

От имени «Европейского Клуба правовых демократий»: к вопросу об идентичности, мандате и национальном «сглаживании» судебной практики ЕСПЧ

Армин фон Богданди*, Лаура Херинг**

* Армин фон Богданди – доктор права, профессор, Директор Гейдельбергского Института Макса Планка иностранного публичного и международного права.

** Лаура Херинг – доктор права, старший научный сотрудник данного Института.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству Мюллер Ферлаг и авторам за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Armin von Bogdandy, Laura Hering, Im Namen des Europäischen Clubs rechtsstaatlicher Demokratien: Zu Identität, Mandat und nationalen Pufferung der EGMR-Rechtsprechung**, в: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 78, N° 3, 2018, с. 635 и далее.

Содержание:

I. Постановка проблемы, исходные тезисы, программа	34
II. Демократическая легитимация ЕСПЧ	36
1. Постановка проблемы	36
2. Клуб демократических правовых государств (правовых демократий)	38
III. Мандат в целях защиты демократической правовой государственности	43
1. Эволюция мандата ЕСПЧ	43
2. Мандат в условиях кризиса	46
а) Авторитет Суда в условиях кризиса	47

в) Ограничения, связанные с режимом чрезвычайного положения	50
с) Основное содержание правовых гарантий	52
d) Злоупотребление правом	54
e) Исчерпание национальных средств правовой защиты	57
f) Процедурные пределы оценки в свете антикризисного мандата	58
IV. Критика осуществления мандата ЕСПЧ со стороны Федерального Конституционного суда ФРГ и итальянского Конституционного суда?	61
1. «Сглаживание» государствами значения и авторитета ЕСПЧ	62
2. Легитимность посредством контроля	64

Деятельность Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) находится под пристальным наблюдением. И, в частности, согласно Копенгагенской Декларации, государства-участники Конвенции подвергают его решения и судебную практику рассмотрению и оценке в целях подготовки решений о проведении дальнейших реформ. Как должна выглядеть такая оценка? Она может происходить, с одной стороны, с учётом источников демократической легитимации ЕСПЧ, с другой стороны - с учётом вызовов и проблем, с которыми Суд сталкивается. Авторы настоящей статьи исходят из тезиса о том, что Суд выступает от имени *Европейского клуба правовых демократий* и что главная проблема заключается в том, чтобы он продолжал делать это заслуживающим доверия образом.

I. Постановка проблемы, исходные тезисы, программа

Европейская защита прав человека и ее главный институт защиты - Европейский Суд по правам человека - сталкиваются сегодня с разнообразными вызовами.¹ Среди них процессуальная перегрузка Суда и связанные с ней проблемы, возможно, являются ещё не самой большой

¹ По вопросу об этих вызовах см. напрмер Council of Europe Steering Committee for Human Rights, *The Longer-Term Future of the System of the European Convention on Human Rights*, 2015, <https://rm.coe.int/the-longer-term-future-of-the-system-of-the-european-convention-on-hum/1680695ad4>; Wis. Int'l L.J. 2018, 237, 240 и сл.

проблемой, поскольку в свою очередь, уже сама легитимность Суда и его судей не является бесспорной. Кроме того, в ряде государств-членов доминируют правительства, во всё возрастающей степени обнаруживающие авторитарные тенденции. Многие решения ЕСПЧ вызывают активное сопротивление.² Авторитетные национальные судебные инстанции, такие как Федеральный Конституционный суд ФРГ и Конституционный суд Италии, не всегда разделяют позиции ЕСПЧ, в частности его общенормотворческую деятельность.³ Государства-участники Конвенции в своей Копенгагенской декларации от апреля 2018 года формально даже приняли решение, что более поздняя судебная практика ЕСПЧ должна быть подвергнута более тщательной оценке.⁴ В этом можно вполне увидеть не только недовольство, но и даже своего рода предупреждение.

Труднопроходимые фарватеры требуют особенно хорошей способности к ориентированию. Путеводной звездой является до сих пор слишком слабо используемая демократическая легитимация решений ЕСПЧ. Это приводит, в частности,⁵ к вопросу, от чьего имени Суд на самом деле принимает свои решения. Основная идея данной статьи заключается в том, что позитивно-правовой материал и уже сложившаяся практика позволяют свести эту проблематику к формуле, согласно которой можно констатировать, что Суд говорит «от имени Европейского клуба правовых демократий» (*Im Namen des Europäischen Clubs rechtsstaatlicher Demokratien*). В этом находит своё отражение также и главный вызов для ЕСПЧ, а именно, что эта формула должна оставаться достоверной.

В первом разделе статьи исследуется вопрос о том, почему демократическая легитимация Суда является одновременно как проблемой, так и целью ЕСПЧ (I.1). Затем в качестве ответа на сформулированную проблематику предлагается обоснование формулы «от имени *Европейского клуба правовых демократий*» (II.2). Второй раздел показывает, как эта

² По данному вопросу см. Madsen Law and Contemporary Problems 2016, 141, 167 и сл.; Soley/Steininger International Journal of Law in Context 2018, 237 и сл.; Breuer (Hrsg.), Principled Resistance to ECtHR Judgments – A New Paradigm?, 2019.

³ Итальянский Конституционный суд, Постановление № 49 от 26 марта 2015; Решения Федерального Конституционного суда ФРГ (BVerfGE), BVerfGE 148, 296; более подробно см. ниже, пункт D.

⁴ Копенгагенская Декларация, принятая на Конференции на высшем уровне, которая состоялась 12-13 апреля 2018, <http://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>, пункт 41. Материал о Конференции см. Polakiewicz/ Suominen-Picht EuGRZ 2018, 383 и сл.; Ulfstein/ Follesdal, Copenhagen – much ado about little?, EJIL: Talk!, 14.4.2018, <https://www.ejiltalk.org/copenhagen-much-ado-about-little/>.

⁵ По вопросу о различных механизмах см. von Bogdandy/ Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, с. 215 и сл.

формула материализуется в мандате Суда. На протяжении нескольких десятилетий это осуществлялось с целью поддержки «революции прав человека в Европе» (*rights revolution in Europe*), европейской интеграции национальных систем основных прав и свобод, а также трансформации пост-авторитарных государств (III.1). В контексте авторитарных тенденций в ряде государств-участников Конвенции мандат Суда приобретает в настоящее время новые измерения, как например, утверждение самопонимания и самовосприятия «Клуба», а также поддержка институтов демократии и правового государства и соответствующих общественных сил в данных государствах. Это открывает специфический взгляд на критерии оценки (III.2.a), а также на судебную практику относительно чрезвычайного положения (III.2.b), относительно основного содержания прав и свобод (III.2.c), относительно злоупотребления правом (III.2.d) и относительно исчерпания средств правовой защиты (III.2.e) Путь в будущее Суда указывает правовой институт процессуальных пределов свободы оценки (III.2.f), что, однако, приводит к изменению его мандата и попыткам сглаживания и ослабления предюдициальных эффектов его судебной практики, как об этом свидетельствует практика Федерального Конституционного суда и Конституционного суда Италии (IV).

II. Демократическая легитимация ЕСПЧ

1. Постановка проблемы

Практика функционирования ЕСПЧ не вписывается в традиционную роль международного суда в качестве лишь просто межгосударственного (межправительственного) органа по разрешению споров, поскольку в его правовой практике регулируется решение спорных и неоднозначных вопросов также и внутригосударственного характера.⁶ При этом он не только претендует на авторитетность и значимость его решений для сторон в конкретном споре, но требует, чтобы все национальные суды во всех

⁶ См. например решение ЕСПЧ (EGMR), EGMR, 6.10.2005, Nr. 74025/01 – *Hirst против Великобритании* по вопросу о политических правах лиц, находящихся в заключении; EGMR, 3.12.2009, Nr. 22028/04 – *Zaunegger против Германии* по вопросу о праве опеки.

последующих разбирательствах ориентировались на все его решения.⁷ Поскольку ЕСПЧ контролирует и других акторов, в том числе и национальных законодателей, с точки зрения соблюдения ими индивидуальных прав, это даже приближает его к своего рода европейскому «конституционному суду».⁸

Несмотря на то, что ЕСПЧ не располагает средствами принудительного исполнения своих решений, он обладает, тем не менее, особыми полномочиями и авторитетом «высшей судебной инстанции» и, тем самым, осуществляет публичную власть.⁹ Его решения оказывают значительное влияние. Комитет министров Совета Европы следит за выполнением решений ЕСПЧ в соответствии со ст. 46 абз. 2 ЕКПЧ; Четырнадцатый Дополнительный Протокол добавил сюда процедуру повторного судебного разбирательства согласно ст. 46 абз. 4 ЕКПЧ, которая недавно была опробована впервые.¹⁰ Ещё важнее то, что другие государства-участники Конвенции ожидают, что государство-ответчик, признанное виновным в нарушении ЕКПЧ, подчинится решению Суда.¹¹ Кроме того, национальное законодательство устанавливает принцип подчинения решениям европейской системы прав человека,¹² за соблюдением которого следят национальные суды, специфические правозащитные институты¹³ и нередко также влиятельное общественное мнение.

Таким образом, обязательность решений ЕСПЧ ставит вопрос об их легитимации, в том числе и демократической.¹⁴ Действительно, это

⁷ См. EGMR, 18.1.1978, № 5310/71 – *Irland против Великобритании*, пункт 154; EGMR, 6.11.1980, № 7367/76 – *Guzzardi против Италии*, пункт 86; EGRM, 7.1.2010, № 25965/04 – *Rantsev против Кипра и России*, пункт 197; EGMR, 28.6.2018, № 1828/06 – *G.I.E.M. S.R.L. и.а. против Италии*, пункт 252.

⁸ ЕСПЧ нередко обозначается в литературе как «конституционный суд», см. Grabenwarter, в: von Bogdandy/ Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional crisis in the European constitutional area*, 2015, с. 257 и сл.; Nussberger JZ 2019, 421, Walter ZaöRV 1999, 961, 962 и сл.

⁹ По вопросу о многофункциональности и публичной власти международных судебных органов см. Bogdandy/ Venzke (Сноска 5), с. 16-30 и 136-162.

¹⁰ EGMR, 29.5.2019, № 15172/13 – *Mammadov против Азербайджана*.

¹¹ См. Копенгагенская Декларация (сноска 4), пункт 19 и сл.

¹² По вопросу о месте ЕКПЧ в праве государств-участников см. Keller/ Stone Sweet (Hrsg.), *A Europe of rights. The impact of the ECHR on national legal systems*, 2008, с. 31 и сл.

¹³ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 48/134 от 20.12.1993, U.N. Doc. A/RES/48/134.

