

# SCRIPTORIUM

## JUSTICIA

## В поисках новой парадигмы: Суд ЕС и ЕСПЧ спустя три года после Заключения № 2/13

Алексей Исполинов\*

В статье анализируется ситуация, сложившаяся во взаимоотношениях Суда ЕС и Европейского Суда по правам человека после отрицательного Заключения Суда ЕС на проект соглашения о присоединении ЕС к Европейской Конвенции по правам человека, Заключения Суда ЕС № 2/13. Рассматриваются основные аргументы Суда ЕС, изложенные им в своём Заключении, а также реакция академического сообщества. Оценивая возможные варианты развития событий в отношении самой возможности для ЕС присоединиться к Конвенции, автор отмечает, что в настоящее время это является невозможным без изменения учредительных договоров о ЕС, в первую очередь без изменения юрисдикции Суда ЕС, что в свою очередь не представляется реалистичным сценарием. Понимая и воспринимая это обстоятельство для себя как реальность, Суд ЕС и ЕСПЧ перешли к выстраиванию заново взаимных отношений между собой. Автор отмечает, что новая парадигма этих взаимоотношений основана на том, что Суд ЕС и ЕСПЧ являются конкурентами, применяя в своей деятельности разные документы в области прав человека. Для Суда ЕС – это Хартия основных прав, для ЕСПЧ – это Конвенция. Автор исходит из того, что позиция Суда ЕС как минимум объяснима его стратегией, направленной на постепенную судебную федерализацию Европейского Союза. Этот процесс судебной федерализации ЕС подразумевает если не исключение, то минимизацию вмешательства в этот процесс со стороны ЕСПЧ, который по-прежнему мыслит и действует в международно-правовой парадигме, рассматривая ЕС как сумму 28 государств, каждое из которых продолжает нести полную ответственность за соблюдение Конвенции по вопросам, переданным ими на уровень ЕС.

→ Суд Европейского Союза; Европейский Суд по правам человека; Заключение № 2/13; Европейская Конвенция; присоединение ЕС к Конвенции

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-2-16-27

### 1. Введение

Прошло уже более трёх лет с того момента, когда Суд ЕС в своём Заключении № 2/3 от

18 декабря 2014 года<sup>1</sup> (далее – Заключение) признал проект Соглашения (далее – Проект) о присоединении Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года (далее – Европейская Конвенция) не соответствующим праву ЕС, тем самым фактически заблокировав процесс присоединения ЕС к Конвенции. За это время улеглась волна эмоций, вызванная неожиданным для многих решением Суда ЕС, а аргументы Суда, использован-

\* Исполинов Алексей Станиславович – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, Москва, Россия (e-mail: ispolinov@inbox.ru). Настоящая статья является продолжением цикла статей о процессе присоединения ЕС к Европейской Конвенции по правам человека и взаимодействию Суда ЕС и ЕСПЧ. См.: Исполинов А.С. Присоединение Европейского Союза к Европейской Конвенции по правам человека: настоящая необходимость или попытка совместить несовместимое? // Российское правосудие. 2012. № 9. С. 21–36; Исполинов А. Суд Европейского Союза против присоединения ЕС к Европейской Конвенции по правам человека (причины и следствия) // Международное правосудие. 2015. № 1 (13). С. 118–134.

<sup>1</sup> Court of Justice of the European Union (далее – CJEU). Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU. Opinion No.2/13 of 18 December 2014. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CV0002&qid=1527004022924&from=EN> (дата обращения: 07.05.2018).

ные им в Заключении, подверглись тщательному анализу<sup>2</sup>. Более того, шаги, предпринятые за это время Судом ЕС и Европейским Судом по правам человека (*далее* – ЕСПЧ), позволяют понять параметры их сосуществования в новой для себя реальности, наступившей после Заключения.

## 2. Затянувшееся присоединение

Вначале имеет смысл напомнить основные вехи обсуждаемого уже много лет процесса присоединения ЕС к Конвенции. Предполагалось, что такое присоединение решит, как минимум, несколько проблем. Во-первых, устранил практику двойных стандартов, при которой Европейский Союз требует от государств – кандидатов на вступление в ЕС быть участником Конвенции, но при этом сам остаётся вне рамок этого документа. Во-вторых, присоединение должно было максимально приблизить к стандартам ЕСПЧ практику Суда ЕС, которая начала всё более отходить от этих стандартов, особенно в вопросах предоставления убежища, выдворения незаконных иммигрантов и выдачи преступников. В-третьих, в случае участия ЕС в Конвенции под внешний контроль ЕСПЧ попадали бы акты и действия институтов ЕС (например, решения Комиссии о наложении штрафов, решения Суда ЕС), которые в отсутствие присоединения оказывались очевидным образом вне юрисдикции ЕСПЧ. В 1996 году Суд ЕС подвёл черту под первым раундом дискуссий на тему присоединения ЕС к Конвенции, заявив в Заключении № 2/94<sup>3</sup>, что действовавшие

на тот момент учредительные договоры не дают ЕС достаточной компетенции для того, чтобы присоединиться к Конвенции. По мнению Суда ЕС, такое присоединение будет возможно только после внесения соответствующих дополнений в учредительные документы ЕС.

В 2014 году всем казалось, что процесс присоединения ЕС к Европейской Конвенции наконец-то вышел на финишную прямую. В статье 6(2) Лиссабонского договора, вступившего в силу 1 декабря 2009 года, прямо указывалось, что «Союз должен присоединиться (*shall accede*) к Европейской Конвенции», однако условия такого присоединения оказались «спрятаны» в Протоколе № 8 к Договору<sup>4</sup>, и среди них основным было требование о сохранении особых характеристик Союза и его правопорядка. Проект Соглашения о присоединении был разработан в сжатые сроки, несмотря на крайне непростые переговоры, и работа над ним была завершена в июне 2013 года. Сразу же после этого Европейская комиссия (*далее* – Комиссия) обратилась в Суд ЕС с просьбой дать заключение о соответствии Проекта условиям Протокола № 8. В ходе слушаний в Суде ЕС в поддержку Проекта выступили Комиссия, Совет ЕС и Европарламент, а также 24 страны ЕС. Также, хотя и с оговорками, поддержала Проект в своём заключении Генеральный адвокат Суда ЕС Д. Кокотт<sup>5</sup>. Эйфория сменилась глубоким и нескрываемым разочарованием, когда Суд ЕС в своём Заключении признал Проект не соответствующим праву ЕС. В соответствии со статьёй 218(11) Договора о функционировании ЕС в этом случае Проект не может вступить в законную силу до тех пор, пока он не будет изменён либо не будут изменены сами учредительные договоры о ЕС.

