

Юридизация чрезвычайного положения: статья 15 ЕКПЧ и роль Европейского суда по правам человека (II)

Моника Полцин *

* Моника Полцин –, доктор права, LL.M. (NYU), профессор-юниор публичного и международного права Университета г. Аугсбурга.

"*Дайджест публичного права*" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству Мюллер Ферлаг и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Monika Polzin, Der verrechtlichte Ausnahmezustand: Art. 15 EMRK und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte**, в: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 78, № 3, 2018, с. 635 и далее.

Содержание (продолжение публикации, начатой в ДПП ИМП, 2/2019):

(...)	
2. Безусловная необходимость: усиление «плотности контроля»	2
III. Новые критерии для дифференцированной свободы оценки	7
1. Чрезвычайное положение: широкая свобода оценки	8
2. Безусловная необходимость: более строгий, но и более дифференцированный контроль	10
a) Положение в дерегулирующем государстве	12
aa) Цель чрезвычайного положения: «угроза демократии» vs. «гарантии демократии»	12
bb) Срок действия режима чрезвычайного положения	26
cc) Работоспособность национальных органов юстиции	26
dd) Защита прав меньшинств	27
b) Вид ограничиваемых/нарушаемых прав и свобод Конвенции	28

2. Безусловная необходимость: усиление «плотности контроля»

При исследовании вопроса о том, являются ли принимаемые меры безусловно необходимыми, ЕСПЧ использует более «интенсивный» масштаб контроля, чем при вопросе о наличии чрезвычайной ситуации.⁴¹ Он не только осуществляет «контроль приемлемости»,⁴² но и проводит по сути «ограниченную» (усечённую) проверку пропорциональности.⁴³ Несмотря на то, что он продолжает подчеркивать, что и здесь у государств есть широкое пространство для оценки,⁴⁴ в какой-то степени существует тенденция проводить все более полную и детальную проверку пропорциональности.⁴⁵ Абстрактными масштабами для оценки являются важность нарушенного конвенционного права, конкретные обстоятельства режима чрезвычайного положения и длительность ситуации.⁴⁶ В решении по делу *A. и др. против Великобритании* 2009 года Суд постановил, что при отклонении от какого-либо фундаментального права, такого как ст. 5

⁴¹ См. также *D. J. Harris/M. O'Boyle/E. P. Bates/C. M. Buckley* (сноска 31), 837.

⁴² В этом смысле, однако, ЕСПЧ в принципе в своём решении по делу *Ireland v. United Kingdom* (сноска 11), пункты 211-221, в частности пункт 212 “*were reasonably entitled to consider that normal legislation offered insufficient resources for the campaign against terrorism (...)*”; см. также аргументы Суда в его первом решении по ст. 15 ЕКПЧ, *Lawless* (сноска 19), пункты 31- 38.

⁴³ Однако, Комитет по правам человека выступает в пользу общего более строгого масштаба в отношении оговорки о дерогации в ст. 4 МПГПП. Комитет по правам человека не разделяет в целом доктрину «свободы оценки». По этой причине он подчёркивает как значение («нормального») контроля пропорциональности в рамках ст. 4 (см. *CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations During a State of Emergency*, Adopted at the Seventy-second Session of the Human Rights Committee, on 31.8.2001, *CCPR/C/21/Add.11*, пункт 4), а также строгий масштаб контроля при рассмотрении вопроса о наличии чрезвычайной ситуации (*CCPR/C/21/ Add.11*, пункт 2).

⁴⁴ Устоявшаяся позиция в судебной практике ЕСПЧ, начиная с *EGMR, Ireland v. United Kingdom* (сноска 11), пункт 207; повторяется например в *EGMR, Aksoy* (сноска 12), пункт 68; *EGMR, A. and others* (сноска 11), пункт 184.

⁴⁵ В этом смысле оценка у *M. O'Boyle* (сноска 1), 339; другая позиция, однако, у *B. van der Sloot*, *Is All Fair in Love and War? An Analysis of the Case Law on Article 15 ECHR, Military Law and the Law of War Review* 53 (2014), 319 (326).

⁴⁶ Устоявшаяся позиция в судебной практике: см. например *EGMR, Aksoy* (сноска 12), пункт 68; *EGMR, Brannigan und McBride* (сноска 29), пункт 43.

ЕКПЧ, он должен рассмотреть, является ли это серьезной мерой по борьбе с чрезвычайной ситуацией (1.) является ли эта мера полностью оправданной в силу особых обстоятельств чрезвычайного положения (2.) и существуют ли надлежащие меры по предотвращению возможных злоупотреблений (3.).⁴⁷ Однако, несмотря на эти абстрактные стандарты, точные пределы и объём проверки пропорциональности и более точные рамки свободы оценки являются неясными и труднодоступными. В последующем это должно быть иллюстрировано при помощи примеров из судебной практики ЕСПЧ.

В более новых решениях, связанных со ст. 15 ЕКПЧ, безоговорочная необходимость принятия соответствующих мер Судом в основном отвергалась, в том числе в постановлении *Aksoy против Турции* от 1996 года⁴⁸ и в одном из недавних решений от 20.3.2018 *Mehmet Hasan Altan и Şahin Alpay против Турции*.

В основе принятия решения по делу *Aksoy против Турции* лежали следующие обстоятельства. В результате чрезвычайного положения, объявленного в Юго-Восточной Анатолии, лица, подозреваемые в совершении определенных уголовных преступлений, могли быть задержаны на срок до 30 суток без предварительного судебного постановления.⁴⁹ В данном конкретном деле, в соответствии с установленным регулированием, заявитель содержался под стражей без судебного решения в течение более двух недель. Кроме этого, в этот период ему было также отказано в доступе к адвокату, врачу, близким или друзьям. ЕСПЧ признал нарушение ст. 5 абз. 3 ЕКПЧ. В соответствии с основополагающим решением *Brogan против Великобритании* от 1988 года допустимый срок содержания под стражей в любом случае оказывается превышен, если оно длится более четырёх суток и шести часов.⁵⁰ Турция оправдывала эту меру особенностями антитеррористических мер против Рабочей партии Курдистана (РПК) в рамках ст. 15 ЕКПЧ. По мнению турецкого правительства, эта мера была безусловно необходима, поскольку члены РПК могли оказать противодействие проведению необходимых следственных мер и допросов. Оно ссылалось, в частности, на то, что у них имелись обширные собственные секретные сети и доступ к значительным ресурсам, а также поддержка соседних государств.⁵¹ Однако, ЕСПЧ тем не менее постановил,

⁴⁷ EGMR, *A. and others* (сноска 11), пункт 184.

⁴⁸ EGMR, *Aksoy* (сноска 12).

⁴⁹ EGMR, *Aksoy* (сноска 12), пункты 29 и 71.

⁵⁰ EGMR, *Brogan and others* (сноска 10), пункт 62.

⁵¹ EGMR, *Aksoy* (сноска 12), пункт 72.

что мера не была безусловно необходимой.⁵² Он обосновывал это, в частности, неоправданно продолжительным сроком содержания под стражей и отсутствием мер по борьбе с злоупотреблением и произволом при применении подобных мер. Заявитель вследствие отсутствия контакта с внешним миром оказался в полной зависимости от тех, кем он был задержан. Наконец, по мнению Суда, Турция также не объяснила, почему конкретные обстоятельства в Юго-Восточной Анатолии делали невозможным доставить заключённого к судье по делам содержания в предварительном заключении (*Haftrichter*). Эту правовую позицию Суд подтвердил и развил далее в более поздних решениях, вынесенных против Турции.⁵³

В свою очередь, также и в постановлении Большой Палаты по делу *A. и др. против Великобритании*, ЕСПЧ отклонил безусловную необходимость принятых в этом случае мер. В Великобритании было введено регулирование, согласно которому иностранцы, подозреваемые в терроризме, в случае отсутствия иных оснований для задержания могли подвергаться содержанию под стражей, если их депортация невозможна. Здесь вставал вопрос о возможном нарушении ст. 5 абз. 1 лит. f ЕКПЧ. Следует отметить, что британская Палата лордов уже установила, что эта мера не обязательно являлась необходимой. Палатой было при этом признано, что такие меры являются недопустимой дискриминацией между гражданами Великобритании и иностранцами. Этому подходу последовал и ЕСПЧ. Суд признал, что в принципе, он связан заключением национального суда, если только в его основе не лежит неверное толкование Конвенции или судебной практики ЕСПЧ или если при этом не идёт речь о национальном решении, которое является явно и заведомо необоснованным.⁵⁴

Наконец, ЕСПЧ также в его недавних постановлениях по делам *Mehmet Hasan Altan* и *Şahin Alpay* против Турции не подтвердил безусловную необходимость (чрезвычайных мер – **прим. Дайджеста**). В этих решениях, вынесенных Палатами Суда, ЕСПЧ, как и прежде в постановлении *A. и др. против Великобритании*, не осуществлял самостоятельную проверку по материально-правовому содержанию. Причиной было то, что уже сам турецкий Конституционный суд установил отсутствие настоящей

⁵² EGMR, Aksoy (сноска 12), пункты 76-87.

⁵³ Так, также и незамедлительное представление следственному судье после периода предварительного заключения под стражу, особенно сложная следственная ситуация и обеспечение доступа медицинского персонала не обязательно оправдывают безусловную необходимость административного ареста, см. EGMR, Demir (сноска 34), пункты 49-58.

⁵⁴ EGMR, A. и others (сноска 11), пункт 174.

необходимости рассматриваемой чрезвычайной меры, и турецкое правительство, в свою очередь, не представило никаких убедительных доказательств обратного.⁵⁵ Судебная проверка по масштабу ст. 15 ЕКПЧ предстаёт, однако, значительно более лаконичной, чем в решении против Великобритании.⁵⁶ Значимые в рассматриваемом контексте релевантные соображения занимают лишь два пункта судебного решения, причём второй пункт к тому же представляет собой лишь обратную отсылку на первый.⁵⁷

Эти решения касались двух турецких журналистов, которые были задержаны после попытки переворота 15.7.2016 года и которые были заключены под стражу в качестве меры пресечения, поскольку они подозревались в соучастии в совершении серьёзных преступлений (наряду с прочим, в участии в попытке путча). Главной уликой при этом стали написанные ими статьи в газетах и высказывания на турецком телевидении. Конституционный суд Турции установил, что заключением заявителей под стражу были нарушены гарантированные турецкой конституцией права на свободу и безопасность, а также свобода слова и прессы. Суд обосновал это, в частности, тем, что мотивом для заключения журналистов под стражу стали их высказывания и публикации, которые не могли служить достаточным основанием для подозрения в совершении преступления.⁵⁸ ЕСПЧ последовал мнению Конституционного суда Турции о том, что право на свободу и безопасность окажется лишённым содержания, если заключение под стражу может быть назначено без убедительных доказательств, и что в данном конкретном случае содержание под стражей было по этой причине непропорциональной мерой.⁵⁹ То же самое, по мнению ЕСПЧ, действует в отношении дерогации свободы мнения,⁶⁰ гарантируемой ст. 10 ЕКПЧ. При этом констатации ЕСПЧ по данному пункту, в свою очередь, также крайне лаконичны. Суд

⁵⁵ EGMR, Mehmet Hasan Altan (сноска 4), пункт 140; Şahin Alpay (сноска 4), пункт 119.