¹⁴ К вопросу о значении демократической легитимации в деятельности судов см. Voßkuhle/ Sydow JZ 2002, 673-682. Критически в данном отношении см. Torres, In Nobody's Name: A Checks and Balances Approach to International Judicial Independence, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924435.

особенно уязвимое место в системе ЕСПЧ, поскольку по общему правилу он регулярно выступает против демократически избранных, то есть обладающих максимально возможной легитимностью институтов, в то время как демократическая легитимация его собственного мандата отнюдь неочевидна. В то время как многие национальные суды уже в первых строках своих постановлений отвечают на вопрос об их легитимации используемой ими формулой «*Именем народа*» и, тем самым, претендуют на демократическую легитимность,¹⁵ ЕСПЧ хранит в этом отношении полное молчание.¹⁶

2. Клуб демократических правовых государств (правовых демократий)

Какая формула в решениях ЕСПЧ на этом фоне могла бы будить ассоциации с демократической легитимностью, аналогично тому, как это делает формула национальных судов «*Именем народа*»? От чьего имени принимает решение ЕСПЧ?¹⁷ Можно было бы предложить ссылку на Конвенцию. Тогда можно было бы сформулировать «*Именем Европейской конвенции по правам человека*», что было бы равносильно тому, как если бы национальный суд использовал в качестве вступительной формулы «*Именем закона*». Но в этом случае игнорировалось бы, что источником демократической легитимации является не закон, а лежащее в его основе решение парламента.

Такое понимание подводит к вопросу о значении национальных ратификаций Конвенции государствами-участниками, которые, безусловно, имеют большое значение для демократической легитимации ЕСПЧ. Здесь же следует оценить, следуя классическому международно-правовому пониманию, принимает ли ЕСПЧ решение «*От имени спорящих государств*». Возможно, это подходит для Международного суда ООН, но, естественно, никак не относится к Страсбургскому суду: По общему правилу, перед ЕСПЧ спорят не два государства, а государство и

¹⁵ См. например § 25 абз. 4 Закона о Федеральном конституционном суде ФРГ; ст. 101 абз. 1 конституции Итальянской республики; ст. 454 Гражданско-процессуального кодекса Франции.

¹⁶ См. критику у Bellamy EJIL 2014, 1019.

¹⁷ Уже и другие авторы пытались объяснить и обосновать ‘constituency’ ЕСПЧ, см. например Bellamy EJIL 2014, 1019.

индивидуум, зачастую даже собственный гражданин государства-ответчика. Что же может действовать в этом случае?

Во-первых, демократическая легитимация Страсбургского суда основана на ратификации Конвенции *всеми* государствами-участниками. Соответственно Суд принимает решение «*От имени всех государств Конвенции*». Холистическое «*все*» выражает еще один очень важный аспект. Вердикт ЕСПЧ служит не только решению конкретного спора, но и одновременно является общим устремлением и заботой всех государств-участников Конвенции. Речь идёт о «Правах человека и верховенстве права (принципах правового государства) в Европе», как это подтверждено во втором пункте Копенгагенской Декларации. Система ЕКПЧ в значительной степени выходит за рамки традиционного билатерализма международного права, и каждое решение ЕСПЧ преследует общий интерес государств-участников Конвенции.

Формула «*От имени всех государств-участников Конвенции*» может представлять еще более убедительной, поскольку система ЕКПЧ преодолевает не только традиционный билатерализм, но также и традиционный ценностный релятивизм международного права. Государства-участники Конвенции аттестуют себя и приобретают особое качество участием в Страсбургской системе, и постольку они должны быть *правовыми и демократическими*.¹⁸ Конечно, не все государства полностью удовлетворяли всем этим требованиям при их вступлении. Однако такие государства были приняты с обязательством продолжать развивать свои демократические структуры и структуры правового государства в соответствии с Конвенцией и совместно поддерживать соответствующую направленность европейской системы прав человека.¹⁹

Требования к верховенству закона (принципам правового государства) и демократии не абстрактны и произвольны, но приобретают контуры в их тройном противопоставлении тоталитарным системам «держав Оси», советскому коммунизму²⁰ и авторитарным консервативным режимам

¹⁸ См. Преамбулу и ст. 3 Устава Совета Европы. По вопросу о концепции демократии в судебной практике ЕСПЧ см. Zand University of Baltimore Journal of International Law 2017, 195 и сл.; Lautenbach, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, 2014, с. 193 и сл.

¹⁹ См. в качестве примера применительно к России: Parliamentary Assembly, Application by Russia for membership of the Council of Europe, Opinion 192 (1996), Nr. 7, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=13932&lang=en>.

²⁰ Madsen Law & Social Inquiry 2007, 137.

(примером может служить «режим полковников» в Греции),²¹ с одной стороны, а также через консолидированную практику страсбургских органов, с другой. Наряду с эффективной защитой основных прав, основным требованием являются гарантии политического плюрализма и функционирующая система разделения властей, то есть как раз независимые суды.²²

Это вытекает уже из преамбулы Конвенции, согласно которой права человека и основные свободы наилучшим образом могут обеспечиваться «подлинно демократическим политическим режимом». Преамбула даже постулирует соответствующую общеевропейскую правовую культуру как «общее наследие политических традиций, идеалов, уважения свободы и верховенства права». Согласно «Подготовительных материалов» Конвенция создавалась не только для того, чтобы «защитить народы от диктатур», но также, что особенно важно, в том числе, в современном контексте, «для усиления сопротивления во всех государствах скрытым попыткам подорвать существующий образ жизни».²³ С учётом подобной предметно-целевой установки, предлагаемую формулу можно развить в том смысле, чтобы слова «государства-участников Конвенции» заменить словами «демократических правовых государств», и таким образом в результате ЕСПЧ принимает решение «От имени европейских демократических правовых государств».

С позиций настоящего времени Конвенция касается не только государственного аппарата и формальной организации публичной власти. Она является основополагающим договором также и по той причине, что она преодолевает традиционные горизонты международного права ещё и в третьем смысле. Она наделяет индивидуума правами и превращает его, в том числе, с помощью института индивидуальной жалобы, в своего рода транснационального актора. Более того, часто Конвенция говорит о индивидууме как о гражданине, как о политическом субъекте. Обеспечение демократических прав является одной из основных линий Суда.²⁴ Можно вспомнить решения ЕСПЧ о свободе политических объединений по ст. 11

²¹ К процедуре исключения Греции всогласно ст. 8 Устава Совета Европы в 1969 году, Richter, Griechenland 1950–1974. Zwischen Demokratie und Diktatur, 2013, с. 323 и сл.

²² Показательно в отношении независимости судов EGMR, 28.6.1984, № 7819/77 u.a. – Campbell und Fell v. Vereinigtes Königreich, пункт 78.

²³ См. Europarat, Collected Edition of the „Travaux préparatoires“, 1979, том 5, с. 332, том. 1, с. 30.

²⁴ Более подробно сноска 18.

ЕКПЧ,²⁵ о свободе политических мнений по ст. 10 ЕКПЧ,²⁶ о право на свободные выборы по ст. 3 Первого Дополнительного протокола,²⁷ но также ст.ст. 3 и 8 Устава Совета Европы. Такое более широкое понимание, подразумевающее включение индивидуальных субъектов - граждан, является важным достижением Страсбургской системы и должно быть выражено во вступительной формуле. Неслучайно национальные суды решают не «от имени государства», а как раз «от имени народа» или «от имени республики». Это дальнейшее измерение деятельности ЕСПЧ может быть выражено через сокращения формула до формулировки «От имени европейских правовых демократий». Посредством замены термина «государства» на термин «демократии», отражается вовлечение гражданской составляющей, гражданского общества. Важное значение имеет здесь множественное число «демократические правовые государства». Суд не выступает от имени абстрактной идеи политического порядка (режима). Вместо этого формула подчеркивает, что демократическая легитимация ЕСПЧ определяющим образом исходит от демократически организованных народов государств-участников Конвенции.

Наконец, формула должна отражать, что демократическая легитимация Суда является общим достижением европейских демократий, то есть имеет важное коллективное измерение. Можно вспомнить, например, процедуру назначения судей.²⁸ Этим объясняется термин «Клуб» в формуле. Европейские демократические правовые государства объединились вокруг Устава Совета Европы и Конвенции для достижения тех целей, которые они самостоятельно в одиночку достичь не могут. Главной целью является региональная система прав человека, обеспечивающая их единообразные конституционн-правовые решения.²⁹ Так, государства-участники Конвенции связали свои соответствующие суверенитету и создали общие, автономные институты, наделённые публично-властными полномочиями, в

²⁵ См. Например, судебную практику относительно запрета политических партий, EGMR, 9.7.2013, Nr. 35943/10 – Vona v. Ungarn, пункт 58; EGMR, 8.12.1999, Nr. 23885/94 – Freedom and Democracy Party (Özdep) v. Türkei, пункт 37.

²⁶ По вопросу о свободе выражения мнений EGMR, 7.12.1976, Nr. 5493/72 – Handyside v. Vereinigtes Königreich, пункт 49; более подробно см. Frowein EuGRZ 2008, 117.

²⁷ См. Natale Revue trimestrielle des droits de l'homme 2006, 939.

²⁸ По данному вопросу см. Eur. Human Rights L. Rev. 2010, 377 и сл.; von Bogdandy/Krenn JZ 2014, 529 и сл.

²⁹ См. Bates, The evolution of the European Convention on Human Rights: From its inception to the creation of a permanent court of human rights, 2010, с. 5; Greer, The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects, 2006, с. 56 и сл.

том числе ЕСПЧ, судей которого они совместно избирают в ходе парламентской процедуры, обеспечивая тем самым демократическую легитимацию.

Понятие «Клуб» уже введено для характеристики объединения государств-участников Конвенции.³⁰ Им обозначаются также некоторые другие международные объединения, как например, Парижский Клуб, занимающийся долгами несостоятельных государств-должников. Даже в случае Европейского Союза иногда проводится ассоциация с понятием «Клуб». ³¹ Такое двойное использование не должно противостоят формуле, пока ни один из этих клубов не претендует на исключительное, монопольное представительство. Для Евросоюза, учитывая объём и характер действия его компетенций, обозначение в качестве *клуба* выглядит довольно неуместным.

Для более глубокого догматического обоснования *Клуба европейских правовых демократий*, возможно, может служить понятие «Объединения». Конечно, та связь, которую устанавливает Устав Совета Европы и ЕКПЧ между государствами Конвенции, менее крепка и интенсивна, чем та, которая существует в рамках Договоров ЕС, для которой был развит этот термин – «Объединение». ³² В системе Совета Европы нет единого «союзного» гражданства, нет прямых выборов, нет законодательства, нет единого общего политического курса и только в первом приближении существует процедура предварительного рассмотрения согласно Шестнадцатого Протокола. Тем не менее, термин «Объединение» был выведен из контекста ЕС и эволюционировал в более абстрактном и общем виде. ³³ Определяющее значение имеют совместное и кооперативное осуществление публичных задач в многоуровневых системах, ³⁴ которые присутствуют не только в Европейском Союзе, но также и собственно в европейской системе прав человека.