## 3. Позиция Суда ЕС

Аргументы Суда ЕС, приведённые им в своём Заключении № 2/13, выглядят вкратце сле-

<sup>2</sup> См.: *Douglas-Scott S.* Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR // *Europarättslig tidskrift*. Årg. 5. 2016. Nr 1. S. 29–44; *Eeckhout P.* Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky? // *Fordham International Law Journal*. Vol. 38. 2015. No. 4. P. 955–992; *Halberstam D.* “It’s the Autonomy, Stupid!”: A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward // *German Law Journal*. Vol. 16. 2015. No. 1. P. 105–146; *Peers S.* The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare // *German Law Journal*. Vol. 16. 2015. No. 1. P. 213–222; *De Witte B., Imanovic S.* Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order Against a Foreign Human Rights Court // *European Law Review*. Vol. 40. 2015. No. 5. P. 683–705; *Энтин К.* Присоединение Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: анализ Заключения Суда ЕС 2/13 // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 3 (106). С. 83–91.

<sup>3</sup> European Court of Justice (*далее* – ECJ). Opinion pursuant to Article 228 of the EC Treaty. Opinion No. 2/94 of 28 March 1996 // *European Court Reports (далее – ECR)*. 1996. I-01759.

<sup>4</sup> Protocol No. 8 relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 26 October 2012.

<sup>5</sup> View of Advocate General Kokott delivered on 13 June 2014. Opinion procedure No. 2/13. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160929&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=238784> (дата обращения: 07.05.2018).

дующим образом. Во-первых, автономный характер правопорядка ЕС требует, чтобы толкование основных прав человека осуществлялось исключительно в рамках институциональной структуры самого Союза. В случае присоединения ЕС к Европейской Конвенции эта Конвенция войдёт в правопорядок ЕС, где учредительные договоры ЕС обладают абсолютным приоритетом перед всеми международными договорами, включая Устав ООН, а сама Конвенция как международный договор с участием ЕС в иерархии источников права ЕС находилась бы ниже, чем учредительные договоры и Хартия основных прав ЕС<sup>6</sup>. Более того, в этом случае вошедшую в правопорядок ЕС Европейскую Конвенцию толковать по вопросам права ЕС мог бы только Суд ЕС, но никак не ЕСПЧ.

Во-вторых, Суд ЕС посчитал, что присоединение к Конвенции создаст угрозу для принципа взаимного доверия, одному из общих принципов права ЕС, которые образуют каркас правопорядка ЕС. Наиболее активно этот принцип применяется в Пространстве свободы, безопасности и правосудия (*Area of freedom, security and justice*), а это вопросы сотрудничества органов полиции и судов в уголовно-правовой сфере, вопросы пограничного контроля, визовой политики, иммиграции и предоставления убежища, а также сотрудничество судов в гражданско-правовой области в части признания и исполнения судебных решений. Этот принцип подразумевает, что национальные суды стран ЕС при исполнении ими распоряжений, приказов, ордеров и решений, принятых судами или уполномоченными органами другой страны ЕС, должны исходить из презумпции, что это другое государство должным образом соблюдает права человека. Именно этот принцип лежит в основе норм ЕС о высылке незаконных мигрантов и о предоставлении убежища, а также является краеугольным камнем порядка исполнения Европейского ордера на арест<sup>7</sup>. Такой подход самым решительным

образом расходится с широко известной позицией ЕСПЧ, который считает, что государство, осуществляющее экстрадицию, должно самостоятельно проверить практику соблюдения прав человека в другом государстве, и лишь убедившись, что права передаваемого лица не будут нарушены, передавать (высылать) задержанного. В противном случае ЕСПЧ будет расценивать это как нарушение статьи 3 Европейской Конвенции.

В-третьих, камнем преткновения для Суда ЕС стал вопрос о судебном контроле за актами ЕС, принимаемыми в сфере общей внешней политики и безопасности. В соответствии с учредительными договорами компетенция Суда ЕС не распространяется на акты, принимаемые в этой сфере. Однако присоединение ЕС к Конвенции привело бы к тому, что эти акты стало бы возможным обжаловать в ЕСПЧ, что прямо противоречило одной из ключевых идей этого проекта об исключении любой возможности обойти Суд ЕС и обратиться в ЕСПЧ напрямую с просьбой оценить соответствие акта ЕС Конвенции без предварительного решения Суда ЕС по этому поводу.

В-четвёртых, ещё одну угрозу со стороны Проекта Суд ЕС видит для существующего в ЕС механизма преюдициальных заключений, в рамках которого любой национальный суд вправе запросить мнение Суда ЕС о толковании норм права ЕС, применимых при разрешении спора. Однако в соответствии с Протоколом № 16 к Европейской Конвенции<sup>8</sup> высшие суды государств будут иметь право запросить заключение ЕСПЧ по вопросам применения Конвенции (которая, как было сказано выше, должна стать составной частью автономного правопорядка ЕС). Несмотря на то что этот Протокол ещё не вступил в силу, а эффективность таких заключений ЕСПЧ уже сейчас вызывает вопросы<sup>9</sup>, этого оказалось достаточно для Суда ЕС, чтобы допустить существование чисто гипотетической (на дан-

<sup>6</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union // Official Journal of the European Union (далее – OJ). С. 303. 14.12.2007. P.1–16.

<sup>7</sup> Правила Европейского ордера на арест предусматривают упрощённую процедуру передачи задержанного (арестованного) лица в ту страну ЕС, чей суд выдал ордер на арест. Этот ордер действует на территории всех стран ЕС. Эти правила заменили собой основанную на нормах международного права процедуру выдачи преступников из одной страны в другую.

См.: Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States // OJ. L 190. 18.07.2002. P.1–20.

<sup>8</sup> Protocol no. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Adopted 2 October 2013, Strasbourg.

<sup>9</sup> См.: *Легтярев К., О'Мара Н.* «Консультативные заключения 2»: реформирование компетенции Европейского Суда по правам человека по вынесению консультативных заключений // *Международное правосудие*. 2014. № 2(10) С. 71–85.

ный момент) конкуренции со стороны ЕСПЧ в этом вопросе. По весьма категоричному мнению Суда ЕС, адресатом таких запросов национальных судов в случае присоединения ЕС к Конвенции может и должен быть только сам Суд ЕС, а не ЕСПЧ.

В-пятых, Проект угрожает исключительной юрисдикции Суда ЕС в отношении споров между входящими в ЕС государствами. Учредительные договоры о создании ЕС содержат требование к государствам-членам не передавать споры в отношении применения права ЕС в другие международные суды. Более того, начиная с решения по делу *MOX Plant*, Суд ЕС потратил немало сил для того, чтобы государства серьёзно восприняли это положение<sup>10</sup>. Если же в результате присоединения Европейская Конвенция станет частью правового порядка ЕС, то только Суд ЕС должен иметь право рассматривать споры между государствами ЕС в отношении применения Конвенции. При этом сама Конвенция предусматривает возможность разрешения именно таких межгосударственных споров с помощью ЕСПЧ. Пункт 213 Заключения не допускает каких-либо сомнений по этому поводу: «Только очевидное исключение юрисдикции ЕСПЧ в отношении споров между государствами ЕС или между государствами ЕС и

институтами ЕС в отношении применения Конвенции в сфере права ЕС будет совместимо с требованием об исключительной юрисдикции Суда ЕС».

