

«Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека»¹

Анатолий Ковлер*

В данной статье рассматривается вопрос о соотношении юрисдикции Европейского Суда по правам человека и суверенитетов государств-членов Совета Европы, а также границы усмотрения последних при выполнении своих обязательств, вытекающих из Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Автор освещает основные положения доктрины «поле усмотрения», высказывая свою точку зрения о недопустимости смешения понятий «поле усмотрения» и свобода усмотрения. Кроме того, автор приводит в статье практику пилотных постановлений ЕСПЧ, рассматривая её в совокупности с реакцией государств на содержащиеся в них указания. Затрагивается также актуальная проблема конфликтов толкования положений Конвенции и назревшая в этой связи необходимость налаживания «диалога судей». Обсуждается и вопрос об иммунитетах иностранных государств.

→ *Поле усмотрения, принцип субсидиарности, пилотные постановления Европейского Суда по правам человека, конфликт толкований, экстратерриториальная юрисдикция, эффективный контроль, государственный иммунитет, судебный иммунитет*

Принятие после Второй мировой войны большого числа актов, прежде всего, Всеобщей декларации прав человека (1948), провозгласивших права и основные свободы человека как основу современного международного права, произвело подлинную революцию: впервые в истории человек становится «существом универсальным» (*homo universalis*), обладающим международной правосубъектностью, разрывая тем самым оковы, которые приковывали его к «своему»

государству. Подобное происходило, пожалуй, в предисторическую эпоху, когда человек разрывал кровные связи со своим родом, племенем, становясь «человеком государственным», имеющим, наконец, правовое измерение своего бытия (становление греческого «полиса» — яркий тому пример).

Среди этих международно-правовых актов особое место занимает Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция), подписанная в Риме

* Ковлер Анатолий Иванович — советник Конституционного Суда РФ, судья Европейского Суда по правам человека (1998–2012 годы); профессор, кандидат исторических наук, доктор юридических наук (e-mail: anatoliy@kovler.ru).

¹ Авторизованный перевод статьи: Kowler A. La Cour Européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'Etats // Europe en formation. 2013. Numéro special.

4 ноября 1950 года и обладающая рядом уникальных характеристик.

Субсидиарность системы Европейской Конвенции и «поле зрения» государств

Европейская Конвенция, помимо закрепления и развития прав и свобод, провозглашённых Всеобщей декларацией прав человека, со ссылкой на которую начинается Преамбула Конвенции, содержит в себе положения о том, что «целью Совета Европы является достижение большего единства между его членами» и что «одним из средств достижения этой цели является защита и развитие прав человека и основных свобод» — классический положительный пример того, как цель оправдывает средства.

Конвенция связывает подписавшие её государства «глубокой приверженностью основным свободам, которые являются основой справедливости и всеобщего мира и соблюдение которых наилучшим образом обеспечивается, с одной стороны, подлинно демократическим политическим режимом и, с другой стороны, всеобщим пониманием и соблюдением прав человека, которым они привержены». Эта «связанность» усиливается созданием Европейского Суда по правам человека, постановления которого имеют обязательную (а не рекомендательную, как большинство органов ООН) силу: «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются исполнять окончательные постановления Суда по любому делу, в котором они выступают сторонами» (ст. 46 § 1 Конвенции)².

Но, согласно Подготовительным текстам (*Travaux préparatoires*), ставшими библиографической ценностью и ждущими своего переиздания, составители Конвенции предприняли немало усилий, чтобы добиться консенсуса на основе политического компромисса, одним из выражений которого было уважение суверенитета государств-участников, их «юрисдикции»: «Высокие Договаривающиеся Стороны обеспечивают каж-

дому находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определённые в разделе 1 настоящей Конвенции» (ст. 1). Есть ли здесь противоречие между целями и средствами, связывающими государства жёсткими обязательствами и ответственностью перед Европейским Судом — и признанием их «юрисдикции»?

Бывший Секретарь-канцлер Европейского Суда Микеле де Сальвиа весьма однозначно поясняет: «Общая гарантия прав и свобод основана в Европе на распределении компетенций на двух уровнях суверенитета: на национальном уровне, где сохраняется исходный суверенитет (*Souveraineté originaires*) государств, объединённых в Совет Европы, — и на наднациональном уровне, формируемым системой контроля, созданной Европейской Конвенцией по правам человека, и на котором утвердился, используя выражение П.Х.Тейтжена, суверенитет морали и права. Не будучи независимыми друг от друга, оба эти уровня взаимодополняются»³.

Действительно, оба эти уровня защиты прав человека не являются обособленными и полностью независимыми один по отношению к другому, поэтому принцип subsidiarity гарантирует равновесие между ними. Не открывая пока дискуссии о значении понятия «юрисдикция» (особенно в плане территориальной и экстра-территориальной юрисдикции), используемого в статье 1 Конвенции, согласимся на том, что данное понятие относится к ответственности государства как такового за защиту прав и основных свобод всех, кто находится в данный момент под его юрисдикцией. При этом Конвенция имеет в виду государство как единое целое и не рассматривает степень ответственности его органов или территориальных единиц (*Lingens v. Austria, 8 July, § 46*). Иными словами, на государство возлагается «ответственность результата», но национальные власти свободны выбирать соответствующие правовые установления, имея определённое «поле зрения» (знаменитую *margin of appre-*

² Сохранена традиция отсылки к тексту Конвенции, принятая в Европейском Суде: статья Конвенции, затем ее параграф, а не «пункт» или «часть» (прим. А.К.).