³⁰ Сам Совет Европы говорит о себе как о «клубе демократий» («club of democracies»), см. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Official Report of Debates 1995, с. 45. см. далее, например, Carrillo Salcedo, El Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2003, с. 14; Weber DÖV 2016, 921, 921; Gioia, в: Ben-Naftali (Hrsg.), International Humanitarian Law and International Human Rights Law, 2011, с. 201, 202.

³¹ van Middelaar, The passage to Europe: How a continent became a Union, 2013, с. 47, 78, 172 говорит о некоем «club feeling».

³² Показательно Kirchhof, в: von Bogdandy/ Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, с. 1009; Pernice ZaöRV 2010, 51.

³³ Schönberger AöR 2004, 81.

³⁴ Более подробно см. Schmidt-Aßmann, в: Schmidt-Aßmann/ Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund: Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU, 2005, с. 1, 6 и сл.

III. Мандат в целях защиты демократической правовой государственности

1. Эволюция мандата ЕСПЧ

Если ЕСПЧ судит «от имени Европейского клуба правовых демократий», то каким должно быть содержание его решений? Ответ на этот вопрос не безусловно вытекает из юридического канона методов, с помощью которого Конвенция должна толковаться в конкретных спорах. Проведённые в этой области исследования показывают, что он вряд ли может всегда предопределить или детерминировать решение, особенно в отношении таких открытых норм, как права человека.³⁵ Ещё большее значение имеет то, как судьи ЕСПЧ, их национальные коллеги, взаимодействующие инстанции межправительственных и международных органов и не в последнюю очередь демократическая общественность понимают мандат Суда.

Его анализ осуществляется путем обобщающего обращения к судебной практике и может быть суммирован в том смысле, что он приписывает ЕСПЧ активную, отчасти трансформационную роль, что «Клуб» действительно является объединением правовых демократий. Это не является самоочевидным, а скорее, значительным достижением, что сегодня ЕСПЧ имеет мандат поддерживать «европейский Клуб правовых демократий», чтобы он существовал и развивался именно в таком качестве.³⁶ ЕСПЧ изначально понимал себя в идеологическом конфликте Восток-Запад как ответ на «коммунизм советского образца».³⁷ Поскольку восточно-европейские государства не находились под юрисдикцией ЕСПЧ, у Суда было соответственно не слишком много работы. Известность

³⁵ Kelsen VVDStRL 5 (1929), 30-88, с. 31; Möllers, в: Geis/ Nullmeier/ Daase (Hrsg.), *Der Aufstieg der Legitimitätspolitik*, 2012, с. 398, 403 и сл.

³⁶ Относительно тенденций развития Bates, в: Christoffersen/ Madsen (Hrsg.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, 2011, с. 17.

³⁷ Grabenwarter/ Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl. 2016, § 1 пункт 1; Grote, в: Dörr/ Grote/ Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2. Aufl. 2013, Bd. I, Kap. 1 пункт 10.

приобрело сомнение, высказанное его первым Президентом в отношении его общей значимости и важности.³⁸ По словам *Йохена Фровайна (Jochen Frowein)* ЕКПЧ спала сном «спящей красавицы».³⁹

Лишь постепенно в широком общеевропейском континентальном процессе Суд стал играть специфическую роль, осуществляя поддержку того, что в Соединенных Штатах описывается как *революция прав и свобод (rights revolution)* - существенное расширение фундаментальных индивидуальных прав.⁴⁰ Многие государства-участники Конвенции не имели необходимой для этого базы, в частности, нередко отсутствовали современный каталог основных прав и сформированная конституционная юрисдикция. Этот недостаток создавал предпосылки для значимости правовой практики европейских контрольных органов, которые успешно использовали Суд и бывшая Комиссия по правам человека: они стали активно поддерживать *rights revolution* во многих странах и взяли на себя задачу, которая в этом смысле сопоставима с функцией конституционного суда.⁴¹ Юрико-техническим инструментарием выступают при этом динамическое или эволютивное толкование ЕКПЧ,⁴² а также так называемый «ориентировочный эффект» правовой практики, выходящий за пределы конкретного случая.⁴³ ЕСПЧ в этом получил поддержку многих акторов и, таким образом, ключевую роль в развитии демократической правовой государственности в Европе.⁴⁴ И в настоящее время Суд идентифицируется с этим мандатом, как это подтверждает Копенгагенская декларация.⁴⁵

Несколько иначе формируется и осуществляется мандат Суда в отношении тех государств, которые, как Германия или Италия, обладают

³⁸ Rolin Howard L.J. 1965, 442.

³⁹ Frowein, Michigan Journal of Law Reform 1984, 5, 8.

⁴⁰ Frowein, Michigan Journal of Law Reform 1984, 5, 7: «legal revolution». Относительно США см. Epp, The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective, 1998.

⁴¹ Относительно Австрии см. Grabenwarter, в: von Bogdandy/ Cruz Villalón/ Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europeaeum, Bd. II, 2008, § 20 пункт 64 и сл.; относительно Нидерландов см. Wessel/ van de Griendt, в: von Bogdandy/ Cruz Villalón/ Huber (Hrsg.), ebd., § 19 пункт 52 и сл.

⁴² Frowein, Die evolutive Auslegung der EMRK, в: Marauhn (Hrsg.), Recht, Politik und Rechtspolitik in den internationalen Beziehungen, 2005, с. 1 и сл.; Bernhardt German Yearbook of International Law 1999, 11.

⁴³ См. Erklarung von Kopenhagen (сноска 4), пункт 3, 8, 14, 26 и сл.; Arnardóttir EJIL 2017, 819.

⁴⁴ См. Mowbray Public Law 1999, 703 и сл.; по вопросу о трансформации системы ЕСПЧ см. Roca Revista General de Derecho Constitucional 28 (2018), 1 и сл.

⁴⁵ Копенгагенская Декларация (сноска 4), пункт 2.

функционирующей конституционной юрисдикцией. Их конституционные суды автономно разработали индивидуальную защиту прав и в этом плане не нуждались действительно в помощи из Страсбурга. Соответственно, роль ЕСПЧ здесь несколько иная, и заключается, прежде всего, в достижении включённости и интеграции в общеевропейских рамках, что усиливает *европейский* характер этих государств, выходящий за пределы их чисто географического положения.⁴⁶ Благодаря Страсбургским решениям, принимаемым против данных государств, немецкая и итальянская защита основных прав становятся интегрированными в общеевропейскую систему прав человека, которая имеет общий терминологический аппарат, общую основанную на судебных прецедентах догматику и даже определённые зачатки общей правовой культуры.⁴⁷ Эта европейская интеграция, несомненно, создает специфический тип конфликта, так как она требует ощутимого контроля Страсбургским судом также и конституционных судов этих стран.⁴⁸ Однако до сих пор соответствующие споры были успешно разрешены. Ключевыми терминами здесь являются «диалог» и «общая ответственность».⁴⁹

Другой аспект мандата ЕСПЧ на содействие демократической правовой государственности и верховенству закона возник после «падения» Берлинской стены, когда Страсбургский суд стал важным фактором в сопровождении процесса соответствующей трансформации и преобразований в странах Центральной и Восточной Европы.⁵⁰ Появились новые линии судебной практики, которые в гораздо большей мере, чем до сих пор, ограничивали национальную автономию. Например, можно вспомнить решения относительно структуры национальных органов юрисдикции, о «переходном правосудии» («*transitional justice*») или относительно преодоления структурных проблем с помощью т.н. «пилотных решений».⁵¹ Все это значительно увеличило степень широты и глубины значимости и влияния Страсбургского суда. Тем не менее, большинство наблюдателей, впрочем, как и Копенгагенская декларация,

⁴⁶ По вопросу об интеграции см. Helfer EJIL 2008, 125.

⁴⁷ Häberle EuGRZ 1991, 261.

⁴⁸ Об этом конфликте см. Paris ZaöRV 2017, 623.

⁴⁹ См. Копенгагенская Декларация (сноска 4), пункты 6 и сл., 33, 36 и сл.

⁵⁰ Hofmann, Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit?, 2009, с. 86 и сл., 182 и сл., 248 и сл., 315 и сл., 395 и сл.; Motoc/ Ziemele (Hrsg.), The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe, 2016.

⁵¹ Первая «пилотная процедура» касалась т.н. «польских дел»: Bug River: EGMR, 22.6.2004, Nr. 31443/96 – Broniowski v. Poland. См. также EGMR, 28.9.2005, Nr. 31443/96 – Broniowski v. Poland. По вопросу о формировании предпосылок для создания процедуры см. Sadurski Human Rights Law Review 2009, 397.

считают подобную судебную практику частью мандата ЕСПЧ.⁵² И это справедливо: практика Страсбургского суда помогла «Клубу» приблизиться к публично-правовому состоянию, которое *Иммануил Кант* описал в своей работе «*К вечному миру*» («*Zum ewigen Frieden*»).

2. Мандат в условиях кризиса

Суд успешно поддержал *rights revolution* в европейских демократиях странах, европейскую интеграцию национальных конституционных судов, а также трансформацию стран Центральной и Восточной Европы. Сегодня, благодаря этому успеху, Суд может принимать решения «*От имени Европейского клуба демократий, основанных на принципах правового государства и верховенства права*». Тем не менее, этот успех и сам Клуб с его Судом находятся на распутье. Он должен выбрать между двумя путями, которые оба ведут в сложную местность.

В некоторых странах ситуация с правами человека резко ухудшилась.⁵³ В настоящее время отклонения достигли такой степени, что эти государства практически не могут уже претендовать на звание правовых демократий, он ставят под угрозу идентичность Клуба как «*Клуба правовых демократий*». Сейчас почти в каждом клубе есть трудные, собственно неподходящие члены, и при этом они не подвергают опасности идентичность самой организации. Однако с определенного момента такие члены начинают участвовать в формировании этой общей идентичности, на что влияет их число, заметность, значимость, их стратегии или их влияние на восприятие объединения извне. В результате, может стать спорным, что Страсбургский суд и дальше продолжает принимать решения «*От имени европейского клуба правовых демократий*».

На этом распутье Клуб может, с одной стороны, как дальнейший путь развития выбрать защиту своей идентичности как объединения правовых демократий. В этом случае он также, вероятно, должен несколько изменить свою идентичность, поскольку вряд ли было бы возможным поддерживать его прежнюю консенсусную культуру (*Konsenskultur*). С другой стороны, он может смириться с тем, что эти проблемные члены также соучаствуют в

⁵² См. Копенгагенская Декларация (сноска 4), пункт 14, 17; см. также Committee of Ministers, Resolution Res(2004)3 on judgments revealing an underlying systemic problem, 12.5.2004, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190.