#### 4. Оценки Заключения академическим сообществом

Объективное восприятие Заключения № 2/13 и использованных в нём аргументов Суда ЕС было в значительной степени затруднено тем обстоятельством, что для большинства представителей академического сообщества, равно как и для широкой публики в целом, вопрос о присоединении ЕС к Конвенции казался практически решённым и требующим лишь некоторого правового оформления. В основе этого убеждения лежало сочетание, с одной стороны, буквального восприятия положения Лиссабонского договора о том, что ЕС «обязан присоединиться» к Конвенции, а с другой стороны, определённого игнорирования и недооценки очевидно сложных комплексных правовых проблем, связанных с достижением целей, поставленных Протоколом № 8. Всё это привело к завышенным ожиданиям неминуемого и скорого присоединения, которое в итоге сменилось весьма сильным разочарованием («мечта, ставшая кошмаром», по словам одного из авторов)<sup>11</sup>.

Неудивительно, что первоначальные оценки Заключения Суда ЕС оказались густо окрашены эмоциями. Большинство комментаторов открыто обвиняли Суд ЕС в чрезмерно формалистском подходе, вызванном желанием в первую очередь защитить свои полномочия<sup>12</sup>. Само Заключение характеризовалось как «гигантский шаг назад»<sup>13</sup>, «фундаментально ошибочное»<sup>14</sup> и даже как «очевидная и видимая угроза правам человека»<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> См.: ECJ. Case C-459/03. *Commission of the European Communities v. Ireland* [GC]. Judgment of 30 May 2006 // ECR. 2006. I-4635. Решение Суда ЕС касалось спора, возникшего в 2001 году между Великобританией и Ирландией, которая требовала раскрытия информации об уровне и причинах радиоактивного загрязнения в районе действия завода *MOX* на английском побережье Ирландского моря. После отказа Великобритании предоставить эту информацию Ирландия инициировала сразу 2 арбитражных разбирательства, один в арбитраже *ad hoc* в рамках Конвенции 1992 года по защите морской окружающей среды в Северо-Восточной Атлантике (Конвенция OSPAR) и второй в арбитраже ППТС на основании Конвенции ООН по морскому праву 1982 года. Это вынудило Европейскую комиссию обратиться в Суд ЕС с иском против Ирландии, усмотрев в её действиях нарушение статьи 292 Договора о ЕС (сейчас статья 344 ДФЕС), которая устанавливает исключительную юрисдикцию Суда ЕС в спорах между государствами — членами ЕС по вопросам права ЕС. Суд ЕС в своём решении установил, что только он имеет исключительную юрисдикцию по вопросам применения и толковании права ЕС, включая те нормы международного права, которые стали частью правового порядка ЕС (как, например, Конвенция 1982 года по морскому праву). Арбитраж в рамках Конвенции OSPAR не усмотрел в действиях Великобритании нарушения норм Конвенции, а арбитраж в рамках ППТС прекратил производство по делу после того, как Ирландия отозвала свой иск, имея на руках решение Суда ЕС по этому делу. Более подробно см.: *Lavranos N.* The Epilogue in the *MOX Plant Dispute*: An End Without Findings // *European Energy and Environmental Law Review*. Vol. 18. 2009. No. 3. С. 180—184.

<sup>11</sup> См.: *Peers S.* The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare.

<sup>12</sup> См.: Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR — a "NO" from the ECJ! // *Common Market Law Review*. Vol. 52. 2015. No. 1. P. 1—16.

<sup>13</sup> *Odermatt J.* A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU's Accession to the European Convention on Human Rights. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2654633](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2654633) (дата обращения: 07.05.2018).

<sup>14</sup> *Peers S.* The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare. P.213.

<sup>15</sup> *Peers S.* The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection. URL: <http://eulawanalysis.blogspot.ru/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (дата обращения: 07.05.2018).

Немногочисленные голоса тех, кто призывал к взвешенному подходу в оценке Заключения<sup>16</sup>, просто утонули в гуде критики.

В свою очередь, автор настоящей статьи убеждён, что аргументы Суда ЕС заслуживают более взвешенного подхода и солидарен с мнением П. Экхаута, который отметил, что Заключение показало радикально разное прочтение Судом ЕС и государствами — членами ЕС упомянутого выше положения статьи 6(2) Лиссабонского договора<sup>17</sup>. Если для государств и для Европейской комиссии главной казалась обязанность присоединиться к Конвенции, то для Суда приоритетом стала обязанность сохранить особенности правового порядка ЕС, в первую очередь его автономию (Ш. Дуглас-Скотт даже посчитала, что Суд ЕС в Заключении использовал слово «автономия» 17 раз<sup>18</sup>).

По мнению автора данной статьи, который никогда не скрывал своего скептического отношения к перспективам как Проекта, так и присоединения ЕС к Конвенции в целом, Заключение Суда ЕС нельзя рассматривать как некий единичный или случайный инцидент. Напротив, оно представляет собой вполне логичный результат развития Судом ЕС своей доктрины автономии правового порядка ЕС. Достаточно сказать, что в рамках этой доктрины Суд ЕС и ЕСПЧ представляются двумя принципиально различными судами, действующими в совершенно разных правовых порядках. С одной стороны, ЕСПЧ — международный суд, основной задачей которого является контроль за исполнением государств — участниками Конвенции своих обязательств и который имеет исключительную компетенцию по толкованию положений Конвенции. С другой стороны, Суд ЕС представляет собой суд региональной интеграции, основной задачей которого является контроль за актами институтов ЕС, среди которых важное место занимают нормативные акты общего применения, напрямую действующие в национальном правовом порядке стран — членов ЕС и применяемые всеми субъектами национального права, а также национальными судами. Для успешного функционирования правового порядка ЕС на Суд ЕС возложена обязанность обеспечения

его целостности и эффективности. В соответствии с известной и получившей признание практикой Суда ЕС правовой порядок ЕС является полностью автономным и в нём провозглашён приоритет любых нормативных актов ЕС над нормами национального права государств-членов (включая национальные конституции), а учредительные договоры и Хартия основных прав ЕС обладают приоритетом над любыми международными договорами. При этом защита прав человека хотя и является одним из основных принципов прав человека, сам Суд ЕС никогда не считал себя судом по правам человека, с чем соглашались и судьи ЕСПЧ. Так, бывший президент ЕСПЧ Д. Шпильман признавал, что в судебной архитектуре ЕС защита прав человека осуществляется ровно до тех пор, пока это не подрывает единство и эффективность права Союза<sup>19</sup>.