³ *De Salvia M. Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation? // Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal. 2000. P. 373.*

сiation) в защите прав и свобод, предусмотренных Конвенцией. Главное, чтобы это «поле усмотрения» не выходило за рамки обязательств, добровольно принятых на себя государствами по Конвенции. Сторожить Конвенцию призван «цепной пёс» (выражение, употребляемое в текстах ЕСПЧ) в лице Суда: «В целях обеспечения соблюдения обязательств, принятых на себя Высокими Договаривающимися Сторонами по настоящей Конвенции и Протоколам к ней, учреждается Европейский Суд по правам человека...» (ст. 19 Конвенции).

Прецедентное право Суда содержит довольно много отсылок к функционированию этого двойного механизма на национальном и европейском уровнях: «Анализируя вопрос о том, было ли в конкретном деле нарушение [Конвенции], Суд не должен игнорировать вопроса права и фактов, характеризующих жизнь общества в государстве, которое в качестве Договаривающейся Стороны, отвечает за оспариваемую меру. Делая это, Суд не должен будет подменять собой компетентные национальные органы власти, ибо в противном случае он упустит из виду субсидиарный характер международного механизма коллективных гарантий, установленный Конвенцией. Национальные власти свободны в выборе средств, которые представляются им надлежащими в сферах, определяемых Конвенцией. Контроль Суда касается лишь соответствия этих средств требованиям Конвенции» (*Affaire linguistique belge (fond)*, 23 juillet 1968, § 10). Тридцать лет спустя Суд подтвердит принцип субсидиарности как ключевой принцип своей методологии, подчеркнув, что «наднациональные власти, которые лучше всех способны это сделать, предпринимают меры по исправлению нарушений Конвенции» (*Varnava and Others v. Turkey. [G.C.]*, 18 September).

Принцип субсидиарности европейской системы защиты прав человека закреплён и в процессуальном плане: «Суд может принять дело к рассмотрению только после

того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты...» (ст. 35 § 1 Конвенции). Неисчерпанность внутренних средств правовой защиты является основной причиной признания большинства жалоб неприемлемыми. Европейский Суд выступает здесь как гарант «судебного суверенитета» государств-участников Конвенции.

Дополним наш анализ применения принципа субсидиарности другим — уже упомянутой доктриной «поля усмотрения»⁴. Как отмечал Д. Шпильман, нынешний председатель Европейского Суда, «поле усмотрения национальных властей является понятием, которое отсылает к возможности маневра, которую Европейский Суд расположен признавать за национальными властями при выполнении ими взятых на себя обязательств по Европейской Конвенции»⁵. Конечно, доктрина «поля усмотрения» не отдаёт на откуп кому-то эксклюзивное право распоряжаться правами человека, коль скоро государство взяло на себя международные обязательства в этой сфере (вот почему автор против, когда данное понятие переводят как «свобода усмотрения»). По этой причине величина «поля» усмотрения не безгранична: так, «усмотрение» практически невозможно применить к таким абсолютным правам, как право на жизнь, запрет пыток, запрет рабства, наказание исключительно на основании закона, право не быть судимым или наказанным дважды. Напротив, государства более свободны в средствах обеспечения права на справедливое правосудие, а также тех прав, по которым Конвенция допускает при определённых условиях ограничения: право на уважение частной и семейной жизни (ст. 8 § 2); свобода мысли, совести и религии (ст. 9 § 2); свобода выражения мнения (ст. 10 § 2); свобода собраний и митингов (ст. 11 § 2); защита собственности (ст. 1 Протокола № 1) — при условии, подчеркнём это, что вмешательство в эти права должно быть необходимым в демократическом обществе, быть обязательно предусмотренным в законе, а, главное, быть пропорциональным преследуемой цели (см. к

⁴ Автор предпочитает именно этот перевод «margin of appreciation», избегая крайностей — «свобода усмотрения» или «пределы усмотрения».

⁵ Spielmann D. En jouant sur les marges. La Cour Européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale: abandon ou subsidiarité du contrôle européen? // Institut Grand-Ducal. Actes de la Section des Sciences Morales et Politiques. 2010. Vol. X111. P. 205.

примеру: *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, 17 decembre 2004; *Kemp et Autre c. Luxembourg*, 24 April 2008)⁶. Наконец, государства, в силу статьи 15 Конвенции («Отступление от соблюдения обязательств в чрезвычайных ситуациях») и статьи 57 («Оговорки») имеют право заявить, что те или иные положения Конвенции не могут временно применяться на всей территории государства или в его отдельных регионах. Россия, к примеру, сделала при ратификации Конвенции оговорку по заключению под стражу, ибо на момент ратификации еще отсутствовал судебный порядок заключения под стражу (арест), предусмотренный статьёй 5 § 1 Конвенции.

Пределы принципа субсидиарности и доктрины «поле усмотрения»

Нарисованная выше картина была бы идеальной..., если бы не существовало множество прецедентов ЕСПЧ, которые обрамляют эту картину и тем самым ограничивают пространство полотна. Ибо упомянутый принцип субсидиарности и привязанная к нему доктрина «поля усмотрения» не являются единственными руководящими отправными точками в повседневной практике Суда.