⁵³ В этой связи см. Копенгагенская Декларация (сноска 4), пункт 16.

определении его идентичности.⁵⁴ В этом случае *Клуб*, скорее всего, не распадётся, а окажется на пути к новой идентичности. Страсбургские институты и в этом случае смогли бы быть и дальше полезны. Так, например, Совет Безопасности Организации Объединённых Наций, Совет по правам человека или Международный суд, являются весьма действенными институтами, хотя они не олицетворяют собой Клубы демократических правовых государств.

Если мандат ЕСПЧ понимать как содействие развитию демократической правовой государственности и верховенству права в Европе, то это более рекомендует выбор первого пути, что одновременно открывает более широкую перспективу для оценки его новой юрисдикции. Конечно, её теоретико-правовой анализ не может дать рецепты того, как европейская система защиты прав сможет успешно пройти этот путь. Но он может способствовать продуктивному пониманию соответствующей правовой практики в практическом плане.

а) Авторитет Суда в условиях кризиса

Перед тем, как приступить к анализу отдельных линий правовой практики ЕСПЧ, необходимо предварительно прояснить следующий вопрос. Любой суд должен добиваться авторитета, потому что только обладая авторитетом он может исполнять свою миссию отправления судебной власти.⁵⁵ Для авторитета суда важным показателем является то, исполняется ли его решение стороной, проигравшей процесс.⁵⁶ В рамках системы ЕСПЧ это означает не только выплату государством-ответчиком присуждённой Судом компенсации, но также и устранение выявленного нарушения права и даже корректировку общей внутренней правовой ситуации. Часто это обозначается как *имплементация (implementation)* или *приведение в соответствие с нормативно-правовыми требованиями (compliance)*.⁵⁷

⁵⁴ Stewart, Der Europarat und Russland. Glaubwürdigkeit verlangt konsequente Entscheidungen, 29.5.2019, Stiftung Wissenschaft und Politik, <https://www.swp-berlin.org/publikation/der-europarat-und-russland/>.

⁵⁵ Об этом вызове см. Alter/Helfer/Madsen, в: dies. (Hrsg.), International Court Authority, 2018, с. 24.

⁵⁶ По данной теме см. ZaöRV 2018, 635, 650.

⁵⁷ von Staden, Strategies of Compliance with the European Court of Human Rights: Rational choice within normative constraints, 2018.

ЕСПЧ должен был в этом отношении преодолевать значительные трудности.⁵⁸ Большое значение, которое придаётся обеспечению соответствия нормативным требованиям решений, и, в частности, имплементации т.н. *общих мер* (*general measures*), легко может поэтому привести Суд к нерешительности, особенно в отношении правительств, чье самовыражение основывается на их оппозиции к Европе. Если бы авторитет Суда был в решающей мере привязан к этому показателю, его авторитет оказался бы в значительной степени в руках таких правительств, и это могло бы поколебать твёрдость Суда в решении, возможно, самой большой проблемы для европейского публичного порядка. В этом нет никакого смысла.

Следует отметить, что выполнение решений Суда является юридическим обязательством и ключевым критерием оценки действий государств. Также и Копенгагенская декларация не оставляет сомнений в этом,⁵⁹ и государства-участники Конвенции здесь категорически поддерживают авторитет Суда. Но в то время, однако, как *compliance* или соответственно *implementation* остаются важнейшими масштабами для оценки действий государств-ответчиков, для оценки ЕСПЧ должны привлекаться дополнительные критерии, а не только *compliance* или *implementation*. Следует также обратить внимание на общий эффект его судебной практики и её влияния, а также на более широкие процессы и факторы.⁶⁰

При таком более широком подходе к оценке последствий деятельности Суда становится значимым, позволяет ли Страсбургская юрисдикция *Клубу* сохранить свою идентичность как клуба правовых демократий. В этих целях судебная практика ЕСПЧ должна ясно показывать, какие нарушения Конвенции выходят за рамки демократии, основанной на принципах правовой государственности и верховенства права.

В этом более широком контексте важное значение и актуальность приобретает вопрос, поддерживает ли судебная практика Страсбурга существующие внутри государства национальные общественные силы, которые выступают за сохранение демократии и правовой государственности в этих проблематичных государствах. Ярким примером этого является Межамериканский суд по правам человека (АСПЧ).

⁵⁸ См. например Committee of Ministers, Annual Report 2018, Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, с. 71 и сл., <https://rm.coe.int/annual-report-2018/168093f3da>.

⁵⁹ См. Копенгагенская Декларация (сноска 4), пункт 19 и сл.

⁶⁰ Такое развитие особенно заметно в свете деятельности Межамериканской системы, *Parra Vera*, в: von Bogdandy/ Ferrer Mac-Gregor/ Morales Antoniazzi/ Piovesan/ Soley, *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, 2017, с. 357.

Несмотря на то, что этот Суд сталкивается с еще большими проблемами, связанными с *compliance*,⁶¹ права человека теперь играют подлинно важную роль в часто драматических контекстах насилия, дискриминации и неравенства. Политические дискурсы и массовые дискуссии в Латинской Америке сегодня ведутся на языке прав человека и, обуславливается этим. На этой основе, АСПЧ определяющим образом укрепляет свой авторитет, и в этом черпает свой мандат.⁶²

Можно также вспомнить, что уже Заключительный Хельсинкский акт с 1975 года поддерживал восточноевропейские движения в защиту прав человека в их, в конечном счете, успешной борьбе за свободу. Сегодня Страсбургский суд через свои решения может оказать содействие национальным силам, особенно если учесть, что система юстиции, оппозиционные группы, а также силы гражданского общества не подчинены общей господствующей политической линии или идеологии.⁶³ Соответственно определяющим масштаб оценки любого суда по правам человека в подобной констелляции является не ограничение и обуздание правительства, а его способность позиционировать права человека как сильный аргумент в пользу институциональных процедур и публичных обсуждений.⁶⁴ Посредством этого наднациональная юрисдикция может способствовать национальному самоисцелению через национальные процессы.⁶⁵

Вопрос о том, сможет ли Страсбургский суд обозначить ограничительные контуры, очерчивающие неотъемлемые элементы, которые являются определяющими для европейских правовых демократий, устанавливает таким образом масштаб для оценки его судебной практики. Это особенно касается его новейшей судебной практики по вопросам режима чрезвычайного положения, основных гарантий прав, злоупотреблению правом и исчерпанию национальных средств правовой защиты.

⁶¹ *Anzola/Sánchez/Uruña* Justicia Global 2015, 447.

⁶² Более подробно *von Bogdandy* Der Staat 2019, 41.

⁶³ По вопросу о влиянии практики ЕСПЧ на развитие в восточно-европейских государствах см. примечание в ссылке **Fehler! Textmarke nicht definiert..**

⁶⁴ По данному вопросу см. *Huneus* Law and Contemporary Problems 2016, 179.

⁶⁵ В отношении Венгрии см. *Sonnevend*, в: *von Bogdandy/Ferrer Mac-Gregor/Morales Antoniazzi/Piovesan/Soley* (Hrsg.) (сноска 60), с. 123, 140 и сл.

в) Ограничения, связанные с режимом чрезвычайного положения

Такие ограничительные контуры ЕСПЧ обозначил в своей недавней практике по вопросам чрезвычайного положения. Ст. 15 ЕКПЧ позволяет государствам-участникам Конвенции в экстремальных ситуациях приостанавливать (дерогировать) действие определенных конвенциональных прав.⁶⁶ В последние годы эта норма приобрела значительное практическое значение из-за деклараций о дерогации, заявленных в Украине,⁶⁷ Франции⁶⁸ и Турции,⁶⁹ а развитие судебной практики показывает, что ЕСПЧ в возрастающей степени признает важность ограничительных контуров.

Суд, безусловно, проявляет осторожность в этом политически особенно чувствительном вопросе и оставляет за государствами-участниками Конвенции широкие пределы усмотрения при оценке степени опасности ситуации и её классификации как чрезвычайного положения.⁷⁰ Однако, идя навстречу критике этой его судебной практики,⁷¹ в последнее время он стал формулировать более высокие требования к критериям безусловной необходимости введения чрезвычайных мер.⁷² В принципе государства-участники Конвенции продолжают пользоваться и дальше широкой свободой усмотрения при оценке безусловной необходимости. Однако теперь Суд проводит все более подробную проверку пропорциональности

⁶⁶ По данному вопросу Ashauer AVR 2007, 400.

⁶⁷ Совет Европы, Отклонения Украины от Европейской Конвенции прав человека, Пресс-релиз от 2015: *Europarat, Abweichen der Ukraine von der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Pressemitteilung vom 10.6.2015, https://www.coe.int/de/web/portal/news-2015/-/asset_publisher/9k8wkRrYhB8C/content/ukraine-derogation-from-european-convention-on-human-rights.

⁶⁸ *Europarat, France informs Secretary General of Article 15 Derogation of the European Convention on Human Rights*, Pressemitteilung vom 25.11.2015, https://www.coe.int/en/web/secretary-general/news/-/asset_publisher/EYIBJNjXtA5U/content/france-informs-secretary-general-of-article-15-derogation-of-the-european-convention-on-human-rights.

⁶⁹ *Europarat, Türkei informiert Generalsekretär über Absicht, Teile der Menschenrechtskonvention vorübergehend auszusetzen*, Pressemitteilung vom 21.7.2016, https://www.coe.int/de/web/portal/news-2016/-/asset_publisher/StEVosr24HJ2/content/secretary-general-receives-notification-from-turkey-of-its-intention-to-temporarily-suspend-the-european-convention-on-human-rights.

⁷⁰ Впервые в решении ЕГМР, 18.1.1978 (сноска 7), пункт 207. Более подробно Krieger, в: Dörr/ Grote/ Marauhn (Сноска 37), Гл. 8, пункт 12.

⁷¹ См. например Chrysler RBDI 1994, 603, 628 и сл.; Gross/ Ní Aoláin HRQ 2001, 625, 637 и сл.

⁷² См. также Harris/ O'Boyle/Bates/ Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl. 2018, с. 821 и сл.