⁵⁶ В решении A. и others (сноска 11) мотивировочная часть включала восемь пунктов (пункты 182-190).

⁵⁷ EGMR, Mehmet Hasan Altan (сноска 4), пункты 140 и 213; Şahin Alpay (сноска 4), пункты 119 и 183.

⁵⁸ EGMR, Mehmet Hasan Altan (сноска 4), пункты 35 и далее; Şahin Alpay (сноска 4), пункты 31 и далее.

⁵⁹ EGMR, Mehmet Hasan Altan (сноска 4), пункт 140; Şahin Alpay (сноска 4), пункт 119.

⁶⁰ EGMR, Mehmet Hasan Altan (сноска 4), пункт 213; Şahin Alpay (сноска 4), пункт 183.

ограничивается лишь ссылкой на его аргументы в отношении дерогационной декларации в рамках ст. 5 ЕКПЧ.⁶¹

И только в случае конфликта в Северной Ирландии чрезвычайные меры были признаны безусловно необходимыми. Последним важным вердиктом ЕСПЧ по данному конфликту является решение Пленума Суда по делу *Brannigan и McBride против Великобритании* 1993 года⁶² (которое было еще раз подтверждено в одном из решений о неприемлемости жалобы, принятом в 2001 году).⁶³ В этом решении за правительством была признана ещё большая степень свободы оценки, чем в решениях, которые были представлены выше. Обстоятельства дела были следующими. Содержание под стражей конкретных подозреваемых в терроризме могло быть продлено по истечении 48 часов исполнительными органами на срок до пяти суток, при этом подозреваемый не должен был быть доставлен к судье, кроме того, отсутствовала и возможность судебной проверки продления срока содержания под стражей. Судебная проверка могла быть проведена лишь в отношении первоначального заключения под стражу.⁶⁴ В данном конкретном случае, податели жалобы находились в предварительном заключении без судебного разбирательства в течение шести суток, 14 часов и 30 минут⁶⁵ и соответственно в течение четырёх суток, шести часов и 25 минут.⁶⁶ Правительство Великобритании объясняло этот факт тем, что решение о продлении срока содержания под стражей было принято на основе конфиденциальной информации, которая не могла быть предоставлена адвокату задержанного без риска для внедрённого агента служб безопасности или соответственно без риска утраты источников для получения дополнительной ценной информации. Кроме того, по мнению правительства, существовала опасность, что судьи в Северной Ирландии перестанут считаться независимыми, если они будут решать вопрос о продлении содержания под стражей в подобных случаях, поскольку они будут рассматриваться как составная часть процедуры дознания и предъявления обвинения.⁶⁷

⁶¹ EGMR, Şahin Alpay (сноска 4), пункт 183: „Lastly, with regard to the derogation by Turkey, the Court refers to its findings in paragraph 119 of this judgment. In the absence of any strong reasons to depart from its assessment concerning the application of Article 15 in relation to Article 5 § 1 of the Convention, the Court considers that these conclusions are also valid in the context of its examination under Article 10.”

⁶² EGMR, Brannigan и McBride (сноска 29).

⁶³ EGMR, Marshall (сноска 33).

⁶⁴ EGMR, Brannigan и McBride (сноска 29), пункты 16 и далее.

⁶⁵ EGMR, Brannigan и McBride (сноска 29), пункт 10 (Peter Brannigan).

⁶⁶ EGMR, Brannigan и McBride (сноска 29), пункт 11 (Patrick McBride).

⁶⁷ EGMR, Brannigan и McBride (сноска 29), пункт 56.

Эта аргументация была подтверждена большинством Суда без дальнейшей проверки. По мнению Суда, в его компетенцию не входит контроль того, какая мера была бы наиболее адекватной.⁶⁸ В качестве дополнительного довода Суд сослался на то, что имелись достаточные меры для предотвращения злоупотреблений. Так, заявители жалобы имели доступ к адвокату и могли требовать, по крайней мере, контроль первоначального заключения под стражу.⁶⁹ Примечательным при этом является тот факт, что Великобритания отозвала свою первоначальную декларацию о дерогации в связи с конфликтом в Северной Ирландии уже в 1984 году. Уже после этого, однако, в 1988 году она была осуждена именно за вышеописанную практику заключения и содержания под стражей.⁷⁰ Поэтому в 1989 году было сделано новое дерогационное заявление, которое затем стало предметом разбирательства ЕСПЧ в деле *Brannigan* и *McBride* перед ЕСПЧ. ЕСПЧ оценил эту практику как допустимую, так как в случае мер, принятых Великобританией, речь шла о серьезных мерах по борьбе с терроризмом.⁷¹

III. Новые критерии для дифференцированной⁷² свободы оценки

Имплицитно присутствующий в судебной практике вариант дифференцированной свободы оценки следует приветствовать. Но эти стандарты (пока) слишком туманны и неясны. По этой причине необходимо продолжать развивать и уточнять такой подход. Так, следует

⁶⁸ EGMR, *Brannigan* и *McBride* (сноска 29), пункт 59. В оригинале это сформулировано следующим образом: "It is not the Court's role to substitute its view as to what measures were most appropriate or expedient at the relevant time in dealing with an emergency situation for that of the Government which have direct responsibility for establishing the balance between the taking of effective measures to combat terrorism on the one hand, and respecting individual rights on the other (...)." Это решение было, однако, подвергнуто критике в особых мнениях судей Petiti и Walsh.

⁶⁹ EGMR, *Brannigan* и *McBride* (сноска 29), абз. 62-65.

⁷⁰ EGMR, *Brogan* и *others* (сноска 10), абз. 58-62.

⁷¹ EGMR, *Brannigan* и *McBride* (сноска 29), абз. 51.

⁷² Насколько можно судить, эта формулировка впервые появилась в статье M. O'Boyle, "The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?" (сноска 17), с. 29. Там указывается: «Как представляется, необходим дифференцированный подход к вопросам наличия чрезвычайной ситуации и соразмерности ограничительных мер («*A differentiated approach to the questions of the existence of an emergency and the proportionality of derogatory measures seems called for.*»).

проводить различие, осуществляется ли проверка наличия чрезвычайного положения или проверка безусловной необходимости принятия конкретной меры.⁷³ Целесообразно и оправданно предоставлять государствам-участникам широкую свободу оценки⁷⁴ в отношении наличия чрезвычайной ситуации, и ограничивать судебную проверку общим контролем приемлемости (*Plausibilitätskontrolle*, смотри также раздел 1). Однако, это принципиально обуславливает менее значительную свободу оценки в рамках проверки безусловной необходимости. В целях достижения большего соответствия требованиям ст. 15 ЕКПЧ для определения пределов свободы оценки разрабатываются новые критерии (см. раздел 2).

1. Чрезвычайное положение: широкая свобода оценки

За государствами-участниками следует признать широкую свободу оценки ситуации угроз и их квалификации в качестве чрезвычайного положения.⁷⁵ Речь идёт о решениях, затрагивающих само существо национального самоопределения и суверенитета, и, поэтому, должны приниматься самим государством-участником, в идеале - национальным

⁷³ Этот подход можно обнаружить уже в позиции бывшего члена Европейской Комиссии по правам человека Эрим (*Erim*) в так называемом *Lawless*-Докладе Комиссии (сноска 19), абз. 114: «Как указано там, правительству-ответчику должно быть предоставлено определенное усмотрение в оценке характера чрезвычайной ситуации. Тем не менее, важно более тщательно рассмотреть вопрос о том, подпадают ли меры, принимаемые правительством-ответчиком, под критерий «безусловно необходимых» и не противоречат ли они другим обязательствам по международному праву» («As I said there, the Respondent Government should be allowed a certain discretion in appreciating the character of the emergency. It is nevertheless essential to go on to consider more closely whether the measures taken by the Respondent Government come within the 'extent strictly required' and whether they conflict with other obligations in international law.»). См. также Н. Krieger (сноска 30), пункт 13.

⁷⁴ В защиту идеи ограниченной свободы оценки также С. Michaelsen, *The Proportionality Principle in the Context of Anti-Terrorism Laws: An Inquiry into the Boundaries between Human Rights Law and Public Policy*, в: М. Gani/P. Matthews, *Fresh Perspectives on the War on Terror*, 2009, 109 и далее.

⁷⁵ Иная позиция см. однако, например: EGMR, Brannigan und McBride (сноска 29), особое мнение судьи Martens, Nr. 4; A. Greene, *Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, GLJ 12 (2001), 1765 и далее. Его основной аргумент заключается в том, что признание широких пределов свободы оценки стирает разницу между нормальным и чрезвычайным положением.

парламентом. Здесь государства-участники имеют широкую свободу оценки, разрешённый спектр принимаемых мер довольно широк. Её границы, однако, проходит там, где больше уже нет реального и убедительного или неопровержимого чрезвычайного положения. Это имеет место всегда тогда, когда, со всей очевидностью, нет особо опасной для государства ситуации и, соответственно, когда объявление чрезвычайного положения было бы неправомерным.

Это следует из того, что, по существу, речь идёт о политическом решении, которым должна оцениваться степень опасности определенной ситуации.⁷⁶ Квалификация опасных ситуаций как особо серьезных исключительных обстоятельств, чрезвычайного положения, всегда является решением оценочного характера, основывающемся на прогнозе, которое зависит от многих факторов, таких как, например, общее ощущение (без)опасности населения или оценка конкретной угрозы. Наконец, защита населения от опасностей и угроз является как раз задачей национального государства, и именно оно ответственно за обеспечение такой защиты.⁷⁷

Аргумент ЕСПЧ о том, что компетентные национальные органы способны в этом плане лучше, чем международные судьи, оценить конкретные обстоятельства и ситуацию, вполне убеждает. Именно они могут лучше всего проанализировать и взвесить на местах уровень опасности. У них, например, значительно больше, чем у ЕСПЧ, источников необходимой информации. В частности, в отличие от Суда, для оценки конкретной ситуации они могут получать информацию от тайных служб и органов разведки.⁷⁸

Кроме того, определение того, существует ли чрезвычайная ситуация или нет, еще ничего не говорит о том, является ли конкретная мера в действительности разрешенной или запрещенной. В принципе это решается только в рамках следующего этапа проверки безусловной необходимости.