Принцип эффективности прав требует от Суда, чтобы он защищал конкретные и эффективные, а не «теоретические и иллюзорные» права (см. среди прочих: *Artico c. Italie*, 13 Mai 1980, § 33). В силу приведённой выше статьи 19 Конвенции, Суд становится своего рода «противовесом» принципа субсидиарности во избежание риска остаться пассивным перед нарушением основных прав, предусмотренных Конвенцией. Суд может, например, потребовать от государства представить ему все необходимые доказательства того, что власти предприняли усилия во избежание или для исправления заявленного в жалобе нарушения. Конкретный пример: по так называемым «чеченским жалобам» против России (насыщенное исчезновение родственников и/или лишение их жизни) Суд запрашивает у властей материалы уголовного дела (с гарантией сохранения конфиденциальности) с целью оценить уси-

лия властей по расследованию заявленных фактов — и, в случае представления достаточно убедительных доказательств, не находит нарушения статьи 2 (право на жизнь), хотя бы в процессуальном аспекте. В случае отказа предоставить такие сведения, Суд может прийти к выводу о невыполнении государством-ответчиком обязательства «создавать все необходимые условия» для расследования обстоятельств дела, предусмотренные статьёй 38 Конвенции (см. среди прочих: *Imakayeva v. Russia*, 9 November 2006; *Baysayeva v. Russia*, 15 April 2007).

В силу статьи 32 Конвенции «*в ведении Суда находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней...*», а в случае спора относительно компетенции Суда по конкретному делу, вопрос решает сам Суд (ст. 32 § 2). Это весьма важная компетенция Суда, имеющая свои последствия. Так, с самого начала своей деятельности Суд предоставил себе **право «автономного толкования»** Конвенции, более того, провозгласил, что не связан в своих оценках положениями национального права (*Buckley v. UK*, 25 September 1996, § 52–54). В качестве примера такого автономного толкования можно привести дело против России о выселении из квартиры женщины, прожившей без «прописки» в ней много лет, после смерти её гражданского мужа: Суд подчеркнул, что «*концепция “жилища” по смыслу статьи 8 Конвенции не ограничена жилищем, занимаемым на законных основаниях или установленным в законном порядке. “Жилище” — это автономное понятие, которое не зависит от классификации в национальном праве. То, является ли место конкретного проживания “жилищем”, (...) зависит от фактических обстоятельств дела, а именно, от наличия достаточных продолжительных связей с конкретным местом проживания*» (*Prokhorovich v. Russia*, 18 November, § 36).

Европейский Суд сам нанёс довольно серьёзный удар по принципу субсидиарности, согласившись с Резолюцией от 12 мая 2004 года Комитета Министров Совета Европы, призывавшей Суд устанавливать в

⁶ См. на эту тему монографию: *Султанов А.Р.* Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М.: Статут, 2012.

своих постановлениях в случаях повторяющихся нарушений «наличие структурной проблемы и источник этой проблемы», а также предписывать государству-ответчику меры «общего характера»⁷. Благодаря этому бюрократическому маневру органа, призванного, согласно статьи 46 Конвенции, осуществлять надзор за исполнением постановлений ЕСПЧ, включая определение мер индивидуального и общего характера, на Суд была переложена задача предписывать государствам организационно-процессуальные меры или меры по изменению законодательства. Первой «ласточкой» в серии «пилотных постановлений» было дело «Брониовского против Польши», где речь шла о лакунах польского законодательства о компенсации переселенцам с левого берега Буга после Второй мировой войны (*Broniowski v. Poland, G.C., 22 June 2004*). В течение трёх месяцев Польша внесла в оспариваемый закон необходимые изменения, как это предписывало постановление Большой Палаты Суда. С тех пор Суд принял более двух десятков «пилотных постановлений», устанавливающих структурные проблемы в правовых системах разных стран (Италии, Молдовы, Украины, Германии, Греции, Болгарии, Турции, Словении, Боснии и Герцеговины, Румынии, Албании, Великобритании), включая два «пилотных постановления» по России — по неисполнению решений по гражданским делам (*Burdov v. Russia, № 2, 15 January 2009*) и условиях содержания в СИЗО (*Ananyev e.a. v. Russia, 10 January 2012*)⁸. Отношение государств к ним неоднозначное: с одной стороны, это подталкивает их к разрешению давно назревших проблем, по которым Суд осаждают заявители из этих стран, с другой — там, где Суд проявил явный «активизм» и затронул проблему, по которой в обществе нет консенсуса, возникает резкое неприятие таких постановлений, затрагивающих, по мнению властей, сферы, которые при подписании и ратификации Конвенции не обсуждались. Так про-

изошло с проблемой лишения всех избирательных прав осужденных, находящихся в заключении в Великобритании. После постановления Большой Палаты по делу Хирста (*Hirst v UK., G.C. 6 October 2005*) парламент страны отказался внести изменения в законодательство, а Суд с лёгкой руки британских адвокатов получил 2500 аналогичных жалоб и был вынужден принять пилотное постановление (*Green and M.T. v. UK, 23 November 2010*). Аналогичное постановление принято против Италии (*Scoppola (3) v. Italy [G.C.], 22 May 2012*).

В арсенале Суда имеется ещё один методологический принцип — **принцип эволюционного толкования** Конвенции: «Конвенция является живым инструментом, и может толковаться в свете текущей жизни» (*Tyler v. UK, 25 April 1978, § 31*). Как объяснял юрисконсульт Суда В. Берже в своей пояснительной записке, «в силу этого принципа позиция Суда в отношении того или иного права, гарантируемого Конвенцией, может изменяться с течением времени, лет и десятилетий, таким образом, что вопрос, ранее оставляемый в поле полной дискреции государства, может быть рассмотрен самим Судом»⁹. Совершенно очевидно, что применение этого принципа рискует войти в противоречие с общим правилом толкования международных договоров (к коим относится и Европейская Конвенция), установленным статьей 31 Венской конвенции о праве международных договоров (1969).

