ЮАР 1996 г.): «Положение Билля о правах обязывает физических или юридических лиц в случаях, в которых она применяется, учитывать природу права и природу любых обязанностей, которые возлагаются правом (перевод мой. — П. К.)». Кроме того, ст. 9.4 закрепляет дополнительную обязанность частных лиц не дискриминировать друг друга по различного рода основаниям.

<sup>81</sup> Рудоквас А. Д., Томас Ф. Дж. Сосуществование и гармонизация различных правовых традиций Южной Африки // Правоведение. 2023. Т. 67, № 2. С. 115, 125–126.

<sup>82</sup> Там же.

## 2.5. Великобритания

На первый взгляд сложно представить себе конституционализацию частного права в такой стране, как Великобритания, в которой нет ни конституции, ни традиционного для европейской континентально-правовой традиции деления права на частное и публичное<sup>83</sup>. Между тем конституционные ценности существуют и в правопорядке Великобритании. Так, лорд Сейлс (Ph. Sales), судья Верховного суда Соединенного Королевства, выделяет три этапа развития конституционных ценностей в общем праве<sup>84</sup>: 1) до принятия Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее — Конвенция)<sup>85</sup>; 2) период между принятием Конвенции и вступлением в силу Акта о правах человека 1998 г.<sup>86</sup> (далее также — Акт), который инкорпорировал Конвенцию в право Соединенного Королевства; 3) период после вступления в силу Акта — 2 октября 2000 г.

Несмотря на отсутствие в Великобритании единого документа — конституции, отдельные права человека признавались на протяжении веков в королевских хартиях и парламентских актах, которые считаются имеющими конституционный статус. Отмечается, в частности, что корни современных конституционных ценностей общего права уходят к Великой хартии вольностей 1215 г.<sup>87</sup> Так, в XVII в. сэр Эдвард Кок (Edward Coke), известный английский политик и юрист, назвал Великую хартию вольностей воплощением прав, признаваемых общим правом. Современный британский историк и профессор Принстона Линда Колли (Linda Colley) описала процесс развития в XVIII в. культа вокруг Великой хартии вольностей как основного образующего Конституцию страны текста<sup>88</sup>.

В контексте единой системы общего права без деления на частное и публичное право применение одних и тех же ценностей в контексте горизонтальных или вертикальных отношений — вопрос случая. По общему праву права человека вполне могли использоваться как против публичной власти, так и против частного лица.

Тем не менее со временем различие между органами публичной власти и частными лицами становилось все более четким: концепт публичного права стал более выражено проявляться в общем праве, в том числе благодаря Административному Суду, действующему по особой процедуре; также получило развитие деликтное право, которое в ряде случаев предоставило публичным органам привилегированное положение по сравнению с частными лицами<sup>89</sup>. Проведение

<sup>83</sup> Banakas S. The Constitutionalisation of Private Law in the UK... P.90.

<sup>84</sup> Sales Ph. Lecture dated: the 10<sup>th</sup> of March 2023. Constitutional Values in the Common Law of Obligations. Cambridge Freshfields Annual Lecture. URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/Lord%20Sales%20-%20Constitutional%20values%20in%20the%20common%20law%20of%20obligations.pdf> (дата обращения: 19.08.2023).

<sup>85</sup> В лекциях, опубликованных в 1908 г., Мейтленд описал положение конституционного права в различные исторические периоды. Подробнее см.: Maitland F. W. The Constitutional History of England. URL: [https://www.books.google.ru/books?id=MQaHL9s\\_xRwC&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0v=onepage&q&f=false](https://www.books.google.ru/books?id=MQaHL9s_xRwC&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs_ge_summary_r&cad=0v=onepage&q&f=false) (дата обращения: 20.08.2023).

<sup>86</sup> Human Rights Act 1998.