В том, что касается юрисдикции Суда ЕС, то при ближайшем рассмотрении его опасения по поводу ЕСПЧ также не выглядят беспочвенными. С одной стороны, Суд ЕС стремится показать и доказать, что уровень защиты основных прав человека в ЕС если не выше, то, как минимум, эффективнее, чем в рамках Европейской Конвенции. В пользу такого вывода говорит и наличие в ЕС современного, всестороннего и юридически обязательного билля о правах в виде Хартии основных прав, которая, в отличие от Европейской Конвенции, содержит не только гражданские и политические права, но и социально-экономические и культурные права, идя в этом отношении дальше, чем любые другие документы о правах человека. Конвенция рассматривается лишь как минимум, ниже которого не должен опускаться уровень защиты, предлагаемый Хартией основных прав<sup>20</sup>. Этим снимается один из самых старых аргументов сторонников присоединения ЕС к Конвенции, которые упрекали Суд ЕС в том, что он занимается в основном экономическими спорами, а сам Европейский Союз не имеет собствен-

<sup>16</sup> См.: Halberstam D. Op. cit. P.105.

<sup>17</sup> См.: Eeckhout P. Op. cit. P.989.

<sup>18</sup> См.: Douglas-Scott S. Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR. P.36

<sup>19</sup> См.: Spielmann D. The Judicial Dialogue between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights or How to Remain Good Neighbors after the Opinion 2/13 // FRAME Magazine. 2017. 29 March. URL: <http://www.fp7-frame.eu/blog/2017/03/29/judicial-dialogue/> (дата обращения: 07.05.2018).

<sup>20</sup> См.: Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights. Adopted on 14 December 2007 // OJ. C 303. 14.12.2007. P.17–35.

ного билля о правах<sup>21</sup>. Более того, уже начали раздаваться призывы о том, чтобы пересмотреть традиционно трепетно-сакральное отношение к Конвенции как к самому авторитетному европейскому документу о правах человека именно с учётом того, что Хартия предлагает более высокий уровень защиты прав человека<sup>22</sup>.

Кроме того, Суд ЕС обладает такими характеристиками, о которых только мечтает ЕСПЧ, а именно уже упомянутой выше преюдициальной юрисдикцией, при которой заключения Суда ЕС де-факто являются обязательными для исполнения всеми национальными судами всех стран Европейского Союза. В свою очередь, разработанная Судом ЕС доктрина прямого эффекта<sup>23</sup> позволяет национальным судам напрямую применять положения Хартии в случае их противоречия нормам национального права либо не применять нормы национального права совсем.

Необходимо отметить, что буквально на наших глазах произошло резкое расширение юрисдикции Суда ЕС после вступления в силу Лиссабонского договора. Теперь Суд ЕС вправе рассматривать вопросы, которые ранее находились в рамках так называемой «третьей опоры» (упомянутое выше Пространство свободы, безопасности и законности). Наряду с принятием Хартии основных прав ЕС эти изменения в значительной степе-

ни обесценили ещё один аргумент сторонников присоединения ЕС к Конвенции и внешнего контроля за актами и действиями ЕС со стороны ЕСПЧ.

Стоит упомянуть известную негативную позицию Суда ЕС о возможности толкования права ЕС другими международными судами. Так, Суд ЕС фактически запретил ЕС участвовать в создании двух международных Судов — Суда Единого экономического пространства<sup>24</sup> и Европейского патентного суда<sup>25</sup>. В обоих случаях Суд ЕС посчитал создание этих судов не соответствующими праву ЕС. Кроме того, смелый, зачастую непредсказуемый и недостаточно аргументированный подход ЕСПЧ к толкованию Конвенции также не способствовал появлению энтузиазма со стороны Суда ЕС в ходе его работы над Заключением.

## 5. Будущее процесса присоединения

Крайне неопределённым после Заключения Суда ЕС остаётся развитие ситуации с присоединением ЕС к Конвенции, несмотря на заявление, сделанное 19 апреля 2016 года президентом Европейской комиссии Ж.-К. Юнкером, о том, что присоединение к Конвенции остаётся политическим приоритетом для ЕС<sup>26</sup>. Если говорить о возобновлении процесса присоединения ЕС к Конвенции, лишь очень немногие верят, что в настоящее время это возможно и достижимо, призывая государства проявить «инновационное правовое мышление» и «правовую гениальность», чтобы новый вариант Проекта соглашения о присоединении удовлетворил Суд ЕС<sup>27</sup>.

По мнению Л. Бусселинка, дальнейшие переговоры с целью изменения Проекта с учётом Заключения Суда невозможны. Поэтому, согласно его точке зрения, единственной возможностью выполнить обязательство

<sup>21</sup> См.: *Douglas-Scott S. A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis* // *Common Market Law Review*. Vol. 43. 2006. No. 3. P. 629–665, 645.

<sup>22</sup> См.: *Williams A. The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: Confronting a Heresy* // *The European Journal of International Law*. Vol. 24. 2013. No. 4. P. 1157–1185.

<sup>23</sup> Несмотря на то что в отечественной литературе при анализе доктрины прямого эффекта используется также термин «прямое действие (применение)», автор придерживается мнения, согласно которому следует различать прямое применение (действие) (*direct applicability*) и прямой эффект (*direct effect*). Под *прямым действием* следует понимать использование нормы права ЕС субъектами национальных правопорядков государств — членов ЕС непосредственно, без издания какого-либо акта на национальном уровне в обычных правоотношениях. Прямым действием, например, обладают регламенты, которые действуют на территории государств — членов ЕС непосредственно. Под *прямым эффектом* следует понимать возможность частных лиц использовать и ссылаться даже на не адресованные им нормы права ЕС (например, положения учредительных договоров) в ходе судебных разбирательств в национальных судах и право национальных судов в этом случае разрешать такие споры именно на основе нормы права ЕС, имеющей прямой эффект. Более подробно по этому поводу см.: *Winter J. A. Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law* // *Common Market Law Review*. Vol. 9. 1972. No. 4. P. 425–438, 425.

<sup>24</sup> См.: *ECJ. Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228(1) of the Treaty. Opinion No. 1/91 of 14 December 1991* // *ECR*. 1991. I-06079.

<sup>25</sup> См.: *CJEU. Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU. Opinion No. 1/09 of 8 March 2011* // *OJ*. C 211. 16.07.2011. P. 2–3.

<sup>26</sup> См.: *Institutions start discussing way forward after ECHR setback*. URL: <http://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/institutions-start-discussing-way-forward-after-echr-setback/> (дата обращения: 07.05.2018).

<sup>27</sup> См.: *Tacik P. After the Dust Has Settled: How to Construct the New Accession Agreement after Opinion 2/13 of the CJEU* // *German Law Journal*. Vol. 18. 2017. No. 4. P. 919–967.