Многие государства и специалисты довольно критично отзываються и о так называемом «судейском активизме», призывая Суд чаще обращаться к принципу **судейского самоограничения** (*judicial self-restraint*)¹⁰. Это касается, в частности, не только оценки вопросов фактов и права, но и пересмотра некоторых фактов и событий истории, ведущих к неверным либо сомнительным правовым оценкам¹¹.

⁷ См. на эту тему: Ковлер А.И. Новые тенденции в практике Европейского Суда по правам человека: «пилотные постановления» о «структурных проблемах» // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2006. № 5.

⁸ См.: Пилотные постановления. Информационно-тематический листок. Европейский Суд по правам человека. Октябрь 2012 (на русском языке) // URL: <http://www.echr.coe.int>. (Press Unit).

⁹ Cour Européenne des droits de l'homme. Suivi d'Interlaken. Principe de subsidiarité. Note du juriconsulte. Doc. 3158598. 2010. P.5.

¹⁰ См. Delzangles B. Activisme et Autolimitation de la Cour Européenne des droits de l'homme. Paris, 2009.

¹¹ См.: Ковлер А. La Cour devant l'Histoire, l'Histoire devant la Cour on comment la Cour européenne «juge» l'histoire // La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de J.-P. Costa. 2011. P.337–352; его же: После «Кононова» // Права человека... 2010. № 9; см. также ряд особых мнений автора на «историческую тему» в: Международное правосудие. 2013. № 1.

Конечно, эта функция новаторского толкования положений Конвенции, составленной в 1950 году, придаёт Суду определённые функции нормотворчества. Но эти функции рискуют перейти пределы компетенции Суда, которыми его наделили Высокие Договаривающиеся Стороны, хотя некоторые комментаторы с энтузиазмом оценивают такую ситуацию: «Это создание (в оригинале — “production”) новых промежуточных принципов является выражением важных нормо-созидающих полномочий (pouvoirs) страсбургского суда. Эти полномочия, зарезервированные раньше только за государствами-участниками как основа их прав, позволяют принимать во внимание требования общественного мнения в сфере, которой в определённой мере ранее пренебрегали: в сфере институциональной. Все эти функции, у которых одна общая характеристика в их оправданности, являются классическими и ограниченными функциями; они не превышают правовых рамок Конвенции»¹².

«Энтузиазм» многих государств-участников в отношении «эволютивного толкования» Судом Конвенции, после серии их конфликтов с Судом, более чем умеренный. Свидетельство тому — три, прошедшие одна за другой, межправительственные конференции в Интерлакене (2010), Измире (2011) и Брайтоне (2012). Заключительный документ конференции в Интерлакене содержит такие рекомендации Суду:

«9. Конференция, учитывая разделение ответственности между государствами-членами и Судом, призывает Суд:

а) избегать пересмотра вопросов фактов и права, которые были исследованы и решены национальными органами, — в соответствии с прецедентным правом Суда, согласно которому он не является судом четвертой инстанции;

в) применять единообразно и жестко критерии приемлемости и собственной компетенции и полностью учитывать свою субсидиарную роль в толковании и применении Конвенции».

Два года спустя Брайтонская Декларация (20 апреля 2012 года) «забивает гвоздь» еще глубже:

«11. Из прецедентной практики Суда ясно следует, что государства-участники в том, как они применяют и реализуют положения Конвенции, пользуются свободой собственного усмотрения, зависящей от обстоятельств конкретного дела и от прав и свобод, о которых идёт речь. Это отражает субсидиарный характер конвенционного механизма защиты прав человека по отношению к защите прав человека на национальном уровне и свидетельствует о том, что национальные органы власти в принципе находятся в лучшем положении, чем международный суд, с точки зрения оценки местных потребностей и условий. В конвенционной системе защиты прав человека эта свобода собственного усмотрения государств подлежит контролю. В этом отношении роль Суда заключается в том, чтобы определять, отвечают ли решения, принятые национальными органами власти, требованиям Конвенции, должным образом учитывая при этом свободу собственного усмотрения государства».

Фронда государств по отношению к Европейскому Суду имела практические последствия — проект Протокола № 15, предусматривающий закрепление в Преамбуле Конвенции принцип субсидиарности и доктрины поля усмотрения государств-участников.

«...считая, что Высокие Договаривающиеся Стороны, в соответствии с принципом субсидиарности, несут непосредственную ответственность за обеспечение прав и свобод, определённых настоящей Конвенцией и Протоколами к ней, и, неся эту ответственность, пользуются полем усмотрения, предметом надзорной юрисдикцией Европейского Суда по правам человека, определённой настоящей Конвенцией...»¹³.

После того, как Комитет Министров Совета Европы принял проект Протокола № 15,

¹² Boumghar M. Une approche de la notion du principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. Paris, 2010. P. 356.

¹³ Проект формулировки цитируется по: Steering Committee for Human Rights. Draft Protocol № 15 of the Convention // Council of Europe. DH-GDR (2012) R2. Addendum III. Strasbourg, 31 October 2012.

он открыт для подписания 24 июня 2013 года в Страсбурге. Принятие этой поправки позволит, как надеются многие государства, установить качественно новые отношения между суверенными государствами и Судом, обладающим, в свою очередь, уникальной легитимностью. Во всяком случае, наличие консенсуса между 47 государствами-членами Совета Европы по этой формулировке позволит снизить определённое напряжение между Судом и рядом государств, ревностно оберегающих свой суверенитет.