Наконец, такой подход также соответствует стоящему за теорией «*margin of appreciation*» прагматизму самосохранения.⁷⁹ ЕСПЧ может сохранить свой авторитет только в том случае, если государства-участники

⁷⁶ В этом смысле см. уже особое мнение, высказанное Susterhenn в решении по *Греческому делу* (сноска 19), абз. 18; аналогично также H. Krieger (сноска 30), пункт 13.

⁷⁷ В этом смысле см. уже вотум членов Европейской Комиссии по правам человека Waldock, Berg, Faber, Crosbie и Erim, EKMR, Fall Lawless (сноска 19), абз. 90.

⁷⁸ См. также R. Bernhardt (сноска 17), с. 86.

⁷⁹ См. также E. Brems (сноска 14), 297 и сл.

уважают его решения.⁸⁰ Правовые механизмы санкций Комитета Министров в отношении исполнения решений в конечном итоге являются лишь комплементарными. Так, если ЕСПЧ отклонит чрезвычайное положение, то ввиду затрагиваемой при этом фундаментальной сферы национального суверенитета и специфики особой внутривнутриполитической ситуации рисков и угроз для (существования) государства, есть опасность, что государство не выполнит решение Суда или даже прекратит участие в ЕКПЧ.⁸¹ Именно так произошло в период т.н. «режима полковников» в Греции, когда греческое военное правительство постановило о выходе из ЕКПЧ после того, как Европейская комиссия по правам человека не признала наличие в Греции чрезвычайной ситуации.⁸² Соответствующей нормативной основой стала при этом ст. 58 абз. 1 ЕКПЧ, которая допускает возможность денонсации Конвенции государством-участником по истечении пяти лет с даты, когда оно стало стороной Конвенции, и по истечении шести месяцев после направления уведомления Генеральному Секретарю Совета Европы.

2. Безусловная необходимость: более строгий, но и более дифференцированный контроль

В отличие от этого, в отношении вопроса, является ли мера в смысле ст. 15 ЕКПЧ безусловно необходимой, предметно обоснованным и необходимым предстаёт более точный контроль. Только общей проверки на предмет приемлемости (*Plausibilitätsprüfung*) здесь уже недостаточно. Скорее, - и это, в основном, соответствует тенденциям рассмотренной выше судебной практики - проводится проверка (пусть и ограниченная) на предмет пропорциональности (*Verhältnismäßigkeitsprüfung*).⁸³ Оценка того, является ли конкретное отклонение от права ЕКПЧ, не подлежащего derogации в связи с особой кризисной ситуацией, безусловно

⁸⁰ См. также N. P. Engel, Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 30 (2003), 122 (122).

⁸¹ См. также S. Schmahl, Derogation von Menschenrechtsverpflichtungen in Notstandslagen, в: D. Fleck, Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, 125 (131).

⁸² См. также выше, раздел I. 1.

⁸³ С идеей более глубокой проверки, чем в рамках общего регулирования допустимых оговорок согласно ст.ст. 8-11 ЕКПЧ выступает Н. Krieger (сноска 30), пункт 13.

необходимым, не может быть отдана на усмотрение в первую очередь самого дерогирующего государства-участника. ЕСПЧ должен предпринимать более строгий контроль с тем, чтобы обеспечить эффективную защиту конвенционных прав также и в чрезвычайных ситуациях. Учитывать следует, в частности, интенсивность кризисной обстановки, продолжительность чрезвычайной ситуации,⁸⁴ а также степень отклонения от гарантий прав ЕКПЧ. Центральное место занимает при этом проверка того, приняты ли надлежащие меры в целях предупреждения злоупотреблений, в частности, существует ли эффективный судебный контроль.⁸⁵ Последний в особой степени обеспечивает принцип правовой государственности и разделения властей также и в условиях чрезвычайного положения и, таким образом, обеспечивает сохранение демократии.⁸⁶ По этой причине ЕСПЧ в своей более новой судебной практике относительно ст. 15 ЕКПЧ основное внимание справедливо уделяет главным образом критерию проверки злоупотреблений.⁸⁷ Вместе с тем, также и наличие (предварительного) судебного контроля не может оправдывать любую принимаемую меру.⁸⁸

Однако предоставление широких пределов оценки в рамках этого контроля пропорциональности, в частности в отношении вопроса об адекватности конкретной меры, не может приниматься и быть одобренным *per se*.⁸⁹ Скорее в дальнейшем следует по-новому обозначить критерии, которые могут быть привлечены для определения объема свободы оценки. В самом общем виде, речь идёт о том, какие права ЕКПЧ могут быть ограничены (см. ниже, пункт b)), а также о том, как оценить политическое и правовое положение в дерогирующем государстве (см. ниже, пункт a)).

⁸⁴ В этом смысле также и судебная практика ЕСПЧ, *A. and others* (сноска 11), абз. 178. По данному вопросу смотри сразу ниже.

⁸⁵ *M. O'Boyle* (сноска 1), 340.

⁸⁶ *M. O'Boyle* (сноска 1), 340; см. также в целом по вопросу о значении судебного контроля как средстве защиты от произвола на примере более недавней судебной практики ЕСПЧ, *Al Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, 21.6.2016, *Reports of Judgments and Decisions*, EGMR 2016, абз. 145 и далее.

⁸⁷ См. также выше, раздел I. 2.

⁸⁸ См. например, решение ЕСПЧ (однако в отношении «нормального» положения) по делу *Niemietz v. Germany*, 16.12.1992, *Series A No. 251-B*, абз. 37.

⁸⁹ В целом с отрицанием широких пределов свободы оценки: *EGMR, Brannigan und McBride* (сноска 29), особое мнение судьи *Martens*, Nr. 4.

а) Положение в дерегулирующем государстве

Во-первых, для определения объёма свободы оценки определяющим критерием является тип исключительного состояния (см. ниже, пункт aa)), а именно, служит ли чрезвычайное положение «*гарантией демократии*» или же «*угрозой демократии*»? Кроме того, важное значение имеют такие факторы, как продолжительность чрезвычайного положения (см. ниже, пункт bb)), функционирование национальной системы юстиции (см. ниже, пункт cc)) и возможная дискриминация меньшинств (см. ниже, пункт dd)).

aa) Цель чрезвычайного положения: «угроза демократии» vs. «гарантии демократии»

Прежде всего, имеет значение тип исключительного положения.⁹⁰ При этом следует различать две ситуации. С одной стороны, это может быть ситуация угрозы, когда государство принимает решительные меры защиты, которые служат, по общему правилу, для борьбы с существующими опасностями в целях сохранения или восстановления демократического порядка. В подобной ситуации, в принципе, следует признать широкие пределы свободы оценки. Такое т.н. «*чрезвычайное положение, гарантирующее демократические институты*», имеет место, в частности, в том случае, если принимаются исключительно временные меры по борьбе с конкретной опасностью, и эти меры подлежат контролю и проверке со стороны парламентских и судебных органов. Кроме того, они не должны - или только в очень незначительной степени должны - сопровождаться иными длительными мерами, направленными на изменение самой демократической политической системы (например, передачей центральных компетенций парламента на исполнительную власть в течение определённого периода) или соответственно изменение конституционного строя.

Примером такого чрезвычайного положения была ситуация во Франции после террористических атак 13.11.2015. Уже на следующий день, 14.11.2015, было объявлено чрезвычайное положение, а 24.11.2015 – было сделано заявление о дерогации в соответствии со ст. 15 ЕКПЧ.⁹¹ Правовой базой для объявления исключительного положения и соответствующих правовых мер послужил принятый более 60 лет назад (конституционный) Закон о чрезвычайном положении от 3.4.1955 года («*Loi relatif à l'Etat*

⁹⁰ См. аналогичный подход также О. Gross/F. Ní Aoláin (сноска 18), 644 и сл.; E. J. Criddle, Chapter 8 Protecting Human Rights During Emergencies: Delegation, Derogation, and Deference, NYIL 2014, 197 (216).

⁹¹ См. сноска 6.

d'urgence».⁹² Результатом объявления режима ЧП были специальные (лежащие вне действующего в «нормальной» ситуации законодательства) полномочия органов исполнительной власти по вмешательству в основные права. Эти «полномочия по вмешательству» установлены самим Законом о чрезвычайном положении. К числу основных полномочий относятся, например, право исполнительной власти помещать лицо под временный превентивный домашний арест без предварительного решения суда,⁹³ а также проводить обыск помещений в дневное и ночное время без судебного ордера на обыск.⁹⁴ По данным министерства внутренних дел Франции, в условиях чрезвычайного положения, длившегося почти два года, было осуществлено 4.457 обысков, и 752 лица были помещены под домашний арест.⁹⁵

Введённые в конкретной ситуации меры подлежали контролю⁹⁶ и проверялись национальными органами административной юстиции на предмет их правомерности, в частности, их адекватности в конкретном случае.⁹⁷ Решения и действия исполнительной власти подвергались таким образом контролю и надзору со стороны судебных органов.⁹⁸ Наконец, полномочия исполнительной власти, предусмотренные законом о чрезвычайном положении, в общей сложности были девять раз⁹⁹ предметом рассмотрения и решения Конституционного суда Франции (*Conseil Constitutionnel*). В целом в семи решениях отдельные положения признавались противоречащими конституции¹⁰⁰ и Закон о чрезвычайном

⁹² Актуальную редакцию французского Закона о чрезвычайном положении (по состоянию на 22.3.2018) можно найти по ссылке: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>.

⁹³ Ст. 6 Закона о чрезвычайном положении от 3.4.1955 “Loi relatif à l’Etat d’urgence”.

⁹⁴ Ст. 11 Закона о чрезвычайном положении от 3.4.1955 “Loi relatif à l’Etat d’urgence”.

⁹⁵ См. также информацию французского Министерства Внутренних Дел, <<https://www.lexpress.fr>>.

⁹⁶ Ст. 14.1 Закона о чрезвычайном положении от 3.4.1955 “Loi relatif à l’Etat d’urgence”.

⁹⁷ X. Domino, *Le juge administratif français face à l’état d’urgence*, RUDH 22 (2016), 6 (7 и сл.); см. также примеры из судебной практики, например, Conseil d’État, Ordonnance, M.C., No. 396570 от 9.2.2016; M.E. et autres, M.H. et autres, Nos. 398234, 399135, 6.7.2016.

⁹⁸ X. Domino (сноска 97), 7 и сл.