<sup>87</sup> В ст. 29 Великой хартии вольностей в редакции 1225 г. (ст. 39 в редакции 1215 г.) было указано, что «ни один свободный человек не будет арестован или заключен в тюрьму, или лишен владения, или объявлен стоящим вне закона, или изгнан, или каким-либо (иным) способом обездолен, и мы не пойдём на него и не пошлём на него иначе, как по законному приговору равных его (его пэров) и по закону страны». URL: [https://www.pnu.edu.ru/ru/faculties/full\\_time/isptic/iogip/study/studentsbooks/histsources2/ipgzio12/](https://www.pnu.edu.ru/ru/faculties/full_time/isptic/iogip/study/studentsbooks/histsources2/ipgzio12/) (дата обращения: 20.08.2023).

<sup>88</sup> Colley L. The Gun, the Ship & the Pen: Warfare, Constitutions and the Making of the Modern World. New York: Liveright, 2021. P.97–99.

<sup>89</sup> Sales Ph. Lecture dated... P.10–11.

более четкой границы между частными и публичными лицами все острее ставило вопрос о необходимости формирования четкого видения того, где и как праву следует расположить конституционные ценности<sup>90</sup>.

Проект Конвенции не был чем-то абсолютно новым для британских юристов, которые принимали активное участие в его составлении и работали с правами человека, во многом знакомыми им, если не по форме, то по сути<sup>91</sup>. Акт о правах человека 1998 г., вступивший в силу 2 октября 2000 г., инкорпорировал Конвенцию в право Соединенного Королевства.

Акт закрепил следующие положения: закрепленные в Конвенции права имеют эффект для данного Акта<sup>92</sup>; национальное законодательство должно толковаться и применяться в соответствии с конвенциональными правами, насколько это возможно<sup>93</sup>; действия государственной власти, несовместимые с предусмотренным Конвенцией правом, являются незаконными<sup>94</sup>; понятие «государственная власть» включает в себя суд<sup>95</sup>.

Данные положения Акта породили бурную дискуссию, ключевой вопрос которой состоит в том, какой именно эффект имеет Конвенция: вертикальный или горизонтальный. В самом Акте ничего не сказано о его возможном применении для регулирования отношений между частными лицами<sup>96</sup>, при этом также отсутствуют какие-либо ограничения судебной обязанности применять Акт только в отношении публичной власти или в отношении частных лиц<sup>97</sup>, поэтому сложно сделать однозначный вывод о том, какая модель конституционализации действует в праве Соединенного Королевства.

На стадии обсуждения проекта Акта в Палате лордов лорд Уилберфорс (Lord Wilberforce) указал на возможность возникновения проблемы горизонтального эффекта из-за включения судов в определение государственной власти. В ответ на это лорд-канцлер высказался в пользу не прямой модели конституционализации<sup>98</sup>, отметив, что связанность судов положениями Конвенции является сущностно правильной, при этом судьи не обязаны осуществлять законодательную власть, чтобы защищать права, закрепленные Конвенцией, в случае отсутствия регулирования на уровне общего права или статуты.

Между тем в документе Лейбористской партии 1996 г., *Bringing Rights Home*, делался общий вывод об отсутствии горизонтального эффекта Акта; в документе утверждалось, что цель Конвенции — защита частных лиц от государства, но не от других частных лиц, а проекты Акта не позволяют ответить на вопрос о допустимости его горизонтального эффекта<sup>99</sup>.

<sup>90</sup> *Sales Ph.* Lecture dated... P. 12.

<sup>91</sup> *Ibid.* P. 4, 7. — Соединенное Королевство было первой страной, ратифицировавшей Конвенцию, а лорд Макнейр был первым президентом Европейского суда по правам человека.

<sup>92</sup> Пункт 2 ст. 1 Акта: «Эти статьи [имеются в виду статьи Конвенции, указанные в пункте 1 Акта. — П. К.] должны иметь силу для целей настоящего Акта с учетом любых обозначенных отступлений или оговорок (о которых см. разделы 14 и 15)» («Those Articles are to have effect for the purposes of this Act subject to any designated derogation or reservation (as to which see sections 14 and 15)») (URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42> (дата обращения: 20.08.2023)).