(соразмерности).⁷³ Масштабом оценки необходимости являются важность ограниченного конвенционального права, общая ситуация, связанная с чрезвычайным положением, его продолжительность.⁷⁴ В своей недавней судебной практике ЕСПЧ в основном отклонял наличие безусловной необходимости, необходимой в смысле статья 15 ЕКПЧ. В этой связи можно напомнить решения Суда по делам *Aksoy/ Türkei*,⁷⁵ *A. u.a./ Vereinigtes Königreich*,⁷⁶ а также *Altan/ Türkei*⁷⁷ и *Alpay/ Türkei*.⁷⁸

Серьезным вызовом стало для ЕСПЧ, в частности, недавнее введение чрезвычайного положения в Турции.⁷⁹ С одной стороны, это именно тот период времени, в который Страсбург больше всего необходим для защиты прав человека. С другой стороны, ЕСПЧ рискует, что вследствие его слишком наступательной правовой позиции по ст. 15 ЕКПЧ и широких ограничений пределов свободы оценки государств-участников Конвенции, его решения не будут исполняться или что заинтересованное государство выйдет из Конвенции. Он рискует быть обвинённым в том, что занимается политикой, а не правосудием.⁸⁰ В этом смысле Суд в перечисленных выше делах следующим образом подошёл к решению данной дилеммы. С одной стороны, он проявил свойственную ему в подобных делах сдержанность и осторожность. Он воздержался от общих рассуждений по поводу ст. 15 ЕКПЧ, что было возможно, потому что Конституционный суд Турции в принятых им решениях уже высказался по поводу введённого чрезвычайного положения. В частности, при обосновании решения по делам *Altan* и *Alpay* ЕСПЧ остается весьма немногословным.⁸¹ С другой стороны, Страсбургский суд, тем не менее, наметил важные ограничительные линии, установив пределы и условия ограничения свободы слова: именно здесь он впервые рассматривает статью 10 ЕКПЧ в контексте принятых в рамках чрезвычайного положения мер. Несмотря на то, что Суд воздержался от детального рассмотрения критериев безусловной необходимости по статье 15 ЕКПЧ, его обоснование говорит в пользу узкого толкования: статья 10 ЕКПЧ может быть ограничена только в

⁷³ В этом же направлении оценка у Polzin ZaöRV 2018, 635, 643 и сл.

⁷⁴ EGMR, 25.5.1993, Nr. 14553/89 und 14554/89 – Brannigan und McBride v. Vereinigtes Königreich, пункт 43; EGMR, 18.12.1996, Nr. 21987/93 – Aksoy v. Türkei, пункт 68.

⁷⁵ EGMR, 18.12.1996 (сноска 74).

⁷⁶ EGMR, 19.2.2009, Nr. 3455/05 – A u.a. v. Vereinigtes Königreich.

⁷⁷ EGMR, 20.3.2018, Nr. 13237/17 – Mehmet Hasan Altan v. Türkei.

⁷⁸ EGMR, 20.3.2018, Nr. 16538/17 – Şahin Alpay v. Türkei.

⁷⁹ См. по данному вопросу *Weber DÖV* 2016, 921, 925 и сл.

⁸⁰ *Weber DÖV* 2016, 921, 925.

⁸¹ EGMR (сноска 77), пункт 140 и 213; EGMR (сноска 78), пункт 119 и 183. В решении ЕСПЧ, EGMR, 19.2.2009 (сноска 76) в отличие от этого более широкое обоснование, см. пункты 182-190.

абсолютных исключительных случаях, когда имеются убедительные и серьезные причины.⁸²

Кроме того, ЕСПЧ осознает опасность того, что меры, принятые в условиях чрезвычайного положения, могут служить не (исключительно) обеспечению безопасности, а быть использованы также для ослабления или вообще ликвидации демократических структур.⁸³ Он подчеркивает особое значение свободы слова для функционирования демократии и подчеркивает в *obiter dictum*, что чрезвычайное положение не должно служить предлогом для того, чтобы ограничить свободу политических дискуссий, которая является фундаментом демократического общества. Также и меры, принятые в условиях чрезвычайного положения, должны оставаться строго ориентированными на цели защиты демократии.⁸⁴ Эти решения показывают, что ЕСПЧ готов защищать конвенционные права также и в чрезвычайном положении. Кроме того, нельзя забывать, что Суд не оставляет государствам-участникам свободы усмотрения, если речь идёт об обвинениях, связанных с нарушением неотъемлемых прав, не подлежащих ограничениям в условиях чрезвычайных положений, а именно убийствами, пытками или бесчеловечным обращением.

с) Основное содержание правовых гарантий

Упомянутая выше судебная практика по вопросам свободы слова является одновременно отражением судебной практики ЕСПЧ по вопросам существенного содержания правовых гарантий, которая также определяет основополагающие элементы. Мандат ЕСПЧ по содействию *rights revolution* в Европе привел к более широкой сфере применения многих конвенционных прав, дополняемой также проведением открытой в контекстуальном плане проверки пропорциональности (соразмерности). Цена этого подхода хорошо известна, и он описывается через понятие «основное содержание» (или сущность) соответствующих прав.⁸⁵ Это подразумевает, что права Конвенции состоят из различных элементов, некоторые из которых являются более важными и подлежащими более жёстким гарантиям защиты, чем другие.⁸⁶ Такой подход можно обнаружить

⁸² EGMR (сноска 77), пункт 206 и сл.; EGMR (сноска 78), пункт 177 и сл. По данному вопросу также *Polzin ZaöRV* 2018, 635, 667.

⁸³ К подобным опасностям чрезвычайных положений см. *Polzin ZaöRV* 2018, 635, 654.

⁸⁴ EGMR (сноска 77), пункт 210; EGMR (сноска 78), пункт 180.

⁸⁵ См. von Bernstorff, *Der Staat* 2011, 165.

⁸⁶ *Leijten*, *Core socio-economic rights and the European Court of Human Rights*, 2018, с. 2 и 11.

не только в судебной практике ЕСПЧ, но он и позитивирован в различных национальных конституциях, а также в ст. 52 абзаце 1 Хартии основных прав Евросоюза. Если речь идет о базовом «основном содержании» прав, то обычный стиль аргументации ЕСПЧ, ориентированный на взвешивающую оценку, уступает место более категориальному стилю. Последний обозначает более четкие ограничительные линии, поскольку он в значительной степени отказывается от общего взвешивающей оценки (соотнесения) затронутых прав и интересов, ориентированной на конкретные обстоятельства рассматриваемого случая.⁸⁷

Наиболее наглядно принцип неприкосновенности базового «основного содержания» прав проявляется в рамках запрета пыток (ст. 3 ЕКПЧ) и запрета рабства (ст. 4 ЕКПЧ), когда Суд полностью отказывается от общей взвешивающей оценки, основанной на соотнесении различных подлежащих защите прав (*Gesamtabwägung*), причём даже в совершенно экстремальных конstellляциях.⁸⁸ Также запрет «лишения жизни» (ст. 2 абз. 2 ЕКПЧ) интерпретируется в свете защиты «основного содержания», в результате чего этот запрет допускает исключительно узкие и независимые от «взвешивающих оценок» исключения.⁸⁹

Более сложным применение категориальных форм аргументации становится в отношении прав человека, которые подлежат значительно более широким допустимым ограничениям, как например ст.ст. 8 - 11 ЕКПЧ. Но именно здесь помогает догматическая фигура *сущности* (или *основного содержания*). Так например, право на критические в отношении правительства высказывания и выражение мнения могут быть ограничены интересами безопасности государства, только если они содержат в себе *призывы к насилию (incitement to violence)*.⁹⁰ В целом, формы политической коммуникации находятся под более высокой защитой, что объясняется их ключевой ролью для демократии.⁹¹ Таким образом, ориентированная на гарантии основного содержания судебная практика ЕСПЧ является ещё одним конструктивным элементом в догматике ограничительных линий, которые существенно определяют саму субстанцию *Европейского клуба правовых демократий*.

⁸⁷ von Bernstorff Der Staat 2011, 165, 172 и сл.

⁸⁸ См. EGMR, 30.6.2008, Nr. 22978/05 – Gäfgen v. Deutschland, пункт 69.

⁸⁹ EGMR, 27.9.1995, Nr. 18984/91 – McCann u.a. v. Vereinigtes Königreich, пункт 150.

⁹⁰ См. например, EGMR, 25.11.1997, Nr. 18954/91 – Zana v. Türkei; EGMR, 8.7.1999, Nr. 23927/94 и 24277/94 – Sürek und Özdemir v. Türkei.

⁹¹ Согласно судебной практике ЕСПЧ свобода политической дискуссии занимает центральное место в концепции демократии по ЕКПЧ, EGMR, 8.7.1986, Nr. 9815/82 – Lingens v. Österreich, пункт 42. Более подробно см. Hinghofer-Szalkay JRP 2012, 106.

d) Злоупотребление правом

В течение ряда последних лет ЕСПЧ работает над другим инструментом, который служит для защиты того, что важно для *Клуба*, и что специфическим образом реагирует на кризисы демократической правовой государственности - злоупотребление правом. Статья 18 ЕКПЧ устанавливает, что ограничения конвенциональных прав могут «не должны применяться для иных целей, нежели те, для которых они были предусмотрены». Долгое время это положение оставалось в значительной степени бездействующим.⁹² Высокие требования предъявлялись к доказательствам, касающимся мотивов действий государственных органов.⁹³

Это изменилось в 2004 году, когда Суд впервые признал нарушение ст. 18 в соединении со ст. 5 ЕКПЧ.⁹⁴ За этим последовали решения и по другим делам, касавшимся, главным образом, событий в странах Восточной Европы и Кавказа. Часто речь шла о мерах, которые являются симптоматическими для режимов с авторитарными тенденциями. Судебные дела *Мерабишвили*, *Тимошенко* и *Луценко* касались задержания видных оппозиционных политиков. В судебных делах *Джафарова* и *Маммадова* против Азербайджана уголовные меры были применены с целью заставить молчать политических инакомыслящих.⁹⁵ Первоначально Суд ещё подчеркивал, что по общему правилу следует исходить из предположения о том, что эти государства-участники Конвенции действуют добросовестно, то есть в принципе в соответствии с Конвенцией.⁹⁶ В процессуальном плане это означало, что заявитель жалобы не только должен был полностью нести бремя изложения обстоятельств и бремя доказывания, но то, что Суд предъявляет здесь самые строгие требования.⁹⁷ В случае рассмотрения жалоб на нарушение

⁹² Frowein, в: Frowein/ Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, ст. 18 пункт 2; Keller/ Heri Hum. Rts. L. J. 2016, 1, 2 и сл.

⁹³ К судебной практике, предшествующей решению по делу *Мерабишвили* (Большая Палата) см. Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, 2018, с. 844.

⁹⁴ EGMR, 19.5.2004, Nr. 70276/01 – Gusinskiy v. Russland.