⁹⁹ См. также следующие решения Конституционного Совета, Conseil Constitutionnel: Décision No. 2015-527 QPC от 22.12.2015; Décision No. 2016-535 QPC от 19.2.2016; Décision No. 2016-536 от 19.2.2016; Décision No. 2016-567/568 QPC от 23.9.2016; Décision No. 2016-600 QPC от 2.12.2016; Décision No. 2017-624 QPC от 16.3.2017; Décision No. 2017-635 QPC от 9.6.2017; Décision No. 2017-677 QPC от 1.12.2017 и Décision No. 2017-684 QPC от 11.1.2018. см. также Décision No. 2017-628 QPC от 4.8.2017 относительно корреспондирующих антитеррористических мер.

¹⁰⁰ См. также следующие решения Конституционного Совета, Conseil Constitutionnel: Décision No. 2016-536 от 19.2.2016; Décision No. 2016-567/568 QPC от 23.9.2016;

положении 1955 года был соответствующим образом изменён.¹⁰¹ В этом отношении французское правовое государство и в условиях чрезвычайного положения выдержало испытание.¹⁰²

Кроме того, продолжал существовать и всеобъемлющий парламентский контроль. Парламент Франции принял сначала решение о введении чрезвычайного положения 20.11.2015¹⁰³, а затем ещё пять раз в законодательном порядке продлевал его.¹⁰⁴ Таким образом, полномочие по принятию решения о формах и объёме особых полномочий исполнительной власти, в конечном счёте, принадлежало исключительно французскому законодателю. Правовой основой для действий исполнительной власти был закон, который даже в условиях чрезвычайного положения неоднократно изменялся парламентом.¹⁰⁵ Кроме того, непосредственной обязанностью исполнительной власти было информирование французского парламента - Национального Собрания и Сената - по поводу всех мер, принимаемых и принятых в рамках режима чрезвычайного положения.¹⁰⁶ Наконец, вообще не имелось каких-либо данных, подтверждающих, что во Франции меры чрезвычайного

Décision No. 2016-600 QPC от 2.12.2016; Décision No. 2017-624 QPC от 16.3.2017; Décision No. 2017-635 QPC от 9.6.2017; Décision No. 2017-677 QPC от 1.12.2017 и Décision No. 2017-684 QPC от 11.1.2018.

¹⁰¹ См. Закон о чрезвычайном положении от 3.4.1955 "Loi relatif à l'Etat d'urgence" в редакции от 22.3.2018 (сноска 92).

¹⁰² См. также X. Domino (сноска 97).

¹⁰³ См. Закон от 20.11.2016: LOI No. 2015-1501 от 20.11.2015 о продлении применения Закона No. 55-385 от 3.4.1955 относительно чрезвычайного положения и усиливающим его предписаний (1).

¹⁰⁴ Вторичное продление посредством Закона от 19.2.2016 (LOI No. 2016-162 от 19.2.2016, продлевающего применение Закона No. 55-385 от 3.4.1955 относительно чрезвычайного положения (1)); Третье продление посредством Закона от 20.5.2016 (LOI No. 2016-629 от 20.5.2016, продлевающего применение Закона No. 55-385 от 3.4.1955 относительно чрезвычайного положения (1)); Четвёртое продление посредством Закона от 21.7.2016 (LOI No. 2016-987 от 21.7.2016, продлевающего применение Закона No. 55-385 от 3.4.1955 относительно чрезвычайного положения и относительно мер по усилению борьбы с терроризмом (1)); Пятое продление посредством Закона от 19.12.2016 (LOI No. 2016-1767 от 19.12.2016, продлевающего применение Закона No. 55-385 от 3.4.1955 относительно чрезвычайного положения); Шестое и последнее продление посредством Закона от 11.7.2017 (LOI No. 2017-1154 от 11.7.2017, продлевающего применение Закона No. 55-385 от 3.4.1955 относительно чрезвычайного положения (1)).

¹⁰⁵ См., например: Закон от 11.7.2017 (LOI No. 2017-1154 от 11.7.2017, продлевающего применение Закона No. 55-385 от 3.4.1955 относительно чрезвычайного положения (1)).

¹⁰⁶ См. ст. 4.1 Закона о чрезвычайном положении от 3.4.1955 "Loi relatif à l'Etat d'urgence".

положения использовались для ликвидации или разрушения демократического порядка. Так, не были предприняты изменения конституции, реорганизуящие политическую систему.¹⁰⁷ Сознательно не были задействованы также и широкомасштабные чрезвычайные полномочия президента, закреплённые в ст. 16 Конституции Франции.

Вторая теоретически мыслимая ситуация описывает феномен т.н. «чрезвычайного положения, угрожающего демократии». Имеются определённые симптомы и косвенные свидетельства, указывающие на существовании опасности того, что меры, принимаемые в режиме чрезвычайного положения, служат не (только) для отражения угроз, но и применяются также для отхода от основ демократии или ослабления демократических структур.¹⁰⁸

Подобные тенденции сложно идентифицировать и устанавливать в конкретном случае, они всегда предполагают решение оценочного характера, основывающееся на прогнозе. Вместе с тем, основываясь на историческом опыте можно выделить специфические объективные признаки и факторы (по данному вопросу см. ниже), которые могут быть привлечены к рассмотрению. Чем больше таких факторов, тем меньше пределы свободы оценки. При этом ограничение пределов свободы оценки следует из систематики и смысла и целей ЕКПЧ. В рамках и контексте ст. 15 ЕКПЧ только такие меры могут быть совместимы с Конвенцией, которые служат целям сохранения и поддержания демократического государства.¹⁰⁹ Это закреплено уже в тексте преамбулы ЕКПЧ:

¹⁰⁷ Так, хотя экс-Президент Холланд предложил внести изменения в конституцию, это, однако, не было реализовано. Сделанные предложения касались конституционализации чрезвычайного положения и возможности лишения французского гражданства тех лиц, имеющих двойное гражданство, которые были осуждены за совершение т.н. «государственных преступлений» (см. проект органического Закона о защите нации, <http://www.assemblee-nationale.fr>). По вопросу о судьбе проекта см.: O. Beaud, L'échec de la révision constitutionnelle: leçons d'un fiasco présidentiel, JP Blog, 14.4.2016, <<http://blog.juspoliticum.com>>.

¹⁰⁸ По вопросу о таких рисках чрезвычайного положения см. например N. Questiaux, Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency, UN DOC E/CN4/2 от 27.7.1982, абз. 129 и далее.

¹⁰⁹ В этом же смысле уже T. Stein, Die Außerkraftsetzung von Garantien menschenrechtlicher Verträge, в: I. Maier/J. Schmude, Europäischer Menschenrechtsschutz: Schranken und Wirkungen, 1982, 135 (144 и сл.); H.-E. Kitz, Die Notstandsklausel des St. 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1982, 77; в этом же смысле также H. Krieger (сноска 30), пункт 37; см. также уже особое мнение члена Комиссии Busutill в «Греческом деле», Greek Case (сноска 19), абз. 238 (с. 119): "It follows, therefore, from Articles 17 and 18 and the Preamble, read together with Article 15, that, while a High Contracting State remains free to invoke its right to derogate under Article 15, such

«подтверждая свою глубокую приверженность этим основным свободам, [...] соблюдение которых наилучшим образом обеспечивается, с одной стороны, подлинно демократической политической системой».

А также в нормах ст. 17 ЕКПЧ:

«Ничто в настоящей Конвенции не может толковаться как означающее, что какое-либо государство [...] имеет право [...] совершать какие-либо действия, направленные на уничтожение прав и свобод, признанных в настоящей Конвенции, или на их ограничение в большей степени, нежели это предусматривается в Конвенции.

И в ст. 18 ЕКПЧ:

«Ограничения, допускаемые по настоящей Конвенции в отношении указанных прав и свобод, не должны применяться для иных целей, кроме тех, для которых они были предусмотрены».

Это также подтверждается чёткими правилами для установления допустимых ограничений, изложенными в ст.ст. 8-11 ЕКПЧ («которые необходимы в демократическом обществе»). Этому соответствует, в конечном счёте, и судебная практика самого ЕСПЧ, который неоднократно подчёркивал, что демократия является единственной формой государства, совместимой с ЕКПЧ.¹¹⁰ Указание в этом направлении содержится, в частности, и в решении Суда по делу *Mehmet Hasan Altan u Şahin Alpay против Турции*. В *obiter dictum* Суд ясно признал, что также и меры, принимаемые в условиях чрезвычайного положения, должны служить защите демократического порядка.¹¹¹

Важным индикатором чрезвычайного положения, угрожающего демократии, является, во-первых, отсутствие судебного и/или парламентского контроля за мерами исполнительной власти, осуществляемыми в режиме чрезвычайной ситуации. Такая ситуация способна усиливаться тем, что законодательная власть не сможет в целом,

derogation, or other restrictions applied, must not be aimed at destroying any of the democratic rights and freedoms guaranteed in the Convention. Thus, a revolutionary government is entitled to derogate under Article 15, provided that it is able to show that the measure of derogation is ultimately aimed at restoring democratic rights and freedoms and not at destroying them.” Сама Комиссия оставила открытым вопрос о правовой оценке аргумента заявителей, что установление тоталитарного режима исключает применение ст. 15 ЕКПЧ (см. *Greek Case* [сноска 19], абз. 224), (*Greek Case* [сноска 19], абз. 225).

¹¹⁰ См. например, *EGMR, Ždanokav v. Latvia*, решение от 16.3.2006, Nr. 58278/00, абз. 98 с дальнейшими ссылками.

¹¹¹ *EGMR, Mehmet Hasan Altan* (сноска 4), абз. 210; *Şahin Alpay* (сноска 4), абз. 180.

или сможет лишь в ограниченных пределах осуществлять свои нормальные функции, а исполнительная власть берёт на себя их исполнение¹¹² и начинает в значительном объёме принимать распоряжения и постановления длительного действия.¹¹³ Ещё одним признаком может служить то обстоятельство, что существенным ограничениям подвергаются или соответственно аннулируются также те основные права и свободы, которые являются как раз конститутивными для демократического порядка, как например свобода мнений.¹¹⁴

Однако ключевым показателем являются осуществление в условиях чрезвычайного положения изменений конституции, которые трансформируют саму политическую систему, с целью частичной отмены существующих институтов демократического порядка и правового государства или соответственно для превращения его в диктатуру.¹¹⁵ При этом речь идёт о создании неограниченного или лишь незначительного ограниченного монополизированного господства определённого лица,

¹¹² По данному вопросу см. также Парижские Минимальные стандарты прав человека в условиях режима чрезвычайного положения, разработанные Комиссией международного права в 1985 году (Paris Minimum Standards of Human Rights in a State of Emergency der International Law Association). Здесь указывается, в частности (Nr. 5): "The legislature shall not be dissolved during the period of emergency but shall continue to function; if dissolution of a particular legislature is warranted, it shall be replaced as soon as practicable by a legislature duly elected in accordance with the requirements of the constitution, which shall ensure that it is freely chosen and representative of the entire nation." См. R. B. Lillich, *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, AJIL 79 (1985), 1072 (1074).