<sup>93</sup> Пункт 1 ст. 3 Акта «So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights» (*Ibid.*).

<sup>94</sup> Пункт 1 ст. 6 Акта (*Ibid.*).

<sup>95</sup> Подпункт «а», п. 3, ст. 6 Акта «In this section “public authority” includes — (a) a court or tribunal» (*Ibid.*).

<sup>96</sup> *Phillipson G.* The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law... P. 825.

<sup>97</sup> *Leigh I.* Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy. P. 74.

<sup>98</sup> *Ibid.* P. 85.

<sup>99</sup> *Ibid.* P. 59.

В доктрине высказывалась и точка зрения в пользу прямой модели конституционализации, согласно которой на практике не должно быть разницы в зависимости от того, кем является ответчик: публичным или частным лицом, поскольку у судов при принятии решения есть *обязанность* придерживаться положений Конвенции. Одно и то же законодательное положение должно одинаково интерпретироваться судом вне зависимости от того, являлся ли ответчик частным лицом или публичным<sup>100</sup>.

Однако такой подход критикуется в английской доктрине. М. Хант отмечает, что, несмотря на отсутствие в Акте указания на его влияние на частное право, системный анализ Акта дает основания исключать использование прямой модели<sup>101</sup>. Акт закрепляет, что действия органа государственной власти, несовместимые с правом, предусмотренным Конвенцией, являются незаконными<sup>102</sup>. При этом установленные Актом процедуры и ограничения подтверждают направленное действие данного Акта именно в отношении публичной власти<sup>103</sup>.

Судебная практика также не склонна интерпретировать положения Акта в пользу прямой модели применения прав человека в горизонтальных отношениях<sup>104</sup>.

Лорд Ирвин (Lord Irwin), отмечал, что суды действительно связаны положениями о правах человека, однако если исходить из прямой модели, то, получится, что при отсутствии нарушенного права в общем праве для защиты прав человека суды всегда обязаны будут осуществлять законотворческую функцию путем принятия судебного решения. Данный подход неверен, поскольку суды не должны осуществлять законодательную власть и предоставлять новые средства защиты при нарушении прав человека, если это не предусмотрено общим правом<sup>105</sup>.

Например, нельзя обосновать свое требование к газете через вторжение в частную жизнь как нарушение прав человека. Основанием должно являться не нарушение ст. 8, а другое неправомерное действие, предусмотренное частным правом, так как газета не является публичным субъектом<sup>106</sup>. Однако возможно сначала заявить требование против газеты на основании положений Конвенции, а после того, как оно будет отклонено судом, подать апелляцию на решение суда

---

<sup>100</sup> Ibid. P. 74.

<sup>101</sup> Hunt M. The «Horizontal Effect» of the Human Rights Act. P. 438. — «Вне всяких сомнений является очевидным тот факт, что прямое горизонтальное применение не предусмотрено (перевод мой. — П. В.)»; Phillipson G. The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law... P. 826.

<sup>102</sup> Статья 6 Акта (URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42> (дата обращения: 20.08.2023)).

<sup>103</sup> Статья 7 и 8 Акта (Ibid.).

<sup>104</sup> В деле *Pepper v. Hurd* (1993) лорд-канцлер отметил: «...мы решили, что такие положения [незаконно нарушать права, установленные в Акте] должны применяться к публичной власти, но не к частным лицам... Акт основывается на необходимости защиты людей от неправильного использования государственной власти, но не от действий частных лиц» (Phillipson G. The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law... P. 828).