Пришло время приглушить конфликты другого рода, возникшие между Европейским Судом и рядом конституционных судов Европы, когда вновь на первый план вышла проблема защиты суверенитета. «Европейский контроль», возложенный на Суд, исключает его связанность решениями национальных судов, даже если это конституционный суд. Очевидно, что существует возможность конфликтов толкования между Судом и высшими национальными судами — и эти конфликты время от времени проявляются. Логика же Суда достаточно жёсткая, судя по её выражению бывшим юрисконсульту Суда В. Берже: «...иерархия норм, так, как она понимается и выстраивается в каждом государстве, в его внутреннем правовом порядке, уходит в тень и склоняется перед преимуществом европейской нормы»¹⁴. В словах юрисконсульта Суда отразился давний конфликт, тлеющий с того времени, когда в «историческом» постановлении *«Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland»* (29 October 1992) Суд подчеркнул высшую силу конвенционального права над национальным конституционным правом в такой сверхчувствительной для Ирландии сфере, как запрет абортов. В аналогичном смысле Суд неоднократно высказывался и в адрес верховных судов, что, естественно, автоматически повышало градус напряжения между государствами, чьи высшие суды получали «неуд», и Страсбургом. Само собой разумеется, флаг суверенного государства поднимался в таких обстоятельствах выше звездно-голубого европейского флага.

Проблеме конфликта толкований (и не только) между Судом и европейскими кон-

ституционными судами посвящено уже несколько фундаментальных работ¹⁵, авторы которых глубоко анализируют природу этих конфликтов, выделяя такие проблемы, как отсутствие общеевропейского консенсуса по многим ключевым понятиям Конвенции; разное толкование суверенитета и становящихся все более глобальными процессами правовой и политической интеграции; наконец, отсутствие подлинного «диалога судей» — тема, на которой в последние годы делает акцент Европейский Суд.

С целью снизить возможность конфликта толкований, а также усилить диалог Европейского Суда с национальными судами, «Группа мудрецов» (в которую входили авторитетные судьи, ученые, парламентарии — от России В. Ф. Яковлев) в своём докладе Комитету Министров Совета Европы в ноябре 2006 года предложила учредить процедуру, согласно которой высшие национальные суды, прежде всего конституционные суды, могли бы направлять в Страсбург «запросы о консультативном заключении, касающиеся толкования Конвенции и Протоколов к ней, с тем, чтобы способствовать диалогу судей и усилить “конституционную” роль Суда». Встреченная поначалу весьма прохладно, эта идея вновь обсуждалась на конференции в Измире (2011) — и сейчас полным ходом идёт работа по выработке Протокола № 16, в котором будет воплощена эта идея. Правда, уже сейчас подобная перспектива получения запросов из 47 государств вызывает лёгкую панику у страсбургских судей, и так заваленных текущими делами.

Таким образом, европейский политический и юридический истеблишмент предпринимает усилия по гармонизации различных уровней европейской системы защиты прав человека. А в это время Суд в Страсбурге подбрасывает новые поленья в огонь...

Экстратерриториальная юрисдикция государств

В последние два десятилетия в практике ЕСПЧ возникла еще одна проблема, связанная с государственным суверенитетом: юрисдикция государств за пределами их границ.

¹⁴ *Berger V. Les Cours constitutionnelles et la Cour Européenne des droits de l'homme // Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel. Paris, 2011. № 3.*

¹⁵ См. среди прочих: *Szymczak. La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national. Bruxelles, 2007.*

Постановление Суда по делу *Лоизиду* (*Loizidou v. Turkey*, 23 March 1995), а затем постановление по межгосударственной жалобе «*Кипр против Турции*» (*Cyprus v. Turkey*, 10 Mai 2001) открыли серию дел, в которых Суд установил экстратерриториальную юрисдикцию государств-ответчиков по отношению к заявителям и ответственность государств за действия его агентов (военнослужащих или «подчинённой администрации»): против Молдовы и России — «*Илашку и другие против Молдовы и России*» (постановление Большой Палаты 8 июля 2004 года) и последующие постановления «*Иванцок и другие против Молдовы и России*» (15 ноября 2011 года), «*Катан и другие против Молдовы и России*» (19 октября 2012 года), а также дела против Турции (*Issa v. Turkey*, 16 November 2004; *Ocalan v. Turkey*, G.C. 14 Mai 2005; *Andreas Manitaras e.a. v. Turkey*, 3 June 2008), Великобритании (*Al-Saadoon and Mufthi v. UK*, 2 March 2010; *Al-Skeini e.a. v. UK*, 7 July 2011; *Al-Jedda v. UK*, 7 July 2011), Франции (*Medvedev et autres c. France*, G.C. 29 Mars 2010), Италии (*Markovic et autres c. Italie*, G.C. 14 Decembre 2006; *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, G.C. 23 Fevrier 2012). В большинстве указанных дел «окупирующая держава» (термин из международного гуманитарного права) была ответственна за нарушения прав человека на территориях, которые уже в силу их оккупации оказывались под контролем оккупирующих государств, а их население под юрисдикцией этих государств в смысле, вкладываемом в это понятие статьёй 1 Конвенции («Илашку», § 314). В других делах одного факта временного контроля властей государств-ответчиков над иностранными кораблями («*Медведев против Франции*», «*Хирси Джамаа против Италии*») было достаточно, чтобы установить юрисдикцию этих государств над лицами, оказавшимися на кораблях, независимо от того, находились ли эти корабли или нет в пределах территориальных вод государств-ответчиков.

Такой подход Суда, — энергично оспариваемый как некоторыми судьями, так и комментаторами, — усилен его заключениями о

том, что если государство осуществляет «эффективный контроль» над иностранной территорией, оно несет ответственность не только за действия своих «агентов» на этой территории, но и за действия «подчиненной ему местной администрации» (см. «*Кипр против Турции*», § 77). Мнение судьи Пети в «деле Лоизиду» о том, что даже если государство ответственно за какие-либо действия своих агентов на иностранной территории, это не означает автоматически его юрисдикции над ней — осталось мнением меньшинства.