¹¹³ См. по данному вопросу также Венецианская Комиссия Совета Европы, Opinion No. 865/2017, Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15.7.2016, Adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session (Venedig, 9.- 10.12.2016), абз 155: «(...) постоянные изменения не должны вноситься в законодательство в рамках режима чрезвычайного положения; их настоятельная необходимость должна обсуждаться в рамках обычных парламентских процедур без спешки и вне эмоциональных реакций, вызванных драматическими событиями, приведшими к чрезвычайному положению» («(...) permanent changes of the legislation should not be enacted in the framework of an emergency regime; their permanent necessity should rather be debated in ordinary parliamentary procedures, without any time pressure and far from emotional reactions caused by the dramatic events which led to the state of emergency.»).

¹¹⁴ По вопросу о такой роли свободы мнения см.: EGMR, *Handyside v. United Kingdom*, 7.12.1976, Series A No. 24, абз. 49; *Éditions Plon v. France*, решение от 18.4.2004, Nr. 58148/00, абз. 42; BVerfGE 5, 85 (205) – KPD Verbot; BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.

¹¹⁵ См. также N. Questiaux (сноска 108), абз. 130 и сл.

группы или партии.¹¹⁶ Сюда относятся, в частности, такие изменения конституции,¹¹⁷ которые передают центральные полномочия парламента исполнительной власти, предусматривают ограничения компетенций судебной власти или отменяют и/или в значительной степени вмешиваются в принципы разделения властей либо отменяют их. Однозначным и особо острым примером такого изменения конституции явился Закон об устранении бедственного положения народа и империи [«Закон о чрезвычайных полномочиях»] от 24.3.1933 (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* [“*Ermächtigungsgesetz*”]).¹¹⁸

Наконец, должна учитываться и общая внутренняя политическая ситуация в целом. Имеются ли косвенные доказательства, что чрезвычайное положение используется для того, чтобы заставить оппозицию замолчать посредством произвольных арестов и/или увольнений? Царит ли в стране атмосфера страха и запугивания? Запрещаются ли критически настроенные по отношению к правительству СМИ или организации, которые никоим образом не могут быть напрямую связаны с реальной угрозой? И наконец, можно ли в этой стране свободно обсуждать принимаемые меры по борьбе с опасностью?

Наличие вышеприведённых признаков «угрожающего демократии чрезвычайного положения» было совершенно очевидным в случае Турции. Исходя из этого, в рамках проверки «безусловной необходимости» турецкое правительство, в принципе, имело менее широкие пределы усмотрения.

В Турции после попытки государственного переворота 15.7.2016 три дня спустя, 20.7.2016, было объявлено чрезвычайное положение, а спустя два года, 19.7.2018, оно было отменено.¹¹⁹ Правовой основой для объявления режима чрезвычайного положения стали ст. 120 Конституции Турции 1982

¹¹⁶ По вопросу о данном (общем) определении понятия диктатуры см. W. Heun, в: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland, *Evangelisches Staatslexikon*, 2006, Stichwort *Diktatur*, 378 (379 и сл.).

¹¹⁷ По этой причине также некоторые конституции запрещают внесение изменений в период чрезвычайного положения. См. например, ст. 289 португальской конституции; ст. 169 испанской конституции; ст. 157 абз. 2 конституции Украины; см. также ст. 169 бельгийской конституции.

¹¹⁸ *Reichsgesetzblatt* 1933, Nr. 25, 141. Два ключевых регулирования данного Закона в принципе полностью лишили всю Веймарскую конституцию её юридической силы. Ст. 1 предоставляла имперскому правительству полномочия по изданию государственных законов. Ст. 2 предусматривала, что издаваемые таким образом законы могут содержать отступления от конституции Германии, если они не имеют предметом регулирования полномочия рейхстага и рейхсрата, а также не затрагивают права рейхспрезидента.

¹¹⁹ См. сноска 2.

года¹²⁰, а также турецкий Закон о чрезвычайном положении.¹²¹ Введение чрезвычайного положения имело два основных правовых последствия. С одной стороны, могло быть полностью или частично отменено действие гарантий основных прав и свобод, установленных в Конституции Турции, «поскольку ситуация требует этого, и при этом международное право не нарушено».¹²² С другой стороны, исполнительная власть получала особые полномочия в области правотворчества. Правительство, т.е. Совет Министров (*Council of Minister*) под председательством Президента, могло издавать «декреты с силой закона» (*decrees having the force of law*) с одобрением Великого национального собрания Турции (т.е. парламента).¹²³

¹²⁰ Ст. 120 турецкой конституции 1982 года гласит: «В случае серьезных проявлений широкомасштабных актов насилия, направленных на уничтожение свободного демократического порядка, установленного Конституцией, или основных прав и свобод, либо серьезного ухудшения общественного порядка из-за актов насилия, Совет министров, заседающий под председательством Президента Республики, после консультации с Советом национальной безопасности может объявить чрезвычайное положение в одном или более регионе или по всей стране на период, не превышающий шесть месяцев» (*In the event of serious indications of widespread acts of violence aimed at the destruction of the free democratic order established by the Constitution or of fundamental rights and freedoms, or serious deterioration of public order because of acts of violence, the Council of Ministers, meeting under the chairpersonship of the President of the Republic, after consultation with the National Security Council, may declare a state of emergency in one or more regions or throughout the country for a period not exceeding six months.*). Английский текст турецкой конституции 1982 года (по состоянию на 2011 год) можно найти по ссылке: <<http://www.legislationline.org>>.

¹²¹ Английский текст турецкого закона о чрезвычайном положении от 25.10.1983 можно найти по ссылке: <<http://www.legislationline.org>>.

¹²² См. ст. 15 абз. 1 турецкой конституции 1982 года: «Во время войны, мобилизации, военного и чрезвычайного положения осуществление основных прав и свобод может быть частично или полностью приостановлено или могут быть приняты меры, определяемые ситуацией, которые отменяют гарантии, установленные Конституцией, при условии, что обязательства, вытекающие из международного права, не нарушены» (*In times of war, mobilization, martial law, or a state of emergency, the exercise of fundamental rights and freedoms may be partially or entirely suspended, or measures derogating the guarantees embodied in the Convention may be taken to the extent required by the exigencies of the situation, as long as obligations under international law are not violated.*).

¹²³ См. ст. 121 абз. 2 турецкой конституции 1982 года: «В течение чрезвычайного положения Совет министров, заседающий под председательством Президента Республики, может издавать декреты, имеющие силу закона по вопросам, связанным с чрезвычайным положением. Эти декреты публикуются в Официальном Вестнике и должны быть представлены Великому Национальному Собранию Турции в тот же день для одобрения (...) (*During the state of emergency, the Council of Ministers, meeting under the chairpersonship of the President of the Republic, may issue decrees having the force of law on matters necessitated by the state of emergency. These decrees shall be published in the*

Во время действия чрезвычайного положения было принято более тридцати таких чрезвычайных указов.¹²⁴ Эти указы можно приблизительно подразделить на четыре категории.¹²⁵ К первой категории можно отнести законодательные новеллы длительного действия, в частности, внесение изменений в существующие законы, как например, в *Закон № 2803 об организации; задачах и полномочий жандармерии/полиции*¹²⁶ или в Закон № 6112 о радио и телевидении.¹²⁷ Вторая категория актов регулировала конкретные ограничения непосредственно основных прав и свобод. В этом случае в самих соответствующих декретах содержатся индивидуально обременяющие меры. Сюда относятся, в частности, отставки и увольнения государственных чиновников, включая назначенных должностных лиц и военнослужащих,¹²⁸ бессрочная эксматрикуляция учащихся,¹²⁹ распоряжения исполнительной власти о бессрочном закрытии частных организаций, объединений, предприятий и подразделений, частных учебных заведений и о конфискации их имущества,¹³⁰ а также о закрытии частных радиовещательных и телевизионных станций, газет и журналов.¹³¹ Так ст. 2 Декрета № 677 от 22.7.2016 объявляла закрытыми 35 частных медицинских учреждений, 934 школы, 109 студенческих общежитий, 104

Official Gazette, and shall be submitted to the Grand National Assembly of Turkey on the same day for approval (...).”

¹²⁴ По данным Турции, предоставленным Совету Европы, было издано в общем 32 декрета. В первую очередь, речь идёт здесь о Декретах Nr.Nr. 667 - 696 и 701. Текст Декретов и их краткие аннотации можно найти в т.н. information notes на интернет-страницах бюро Договоров Совета Европы на: <<https://www.coe.int>>.

¹²⁵ Обзор содержания «чрезвычайных декретов» содержит также Доклад Верховного Комиссара ООН по правам человека, Report on the Impact of the State of Emergency on Human Rights in Turkey, including an update on the South East, January – December 2017, March 2018, абз. 40.

¹²⁶ См. Декрет Nr. 684 от 27.6.2016, Раздел 3.

¹²⁷ См. Декрет Nr. 680 от 6.1.2017. См. по данному вопросу также критику Венецианской Комиссии Совета Европы, Opinion No. 872/2016, Opinion on the Measures Provided in the Recent Emergency Decree Laws with Respect to Freedom of the Media, Adopted by the Commission at its 110th Plenary Session (Venedig, 10.-11.3.2017), абз. 15-17.

¹²⁸ См. например: ст. 2 Декрета Nr. 669 от 31.7.2016 и ст. 2 Декрета Nr. 670 от 17.1.2016. В декабре 2016 года Венецианская Комиссия исходила из того, что число уволенных служащих публичной сферы доходила до 100.000 человек (Opinion on Emergency Decree Laws Nr. 667-676 (сноска 113), абз. 104). Этому соответствуют и данные турецкого Конституционного Суда. Суд в 2017 году исходил из 98.500 увольнений (см. Постановление турецкого Конституционного Суда от 20.6.2017, 2016/22169, Aydin Yavuz u. a., абз. 58).

¹²⁹ См. например, ст. 4 Декрета Nr. 673 от 1.9.2016.

¹³⁰ Ст. 2 Декрета Nr. 667 от 22.7.2016.

¹³¹ См. ст. 2 Декрета Nr. 668 от 27.7.2016.