<sup>105</sup> Ibid. P. 829; Leigh I. Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy. P. 74. — Отмечается, что Акт не дает судам полномочий преодолевать положения законов, которые противоречат Конвенции (за исключением Шотландии, акты шотландского Парламента могут быть преодолены в данном аспекте). Вместо этого суды всех уровней обязаны сделать все возможное, чтобы интерпретировать законодательство в соответствии с Конвенцией. Если это невозможно, то суд выносит декларацию о несоответствии, которая сама по себе не меняет право и не дает заявителю каких-либо средств защиты, но служит триггером для подготовки министерствами приказов о поправках в закон (*remedial order* или «*fast-track*» *order*), которые могут иметь ретроспективный эффект, но при этом не гарантируют заявителю получение безусловной защиты, поскольку последнее слово остается за Парламентом.

<sup>106</sup> Phillipson G. The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law... P. 828.

на том основании, что суд не учитывает положений Конвенции и нарушает ст. 6 Акта, а именно игнорирует свою обязанность следовать положениям Конвенции. Суд апелляционной инстанции вряд ли поддержит такую попытку; но даже если он и поддержит апелланта, то требования о возмещении убытков будут отклонены в силу п. 3 ст. 9 Акта, согласно которому убытки не могут быть возмещены по разбирательству в отношении судебного акта в апелляции. Кроме того, в таком случае нельзя будет потребовать запрета публикации, поскольку заявляется о неправомерных действиях суда, но не газеты<sup>107</sup>.

Таким образом, согласно господствующему подходу положения Конвенции не могут быть положены в основу заявленных требований к частному лицу; допустимый способ защиты — обосновывать свои требования по отношению к частному лицу на существующих положениях общего права<sup>108</sup>, одновременно заявив об обязанности суда действовать в соответствии со ст. 8 Акта, требующей развивать и интерпретировать общее право для защиты прав человека<sup>109</sup>. Например, в деле *Fearn v. Tate Gallery* (2023) попытка обосновать иск о причинении вреда на основании нарушения права на частную жизнь, закрепленное в ст. 8, была признана ненужным усложнением и отвлечением, поскольку общее право уже достигло необходимого баланса между противостоящими правами и интересами, не оставив места для «эффекта излучения» (*Ausstrahlungswirkung*).

### 3. Сравнительно-правовой анализ моделей конституционализации частного права в зарубежных правовых порядках. «Слабая» и «сильная» непрямая модель: ценности и права

К одним и тем же положениям о правах человека в разных правовых порядках относятся по-разному — в них вкладывают разный смысл.

В Германии, Голландии, Канаде и ЮАР положения об основных правах человека рассматриваются в широком смысле — как закрепляющие *ценности, которые пронизывают весь правовой порядок*<sup>110</sup>. Эти ценности необходимо учитывать при применении и интерпретации права. При этом суд связан ценностями, закрепленными в положениях о правах человека, но не самими *правами*<sup>111</sup>. Таким образом, в обязанности суда входит не прямое применение положений, закрепляющих основные права человека, но учет *ценностей*, заложенных в них. При таком подходе к положениям о правах человека относятся как к *принципам*, от которых при учете различных факторов и конкретных обстоятельств допустимо отступить. В этой

<sup>107</sup> Phillipson G. The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law... P. 829.

<sup>108</sup> Например, принуждение и неправомерное влияние (*duress and undue influence*), контроль над необоснованными положениями об исключениях (*unreasonable exception clauses*), доктрина фрустрации контрактов (*frustration of contracts*), эстоппель, незаконность ограничения торговли (*illegality for restraint of trade*), заявления о клевете (*defamation*), запугивании (*intimidation*), сговоре или использовании незаконных или недопустимых средств (*conspiracy or using unlawful or impermissible means*). Нельзя также забывать о защите по праву справедливости (*equitable relief*), которое исторически является воротами к соображениям морали и доброй совести в английском праве, о чем свидетельствует основное правило, согласно которому к справедливости нужно подходить с чистыми руками.

<sup>109</sup> Ibid. P. 829, 847.