Напротив, в деле о бомбардировках самолётами под командованием НАТО белградского телевизионного центра в январе 1999 года, повлекших человеческие жертвы (*Banković v. Belgium and 16 other Contracting Parties*, G.C. decision of 12 December 2001) — Суд предпочёл остаться на позициях «территориальности»: «...Европейский Суд придерживается мнения, что статья 1 Конвенции должна рассматриваться как отражающая это обычное, главным образом территориальное, понятие юрисдикции, в то время как иные основания юрисдикции являются исключительными и требующими особого обоснования при определенных обстоятельствах в каждом деле...» (*Banković*, § 61). Правда, Суд разъяснил, какими могут быть «исключительные обстоятельства» для признания юрисдикции государства вне его территории, воспроизведя свои аргументы из дела «Кипр против Турции»¹⁶.

Оценку «исключительных обстоятельств» Суд берет на себя, как берет на себя и риск быть обвиненным в пристрастности своих выводов. Примером таких рискованных подходов служит дело «*Катан и другие против Молдовы и России*», в котором речь шла о конфликте молдавских школ в Приднестровье с властями, запретившими использовать латинский алфавит, на который перешла Молдова в 1990 году. Россия и Украина как государства-гаранты по договоренностям 1994 года совместно с ОБСЕ предприняли усилия по урегулированию конфликта, что признали все стороны. В таких случаях Суд мог бы снять жалобу с рассмот-

¹⁶ Решение Большой Палаты Европейского Суда по «делу Банковича» см.: Европейский Суд по правам человека. Избранные постановления и решения 2001 года. Т. II. М.: Юридическая литература, 2004. С. 521–543.

рения ввиду восстановления прав заявителей, как это было, к слову, сделано по делам «Шевановой и Нафтаиловой против Латвии» (угроза высылки «неграждан» и, в конечном счёте, предоставление временного вида на жительство). Однако Суд решил не сходить с колеи, проделанной уже в деле *Илашку* и в конечном счёте пришёл к двум взаимоисключающим выводам:

«149. Европейский Суд отмечает, что не имеется доказательств прямой причастности российских представителей к мерам, принятым против заявителей. Также не имеется доказательств российской причастности или одобрения языковой политики “ПМР” в целом. Действительно, за счёт усилий российских посредников, действовавших совместно с посредниками из Украины и ОБСЕ, власти “ПМР” разрешили повторное открытие школы в качестве “иностранных учреждений частного образования”...»

*150. Тем не менее Европейский Суд установил, что Российская Федерация осуществляла эффективный контроль в отношении “ПМР” в данный период. С учётом этого вывода и в соответствии с прецедентной практикой Европейского Суда не является необходимым устанавливать, осуществляла ли Россия подробный контроль политики и действий подчинённых местных администраций... В силу длящейся военной, экономической и политической поддержки “ПМР”, которая иначе не могла бы сохраниться, Российская Федерация несёт ответственность согласно Конвенции за нарушение прав заявителей на образование. Таким образом, Европейский Суд находит, что имело место нарушение требований статьи 2 Протокола № 1 к Конвенции в отношении Российской Федерации» (*Katan and Othrs v. Moldova and Russia, G.C. 19 October 2012, § 149–150*). Как отмечал автор этих строк в своём особом мнении по этому делу, помимо ошибочного наложения «кипрской матрицы» на приднестровскую проблему и выборочного изложения фактов, Судом двигало стремление избежать любой ценой «правового вакуума» в территориальном применении Конвенции. По этой, прежде всего, причине был притянут за уши тезис об «эффективном контроле» России над При-*

днестровской Молдавской Республикой и всем, что там происходит. Таким образом, установление «фактической юрисдикции» выглядит со стороны Суда рискованным приёмом.

Тенденция расширить ответственность европейских государств далеко за территориальными пределами действия Конвенции — во имя, так называемого, морального суверенитета, этой оборотной стороны «империализма прав человека» (выражение, взятое из особого мнения мальтийского судьи Д. Бопелло), проявилась в двух указанных выше постановлениях 2011 года против Великобритании о действиях британских военнослужащих в зоне их ответственности в Ираке.

Наконец, в недавнем деле против Македонии о содействии македонских властей задержанию агентами ЦРУ человека, подозреваемого в связях с террористами, и тайной его отправке в Афганистан, Суд, помимо вполне обоснованного установления нарушения статьи 3 (запрет пыток) и статьи 5 (право на свободу и личную неприкосновенность) Конвенции, прибег к педагогической сентенции о «праве знать правду» (*«droit à la vérité»*): *«...Суд желает также затронуть другой аспект неадекватного расследования в данном деле, а именно его воздействие на право знать правду, касающуюся обстоятельств дела. В этой связи Суд подчёркивает большое значение данного дела не только для заявителя и его семьи, но также для других жертв подобных преступлений и для широкой общественности, которые имеют право знать то, что произошло. Вопрос об “особых операциях” наполнил собой хроники всех изданий мира и вызвал проведение расследований многими международными, общественными и неправительственными организациями, в частности, органами защиты прав человека Организации Объединённых Наций, Совета Европы и Европейского парламента. Последний выяснил, что некоторые затронутые расследованием государства совсем не были заинтересованы в том, чтобы высветить правду. Понятие “государственной тайны” часто поднималось на щит, чтобы препятствовать поиску правды (...) и этот же аргумент выдвигался американскими властями в рамках разбирательства в американских*

судах» (*El-Masri v. ex-FYROM, G.C. § 191*)¹⁷. Довольно жёсткие формулировки содержатся в отмеченном выше деле «Хирси Джамаа против Италии», где речь шла о насильственной отправке в Ливию сомалийских и эритрейских беженцев, приплывших к итальянским берегам. Таким образом, «суверенитет морали и права» всё более настойчиво заявляет о себе в последних «знаковых» постановлениях Европейского Суда.