⁹⁵ EGMR, 28.11.2017, Nr. 72508/13 – Merabishvili v. Georgien; EGMR, 30.4.2013, Nr. 49872/11 – Tymoshenko v. Ukraine; EGMR, 3.7.2012, Nr. 6492/11 – Lutsenko v. Ukraine; EGMR, 17.3.2016, Nr. 69981/14 – Jafarov v. Aserbajdschan; EGMR, 22.5.2014, Nr. 15172/13 – Mammadov v. Aserbajdschan; siehe auch EGMR, 13.11.2007, Nr. 35615/06 – Cebotari v. Moldavien; siehe ausführlich Keller/ Heri 36 Hum. Rts. L. J. 2016, 1, 3 и сл.

⁹⁶ EGMR, 22.5.2014 (сноска 95), пункт 137; EGMR, 3.7.2012 (сноска 95), пункт 106; EGMR, 31.5.2011, Nr. 5829/04 – Khodorkowski v. Russland, пункт 255.

⁹⁷ EGMR, 3.7.2012 (сноска 95), пункт 107; EGMR, 31.5.2011 (сноска 96), пункт 256; EGMR, 13.11.2007 (сноска 95), пункт 52 и сл.

ст. 18 ЕКПЧ Суд не допускал ни т.н. доказательств *prima facie*⁹⁸, которые были в принципе допустимы в отношении других прав Конвенции, ни поворота бремени доказывания.⁹⁹

В условиях растущих угроз принципам демократической правовой государственности и верховенства закона, а также ввиду значительной критики в специальной литературе практически непреодолимых требований к бремени доказывания,¹⁰⁰ Суд смягчил требования к предоставлению доказательств. В решениях по делам *Луценко*, *Тимошенко* и *Маммадов* он счёл достаточным, что доказательство «преследования иной цели» вытекает из контекста соответствующего дела, и таким образом он перестал требовать прямых доказательств соответствующих мотивов действий государственных органов.¹⁰¹ В судебном деле *Джафаров* Суд принял во внимание общую ситуацию с преследованием правозащитников. Таким образом, подтверждение наличия системных проблем в Азербайджана облегчило выявление конкретного нарушения ст. 18 ЕМРК.¹⁰² Решение Палаты Суда по делу *Маммадова* также стало первым судебным разбирательством в смысле ст. 46 абз. 4 ЕКПЧ. В недавнем принятом единогласно решении Большой палаты ЕСПЧ - в соответствии с позицией Советом министров – было установлено, что Азербайджан не выполнил решение Суда и тем самым нарушил свои обязательства по Конвенции.¹⁰³ В принципе Суд признает, что его первое решение по делу *Маммадова* носило декларативный характер и не содержало предписаний относительно принятия надлежащих *индивидуальных мер (individual measures)*.

Тем не менее, по его мнению, отсутствие чётких предписаний относительно конкретных мер по исполнению в первом постановлении Суда по делу *Маммадова* не имеет решающего значения для вопроса о том, нарушил ли Азербайджан свои обязательства по ст. 46 ст. 1 ЕКПЧ. В любом случае, меры, принимаемые государством-ответчиком, должны были «соответствовать выводам и духу вердикта Суда».¹⁰⁴ Этим своим решением Суд посылает мощный сигнал: даже если решение ЕСПЧ не содержит *individual remedies*, государство-участник Конвенции не может

⁹⁸ В качестве примера решение ЕСПЧ, EGMR, 18.9.2009, №. 16064/90 u.a. – Varnava u.a. v. Türkiye, пункт 182-184.

⁹⁹ EGMR, 31.5.2011 (сноска 96), пункт 256.

¹⁰⁰ Tan Goettingen Journal of International Law 2018, Special Ed., 109, 127 и сл.; Keller/Heri Hum. Rts. L. J. 2016, 1, 8.

¹⁰¹ EGMR, 22.5.2014 (сноска 95), пункт 137; EGMR, 30.4.2013 (сноска 95), пункт 294; EGMR, 3.7.2012 (сноска 95), пункт 104 и сл.

¹⁰² EGMR, 17.3.2016 (сноска 95), пункт 159-163.

¹⁰³ EGMR (сноска 10).

¹⁰⁴ EGMR (сноска 10), пункт 186.

ссылаться на это. Нельзя отказать в «восстановлении прав» в виде освобождения из-под стражи, если решение ЕСПЧ было вынесено на основании ст. 18 ЕКПЧ и государство-участник Конвенции действовало недобросовестно.¹⁰⁵ Тем не менее, также не было недостатка и в критике данного вердикта: польза от него была минимальной, а риски для легитимности суда значительны.¹⁰⁶

Дальнейшим шагом стало решение ЕСПЧ по делу *Мерабишвили*,¹⁰⁷ в котором Большая Палата суда окончательно порывает с более строгими требованиями к предоставлению доказательств в смысле ст. 18 ЕКПЧ. Теперь в ходе проверки нарушений ст. 18 ЕКПЧ «может и должен применяться обычный подход к предоставлению доказательств, а не какие-либо специальные правила».¹⁰⁸ Таким образом, бремя изложения обстоятельств и предоставления доказательств больше не лежит исключительно на стороне спора, и Суд может вести соответствующее расследование *ex officio*.¹⁰⁹ Это смягчение требований к предоставлению доказательств повышает применимость ст. 18 ЕКПЧ на практике.¹¹⁰ Кроме того, Суд усиливает релевантность ст. 18 ЕКПЧ, подчеркивая самостоятельный, автономный характер нормы: хотя статья 18 ЕКПЧ по-прежнему применяется только в сочетании с другими предписаниями Конвенции. Однако теперь она приобретает автономное значение, поскольку Суд запрещает государствам-участникам ограничивать конвенционные права для иных, чем предусмотренных в Конвенции, целей.¹¹¹ Проблематичным представляется однако установленный в решении по делу *Мерабишвили* критерий «преобладающей цели» принимаемой меры.¹¹² Суд, вероятно, будет терпеть злоупотребление правом до тех пор, пока преобладает легитимная цель ограничения права, что, безусловно, не способствует установлению чётких «ограничительных линий».¹¹³

¹⁰⁵ В. Çalı, No Going Nuclear in Strasbourg: The Infringement Decision in Ilgar Mammadov v. Azerbaijan by the European Court of Human Rights, VerfBlog, 20.5.2019, <https://verfassungsblog.de/no-going-nuclear-in-strasbourg/>.

¹⁰⁶ *de Londras/Dzehtsiarou* ICLQ 2017, 467, 486 и сл.

¹⁰⁷ EGMR, 28.11.2017 (сноска 95). По данному вопросу Çalı Wis. Int'l L. J. 2018, 237, 267 и сл.; Tan Goettingen Journal of International Law 2018, Special Ed., 109, 133 и сл.

¹⁰⁸ EGMR, 28.11.2017 (сноска 95). По данному вопросу Çalı Wis. Int'l L. J. 2018, 237, 267 и сл.; Tan Goettingen Journal of International Law 2018, Special Ed., 109, 133 и сл.

¹⁰⁹ EGMR, 28.11.2017 (сноска 95), пункт 311.

¹¹⁰ См. также Tan Goettingen Journal of International Law 2018, Special Ed., 109, 135.

¹¹¹ EGMR, 28.11.2017 (сноска 95), пункт 287 и сл.

¹¹² EGMR, 28.11.2017 (сноска 95), пункт 353. Неофициальный немецкий перевод см. NLMR 6/2017, 561, 569.

¹¹³ Критику см. в особых мнениях судей Yudkivska, Tsotsoria и Vehabović к решению EGMR, 28.11.2017 (сноска 95), пункт 1, 19, 37; Особое мнение Serghides к EGMR,

Несмотря на это, вышеупомянутые дела показывают, что ЕСПЧ очерчивает ограничительные линии. Он услышал критику своей судебной практики и смягчил слишком высокие требования к предоставлению доказательств, которые применялись в рамках ст. 18 ЕКПЧ.¹¹⁴ Несомненно, сложной задачей для заявителей остаётся субстанцированное обоснование жалобы согласно ст. 18 ЕКПЧ. Но снижение требований к представлению доказательств посылает четкое послание государствам, которые подрывают принципы демократического правового государства. Тем не менее, все еще остаётся значительное пространство для маневра, и ЕСПЧ не всегда следовал требованиям заявителей жалоб.¹¹⁵ Так, в деле *Навального и Офицера*¹¹⁶ он сформулировал новое требование к применению ст. 18 ЕКПЧ. Хотя при рассмотрении нарушения ст. 6 ЕМРК он признал, что связь между общественной деятельностью заявителя и решением правоохранительных органов о предъявлении ему обвинения является очевидной,¹¹⁷ тем не менее, он отклонил жалобу как неприемлемую. Суд обосновал своё решение тем, что нарушение статьи 18 ЕКПЧ не может быть заявлено в связи со ст. 6 и ст. 7 ЕКПЧ.¹¹⁸ Эта позиция судебной практики ЕСПЧ справедливо было подвергнуто критике в комментариях данного решения Суда.¹¹⁹

е) Исчерпание национальных средств правовой защиты

Было бы банальностью утверждать, что ограничительные линии, чтобы они действительно работали, нужно очерчивать как можно раньше. Но ЕСПЧ также должен соблюдать принцип субсидиарности. Соответствующая дилемма проявилась в его реакции на репрессии турецких властей, организованных в Турции с 2016 года. В Суд поступили многочисленные жалобы, направленных против репрессивных мер, принятие которых было связано с попыткой государственного переворота. Вначале ЕСПЧ в делах *Mercan*,¹²⁰ *Catal*,¹²¹ *Zihni*¹²² и *Köksal*¹²³ отклонил соответствующие жалобы

28.11.2017 (сноска 95), пункт 3, 34; особые мнения судей Sajó, Tsotsoria и Pinto De Albuquerque к решению EGMR, 12.6.2016, Nr. 15256/05 – *Tchankotadze v. Georgien*, пункт 1.

¹¹⁴ В качестве примера критики судебной практики ЕСПЧ к ст. 18 ЕКПЧ см. Keller/Heri 36 Hum. Rts. L. J. 2016, 1, 7 и сл.

¹¹⁵ К данной практике см. Keller/Heri 36 Hum. Rts. L. J. 2016, 1, 6.

¹¹⁶ EGMR, 23.2.2016, Nr. 46632/13 u.a. – *Navalnyy и Ofitserov v. Russland*.

¹¹⁷ EGMR (сноска 116), пункт 119.

¹¹⁸ EGMR (сноска 116), пункт 129.

¹¹⁹ EGMR (сноска 116), Особое мнение судей Nicolaou, Keller and Dedov; Keller/Heri Hum. Rts. L. J. 2016, 1, 6.

¹²⁰ EGMR, 8.11.2016, Nr. 56511/16 – *Mercan v. Türkei*, EuGRZ 2016, 605.