<sup>110</sup> Matscher F., Petzold H. *Protecting Human Rights: the European Demetion*. 2<sup>nd</sup> ed. Koln; Berlin; Bonn; Munich: Carl Heymanns, 1990. P. 34.

<sup>111</sup> Так, в южноафриканском решении *De Plessis v De Klerk* именно эта причина была названа для отрицания применения «сильного» горизонтального эффекта прав человека.

связи данный подход иногда называют «слабой» непрямой моделью, поскольку применение положений о правах человека может быть преодолено с учетом конкретных обстоятельств.

При «слабой» непрямой модели конституционализации прямая модель не используется. Это означает, что при отсутствии прямого регулирования отношений между частными лицами должно быть заявлено требование о применении и развитии существующего права в свете тех *ценностей*, которые закреплены в положениях об основных правах человека.

Верховный суд Нидерландов в своем решении признает существование настолько фундаментальных *ценностей*, что они как бы предшествуют выражению более конкретным *правам* человека. Верховный суд Нидерландов следовал этой линии рассуждений, чтобы вывести — в споре между гражданином и юридическим лицом, которое отказывалось предоставить данные о его родителе, — конкретные права (в частности, право знать личность своего родителя<sup>112</sup>), которые ранее четко не определялись в таких понятиях из общего права личности знать своего родителя. Следовательно, суд как бы спускается с более высокого уровня абстракции (общее право личности) непосредственно на более низкий уровень, выделяя из этого права личности частное право с прямым действием (право знать личность родителя). Это показывает, что основные права могут представлять собой источник, из которого выводятся права в частноправовом контексте, даже если они не были подробно сформулированы в отношении основных прав человека<sup>113</sup>.

Из ведущего прецедента Канады по вопросу конституционализации — *Dolphin Delivery* — следует, что, если частное лицо А заявляет требование к частному лицу Б на основании общего права, Хартия прав и свобод не применяется; тем не менее следует применять и развивать общее право в соответствии с закрепленными фундаментальными *ценностями*<sup>114</sup>.

В английском праве используется модель «сильной» непрямой конституционализации, в которой положения о правах человека рассматриваются не как принципы, закрепляющие ценности, а как *правила, закрепляющие права*. При такой модели нельзя обратиться в суд с требованием к частному лицу только лишь на основании нарушения прав человека; также на основании прав человека нельзя ссылаться на обоснованность совершенных нарушений. Суды не могут вмешиваться там, где нет оснований для заявления требований в суд. Но если определенные положения применимы, то они полностью предопределяют решение возникшего спора, без каких-либо отступлений и учета иных обстоятельств, поскольку рассматриваются как правила, а не принципы<sup>115</sup>.

Указанное выше различие в отношении к положениям о правах человека как к *ценностям* при «слабой» непрямой модели и как к *правам* при «сильной» можно объяснить ролью государства в экономической сфере и сфере правового регулирования частных отношений.

Так, в Германии государство играет большую роль в поддержании и развитии эффективного функционирования гуманистических ценностей, в то время как английский подход к данным ценностям, напротив, основан на традиционной предпосылке нейтралитета и минимального вмешательства государства в регулирование отношений сторон. Немецкое право допускает ограничение влияния экономической власти в целях защиты слабой (более уязвимой) стороны, а в англий-

<sup>112</sup> Supreme Court decision dated April 15, 1994, NJ 1994, 608.

<sup>113</sup> *Lindenbergh S.* The Constitutionalisation of Private Law in The Netherlands // Constitutionalisation of Private Law. Leiden; Boston, 2006. P. 103.

<sup>114</sup> *Phillipson G.* The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law... P. 830.

<sup>115</sup> *Ibid.* P. 831.

ском праве, напротив, преобладает либеральный *laissez faire* подход, сводящий ограничения сторон частно-правовых отношений к минимуму и предоставляющий значительную свободу сторонам в осуществлении своих прав.