о присоединении к Конвенции остаётся подписание государствами ЕС специального протокола, где провозглашалось бы, что ЕС должен присоединиться к Конвенции, несмотря на Протокол № 8 и Заключение Суда ЕС<sup>28</sup>. Стоит, однако, отметить, что этого будет недостаточно. Необходимо будет изменить компетенцию Суда ЕС, лишив его права рассматривать вопросы соответствия международных договоров праву ЕС. В противном случае Суд может снова торпедировать проект, используя на этот раз свои общие полномочия. И если внести изменения в Лиссабонский договор в части Протокола № 8 сложно, но всё-таки возможно, то попытки изменения компетенции Суда ЕС, скорее всего, будут обречены на провал, если принять во внимание отмечаемую исследователями Суда ЕС «ловушку единогласия»<sup>29</sup>, когда любые действия по изменению компетенции Суда ЕС должны быть приняты единогласно всеми государствами — членами ЕС. Предпринимаемые в разное время Англией и Францией попытки в этом направлении каждый раз наткнулись на упорное сопротивление малых западноевропейских стран, для которых Суд ЕС является надёжной защитой как от больших стран ЕС, так и от диктатуры большинства в ЕС.

Большинство комментаторов исходят из того, что в ближайшее время новый виток обсуждений проекта Соглашения, который учитывал бы позиции Суда ЕС, вряд ли возможен, а сама реалистичность присоединения в этих условиях поставлена под сомнение<sup>30</sup>. В обоснование этого вывода приводится тезис о том, что условия, выдвинутые Судом ЕС в своём Заключении, будут чрезвычайно сложно исполнить с юридической и политической точек зрения<sup>31</sup>. Кроме того, авторы отмечают очевидное нежелание стран Совета Европы, не входящих в ЕС, идти на новые уступки и компромиссы, лишь подчёркивающие исключительный статус ЕС в отличие от статуса го-

сударств — участников Конвенции<sup>32</sup>. Для тех государств — членов Совета Европы, которые не входят в ЕС, в первую очередь для Турции, Швейцарии и России, согласие с условиями Суда ЕС будет означать легализацию заведомо дискриминационного отношения к себе, некоей своей «второсортности», что самым серьёзным образом скажется на легитимности и эффективности европейской системы защиты прав человека, равно как и на авторитете ЕСПЧ и восприятию его решений. Более того, не исключено, что именно такая реакция стран, не входящих в ЕС, и предполагалась Судом ЕС, который на самом деле хотел не изменить Проект, а сделать присоединение ЕС к Конвенции нереализуемым на практике.

Ряд исследователей занимают ещё более категоричную позицию, утверждая, что сегодня уже исчезла какая-либо необходимость продолжать настаивать на присоединении ЕС к Конвенции, так как позиция Суда ЕС полностью исключает именно то, ради чего такое присоединение и затевалось, а именно внешний контроль ЕСПЧ за действиями и актами ЕС<sup>33</sup>. Именно поэтому следует категорично возражать против присоединения ЕС к Конвенции на условиях, выдвинутых Судом ЕС<sup>34</sup>.

## 6. Новая реальность для ЕСПЧ и поиск новой парадигмы

Из всех заинтересованных сторон, принимавших участие в обсуждении присоединения ЕС к Европейской Конвенции, именно ЕСПЧ оказался в самом двусмысленном и непросто положении после Заключения № 2/13. Вместо ожидавшегося и казавшегося неминуемым распространения своей юрисдикции на все действия институтов ЕС, включая решения Суда ЕС, ЕСПЧ вдруг оказался перед необходимостью достаточно быстро сформулировать своё отношение к новой для себя реальности, в которой Суд ЕС из привычного партнёра по судебному диалогу превратился в бросившего вызов грозного соперника.

Если говорить о ситуации до Заключения № 2/13, необходимо отметить, что ЕСПЧ уже очень давно сформулировал для себя прин-

<sup>28</sup> См.: *Besselink L.* Accessing to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13. URL: <http://www.verfassungsblog.de/en/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213> (дата обращения: 07.05.2018).

<sup>29</sup> *Alter K.* The European Court's Political Power: Selected Essays. Oxford: Oxford University Press, 2014. P. 152.

<sup>30</sup> См.: *Lock T.* The Future of the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable? // *European Constitutional Law Review*. Vol. 11. 2015. No. 2. P. 239–273, 271–272.

<sup>31</sup> См.: *Eeckhout P.* Op. cit. P. 989.

<sup>32</sup> См.: *Douglas-Scott S.* Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR. P. 42. См.: *Ibid.* P. 43.

<sup>34</sup> См.: *Peers S.* The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare. P. 222.

ципиальную возможность косвенного внешнего надзора за актами и действиями институтов Европейского Союза через признание своей юрисдикции в отношении актов государств — членов ЕС, принятых во исполнение своих обязательств по праву ЕС (даже несмотря на то, что Европейский Союз не является стороной Конвенции). Такой контроль возможен в том числе и над нормами первичного права ЕС, где ответственность несут совместно все государства — члены ЕС, подписавшие учредительные договоры. Наиболее полно позиция ЕСПЧ изложена в известном решении по делу *Bosphorus Airways*<sup>35</sup>, в котором ЕСПЧ подтвердил возможность для государств передавать часть своих суверенных полномочий международным организациям при сохранении за государствами ответственности по Конвенции за свои действия, предпринятые в результате участия в данной международной организации. Такая ответственность наступает для государств даже в том случае, если сама международная организация не является участником Европейской Конвенции, как, например, Европейский Союз. В случае ЕС это означает, что пока за рамками такого контроля остаются решения институтов ЕС (включая решения Суда ЕС), однако выработанный подход в принципе позволяет ЕСПЧ прийти к выводу о возможной совместной ответственности государств — членов ЕС за действия и акты институтов ЕС.

Тем не менее до появления Заключения Суда ЕС № 2/13 ЕСПЧ исходил из того, что ЕС рано или поздно присоединится к Европейской Конвенции. Держа это в уме, ЕСПЧ практически всегда отказывал частным заявителям в жалобах на действия государств ЕС в рамках их обязательств по праву ЕС. При этом ЕСПЧ исходил из разработанной им презумпции эквивалентности системы защиты прав в ЕС той защите, которая предоставляется Европейской Конвенцией. Однако сам ЕСПЧ при каждом удобном случае подчёркивал, что эта презумпция эквивалентности не является раз и навсегда устоявшимся фактом или индольгенцией и должна быть предметом рассмотрения ЕСПЧ при любых изменениях в системе защиты прав человека в ЕС. Кроме

того, ЕСПЧ считает, что он имеет право в любой момент при рассмотрении конкретного дела отказаться от этой презумпции, если сочтёт, что защита прав человека в ЕС в конкретном деле была очевидно недостаточной, как это было в получившем широкую известность деле *M.S.S. v. Belgium and Greece*<sup>36</sup>.

Несостоявшееся присоединение ЕС к Конвенции стало сильным ударом для ЕСПЧ, реакция которого последовала незамедлительно. Президент ЕСПЧ Д. Шпильман в представленном в конце января 2015 года отчёте за 2014 год назвал Заключение Суда ЕС «большим разочарованием», отметив, что именно на ЕСПЧ теперь лежит особая ответственность сделать всё возможное, чтобы защитить граждан от негативных последствий этого шага Суда ЕС<sup>37</sup>.