фонда, 1125 объединений, 15 университетов и 29 профсоюзов.¹³² Кроме того, принимались декреты, которые отменяли вынесенные ранее ограничения основных прав, например, увольнение определённых категорий должностных лиц.¹³³ Четвертая категория включает в себя новые специальные генерально-абстрактные нормы и правила, рассчитанные на время действия режима чрезвычайного положения. К ним относятся, например, временные изменения уголовно-процессуальных норм, в частности ограничение круга лиц, которым разрешено посещение определённых категорий заключённых.¹³⁴

Важным индикатором, свидетельствующим об использовании чрезвычайного положения в антидемократических целях, являлось также принятие в рамках режима чрезвычайного положения мер, действующих не только на временной, но и на постоянной основе. Это относится и к изменениям в законодательстве, и к конкретным индивидуальным мерам.¹³⁵ Особо проблематичным с точки зрения принципа демократического порядка предстаёт регулирование, содержащееся в Декрете № 674 от 1.9.2016. В этом Декрете, в частности, предусматривается, что после отставки мэра (обвинённого в поддержке террористического объединения) новый мэр может быть назначен министром внутренних дел или губернатором. Новые выборы, как это действует в обычных условиях, не проводятся.¹³⁶

Кроме того, в связи с ситуацией в Турции следует задаться вопросом, существовали ли или существуют, и если да, то в каком объёме, эффективные средства правовой защиты в отношении мер чрезвычайного положения.

Общепризнанным является принцип, что возможности правовой защиты имеются как против индивидуальных мер в виде чрезвычайных указов, так и против самих административных актов. Благодаря критике со стороны Совета Европы, в соответствии с Декретом № 685 от 23.1.2017 года была

¹³² Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 (сноска 113), абз. 81 (основано на данных турецкого правительства).

¹³³ См. например: Information note on Decree No. 692 от 14.7.2017: 312 уволенных работников публичной службы были восстановлены на службе.

¹³⁴ См. например: ст. 6 абз. 1 Декрета Nr. 667 от 22.7.2016.

¹³⁵ Более подробно по данному вопросу см. Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 (сноска 113), абз. 78 и далее.

¹³⁶ Более подробно по данному вопросу см. Венецианская Комиссия Совета Европы, Opinion No. 888/2017, Opinion on the Provisions of the Emergency Decree Law No. 674 от 1.9.2016 which concerns the Exercise of Local Democracy in Turkey, Adopted by the Venice Commission at Its 112th Plenary Session (Venedig, 6.-7.10.2017), абз. 48.

создана специальная Комиссия по расследованию с тем, чтобы восполнить существовавшие пробелы в правовой защите.¹³⁷ Это позволяло обращаться с жалобами всем лицам, чьи права были нарушены непосредственно на основе чрезвычайного декрета.¹³⁸ Комиссия состоит из семи членов, которые назначались в основном исполнительной властью.¹³⁹ Решения Комиссии могут быть обжалованы.¹⁴⁰ В феврале 2018 года было зарегистрировано более 100 000 разбирательств поданных в Комиссию жалоб, но только 6 400 процедур были завершены.¹⁴¹ В настоящее время продолжает оставаться неясным, является ли возможным эффективным контроль Комиссией.¹⁴² Кроме того, постоянно появляются сообщения о дефицитах в турецкой судебной системе. Об этом свидетельствуют также решения по делам *Mehmet Hasan Altan* и *Şahin Alpay* против Турции. В них шла речь о ситуации, когда в Турции суд первой инстанции по уголовным делам отказался соблюдать решение Конституционного суда Турции и отказался освободить задержанных журналистов.¹⁴³

Хотя ЕСПЧ также и в этих решениях придерживается своей постоянной судебной практики,¹⁴⁴ что процедура подачи жалобы в Конституционный суду Турции представляет собой эффективную юридическую защиту в

¹³⁷ Information note concerning the Inquiry Commission on the State of Emergency Measures established by the Decree Law No. 685 dated 23.1.2017 and amended by the Decree Law No. 690 dated 29.4.2017.

¹³⁸ См. ст.2 Декрета Nr. 685 от 23.1.2017.

¹³⁹ См. ст.1 абз. 2 Декрета Nr. 685 от 23.1.2017.

¹⁴⁰ См. ст.11 Декрета Nr. 685 от 23.1.2017.

¹⁴¹ См. также информацию Стокгольмского Центра за свободу, Stockholm Center for Freedom (неправительственная организация, основанная турецкими журналистами, живущими в Швеции). Almost 60,000 cases filed against Turkish Prime Ministry over state of emergency decrees, 4.3.2018, <[https:// stockholmcf.org](https://stockholmcf.org)>.

¹⁴² Критически в отношении этой Комиссии по расследованию, наряду с прочим, Доклад Верховного Комиссара ООН по правам человека (сноска 125), абз. 101 и далее; Венецианская Комиссия Совета Европы, Opinion on the Measures Provided in the Recent Emergency Decree Laws with Respect to Freedom of the Media (сноска 127), абз. 83 и далее. ЕСПЧ в своей новой судебной практике требует исчерпания национальных средств правовой защиты, включая деятельность комиссий по расследованию (см. EGMR, *Çatal v. Turkey*, Решение от 7.3.2017, Nr. 2873/17, абз. 28 и сл.; *Köksal v. Turkey*, Решение от 6.6.2017, Nr. 70478/16, абз. 29 и сл.).

¹⁴³ По данному вопросу см. также Ç. Başak, Will Legalism Be the End of Constitutionalism in Turkey?, *Verfassungsblog*, 22.1.2018.

¹⁴⁴ EGMR, *Mercan v. Turkey*, Решение от 8.11.2016, Nr. 56511/16; *Zihni v. Turkey*, Решение от 29.11.2016, Nr. 59061/16; *Çatal* (сноска 142); *Köksal* (сноска 142). По данному вопросу см. также М. О'Boyle, Can the ECtHR Provide an Effective Remedy Following the coup d'état and Declaration of Emergency in Turkey?, 19.3.2018, <<https://www.ejiltalk.org>>.

смысле ст. 35 абз. 1 ЕКПЧ,¹⁴⁵ он одновременно оставил за собой право проверять эффективность индивидуальных жалоб в Конституционном суде Турции в случае ст. 5 ЕКПЧ в отношении будущих судебных разбирательств, в том числе в отношении судебной практики судов по уголовным делам низших инстанций. Бремя доказывания того, что эта процедура обжалования эффективна в теории и на практике, по мнению Суда, лежит на турецком правительстве.¹⁴⁶

Кроме того, в условиях режима чрезвычайного положения были введены широкие ограничения на свободу слова и прессы. Венецианская Комиссия установила, что турецкие СМИ не имели возможности выполнять свою наблюдательную и защитную функцию.¹⁴⁷ По данным *Amnesty International*, в феврале 2018 года более 100 журналистов были арестованы, а более 180 СМИ закрыты на основании чрезвычайных декретов.¹⁴⁸

Однако наиболее важным признаком чрезвычайного положения, представляющего угрозу демократии, являются обширные поправки в конституцию, принятые в апреле 2017 года конституционным референдумом. При этом уже внешние условия были проблематичными. Так, Венецианская комиссия отметила, что не могло состояться никаких реальных политических дебатов, так как вследствие введенных в условиях чрезвычайного положения мер свобода слова была ограничена.¹⁴⁹ Также и одобрение этой реформы Конституции парламентом обнаруживает существенные недостатки. В частности, целый ряд депутатов второй крупнейшей по численности оппозиционной партии во время голосования

¹⁴⁵ EGMR, Mehmet Hasan Altan (сноска 4), абз. 142; Şahin Alpay (сноска 4), абз. 121.

¹⁴⁶ EGMR, Mehmet Hasan Altan (сноска 4), абз. 142; Şahin Alpay (сноска 4), абз. 121.

¹⁴⁷ Opinion on the Measures Provided in the Recent Emergency Decree Laws with Respect to Freedom of the Media (сноска 127), абз. 193.

¹⁴⁸ Сообщение для прессы от 13.2.2018, Türkei: Journalismus ist kein Verbrechen, <<https://www.amnesty.de>>.

¹⁴⁹ Opinion on the Measures Provided in the Recent Emergency Decree Laws with Respect to Freedom of the Media (сноска 127), абз. 21: «Как продемонстрирует ниже Венецианская комиссия, нынешняя ситуация со свободой СМИ серьезно ухудшилась, во многом из-за действия различных чрезвычайных мер, и это не позволяет провести надлежащее публичное обсуждение будущего конституционного устройства Турции. С этой точки зрения сроки проведения конституционной реформы вызывают обеспокоенность» («As the Venice Commission will demonstrate below, the current situation with the freedom of media has seriously deteriorated, largely due to the effect of various emergency measures, and does not allow for a proper public debate on the future constitutional design of Turkey. From this perspective, the timing for the constitutional reform raises concerns.»). Аналогичная оценка дана Верховным Комиссаром по правам человека (сноска 125), абз. 36.

содержались под стражей, и нормированная в Конституции тайна выборов не была гарантирована.¹⁵⁰

С помощью этих конституционных поправок, которые в целом должны вступить в силу в 2020 году, существующая парламентская система правления преобразуется в президентскую.¹⁵¹ В этой связи Венецианская Комиссия чётко отметила, что предусмотренная система не основывается на логике разделения властей, характерной для демократических президентских систем.¹⁵² По этой причине она констатировала наличие опасности, что система превратится в режим авторитарного и личного правления.¹⁵³ Наиболее проблематичными с точки зрения принципа разделения властей являются, в частности:¹⁵⁴

- Исключительное и единоличное право президента на исполнение полномочий исполнительной власти.¹⁵⁵

- Единоличное право президента назначать и отправлять в отставку вице-президентов и министров.¹⁵⁶

- Отсутствие института парламентской ответственности президента, его вице-президентов и министров. Они несут ответственность только перед президентом.¹⁵⁷ Единственной возможностью парламентского контроля является процедура отрешения президента от должности.¹⁵⁸ Не существует ни парламентского вотума недоверия, ни других контрольных возможностей (кроме права обращаться с письменными запросами).¹⁵⁹

- Право президента назначать одного или нескольких вице-президентов, при этом один из этих вице-президентов, назначенных президентом, имеет

¹⁵⁰ Венецианская Комиссия Совета Европы, Opinion No. 875/2017, Opinion on the Amendments to the Constitution Adopted by the Grand National Assembly on 21.1.2017 and to be Submitted to A National Referendum on 16.4.2017, Adopted by the Venice Commission at Its 110th Plenary Session (Venedig, 10.-11.3.2017), абз. 20 и далее.

¹⁵¹ Англоязычную версию новой изменённой турецкой конституции содержит документ Венецианской Комиссии Совета Европы CDL-Ref (2017)003, <<http://www.venice.coe.int>>.

¹⁵² Opinion on the Amendments to the Constitution (сноска 150), абз. 126.

¹⁵³ Opinion on the Amendments to the Constitution (сноска 150), абз. 133.