Исходя из этого, подход «слабой» непрямой модели к пониманию положений, закрепляющих права человека, во многом фокусируется на *ценностях*, которые заложены в этих положениях. Английский подход, напротив, в большей степени делает акцент на *правах*, не приветствуя реализацию государством самих *ценностей*; традиционно относится к правам человека в узком или негативном смысле, воспринимая права человека как барьер для действий со стороны государства (инструмент для защиты прав частных лиц от посягательств государства); при таком подходе права человека позволяют сформировать набор допустимых действий для государства в развитии каких-либо ценностей общества. Немецкий подход понимает права человека шире — как воплощение объективного порядка ценностей, который имеет «излучающий эффект» (*Ausstrahlungswirkung*) на все сферы права, который задает направление, импульс всему праву.

Статья поступила в редакцию 1 сентября 2023 г.  
Рекомендована к печати 25 декабря 2023 г.

## The constitutionalisation of private law: Comparative analysis

P. V. Kornilina

**For citation:** Kornilina P.V. 2024. The constitutionalisation of private law: Comparative analysis. *Pravovedenie* 68 (1): 128–150. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2024.107> (In Russian)

This article is divided into four parts. The first part discloses the definition of constitutionalisation of private law, which means the influence of fundamental (constitutional) human rights on private law. The second part is devoted to the analysis of the key issue related to the topic of constitutionalisation of private law — how and to what extent fundamental (constitutional) human rights influence private law. In this regard, the four models of private law constitutionalisation identified in comparativism and the pro/contra arguments for each of them are examined. The third part of the article examines which of these models is embodied in foreign legal orders (in particular, Germany, the Neatherlands, Canada, South Africa and the UK). The author concludes that the most widespread is the model of indirect influence of fundamental human rights on private law. The fourth part of the article provides a comparative legal analysis of the application of the indirect model of constitutionalisation. This model identifies two approaches that characterise the attitude of foreign lawmakers to human rights provisions in different ways. The first approach, the “strong” indirect model, assumes that human rights provisions enshrine rights that constitute binding rules. This approach is represented in particular in the UK. The second, the “weak” indirect model, views human rights provisions as enshrining values and being principles to be taken into account alongside other circumstances. This approach is represented in particular in Germany.

**Keywords:** publicization of private law, constitutionalization of private law, privatization of human rights, human rights, horizontal relations, *Drittwirkung*.

## References

- Arrubla Paucar, Jaime A. 2010. La Constitucionalizacion Del Derecho Privado. *Nuevo Derecho* 5: 43–73. Available at: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5549014> (accessed: 26.11.2023).
- Banakas, Stathis. 2006. The Constitutionalisation of Private Law in the UK: Is There an Emperor inside The New Clothes? *Constitutionalisation of Private Law*. Leiden, Boston: 83–96.