как неприемлемые ввиду неисчерпания внутригосударственных средств правовой защиты,¹²⁴ что вызвало серьёзную критику.¹²⁵

Но ЕСПЧ, согласно ст. 35 абз. 1 ЕКПЧ, не может принимать дело к рассмотрению до тех пор, пока не исчерпаны все национальные средства правовой защиты, а во многих случаях соответствующие решения Конституционного суда Турции ещё не были вынесены. Это правило неприменимо только в том случае, если подлежащее применению средство правовой защиты является бесперспективным или неэффективным.¹²⁶ Однако в конкретном случае существовали убедительные основания полагать, что турецкие суды, включая Конституционный суд, оставались функционирующими институтами, которые при принятии решений также привлекают Конвенцию. Так, в своих решениях по делам по делам *Altan*¹²⁷ и *Aray*¹²⁸ ЕСПЧ признал, следуя позиции Конституционного суда Турции, что заключение под стражу двух журналистов нарушает их права по ст. 5 абз. 1 и ст. 10 ЕКПЧ. В этом отношении ЕСПЧ, верный принципу субсидиарности, предоставлял национальным судам «преимущественное право», тем более что в его сотрудничестве с национальными судами является важным ключом к более успешному выполнению своего мандата в будущем.

ф) Процедурные пределы оценки в свете антикризисного мандата

Каждый «клуб» является особенно сильным и действенным, когда не только его органы и учреждения, но и его члены действуют согласно его целям и задачам. Соответственно, наднациональные судебные органы в значительной степени проявляются через те решения и правовые инструменты, которые приближают их судебную практику к национальным судам. Для Суда Европейского Союза — это предварительное судебное разбирательство по примеру постановления по делу *van Gend en Loos*, для Межамериканского суда по правам человека — это введённый в решении

¹²¹ EGMR, 7.3.2017, Nr. 2873/17 – *Catal v. Türkei*, EuGRZ 2017, 270.

¹²² EGMR, 29.11.2016, Nr. 59061/16 – *Zihni v. Türkei*.

¹²³ EGMR, 6.6.2017, Nr. 70478/16 – *Köksal v. Türkei*.

¹²⁴ Иначе, однако, в решении EGMR, 31.7.2012, Nr. 23016/04 – *Er u.a. v. Türkei*, пункт 45 и сл.

¹²⁵ *Frowein, Straßburg muss handeln*, F.A.Z., 3.3.2017.

¹²⁶ К вопросу об исчерпании внутригосударственных средств правовой защиты см. в частности EGMR, 25.3.2014, Nr. 17153/11 u.a. – *Vučković u.a. v. Serbien*, пункт 69 и сл.

¹²⁷ EGMR (сноска 77).

¹²⁸ EGMR (сноска 78).

Almonacid Arellano контроль соответствия Конвенции.¹²⁹ У ЕСПЧ долгое время не было аналогичного правового инструмента. Однако что-то в этом направлении, наряду со скорее несколько маргинальной процедурой дачи экспертных заключений согласно Шестнадцатого Протокола к ЕКПЧ,¹³⁰ теперь предлагает правовой институт *процедурных пределов свободы оценки*. Он мог бы выполнять связующую функцию, подрегулировать демократический мандат, а также и более убедительно обосновать претензию Суда на осуществление правосудия *от имени Европейского клуба правовых демократий*.¹³¹

Основная идея заключается в том, что ЕСПЧ снижает плотность проверки в конкретном случае, когда судебное решение национального суда надлежащим образом учитывает соответствующую судебную практику Страсбургского суда. Это базируется на общем правовом институте «пределов свободы оценки» (*Beurteilungsspielraum, margin of appreciation*),¹³² согласно которому во многих, хотя и не во всех случаях, государства-участники Конвенции обладают определённой свободой при интерпретации и применении норм Конвенции. Такой подход обосновывается субсидиарностью системы Конвенции,¹³³ превосходством демократической легитимности национальных законодательных органов,¹³⁴ а также большей информированностью и близостью национальных органов власти к фактическим обстоятельствам рассматриваемого дела.¹³⁵

Правовой институт «свободы оценки» стал предметом активного обсуждения министрами юстиции государств-участников в Копенгагене. Особое выделение принципа субсидиарности ЕСПЧ в проекте

¹²⁹ Более подробно см. Weiler Yale L. J. 1990-1991, 2403, 2420 и сл.; Ferrer MacGregor, в: von Bogdandy/ Ferrer Mac-Gregor/ Morales Antoniazzi/ Piovesan/ Soley (Hrsg.) (сноска 60), с. 321.

¹³⁰ В настоящий момент зафиксированы 22 подписания и 13 ратификаций (по состоянию на 19.9.2019).

¹³¹ Важное значение имеет также правовая фигура «европейский консенсус», по данному вопросу *Ungern-Sternberg AVR* 2013, 312.

¹³² См. особое мнение Fitzmaurice EGMR, 13.6.1979, Rs. 6833/74 – *Marckx v. Belgien*, пункт 27 и сл.; в более поздний период EGMR, 22.4.2013, Rs. 48876/08 – *Animal Defenders International v. Vereinigtes Königreich*, пункт 102, 123; EGMR, 19.2.2013, Rs. 19010/07 – *X u.a. v. Österreich*, пункт 102; среди специальной литературы см. Bernhardt, в: ders. (Hrsg.), *Festschrift für Mosler*, 1983, с. 75, 81 и сл.; Frowein *EuGRZ* 1980, 231, 237; Spielmann *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 2011-2012, 381; Binder *Journal für Rechtspolitik* 2015, 56; Asche, *Die Margin of Appreciation*, 2018.

¹³³ Villiger, в: Kohen (Hrsg.), *Liber Amicorum Caflisch*, 2007, с. 623, 632.

¹³⁴ EGMR, 1.7.2014, Nr. 43835/11 – *S.A.S. v. Frankreich*, пункт 129; Asche (сноска 133), с. 44.

¹³⁵ EGMR (сноска 26), пункт 48; EGMR, 23.6.1994, Nr. 15088/89 – *Jacobowski v. Deutschland*, пункт 26 и сл.

Копенгагенской декларации (февраль 2018 года) читалось как системная критика судебной практики ЕСПЧ.¹³⁶ Суровый тон, однако, не понравился многим и, со всей очевидностью, привел к дискуссиям принципиального характера. В конечном счёте Копенгагенская декларация, принятая в апреле 2018 года, подчеркивает, что усиление принципа subsidiarity не направлено на ограничение европейской защиты прав и свобод человека.¹³⁷ Но, тем не менее, она подчеркивает, что «В тех случаях, когда на национальном уровне была осуществлена взвешивающая оценка в соответствии с критериями, изложенными в судебной практике Суда, Суд, как правило, указывает, что он не будет заменять своей собственной оценкой оценку национальных судов, если для этого *нет веских оснований*» («Where a balancing exercise has been undertaken at the national level in conformity with the criteria laid down in the Court's jurisprudence, the Court has *generally* indicated that it will not substitute its own assessment for that of the domestic courts, unless there are *strong reasons* for doing so.»)¹³⁸ Т.о. в Декларации хотя и подчёркивается, что правовой институт «(пределов) свободы оценки» требует ответственности национальных институтов, но при этом отмечается ответственность ЕСПЧ как последней инстанции (*Letztverantwortung*).¹³⁹

Подобно процедуре принятия предварительного решения, предусмотренной ст. 267 Договора о функционировании ЕС, и процедуре контроля Межамериканского суда, правовой институт процедурной свободы оценки может привести к более интенсивному сотрудничеству между ЕСПЧ и национальными судами, способствующему усилению европейской защиты прав человека. По сути дела, он дает национальным судам стимул для того, чтобы они признавали «ориентирующее действие» судебной практики ЕСПЧ и указывали на соответствующие прецеденты при обосновании своих решений. Такое использование расширяет и углубляет проникновение судебной практики ЕСПЧ в национальные правовые системы и тем самым создаёт возможности для усиления её действенности. Правовой институт процедурной свободы оценки укрепляет, таким образом, альянс европейских правовых демократических государств, одновременно сталкиваясь с критикой слишком активного Суда. Конечно, это ослабляет роль ЕСПЧ как стимулятора в развитии прав человека. Вместе с тем, представляется разумной соответствующая корректировка его мандата, поскольку динамичная судебная защита

¹³⁶ См. Проект Копенгагенской Декларации, 5.2.2018, пункт 22, https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf.

¹³⁷ Копенгагенская Декларация (сноска 4), пункт 26 и сл.

¹³⁸ См. Копенгагенская Декларация (сноска 4), пункт 28с (выделено автором).

¹³⁹ См. Копенгагенская Декларация (сноска 4), пункт 10.

индивидуальных прав, которая в 1970-х годах была редкостью, стала сегодня в большинстве европейских правовых органов нормой.¹⁴⁰

Данный концепт является многообещающим также с учётом отчуждения некоторых государств-участников Конвенции по отношению к судебной практике ЕСПЧ. Эти государства часто ссылаются на ценности национальной идентичности, национального многообразия и национальной демократии. Правовой институт «свободы оценки» мог бы помочь учитывать эти ценности, и в то же время защищать то, что важно для объединения, поскольку он закрепляет европейскую систему защиты прав человека глубоко в национальной сфере.

IV. Критика осуществления мандата ЕСПЧ со стороны Федерального Конституционного суда ФРГ и итальянского Конституционного суда?

Но какие именно решения ЕСПЧ и какое именно преюдициальное воздействие они оказывают на национальные суды?¹⁴¹ Здесь могут быть предложены разнообразные градации.¹⁴² По этому ключевому вопросу в европейском «союзе конституционных судов» завязался полный противоречий диалог.

ЕСПЧ в течении долгих лет претендует на то, что значение его решений не ограничиваются рамками конкретного дела.¹⁴³ Государства-участники Конвенции в Копенгагенской Декларации недвусмысленно признают это их значение.¹⁴⁴ Суд недавно, однако, высказал свою точку зрения в особо категоричной форме: «Суд хотел бы подчеркнуть, что все его постановления имеют одинаковое юридическое значение. Следовательно,

¹⁴⁰ См. авторские статьи von Bogdandy/ Grabenwarter/ Huber, Behrendt, Farahat, Tuori, Jouanjan, Bifulco/ Paris, Besselink, Grabenwarter, Tuleja, Amaral/ Pereira, Biaggini, Requejo Pagés, Sólyom, Khushal Murkens, Quint, в: von Bogdandy/ Grabenwarter/ Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. VI, 2016.

¹⁴¹ Общую характеристику данного явления см. статьи в: von Bogdandy/ Venzke (Hrsg.), *International Judicial Lawmaking*, 2012.

¹⁴² Jacob, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice*, 2014, с. 218 и сл. В целом по вопросу о значении преюдиций см. Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkung von Präjudizien*, 2017, с. 11 и сл.