¹⁵⁴ По данному вопросу см. в частности также Opinion on the Amendments to the Constitution (Сноска 150), абз. 127 и сл.

¹⁵⁵ Ст. 104 предложение 1 и 2 изменённой турецкой конституции.

¹⁵⁶ Ст. 104 предложение 9 изменённой турецкой конституции.

¹⁵⁷ Ст. 106 абз. 3 предложение 1 изменённой турецкой конституции.

¹⁵⁸ См. ст. 106 абз. 3-7 изменённой турецкой конституции.

¹⁵⁹ Opinion on the Amendments to the Constitution (сноска 150), абз. 100.

право замещать президента на его посту в случае неспособности президента осуществлять свои функции.¹⁶⁰

- Обязательное проведение одновременных выборов президента и парламента,¹⁶¹ что скорее предотвращает возможность формирования т.н. «различающегося большинства».¹⁶²

- Право президента распустить парламент (даже если он сам утратит свой мандат и должны будут состояться повторные президентские выборы).¹⁶³

- Право президента принимать и издавать президентские указы при отсутствии эффективного механизма контроля,¹⁶⁴ гарантирующего соблюдение положения конституции,¹⁶⁵ в соответствии с которым закон имеет приоритет над подобными декретами.¹⁶⁶

- Широкие права президента в вопросах организации и контроля судебной власти (органов правосудия).¹⁶⁷

- Права президента в условиях чрезвычайного положения. Так, только президент имеет право объявить чрезвычайное положение.¹⁶⁸ Парламент может лишь сократить или продлить его срок или же отменить его.¹⁶⁹ В условиях режима чрезвычайного положения Президент также имеет право издавать указы, необходимые для урегулирования деталей чрезвычайного положения.¹⁷⁰ Они должны быть в течение трёх месяцев подтверждены парламентом за исключением случаев, когда парламент не может собраться на сессию в результате форс-мажорных обстоятельств или войны; в противном случае они утрачивают силу.¹⁷¹

¹⁶⁰ Ст. 106 абз. 1-3 изменённой турецкой конституции.

¹⁶¹ Ст. 77 абз. 1 предложение 1 изменённой турецкой конституции.

¹⁶² Opinion on the Amendments to the Constitution (сноска 150), абз. 98.

¹⁶³ Ст. 116 абз. 1 изменённой турецкой конституции.

¹⁶⁴ Ст. 104 предложение 15 изменённой турецкой конституции.

¹⁶⁵ Opinion on the Amendments to the Constitution (сноска 150), абз. 79 и далее и абз. 127.

¹⁶⁶ Ст. 104 предложение 20 изменённой турецкой конституции.

¹⁶⁷ Более подробно см. Opinion on the Amendments to the Constitution (сноска 150), абз. 94 и сл. и абз. 110 и далее.

¹⁶⁸ Ст. 119 абз. 1 изменённой турецкой конституции.

¹⁶⁹ Ст. 119 абз. 3 изменённой турецкой конституции.

¹⁷⁰ Ст. 119 абз. 6 изменённой турецкой конституции.

¹⁷¹ Ст. 119 абз. 7 изменённой турецкой конституции.

bb) Срок действия режима чрезвычайного положения

В отличие от этого, один только критерий длительности чрезвычайного положения не должен быть масштабом для сужения пределов свободы оценки *per se*.¹⁷² Срок действия сам по себе не имеет исключительного значения для определения пределов свободы оценки. Это справедливо, независимо от фундаментальной проблемы, которая заключается в том, что перманентное чрезвычайное положение является противоречием в себе, поскольку оно в этом случае становится «нормальностью»,¹⁷³ а также в том, что продолжительное чрезвычайное положение уже постольку предстаёт проблематичным, поскольку основные права и свободы оказываются derogированными не только в краткосрочной перспективе. Тем не менее, из оценки фактического положения может вытекать, что именно слишком продолжительное действие ситуации угроз представляет особую опасность для существования государства. Поэтому сам по себе критерий продолжительности не может быть существенным для ограничения пределов свободы оценки. Скорее, для сужения пространства оценки необходимо привлекать дополнительные критерии, такие, как например, особую важность соответственно ограниченного права для демократии¹⁷⁴ и/или незначительную интенсивность грозящей опасности.

cc) Работоспособность национальных органов юстиции

Ещё одним критерием (если не установилось уже «антидемократическое» чрезвычайное положение) является работоспособность национальной судебной системы. В этом смысле, в принципе, следует исходить из широких пределов свободы оценки, поскольку национальные суды способны и стремятся осуществлять эффективный контроль за мерами, применяемыми в условиях режима чрезвычайного положения.¹⁷⁵ Это имеет место тогда, когда индивид также и в условиях чрезвычайного положения может в судебном порядке воспользоваться защитой от нарушения основных прав, а суды имеют

¹⁷² Так, однако, например, аргументация организаций по защите прав человека в: EGMR, Brannigan und McBride (сноска 29), абз. 42 или O. Gross/F. Ní Aoláin (сноска 18), 647.

¹⁷³ См. также A. Mizock, The Legality of the Fifty-Two Year State of Emergency in Israel, University of California Davis Journal of International Law and Policy 7 (2001), 223 (245).

¹⁷⁴ Подробно см. по данному вопросу ниже, 2. b).

¹⁷⁵ Некоторые авторы, однако, отказывают национальным судам в целом в способности адекватно контролировать меры исполнительной власти в условиях чрезвычайного положения. См. например G. J. Alexander, The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During Periods of Emergency, HRLJ 5 (1984), 1 и далее; см. также O. Gross/F. Ní Aoláin (сноска 18), 640.

возможность как независимая и нейтральная инстанция рассмотреть и, при необходимости, отменить соответствующие действия государственных органов. Однако, чем в меньшей степени национальные суды в состоянии осуществлять эффективный контроль, тем уже пределы свободы оценки для национальных органов. В такой ситуации единственным способом судебного контроля в возрастающей мере становится международный контроль. Если ситуация усугубляется до такой степени, то принцип subsidiarity,¹⁷⁶ вытекающий из концепта «пределов свободы оценки», больше не действует, поскольку на национальном уровне фактически отсутствует функционирующая система защиты основных прав и свобод.

dd) Защита прав меньшинств

Кроме того, пределы свободы оценки должны быть более узкими, если государство принимает ограничительные меры, существенным образом затрагивающие меньшинства или их интересы, и на национальном уровне не существует эффективных механизмов внутригосударственной правовой защиты.¹⁷⁷ Это имеет особое значение тогда, когда эффективная национальная правовая защита уже не действует в отношении членов соответствующего меньшинства. Это следует, в первую очередь, из того, что даже в условиях нормального положения в демократических системах существует абстрактная опасность нарушения интересов меньшинства, что связано с имманентным системным дефицитом демократических систем и принципом принятия решений по правилу большинства (*Mehrheitsentscheidungen*).¹⁷⁸

Эта опасность, однако, ещё более усиливается в чрезвычайных ситуациях. В такой ситуации большинство может быть особенно склонно к дискриминации меньшинства, которое в целом считается возмутителем спокойствия (источником опасности).¹⁷⁹ По этой причине в решении по делу *A. и.а. против Великобритании* ЕСПЧ справедливо не признал дискриминирующие меры в качестве безусловно необходимых.¹⁸⁰

¹⁷⁶ EGMR, Belgischer Sprachenfall, 23.7.1968, Series A No. 6, 31, абз. 10; с этого момента – устоявшаяся судебная практика, см. помимо прочего EGMR, Handyside (сноска 114), абз. 48.

¹⁷⁷ См. E. Benvenisti, Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards, N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 31 (1999), 843 (в частности, 849 и сл. и 853 и сл.).

¹⁷⁸ E. Benvenisti (сноска 177), 849.

¹⁷⁹ См. также O. Gross/F. Ní Aoláin (сноска 18), 641 и далее.

¹⁸⁰ См. выше, I. 2.

б) Вид ограничиваемых/нарушаемых прав и свобод Конвенции

Кроме того, пределы свободы оценки зависят также от характера нарушенного права Конвенции и специфического регулирования его допустимых ограничений. В отношении последнего в рамках ЕКПЧ могут быть выделены две категории основных прав. Первая, к которой относятся, в частности, ст.ст. 5 и 6 ЕКПЧ, содержит очень узкое регулирование допустимых ограничений. Так, ст. 5 абз. 1 ЕКПЧ допускает лишение свободы только на основе одного из оснований заключения под стражу, перечисленных в ст. 5 абз. 1 предложение 2 ЕКПЧ.¹⁸¹ Классические «гражданские права-свободы» в статьях 8-11 ЕКПЧ (*Freiheitsrechte*) имеют, напротив, широкое регулирование допустимых ограничений и предусматривают уже более детальную проверку пропорциональности в условиях нормальной ситуации.¹⁸² Сам ЕСПЧ ещё не высказал подробно свою позицию по поводу проблематики различной структуры регулирования допустимых ограничений в ст.ст. 5 и 6 ЕКПЧ и ст.ст. 8-11 ЕКПЧ, поскольку все предыдущие решения по ст. 15 ЕКПЧ, в основном, касались дерогации ст. 5 ЕКПЧ.¹⁸³ Вопрос о соотношении различных регулирований допустимых ограничений встаёт также и постольку, поскольку частично утверждается, что масштаб проверки согласно ст. 15 ЕКПЧ («насколько этого безусловно необходимо ввиду сложившихся обстоятельств») более строгий, чем масштаб проверки в соответствии со ст. 8-11 ЕКПЧ.¹⁸⁴ Если применить эту точку зрения, то трудно представить, что дерогация гражданских «прав-свобод» вообще может быть когда-либо возможной. Ст. 15 ЕКПЧ была бы в отношении прав на свободу абсолютно излишней. Ещё более далеко идущим предстаёт подход Комитета ООН по правам человека. В своём Замечании общего характера № 29 Комитет указывает, что широкое регулирование ограничений права на свободу собраний согласно ст. 21 Международного Пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) или ст. 12 МПГПП (свобода передвижения), которые в принципе соответствуют положениям ст. 8-11

¹⁸¹ Устоявшаяся судебная практика, см. например: *EGMR, A. and others* (сноска 11), абз. 163.

¹⁸² См. ст.8 абз. 2 ЕКПЧ; ст. 9 абз. 2 ЕКПЧ; ст. 10 абз. 2 ЕКПЧ и ст. 11 абз. 2 ЕКПЧ.