- Barak, Aron. 1996. Constitutional Human Rights and Private Law. *Review Constitutional Studies* 3: 218–281.
- Belov, Sergei Aleksandrovich. 2014. Direct Application of the Constitution by the Courts in the Russian Federation. *State and Law* 1: 45–55. (In Russian)
- Bhana, Deekhsa. 2015. The Substance of Contractual Autonomy in the Twenty-First Century: The South African Experience. *Verfassung und Recht in Übersee. Law and Politics in Africa, Asia and Latin America* 48: 491–515. Available at: <https://www.jstor.org/stable/26160059> (accessed: 20.11.2023).
- Canaris, Claus-Wilhelm. 1999. *Grundrechte and Privatrecht – Eine Zwischenbilanz*. Berlin; New York.
- Cermen Barona-Villafuerte, Paulina Del, Nápoles-Napoles, Yanet. 2021. La constitucionalización del derecho privado. *Digital Publisher*. 6: 203–211. Available at: <https://biblioteca-digital.iue.edu.co/bitstream/20.500.12717/2320/1/271-Texto%20del%20art%20c3%adcu%20lo-4795-1-10-20200911.pdf> (accessed: 21.08.2023).
- Classen, Claus D. 1997. Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Archiv des öffentlichen Rechts* 122: 65–107.
- Colley, Linda. 2021. *The Gun, the Ship & the Pen: Warfare, Constitutions and the Making of the Modern World*. New York, Liveright.
- Corrin, Jennifer. 2009. From Horizontal and Vertical to Lateral: Extending the Effect of Human Rights in Post Colonial Legal Systems of the South Pacific. *International and Comparative Law Quarterly* 58: 31–71.
- Dürig, Günter. 1956. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung. Festschrift für Nawtasky*. Munich, Isar Verlag.
- Ewing, Keith D. 1999. The Human Rights Act and Parliamentary Democracy. *The Modern Law Review* 62: 79–99.
- Gadzhev, Gadis A. 2004. *Constitutional principles of Market Economy: Development of Fundamentals of Civil Law in the Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation*. Moscow, Iurist Publ. (In Russian)
- González Dávila, Richard. 2011. La constitucionalización del Derecho privado y la acción de protección frente a particulares. *Revista de Derecho* 16: 57–95. Available at: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/400/395> (accessed: 22.08.2023).
- Espinosa, Fabricio Mantilla. 2007. La constitucionalización del derecho privado. *Revista Oficial del Poder Judicial* 1: 245–262.
- Flumme, Werner. 1992. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Bd. II. Berlin, Springer.
- Heldt, Amélie. 2023. *Intensivere Drittwirkung: Die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit in Öffentlichkeiten der digitalen Gesellschaft. Eine verfassungsrechtliche, rechtsvergleichende und interdisziplinäre Analyse*. Tübingen, Mohr Siebek.
- Hogg, Peter W. 1992. *Constitutional Law of Canada*. 3<sup>rd</sup> ed. Caswell. Available at: [https://archive.org/details/constitutionalla00hogg\\_0/page/n7/mode/2up](https://archive.org/details/constitutionalla00hogg_0/page/n7/mode/2up) (accessed: 22.08.2023).
- Horan, Michael. 1976. Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships between Individuals. *The International and Comparative Law Quarterly* 25: 848–867.
- Hunter-Heinen, Myriam. 2007. *Horizontal application of Human Rights in France: the Triumph of the European Convention on Human Rights. Human Rights and the Private Sphere – A Comparative Study*. Eds D. Oliver, J. Fedtke. London, New York, Routledge-Cavendish: 98–124. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2626442](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2626442) (accessed: 22.08.2023).
- Hunt, Murray. 1998. The Horizontal Effect of the Human Rights Act. *Public Law*: 423–443.
- Kartsov, Aleksei Sergeevich. 2023. Ariadne's Thread or the Road to Nowhere? Discourse of Fundamental Rights in Foreign Private Law. *Comparative Constitutional Review* 4: 147–162. (In Russian)
- Kruss, Vladimir I. 2016. *Constitutionalization of Law: Basic Theory*. Moscow, Norma Publ. (In Russian)
- Laurenz, Karl. 1983. *Lehrbuch des Schuldrechts*. 11<sup>nd</sup> ed. Munich, Beck.
- Leight, Ian. 1999. Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth? *The International and Comparative Law Quarterly* 48: 57–87.
- Leisner, Walter. 1960. *Grundrecht und Privatrecht*. Munich, Beck.
- Lewan, Kenneth. 1968. The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany. *International and Comparative Law Quarterly* 17: 571–601.