Иммунитет государств

Европейский Суд неоднократно был обязан высказывать свои правовые позиции еще по одному аспекту государственного суверенитета — проблеме судебного суверенитета государств и их представительств в иностранных государствах. Так, в делах *Fogarty v. UK (G.C., 21 November 2001)*, *Cudak v. Lithuania (G.C., 23 March 2010)*; *Sabeh El Leil c. France (G.C., 29 Juin 2011)* Суд подчеркнул, что несмотря на тенденцию международного права ограничивать иммунитет государств в трудовых спорах, в отношении дипломатических представительств применяется другой подход: «Вопросы, касающиеся приёма на работу персонала представительств и посольств, могут по своей природе затрагивать деликатные и конфиденциальные моменты, относящиеся *inter alia*, к дипломатической и организационной политике иностранного государства» (*Fogarty, § 38*). Таким образом, государства-участники Конвенции, предоставляя иммунитет другим государствам и их дипломатическим и консульским агентствам, не превысили «поля усмотрения», когда их суды отказали в рассмотрении исков, касающихся увольнения служащих этих учреждений, следовательно, не нарушили статью 6 Конвенции.

Но Европейский Суд не был бы судом по правам человека, если бы не сделал несколько важных исключений из правила. В деле «Чудак против Литвы», где речь шла об увольнении телефонистки посольства Польши в Вильнюсе, Суд сделал иное заключение. Согласно его логике, «госпожа Чудак не представляла никакого исклю-

чения: она не была наделена особыми функциями, вытекающими из функций публичной власти, она не являлась дипломатическим или консульским агентом, не была она и гражданкой государства-работодателя, и, наконец, конфликт касался её увольнения. Кроме того, из досье мадам Чудак не следует, что она выполняла функции, связанные с осуществлением польским государством своего суверенитета. Ни Верховный Суд Литвы, ни власти государства-ответчика не смогли продемонстрировать, в чём функции заявительницы были объективно связаны с высшими интересами польского государства» (§ 74). Отказав в рассмотрении трудового спора простой литовской труженицы к своему работодателю — польскому посольству, национальные суды, по мнению ЕСПЧ, пошли по ложному пути предоставления иммунитета там, где это не было оправдано, следовательно, было нарушено священное право заявительницы на доступ к правосудию.

Кстати, о Литве. Вспоминается как бы «курьёзное» дело Зылькова (*Zylkov v. Russia, 21 Juni, 2011*). Гражданин России, военный пенсионер К.И. Зыльков постоянно проживает в Вильнюсе, Литва; он обратился в отдел социального обеспечения при Посольстве Российской Федерации в Литовской Республике с заявлением о выплате ему наряду с пенсией детского пособия; получив письменный отказ, он обжаловал действия должностных лиц посольства в Пресненский суд г.Москвы по месту нахождения МИД РФ. Однако, Пресненский суд вернул исковое заявление, мотивировав отказ в его принятии тем, что в соответствии с пунктом 2 статьи 254 ГПК РФ заявление подаётся в суд по месту жительства заявителя или по месту нахождения органа государственной власти, действия которого обжалуются. Пресненский суд определил: «Возвратить Зылькову К.И. его заявление, предложив для решения данного спора обратиться в соответствующий суд г.Вильнюса Республики Литвы» (сохранены орфография и терминология оригинала). Судебная коллегия по гражданским делам Мосгорсуда согласилась с определением

¹⁷ Несколько судей воспользовались случаем, чтобы развить идеи «права на правду» в правовом смысле в совпадающем мнении по этому делу.

Пресненского суда с той же мотивацией: гражданин России должен обжаловать действия российского посольства в литовском суде. Европейский Суд встал на защиту суверенитета Российской Федерации и иммунитета его дипломатических представительств, напомнив о Венской конвенции о дипломатических сношениях (ст. 31 — судебный иммунитет дипломатических агентов), в вежливой форме не согласившись и с утверждением властей государства-ответчика, что посольство является самостоятельным юридическим лицом и вправе отвечать по своим обязательствам по месту своего нахождения. Суд подчеркнул, что ссылки на национальное законодательство при отказе в принятии иска к дипломатическому представительству за рубежом не имеют значения (is of no significance in the circumstances of the case — § 28). В итоге Суд счёл нарушенным заложенное в статье 6 Конвенции право доступа к правосудию.

А вот в «деле Аль-Адсани» (*Al-Adsani v. UK, 21 November 2001*) Суду предстояло решить очень рискованную дилемму о большей юридической силе абсолютных прав человека (*jus cogens*) над государственным суверенитетом. «Консервативное» большинство — 9 судей (к которым примкнул и автор) — против 8 судей-идеалистов не позволило перейти этот Рубикон с предсказуемыми последствиями.