¹⁸³ В нижеследующих решениях проверке подвергалось применение ст. 15 ЕКПЧ в отношении ст. 5 ЕКПЧ: *EGMR, A. and others* (сноска 11), абз. 137 и далее; *Brannigan und McBride* (сноска 29), абз. 36 и далее; *Aksoy* (сноска 12), абз. 65 и далее; *Marshall* (сноска 33), *Ziff. V.*; *Demir* (сноска 34), абз. 31 и далее; в данных решениях наряду с проверкой относительно ст. 5 ЕКПЧ дополнительно проводилась беглая проверка в отношении ст. 6 ЕКПЧ: *Ireland v. United Kingdom* (сноска 11), абз. 188 и далее; *Lawless* (сноска 19), абз. 19 и далее.

¹⁸⁴ Так, например, *EGMR, Brannigan und McBride* (сноска 29), *Concurring Opinion des Richter Martens*, Nr. 4; *H. Krieger* (сноска 30), пункт 13.

ЕКПЧ, также является достаточным для чрезвычайных ситуаций, и дерогация этих положений не может быть ничем оправдана.¹⁸⁵

Тем не менее, против такой точки зрения говорит то, что ст. 15 абз. 2 ЕКПЧ как раз не исключает дерогацию гражданских «прав-свобод».¹⁸⁶ Скорее, регулирование допустимых ограничений в ст.ст. 8-11 ЕКПЧ¹⁸⁷ распространяется на нормальные, а не на исключительные ситуации в смысле ст. 15 ЕКПЧ. В рамках ст. 15 ЕКПЧ речь идёт, по существу, о проверке того, была ли соответствующая мера в конкретной исключительной ситуации обязательно необходима. Поэтому и дерогация «прав-свобод» в ст.ст. 8-11 ЕКПЧ принципиально возможна. Этой позиции равным образом соответствует подход ЕСПЧ. В своих решениях по делам *Mehmet Hasan Altan* и *Şahin Alpay* против Турции, Суд, не затрагивая и не касаясь проблематики различающейся структуры регулирования допустимых ограничений, косвенно подтвердил, что дерогация ст. 10 ЕКПЧ возможна.¹⁸⁸

Тем не менее, в рамках проверки безусловной необходимости в смысле ст. 15 ЕКПЧ за государствами-участниками должны признаваться более узкие пределы оценки, чем при рассмотрении ст. 5 или 6 ЕКПЧ. Это следует уже из того, что в отношении прав на свободу комплексная проверка пропорциональности проводится уже в условиях нормальных ситуаций, в то время как, в частности, ст. 5 абз. 1 предложение 2 ЕКПЧ, не предусматривает такой возможности.

Наконец, пределы свободы оценки оказываются ещё более узкими, если осуществляется дерогация центральных для демократии основных прав и свобод, таких как свобода слова и собраний. Дерогация этих основополагающих прав может быть оправдана только в абсолютно исключительном случае, когда существуют самые серьёзные и убедительные причины, которые оправдывают отклонение (от обязательств по обеспечению этих прав – **прим. Дайджеста**). Это, в свою очередь, следует из смысла и целей самой ЕКПЧ. Как уже было указано ранее, ЕКПЧ разрешает только меры, направленные на восстановление и поддержание демократии. Однако допустимая дерогация права на свободу

¹⁸⁵ General Comment No. 29 (сноска 43), абз. 5.

¹⁸⁶ По данному вопросу см. также Н.-Е. Kitz (сноска 109), 82.

¹⁸⁷ Остаётся неясным, однако, в какой степени возможна дерогация ст. 9 ЕКПЧ (свобода религии). Это следует из того, что ст. 4 Международного Пакта о гражданских и политических правах запрещает дерогацию ст. 18 Пакта (свобода религии) и ст. 15 абз. 1 ЕКПЧ требует, что дерогация должна осуществляться в соответствии с иными международно-правовыми соглашениями. По данному вопросу см. Н. Krieger (сноска 30), пункт 26.

¹⁸⁸ EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (сноска 4), абз. 213; *Şahin Alpay* (сноска 4), абз. 183.

слова в целях поддержания демократии приемлема только в абсолютных исключительных случаях. Это также соответствует тенденции нынешней правовой практики ЕСПЧ по делам против Турции. В решениях по делам *Mehmet Hasan Altan* и *Şahin Alpay* против Турции ЕСПЧ впервые в рамках рассмотрения условий чрезвычайного положения осуществил проверку соблюдения ст. 10 ЕКПЧ. С одной стороны, как уже было сказано ранее, в этих решениях отсутствует исследование предпосылок «безусловной необходимости» по материально-правовому содержанию в смысле ст. 15 ЕКПЧ.¹⁸⁹ Тем не менее, с другой стороны, в судебной практике ЕСПЧ по проверке регулирования допустимых ограничений согласно ст. 10 абз. 2 ЕКПЧ можно найти примеры высказываний, указывающие на такое узкое толкование. ЕСПЧ, следуя позиции турецкого Конституционного суда, с относительно подробным обоснованием отклонил пропорциональность задержания и содержания под стражей с точки зрения регулирования допустимых ограничений по ст. 10 абз. 2 ЕКПЧ.¹⁹⁰ Тем не менее, отличительная особенность этих решений заключается в том, что ЕСПЧ не ограничивается формальным обоснованием, то есть ссылкой на решения Конституционного суда Турции. Скорее, он ясно указывает в *obiter dictum*, что чрезвычайное положение не должно быть предложено для ограничения свободы политических дебатов как абсолютной основы демократического общества¹⁹¹ и, в частности, подчеркнул, что в отношении журналистов распоряжение о заключении их под стражу возможно только как абсолютное исключение.¹⁹²

IV. Заключение: чрезвычайное положение в Турции и «идеальный» вариант решения

ЕСПЧ и в условиях чрезвычайного положения остаётся «законным судьёй», то есть судебным органом, рассматривающий дело в соответствии с законом (*gesetzlicher Richter*). Он проверяет также (как и в условиях нормального положения) соблюдение прав, не подлежащих дерогации и, в целом, контролирует соблюдение границ ст. 15 ЕКПЧ. При этом в рамках

¹⁸⁹ См. выше, 2. b) cc).

¹⁹⁰ EGMR, Mehmet Hasan Altan (сноска 4), абз. 206 и сл.; Şahin Alpay (сноска 4), абз. 177 и сл.

¹⁹¹ EGMR, Mehmet Hasan Altan (сноска 4), абз. 210; Şahin Alpay (сноска 4), абз. 180.

¹⁹² EGMR, Mehmet Hasan Altan (сноска 4), абз. 211 и сл.; Şahin Alpay (сноска 4), абз. 181 и сл.

ст. 15 ЕКПЧ более адекватным и уместным является дифференцированный подход к определению пределов свободы оценки. Кроме того, также из соображений правовой безопасности и правовой определённости было бы желательно, чтобы ЕСПЧ более чётко показал свою приверженность такому подходу и в рамках своей проверки «безусловной необходимости» в контексте ст. 15 ЕКПЧ разработал общеабстрактные и дифференцированные стандарты для определения пределов оценки.¹⁹³ В частности, многочисленные процедуры, инициированные в настоящее время против Турции, могли бы дать для этого повод.

Чрезвычайное положение представляет собой для ЕСПЧ также и серьёзную проблему, и особенно в тех случаях, когда можно предположить, что введение чрезвычайного положения используется для подавления демократии. Здесь можно чётко увидеть границы (международной) юрисдикции. Это касается, в частности, ситуации в Турции.¹⁹⁴ С одной стороны, чрезвычайное положение, такое как например имело место в Турции, представляет собой ситуацию, в которой потребность в ЕСПЧ проявляется с особой силой, чтобы защитить права и свободы человека.¹⁹⁵ С другой стороны, ЕСПЧ в подобной ситуации оказывается в особо затруднительном положении. Существует риск, что Турция расторгнет ЕКПЧ или не будет соблюдать решения ЕСПЧ, если Суд придёт к выводу, что принятые в условиях чрезвычайного положения меры не согласуются с ЕКПЧ.

В своих первых (частично, однако, ещё не вступивших в силу)¹⁹⁶ решениях, которые имеют отношение к чрезвычайным мерам в Турции, ЕСПЧ, с одной стороны, по прагматическим соображениям занял сдержанную позицию и не сделал общих замечаний по ст. 15 ЕКПЧ. Это стало возможным без особых проблем, так как уже было вынесено решение Конституционного суда Турции. С другой стороны, ЕСПЧ также и не спрятался полностью за выводами Конституционного суда, а в *obiter*

¹⁹³ В пользу структурированного и более чётко ограниченного применения теории «margin of appreciation» высказался уже в 1998 году O'Boyle. См. M. O'Boyle (сноска 17), 29.

¹⁹⁴ См. по данному вопросу также F. Weber, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Türkei, DÖV 69 (2016), 921 (925 и сл.).

¹⁹⁵ Относительно сложного положения в области прав человека см. также актуальный Доклад Комиссариата ООН по правам человека, Доклад о положении в области прав человека в Турции в 2017 году. Доклад Комиссариата ООН по правам человека ясно констатирует, что чрезвычайное положение в Турции привело к эрозии принципа правового государства и ухудшению положения в области прав человека, Доклад Комиссариата ООН по правам человека (сноска 125), в частности, абз. 116.

¹⁹⁶ По состоянию на август 2018 года. В отношении решения по делу *Mehmet Hasan Altan* (сноска 4) было подано ходатайство о направлении дела в Большую Палату.

dictum ясно указал на границы допустимых ограничений свободы слова и чётко дал понять, что единственной целью введения чрезвычайного положения является сохранение и защита демократического порядка. Это, как представляется, говорит о том, что ЕСПЧ не готов проявлять по отношению к Турции чрезмерную «судебную сдержанность». Вместо этого становится скорее ясно, что ЕСПЧ готов защищать действие и соблюдение основных прав и свобод даже в условиях чрезвычайного положения, используемого в антидемократических целях.

Является ли такой подход «идеальным вариантом»? Что мог бы сделать Страсбург (если бы Суд тогда уже существовал), когда в 1933 году в Германии захватили власть национал-социалисты? Был бы его возможный вердикт спасением для тех, кто был арестован и брошен в тюрьму? Как бы ни труден был бы гипотетически ответ на этот вопрос, вероятней всего он должен быть отрицательным. Решения Суда, вероятно, носили бы лишь символический характер, но, в конечном счёте, мог бы принести определённое удовлетворение потерпевшим и их родственникам хотя бы тем, что действия государства были бы признаны противоправными.

Таким образом, именно это может и должно быть конечной задачей (международных) судов по правам человека. Признание и уважение права, даже если оно имеет только символический эффект, поскольку право в государстве в условиях чрезвычайного положения ослабевает или исчезает. Однако, когда право туда возвращается, оно находит здесь свою новую основу легитимации. Таким образом, по отношению к Турции Страсбург, как представляется, следует хотя и не идеальному варианту решения, но находится, по крайней мере, на правильном пути.