Исследователи указывают, что после отрицательного Заключения Суда ЕС у ЕСПЧ было три варианта возможных действий в отношении жалоб заявителей на действия ЕС<sup>38</sup>. В первом случае ЕСПЧ применяет свою презумпцию эквивалентной защиты прав человека в ЕС так, как будто ничего не случилось. Второй вариант исходит из предположения, что ЕСПЧ решит полностью отказаться от этой презумпции. В рамках третьей опции ЕСПЧ продолжает применять презумпцию

<sup>36</sup> ECtHR. *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC]. Application no. 30696/09. Judgment of 21 January 2011. В этом деле ЕСПЧ рассмотрел жалобу афганца, который обратился к бельгийским властям с просьбой о предоставлении убежища. Бельгийские власти, действуя в соответствии с так называемым Дублинским Регламентом № 343/2003 от 18 февраля 2003 года [OJ. L 50. 25.02.2003. P. 1–10], который регулирует вопросы предоставления убежища и депортации незаконных мигрантов, выслали его в Грецию, страну, через которую заявитель въехал на территорию Европейского Союза. В Греции заявитель дважды задерживался полицией и находился во время задержания в исключительно тяжелых и унижающих достоинство условиях. В конце концов он оказался выброшен на улицу без какой-либо помощи со стороны греческих властей, и лишь вмешательство ЕСПЧ предотвратило его выдворение в Турцию. Масштаб и серьезность нарушений стандартов Конвенции при депортации в этом случае заставили ЕСПЧ отказаться от презумпции эквивалентности и рассмотреть дело по существу, признав ответственность как Греции, так и Бельгии за нарушение статьи 3 Конвенции. ЕСПЧ фактически упрекнул Суд ЕС в бездействии в отношении вопиющих вопросов применения Дублинского Регламента и потребовал отменить принятую в ЕС систему «слепого взаимного доверия».

<sup>37</sup> См.: ECtHR. Annual Report, 2014. Provisional Version. Strasbourg, 2015. P. 6. URL: [http://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_Report\\_2014\\_ENG](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG) (дата обращения: 07.05.2018).

<sup>38</sup> См.: *Glas L. R., Krommendijk J.* From Opinion 2/13 to Avotipış: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts? // Human Rights Law Review. Vol. 17. 2017. No. 3. P. 567–587, 578.

<sup>35</sup> European Court of Human Rights (далее — ECtHR). *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC]. Application no. 45036/98. Judgment of 30 June 2005.



эквивалентности, но в гораздо более строгом варианте. Первое же решение по доктрине эквивалентности, принятое ЕСПЧ после Заключения № 2/13, показало, что Суд выбрал именно третий вариант.

В решении по делу *Avotiņš v. Latvia*<sup>39</sup> ЕСПЧ рассматривал вопрос о соответствии стандартам ЕСПЧ правомерности, процедуры взаимного признания и исполнения судами стран ЕС судебных решений по гражданским делам, вынесенных в других странах ЕС. Эта процедура установлена отдельным нормативным актом ЕС и требует от национальных судов автоматического исполнения таких решений<sup>40</sup>. ЕСПЧ, ещё раз обобщив свои рассуждения о презумпции эквивалентности в целом и её применении к принципу взаимного доверия в ЕС в частности (при этом ссылаясь и на Заключение Суда ЕС № 2/13), заявил в этом решении, что именно в сфере признания решений по гражданским делам защита прав человека в ЕС является очевидно недостаточной (*manifestly deficient*). Отдавая должное важности принципа взаимного доверия и взаимного признания для успеха интеграционных процессов, ЕСПЧ тем не менее вновь подчеркнул, что выступает против слепого доверия и что национальный судья, исполняющий судебное решение, не должен воздерживаться от исследования вопросов нарушения прав человека в этом деле лишь на том основании, что он применяет право ЕС. Интересно, что при этом ЕСПЧ не заявил об отказе признать презумпцию эквивалентности в данном деле и не стал рассматривать жалобу по существу. Тем не менее ЕСПЧ в этом решении открыто упомянул Заключение Суда ЕС № 2/13 в контексте риска возникновения конфликта между двумя судами<sup>41</sup>. Можно согласиться с мнением комментаторов о том, что ЕСПЧ в этом решении подошёл максимально близко к той черте, за которой следует демонстративный отказ от презумпции эквивалентности<sup>42</sup>. Причина такого

подхода ЕСПЧ также очевидна — это желание повлиять на Суд ЕС и побудить его смягчить жёсткий подход к применению принципа взаимного доверия национальными судами.

## 7. Изменение подхода Суда ЕС в отношении Европейской Конвенции по правам человека

Говоря о позиции Суда ЕС, интересно отметить, что начиная с 1970-х годов Суд ЕС при формировании своей практики по правам человека стал активно использовать положения Европейской Конвенции по правам человека в качестве «источника вдохновения» и для повышения убедительности и легитимности своих решений. Сославшись впервые в 1975 году в решении по делу *Руттили (Rutili)*<sup>43</sup> на Европейскую Конвенцию как на «основные начала, которым надлежит следовать в рамках права Сообществ», Суд ЕС сделал в дальнейшем такого рода ссылки своей рутинной практикой<sup>44</sup>. Ряд авторов даже считают это время (до 2009 года) «золотыми годами сотрудничества и взаимодействия» двух судов<sup>45</sup>.

Однако Суд ЕС стал значительно реже обращать внимание и ссылаться на Конвенцию и на решения ЕСПЧ после того, как в 2009 году Хартия основных прав ЕС стала обязательной и приобрела силу учредительных договоров, а сам Суд ЕС получил исключительное право толковать Хартию. Для Суда ЕС, таким образом, исчезла практическая необходимость использовать ссылки на Европейскую Конвенцию в условиях, когда у Суда ЕС появился свой собственный билль о правах в виде Хартии, использование которой Судом ЕС во всё более широких масштабах становится очевидным. Ряд авторов называют эту отчётливо проявившуюся тенденцию в практике Суда ЕС «растущим “хартия-центризм” Суда ЕС»<sup>46</sup>. Такая смена ориентиров Суда ЕС подтверждается следующими

<sup>39</sup> ECtHR. *Avotiņš v. Latvia* [GC]. Application no. 17502/07. Merits and Just Satisfaction. 26 May 2016.

<sup>40</sup> См.: Council Regulation No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters // OJ. L 12. 16.01.2001. P. 1–23.

<sup>41</sup> См.: Ibid. §114.

<sup>42</sup> См.: *Glas L.R., Krommendijk J.* Op. cit. P.586. См. также: *Gragl P.* An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosporus and Reaction to Opinion 2/13 in the *Avotiņš* Case // European Con-

stitutional Law Review. Vol. 13. 2017. No. 3. P.551–567, 566–567.