- Lindenbergh, Siewert. 2006. The Constitutionalisation of Private Law in The Netherlands. *Constitutionalisation of Private Law*. Leiden, Boston: 97–128.
- Markesenis, Basil. 1999. Privacy, Freedom of Expression, and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany. *Law Quarterly Review* 115: 47–88.
- Matscher, Franz, Petzold, Herbert. 1990. *Protecting Human Rights: the European Demotion*. 2<sup>nd</sup> ed. Koln, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns.
- Neuman, Franz Leopold, Nipperdey, Hans Karl, Scheuner, Ulrich. 1954. *Die Würde des Menschen*. Vol. II. Berlin.
- Oeter, Stefan. 1994. Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts: Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte. *Archiv des öffentlichen Rechts* 119: 529–563.
- Phillipson, Gavin. 1999. The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law: a Bang or a Whimper? *The Modern Law Review* 62: 824–849.
- Pound, Roscoe. 1933. Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law. *Tulane Law Review* 7: 475–487.
- Quint, Peter. 1989. Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory. *Maryland Law Review* 48: 247–349.
- Raday, Frances. 2000. Privatization of Human Rights and Abuse of Power. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 13: 103–136.
- Rudokvas, Anton D., Thomas, Philip J. 2023. Co-existence and harmonisation of different legal traditions in South Africa. *Pravovedenie* 67 (2): 115–136. (In Russian)
- Sales, Philip. *Constitutional Values in The Common Law of Obligations*. Cambridge Freshfields Annual Lecture. Available at: <https://www.supremecourt.uk/docs/Lord%20Sales%20-%20Constitutional%20values%20in%20the%20common%20law%20of%20obligations.pdf> (accessed: 22.07.2023).
- Schwabe, Jürgen. 1975. Bundesverfassungsgericht und ‘Drittwirkung’ der Grundrechte. *Archiv des öffentlichen Rechts* 100: 442–470.
- Slattery, Brian. 1985. The Charter of Rights and Freedoms — Does It Bind Private Persons? *Canadian Bar Review* 63: 148–161. Available at: [https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly\\_works/646/](https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/646/) (accessed: 22.08.2023).
- Stein, Sarah K. 2022. *Lüth and Elfes — A German Approach to a Horizontal Effect of Fundamental Rights*. Available at: <https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/6/14/lth-and-elfes-a-german-approach-to-a-horizontal-effect-of-fundamental-rights> (accessed: 28.10.2023).
- Taylor, Greg. 2002. The Horizontal Effect of Human Rights Provisions, the German Model and its Applicability to Common Law Jurisdictions. *King’s Law Journal* 13 (2): 187–218.
- Visser, C. 2022. Adjudicative Subsidiarity, the ‘Horizontality Simpliciter’ Approach and Personality Rights: Outlining an Integrated and Constitutional Reading Strategy to the Law of Personality. *De Jure Law Journal* 55: 124–142. Available at: <https://www.dejure.up.ac.za/visser-cj> (accessed: 04.11.2023).
- Wade, William. 1998. The United Kingdom’s Bill of Rights. *Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles*. Eds I. Hare, C. Forsyth. Oxford, Hart Publishing. Available at: [https://books.google.ru/books?hl=ru&lr=&id=YEEgDsCYmbQC&oi=fnd&pg=PR7&dq=constitutional+reform+in+the+UK+Practice+and+principles+hFilipDzh.are&ots=4lz\\_DbZtDC&sig=IavhIJY30D0\\_SW8P9LssKMyCOHA&redir\\_esc=yv=onepage&q=constitutional%20reform%20in%20the%20UK%20Practice%20and%20principles%20hare&f=false](https://books.google.ru/books?hl=ru&lr=&id=YEEgDsCYmbQC&oi=fnd&pg=PR7&dq=constitutional+reform+in+the+UK+Practice+and+principles+hFilipDzh.are&ots=4lz_DbZtDC&sig=IavhIJY30D0_SW8P9LssKMyCOHA&redir_esc=yv=onepage&q=constitutional%20reform%20in%20the%20UK%20Practice%20and%20principles%20hare&f=false) (accessed: 04.11.2023).

Received: September 1, 2023

Accepted: December 25, 2023

---

*Polina V. Kornilina* — Constitutional Court of the Russian Federation, 1, Senatskaya pl., St. Petersburg, 190000, Russian Federation; poly.kornilina@yandex.ru