Дело касалось отказа британских судов признать за заявителем — подданным Великобритании и Кувейта (подвергнувшегося в Кувейте пытками и требовавшего от британского правосудия взыскать с Кувейта моральный ущерб) — права обратиться часть кувейтского имущества в Великобритании в счет выплаты ему компенсации. Британское правосудие мотивировало свой отказ иммунитетом кувейтского государства на территории Соединенного Королевства. Позиция же «активного меньшинства» Европейского Суда, состоявшего из известных ученых-международников, состояла в том, чтобы побудить Суд следовать за выводами Комиссии по международному праву, которая отметила, что в некоторых делах национальные суды благосклонно отнеслись к идее, согласно которой государства не могут выдвигать аргумент о своем судебном иммунитете в случае, если ими были нарушены абсолютные права

индивидов, составляющие *jus cogens* международного права, хотя в большинстве случаев национальные суды придерживались «традиционной правовой ориентации» и признавали иммунитет суверенных государств.

Хрупкое большинство Суда, избравшее позицию правового реализма, провело такую формулировку: «Даже если Суд и отмечает, что первейшая значимость запрета пыток приобретает все большее признание, он не считает, что в международном праве уже принята идея о том, что государства не могут претендовать на иммунитет в случае гражданских исков против них за акты пыток, которые совершались за пределами государства суда» (§ 66).

Словенский судья Б. Зупанчич, который присоединился к большинству, указал в своем совпадающем мнении, что его позиция продиктована рамками реализма, причем не по отношению к самому принципу иммунитета суверенных государств, а по практическим соображениям, в то время как его финский коллега М. Пелонпэ, к которому присоединился британский судья Н. Братца, сделал более развернутое заявление: «Если бы Суд пришел к выводу о том, что иммунитет входит в противоречие со статьей 6 Конвенции по причине ценности *jus cogens* запрета пыток, было бы трудно учитывать соображения этого свойства. Иными словами, для того, чтобы не противоречить самому себе, Суд должен был бы заявить, что запрет пыток выше по своему значению иммунитета, который распространяется на такое имущество иностранного государства, как банковские счета общего назначения, земельная собственность, которой пользуются его культурные институты, и другие учреждения государства за рубежом (включая, думается, и здания посольств) и т. д., только потому, что не было закреплено положение, что иммунитет от принудительного исполнения судебного постановления в отношении общественного имущества тоже входит в понятие *jus cogens*. Даже если с первого взгляда может показаться очень “прогрессивным” предоставить абсолютный приоритет запрету на пытки, более глубокий анализ склоняет к выводу о

том, что такая позиция рисковала бы обернуться «пирровой победой». Международное сотрудничество, включая сотрудничество в области искоренения такого ужасного явления как пытки, предполагает, что сохраняются некоторые элементы, обеспечивающие правовые рамки международных отношений. Принципы в сфере иммунитета государств входят в эти правовые рамки и, на мой взгляд, международному сотрудничеству больше способствует сохранение этих рамок такими, какими они существуют, нежели какие-либо изменения в них». И заканчивает: «...когда Суд поднимает ключевые вопросы общего международного права, он должен проявлять большую осторожность, прежде чем взять на себя роль первопроходца». Вспоминаются слова сэра Роберта Дженнинга, который высказал свою озабоченность тенденцией, когда некоторые суды считают себя отличными от других, как некие маленькие империи, которые должны разрастись как можно больше¹⁸. Как видно, дискуссии в Европейском Суде нередко приводят к довольно четкому размежеванию позиций «реалистов» и «активистов».

Но вернёмся к делам категории «рутинных», в которых также просматриваются проблемы иммунитета иностранных государств, где этот иммунитет теряет свой абсолютный характер, в частности, в сфере классических гражданских исков. Страсбургский суд неоднократно подтверждал эту позицию (см., например, *Wallishausser v. Austria*, 17 July 2012). Время от времени Суд посылает предупреждения против толкования государственного иммунитета как «абсолютную франшизу» от любых преследований по гражданскому праву. В недавнем постановлении по жалобе из России (*Oleynikov v. Russia*, 14 March 2013), в которой речь шла об отказе Хабаровского краевого суда рас-

смотреть иск Олейникова к торговому представительству КНДР по факту отказа последнего вернуть долг в 1500 долларов США, при этом указанный суд выдвигал в качестве мотивации наличие у торгового представительства судебного иммунитета. Европейский Суд указал, что Хабаровский краевой суд не провел различие между осуществлением суверенитета в публичной сфере и обычной операцией заёма средств на текущие расходы. Суд пришел к выводу, что отказ в принятии к рассмотрению гражданского иска был непропорциональной мерой и нарушил право заявителя на доступ к правосудию.

Этот обзор — по необходимости краткий и неполный — прецедентного права Европейского Суда по вопросам государственного суверенитета и его отражения в конкретных ситуациях, имел целью показать, что это прецедентное право богато идеями. Конечно, оно находится в постоянной эволюции, которая является отражением как эволюции теории и практики современного международного права, так и его нарастающей фрагментации, побуждающей Суд уточнять и даже корректировать свои правовые позиции.

Со своей стороны, государства-участники не всегда расположены поддержать новые тенденции в практике Европейского Суда — отсюда вспыхивающие время от времени «анти-strasбургские» кампании, нередко под флагом защиты суверенитета. Справедливости ради надо сказать, что и сам Суд нередко провоцирует в свой адрес жёсткую критику.

Принятие новых Протоколов № 15 и № 16 к Конвенции позволит, будем надеяться, придать больше ясности в отношении государств с Судом. Не следует только забывать, что в центре европейского правового мироздания находится Человек, его права и свободы, нравится это кому-то или нет...

¹⁸ *Sir Robert Jennings*. «The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and Possible Answers» in *Implications of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution // ASIL BULLETIN: Educational Resources on International Law*. 1995. № 9. P. 6.