<sup>43</sup> ECJ. *Roland Rutili v. Ministre de l'intérieur*. Case 36/75. Judgment of 28 October 1975.

<sup>44</sup> В промежутке между 1975 и 1998 годами Суд ЕС процитировал Конвенцию более чем в 70 своих решениях. См.: *Douglas-Scott S.* A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis. P.645.

<sup>45</sup> См.: *Eeckhout P.* Op. cit. P.990.

<sup>46</sup> *Glas L.R., Krommendijk J.* Op. cit. P.573.

цифрами. В 2009–2012 годах Суд ЕС сослался или применил нормы Хартии в 122 своих решениях, в 27 из них проделав детальный анализ различных положений Хартии. Из этих 27 решений практика ЕСПЧ была использована Судом ЕС только в десяти. Во всех остальных решениях Суд ЕС если и делал ссылку на практику ЕСПЧ, то крайне формально и буквально «мимоходом»<sup>47</sup>.

Кроме того, за три года, прошедшие с момента появления Заключения № 2/13, Суд ЕС показал, что он не намерен менять своего мнения и что сохранение автономии правопорядка ЕС является для него абсолютным приоритетом. Тем не менее в недавних решениях Суд ЕС показал, что он готов до некоторой степени примирить свой подход к принципу взаимного доверия с реальностью. Рассматривая в своём решении от 5 апреля 2016 года по объединённым делам *Aranyosi u Căldăraru*<sup>48</sup> запрос немецкого суда об исполнении ордеров на арест, выданных судами Румынии и Венгрии и о выдаче задержанных в эти страны, Суд ЕС заявил, что исполняющий судья может отложить исполнение ордера на арест, выданного в другой стране ЕС, в том случае, если он придёт к выводу, что защита прав человека в стране, выдавшей ордер, является «очевидно недостаточной». Нет никаких сомнений, что, вынося это решение, Суд ЕС держал в уме пилотные постановления ЕСПЧ в отношении двух государств — членов ЕС — Болгарии, где ЕСПЧ нашёл системные нарушения в работе тюремной системы<sup>49</sup>, и Венгрии, где структурные проблемы были выявлены в организации мест содержания задержанных<sup>50</sup>.

Одновременно Суд старается минимизировать эффект статьи 52(2) Хартии основных прав (на которую в своё время возлагалась большая надежда), которая требует, чтобы

значение и объём прав, предоставляемых Хартией, были равны аналогичным правам и свободам, закреплённым в Конвенции. В одном из своих недавних решений Суд ЕС заявил, что, по его мнению, статья 52(2) Хартии имеет своей целью обеспечить соответствие прав, предоставляемых Хартией, и прав, гарантированных Конвенцией, но только при условии отсутствия негативного эффекта для автономии правопорядка ЕС и для Суда ЕС<sup>51</sup>.

Суд ЕС также опроверг ожидания того, что критика Заключения № 2/13 со стороны академического сообщества вынудит его как-то смягчить позицию. В своём решении от 6 марта 2018 года по делу *Achmea*<sup>52</sup> Суд ЕС предельно откровенно и жёстко заявил, что любая попытка создания суда, который находится вне судебной системы ЕС и который даже теоретически сможет выносить решения по вопросам, входящим в сферу права ЕС, будет противоречить праву ЕС. Более того, можно также отметить, что спустя три года после принятия Заключения № 2/13 Суд ЕС де-факто начал распространять свою юрисдикцию и на вопросы, касающиеся общей внешней политики и безопасности. В своём решении по делу *Rosneft*<sup>53</sup> Суд ЕС заявил, что соответствующие положения учредительных договоров, взятые в совокупности со статьёй 47 Хартии основных прав ЕС, гарантирующей право на справедливое судебное разбирательство, должны быть истолкованы как наделяющие Суд ЕС компетенцией выдавать преюдициальные заключения в отношении актов, принятых в рамках общей внешней политики и безопасности. Как уже отмечалось выше, именно отсутствие своей юрисдикции в этой сфере выделялось Судом ЕС в Заключении № 2/13 в качестве одного из аргументов против присоединения к Конвенции. Сейчас этот аргумент начал терять свою актуальность, но это несколько не смягчает позицию Суда ЕС по отношению к международным судам, не входящим в систему судов Европейского Союза.

Можно согласиться с мнением одного из комментаторов, предположившего, что ра-

<sup>47</sup> См.: Lehtinen E. The European Court of Justice and European Court of Human Rights: A Complex Interaction and Coexistence between the Two Courts // Workshop on the ECHR Tampere 2015. URL: <https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2016/03/07/lehtinen/> (дата обращения: 07.05.2018).

<sup>48</sup> CJEU. *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v. Generalstaatsanwaltschaft Bremen* [GC]. Joined Cases nos. C-404/15 and C-659/15. Judgment of 5 April 2016.

<sup>49</sup> См.: ECtHR. *Neshkov and Others v. Bulgaria*. Applications nos. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 and 9717/13. Judgment of 27 January 2015.

<sup>50</sup> См.: ECtHR. *Varga and Others v. Hungary*. Application nos. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, and 64586/13. Judgment of 10 March 2015.

<sup>51</sup> См.: CJEU. *JZ v. Prokuratura Rejonowa Łódź – Śródmieście*. Case C-294/16. Judgment of 28 July 2016. §50.

<sup>52</sup> CJEU. *Slovakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV*. Case C-284/16. Judgment of 6 March 2018.

<sup>53</sup> CJEU. *PJSC Rosneft Oil Company v. Her Majesty's Treasury and Others*. Case C-72/15. Judgment of 28 March 2017.

ствующая практика применения Судом ЕС Хартии может самым радикальным образом ослабить необходимость для Суда ЕС использовать Конвенцию и практику ЕСПЧ и создать тем самым у государств — членов ЕС впечатление, что само присоединение ЕС к Конвенции уже потеряло свою актуальность и более не является необходимым с учётом высокого уровня защиты прав человека на уровне ЕС и наличия Хартии основных прав ЕС<sup>54</sup>.

## 8. Выводы

Подводя некоторые итоги рассмотренной выше ситуации вокруг присоединения ЕС к Конвенции, а также практики ЕСПЧ и Суда ЕС за три года, прошедшие после Заключения Суда ЕС № 2/13, можно сказать следующее.

*Первое.* Несмотря на резкую критику аргументов, использованных Судом ЕС в своём Заключении, Суд ЕС не только не смягчил свою позицию, но и пошёл дальше, делая с каждым годом и с каждым своим решением присоединение ЕС к Конвенции всё менее вероятным.

*Второе.* Растущее и активное использование Судом ЕС именно Хартии основных прав ЕС и забвение им своей практики ссылаться на Конвенцию показывает, что Конвенция потеряла для Суда какой-либо инструментальный интерес, как это было прежде. Более того, Суд намерен развивать свою практику толкования и применения норм Хартии, исходя из собственных представлений и всё меньше принимая во внимание (либо делая это с оговорками) практику толкования ЕСПЧ аналогичных положений Конвенции.