¹⁴³ См. EGMR, 18.1.1978 (сноска 7), пункт 154.

¹⁴⁴ См. Копенгагенская Декларация (сноска 4), пункт 26.

их обязательный характер и авторитетное значения толкования не могут зависеть от того, каким составом они были вынесены» («*the Court would emphasise that its judgments all have the same legal value. Their binding nature and interpretative authority cannot therefore depend on the formation by which they were rendered*»).¹⁴⁵ ЕСПЧ не проводит различия между единоличным решением одного судьи, решением Комитета из трех судей, Палаты из семи или Большой Палаты из семнадцати судей, но также и между устоявшимися позициями своей практики, закрепленным во многих решениях, принятых в различных составах и новыми позициями, модифицирующими сложившуюся практику. Также и европейское вторичное право приписывает судебной практике ЕСПЧ общеобязательное юридическое действие.¹⁴⁶ Федеральный конституционный суд ФРГ и итальянский Конституционный суд, *Corte Costituzionale*, видят это совершенно иначе.

1. «Сглаживание» государствами значения и авторитета ЕСПЧ

По мнению обоих выше названных судов, формулирование правовых масштабов Страсбургским судом подлежит ряду условий и имеет определённые пределы. Решение Федерального Конституционного суда ФРГ (ФКС) относительно запрета забастовок государственных чиновников (*Verbot von Beamtenstreiks*) следует в этом отношении рассматривать как наиболее показательное решение.¹⁴⁷ ФКС, в частности, постановил, что германское национальное законодательство постольку подлежит толкованию в соответствии с Конвенцией, поскольку «рамки действующих методических стандартов допускают возможность интерпретации и взвешивающей оценки»; не существует никакого приоритета.¹⁴⁸ Кроме того, по мнению ФКС также и в этих рамках немецкие суды не должны «схематически дублировать»¹⁴⁹ конституционные понятия и категории, а

¹⁴⁵ EGMR, 28.6.2018 (сноска 7), пункт 252.

¹⁴⁶ См. пункт 32 обоснования к директиве Дублин III, *Dublin-III-Verordnung* (VO Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. Nr. L 180, 29.6.2013, с. 31).

¹⁴⁷ Комментарий к данному решению см. например Polakiewicz/ Suominen-Picht EuGRZ 2018, 383, 385 и сл.; Jacobs/ Payandeh JZ 2019, 19 и сл.

¹⁴⁸ BVerfGE (сноска 3), пункт 133.

¹⁴⁹ BVerfGE (сноска 3), пункт 131.

должны посредством «процесса активной рецепции»¹⁵⁰ интегрировать ЕКПЧ во внутригосударственный конституционный порядок и в «существующую, догматически дифференцированную национальную правовую систему».¹⁵¹ Рецепция решений ЕСПЧ, которые были приняты не против Федеративной Республики, должна осуществляться в зависимости и с учётом контекста.¹⁵²

Естественно, не каждое потенциально преюдициальное решение Страсбурга должно приниматься во внимание и учитываться немецким судьей. По мнению ФКС, его обязанность, вытекающая из Основного Закона, ограничивается тем, что суды должны «идентифицировать основополагающие позиции Страсбурга относительно фундаментальных ценностей Конвенции [...] и разбираться в этих вопросах». Но не более того.¹⁵³ Это весьма далеко от той «преюдициальной силы», которую ФКС признаёт за своими собственными решениями.¹⁵⁴

Аналогичные границы устанавливает в своей более новой судебной практике и Конституционный суд Италии. В 2015 году он решил, что суды должны следовать судебной практике Страсбурга только в том случае, если речь идёт о т.н. «консолидированной судебной практике» или пилотных решениях, поскольку только они являются общеобязательными.¹⁵⁵ В остальном же, толкование применимого права в соответствии с национальной конституцией имеет приоритет над толкованием в соответствии с ЕКПЧ, и кроме того, обязанности возбуждать процедуру нормоконтроля. Соответственно суды общей юрисдикции по делам, по которым ЕСПЧ не выносил решения против Италии, могут принимать решения не соответствующие преюдициям ЕСПЧ, если это не «консолидированная практика» Суда или его пилотные решения.

Эта позиция итальянского Конституционного суда вызвала много критики в литературе,¹⁵⁶ а также со стороны самого ЕСПЧ.¹⁵⁷ Тот факт, что теперь итальянские суды должны решать не только вопрос о том, нарушает ли закон ЕКПЧ или судебную практику Страсбурга, но и вопрос о том, идёт ли речь о «консолидированном праве», имеет негативные последствия

¹⁵⁰ BVerfGE (сноска 3), пункт 131.

¹⁵¹ BVerfGE (сноска 3), пункт 135 с указанием на решения Федерального Конституционного суда ФРГ, BVerfGE 111, 307, 327 и BVerfGE 128, 326, 371.

¹⁵² BVerfGE (сноска 3), пункт 132; Kaiser AöR 142 (2017), 417, 432 и сл.

¹⁵³ BVerfGE (сноска 3), пункт 132 (выделено автором).

¹⁵⁴ Более подробно *Payandeh* (сноска 144), с. 373 и сл.

¹⁵⁵ Решение Nr. 49, 26.3.2015, пункт 7; По данному вопросу Paris/Oellers-Frahm EuGRZ 2016, 245, 247 и сл.; Viganò Diritto Penale Contemporaneo 2/2015, 333 и сл.

¹⁵⁶ Bignami Diritto Penale Contemporaneo 2/2015, 288.

¹⁵⁷ См. уже выше, EGMR, 28.6.2018 (сноска 7), пункт 252; см. также особое мнение P. de Albuquerque, пункт 57 и сл.

для соблюдения ЕКПЧ в Италии и для обеспечения международных гарантий защиты прав и свобод.¹⁵⁸ Если любые суды - и не только (как прежде) исключительно конституционный суд - могут принимать решения об обязательности Страсбургской юрисдикции, то заранее запрограммирована существенная правовая неопределенность. Кроме того, новая позиция Конституционного суда несет с собой значительную нагрузку на суды общей юрисдикции.¹⁵⁹ Сомнения вызывает уже то, насколько суды нижестоящих инстанций вообще способны осуществлять эту функцию, т.е. обладают ли они (и в состоянии ли они обладать) достаточными знаниями об ЕКПЧ для того, чтобы убедительно дифференцировать в рамках юрисдикции ЕСПЧ. Наконец, эта правовая позиция итальянского Конституционного суда мешает ему брать на себя ведущую роль и участвовать в диалоге между ЕСПЧ и национальными судами.

Федеральный Конституционный суд не проводит такого различия и до сих пор исследует и занимается релевантными судебными решениями ЕСПЧ независимо от того, были ли они вынесены Большой Палатой или только Палатой.¹⁶⁰ Однако его судебные решения, которые устанавливают связанность германских судов только позициями ЕСПЧ относительно основополагающих ценностей Конвенции, в результате приводит к аналогичной сглаживанию действенности страсбургского нормотворчества.

2. Легитимность посредством контроля

На первый взгляд, относительно новая практика итальянского Конституционного суда и Федерального Конституционного суд ФРГ не отличается особым благорасположением по отношению к ЕКПЧ. Совершенно очевидно, что она несет существенную угрозу для соблюдения государствами-участниками ЕКПЧ и страсбургской юрисдикции.¹⁶¹

Критика и неприятие судебных постановлений Страсбурга может легко повредить авторитету ЕСПЧ. Такая критика нуждается в самых серьезных

¹⁵⁸ Paris/ Oellers-Frahm EuGRZ 2016, 245, 249.

¹⁵⁹ Tega Quaderni Costituzionali 2015, 404.

¹⁶⁰ Показательно в решении Федерального Конституционного суда ФРГ, BVerfGE (сноска 3), пункт 163 и сл.

¹⁶¹ См. например проблематичную «рецепцию» германского и итальянского решений Конституционным судом Российской Федерации (Постановление от 14.7.2015, № 21-Р), по данному вопросу более подробно см. Hartwig, EuGRZ 2017, 1, 8 и сл.

основаниях и причинах. В то же время, однако, соответствующая судебная практика ЕСПЧ предоставляет также определённый шанс: она помогает нести бремя легитимации юрисдикции ЕСПЧ. ЕСПЧ имеет демократический мандат не только по решению спора для его сторон, но и по содействию демократической правовой государственности в Европе от имени *Европейского клуба правовых демократий*. Тем не менее, демократическая легитимация его решений зачастую слаба, особенно когда он в генеральном и регулятивном ключе воздействует на правоотношения и обстоятельства внутригосударственной жизни, ставшие предметом спора. Открытие национальных правовых систем не только для абстрактных положений ЕКПЧ, но и для постановлений ЕСПЧ накладывает на него огромное бремя легитимации. На этом фоне предположительное ослабление ЕСПЧ посредством «сглаживающей» национальной судебной практики оказывается легитимационным оправданием и, следовательно, опорой в осуществлении его столь конфликтного мандата. Если национальные суды, участвующие в имплементации решений Страсбурга, не связаны строго преюдициями ЕСПЧ, то они несут свою собственную ответственность в системе европейской защиты прав человека и приносят часть своей собственной демократической легитимации.¹⁶²

Осуществление этой деятельности национальными судами выглядит убедительным и оправданным в свете принципа демократии, поскольку они могут служить¹⁶³ «расширенными форумами критической юстиции».¹⁶⁴ Кроме того, только благодаря возможности контроля со стороны национальных судов может разворачиваться действительный диалог с ЕСПЧ, который все стороны считают необходимым. Реципируя и обсуждая решения Страсбургского суда, национальные конституционные суды придают ЕСПЧ дополнительную легитимацию. Она часто имеет решающее значение для национальной рецепции.

Это всё работает, конечно, только в том случае, если вовлеченные в это институты действуют в осознании своей общей ответственности за европейскую систему прав человека и воспринимают себя добросовестными членами *Клуба*. Суды стран-участников Конвенции в своем диалоге и обмене мнениями с ЕСПЧ должны продолжать сигнализировать свою поддержку системы Конвенции. Но это не означает, однако, что высшие национальные суды всегда должны полностью

¹⁶² Более подробно по вопросу о легитимационной функции национальных высших судов см. von Bogdandy/ Grabenwarter/Huber, в: von Bogdandy/Grabenwarter/Huber (Hrsg.) (сноска 142), § 95, пункт 15 и 17.

¹⁶³ См. von Bogdandy/ Venzke (сноска 5), с. 269 и сл.

¹⁶⁴ Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 2. Aufl. 1992, с. 530.

соглашаться со страсбургской судебной практикой. Но они должны действовать как лояльные члены Клуба европейских демократий, от имени которого ЕСПЧ осуществляет свой очень сложный мандат.