*Третье.* Практика Суда ЕС всё отчётливее показывает, что Суд ЕС рассматривает Европейский Союз как некую квазифедерацию в развитии за счёт именно секторальной федерализации. Если принять за точку отсчёта именно такой подход, тогда становится ясно, что такая секторальная федерализация требует секторального внедрения принципа взаимного доверия и взаимного признания, основанного на презумпции, что суды и органы власти одной страны ЕС должны исполнять

распоряжения судов и органов власти другой страны ЕС почти автоматически, как это происходит между субъектами федерации. Надо при этом отдавать себе отчёт в том, что этот трудный и постепенный процесс судебной секторальной федерализации ЕС подразумевает если не исключение, то минимизацию вмешательства в этот процесс со стороны ЕСПЧ, который по-прежнему мыслит и действует в международно-правовой парадигме, рассматривая ЕС как сумму 28 государств, каждое из которых продолжает нести полную ответственность за соблюдение Конвенции.

*Четвёртое.* Диаметральные разные по своим целям и задачам и плохо совместимые подходы Суда ЕС и ЕСПЧ уже проявились в тех самых двойных стандартах защиты прав человека, ради устранения которых и затевалось присоединение ЕС к Конвенции. Эти двойные стандарты стали вполне осязаемой и, скорее, необратимой реальностью. Правовой плюрализм прав человека в Европе и плюрализм их толкований выражается в конкуренции стандартов защиты прав человека и в конкуренции международных судов в целом. Однако едва ли это можно расценивать как однозначно негативное явление, и, судя по всему, государства — члены ЕС не намерены драматизировать эту ситуацию, а наоборот, будут стараться извлечь из неё пользу. Ведь даже простое осознание факта наличия такой взаимной конкуренции заставляет Суд ЕС и ЕСПЧ совсем по-другому относиться к тем решениям, которые они выносят, делая эту конкуренцию судов частью того самого механизма сдержек и противовесов, который складывается сейчас в Европе.

Библиографическое описание:

Исполинов А. В поисках новой парадигмы: Суд ЕС и ЕСПЧ спустя три года после Заключения № 2/13 // Международное правосудие. 2018. № 2 (26). С. 16–27.

### **In search of a new paradigm: the European Court of Justice and the European Court of Human Rights three years after Opinion No. 2/13**

Aleksey Ispolinov

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, Head of International Law Department, Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia (e-mail: ispolinov@inbox.ru).

<sup>54</sup> См.: *Krommendijk J.* The Use of ECHR Case Law by the Court of Justice after Lisbon: The View of Luxembourg Insiders // *Maastricht Journal of European and Comparative Law.* Vol. 22. 2015. No. 6. P. 812–835, 834–835.

## Abstract

The following article deals with one of the most controversial aspects of human rights protection in the European Union, specifically the question of whether the European Union should accede to the European Convention on Human Rights (the Convention). The purpose of this article is to recall the history of the drafting process of the Draft of the Accession Agreement (the Draft) as well as to provide some explanations of the arguments presented by the European Court of Justice in Opinion 2/13. In the opinion of the author, the Draft has been torpedoed European Court of Justice for several valid reasons stemming from the specifics and autonomy of the European Union's legal order. Presumably, any further attempts to accommodate the text of the Draft in line with the concerns of the European Court of Justice would be counter-productive as it could lead to de jure segregation of the member states of the Council of Europe, thereby undermining the legitimacy and authority of the European Court of Human Rights. Exploring different scenarios of the development of relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, the author believes that interrelations between the courts could be described now in terms of competition. The author submits that the position taken by the European Court of Justice could be explained by its strategy of the gradual judicial federalization of the Union. It also presupposes that recent jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding Bosphorus presumption might be interpreted as modification of the Court's attitude in relation to the European Union.

## Keywords

European Court of Justice; European Court of Human Rights; Opinion 2/13; European Convention; accession.

## Citation

Ispolinov A. (2018) V poiskakh novoy paradigmy: Sud ES i ESPCh spustya tri goda posle zaklyucheniya no. 2/13 [In search of a new paradigm: the European Court of Justice and the European Court of Human Rights three years after Opinion No. 2/13]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 2, pp. 16–27. (In Russian).

## References

(2015) Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ! *Common Market Law Review*, vol. 52, no. 1, pp. 1–16.

De Witte B., Imanovic S. (2015) Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order Against a Foreign Human Rights Court. *European Law Review*, vol. 40, no. 5, pp. 683–705.

Douglas-Scott S. (2006) A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis. *Common Market Law Review*, vol. 43, no. 3, pp. 629–665.

Douglas-Scott S. (2015) Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR. *Europarattslig Tidsskrift*, vol. 19, no. 1, pp. 29–44.

Dzhehtsiarou K. I., O'Meara N. (2014) “Konsul'tativnye zaklyucheniya 2”: reformirovanie kompetentsii Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka po vyneseniyu konsul'tativnykh zaklyucheniy [“Advisory Opinions 2”: Reforming the competence of the European Court of Human Rights to issue advisory opinions]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 2, pp. 71–85. (In Russian).

Eeckhout P. (2015) Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky? *Fordham International Law Journal*, vol. 38, pp. 955–992.

Entin K. (2015) Prisoedinenie Evropeyskogo Soyuza k Evropeyskoy Konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod: analiz Zaklyucheniya Suda ES no. 2/13 [Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: an analysis of the Opinion of the Court of Justice no. 2/13]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 3, pp. 83–91. (In Russian).

Glas L. R., Krommendijk J. (2017) From Opinion 2/13 to Avotipš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts? *Human Rights Law Review*, vol. 17, no. 3, pp. 567–587.

Gragl P. (2017) An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotipš Case. *European Constitutional Law Review*, vol. 13, no. 3, pp. 551–567.

Halberstam D. (2015) “It's the Autonomy, Stupid!”: A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward. *German Law Journal*, vol. 16, no. 1, pp. 105–146.

Krommendijk J. (2015) The Use of ECtHR Case Law by the Court of Justice after Lisbon: The View of Luxembourg Insiders. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, no. 6, pp. 812–835.

Lavranos N. (2009) The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End Without Findings. *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 18, no. 3, pp. 180–184.

Lock T. (2015) The Future of the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable? *European Constitutional Law Review*, vol. 11, no. 2, pp. 239–273.

Peers S. (2016) The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare. *German Law Journal*, vol. 16, no. 1, pp. 213–222.

Tack P. (2017) After the Dust Has Settled: How to Construct the New Accession Agreement after Opinion 2/13 of the CJEU. *German Law Journal*, vol. 18, no. 4, pp. 919–967.

Williams A. (2013) The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: Confronting a Heresy. *The European Journal of International Law*, vol. 24, no. 4, pp. 1157–1185.

Winter J. A. (1972) Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law. *Common Market Law Review*, vol. 9, no. 4, pp. 425–438.