МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО, ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

ЭВОЛЮТИВНОЕ ТОЛКОВАНИЕ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА: ВОЗМОЖНОСТИ И ПРЕДЕЛЫ. ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА КАК СУБЪЕКТ ТОЛКОВАНИЯ ПРАВА*

КОВЛЕР Анатолий Иванович, заместитель заведующего отделом имплементации судебных решений в законодательство Российской Федерации Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, профессор Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, доктор юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: implement@izak.ru

Автор анализирует так называемое эволютивное толкование Конвенции о защите прав человека и основных свобод со стороны Европейского суда по правам человека путем создания своего прецедентного права. При этом Суд как субъект такого толкования легитимно наделен соответствующей компетенцией статьей 32 названной Конвенции. Проблема состоит в широте такого толкования с учетом принципа субсидиарности европейской системы защиты прав человека и доктрины «поля усмотрения» государств — участников Конвенции.

Ключевые слова: Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека, эволютивное толкование Конвенции о защите прав человека и основных свобод, принцип субсидиарности, доктрина «поля усмотрения».

EVOLUTIVE INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: POSSIBILITIES AND LIMITS. THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS A SUBJECT OF INTERPRETATION OF LAW

A. I. KOVLER, deputy head of the department of implementation of judicial decisions into the Russian legislation of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, professor of the Lomonosov Moscow State University, doctor of legal sciences, honored lawyer of the Russian Federation

34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218

E-mail: implement@izak.ru

The article analyses a so called “evolutive interpretation” of the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights creating its case-law. Doing so the Court as a subject of this interpretation has a legitimate competence in the light of the Article 32 of the Convention. The problem is how wide could be this interpretation taking in account the principle of subsidiarity of the European system of the protection of human rights and doctrine of the “margin of appreciation” of the contracting States.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights, principle of subsidiarity, doctrine of the “margin of appreciation”.

DOI: 10.12737/20582

Минуло 20 лет с тех пор, как Российская Федерация стала членом Совета Европы и ратифицировала Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (Европейскую конвенцию по правам человека), которая, вступив в силу на тер-

ритории Российской Федерации 5 мая 1998 г., стала составной частью правовой системы нашего государства в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ. Россия как участник Конвенции признает юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в силу в отношении Российской Федерации (ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратифи-

* Автор использует термин «эволютивное толкование (evolutive interpretation) Конвенции», так как он обозначен и употребляется в практике Европейского суда (см.: Johnston E.A. v. Ireland, 18.12.1986, Série A, 112(1986) § 53).

кации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней»).

Именно в силу ст. 1 указанного Закона, а также исходя из положений ст. 46 Конвенции, как указал Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении от 27 июня 2013 г., «правовые позиции Европейского суда по правам человека, которые содержатся в окончательных постановлениях Суда, принятых в отношении Российской Федерации, являются обязательными для судов»¹. Далее Верховный Суд РФ уточнил: «С целью эффективной защиты прав и свобод человека судами учитываются правовые позиции Европейского суда, изложенные в ставших окончательными постановлениях, которые приняты в отношении других государств — участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятельства рассматриваемого им дела являются аналогичными обстоятельствам, ставшими предметом анализа и выводов Европейского суда»². Это важное уточнение подчеркивает универсальный характер правовых позиций ЕСПЧ (*erga omnes* — в назидание всем) и отвечает на вопрос: стоит ли учитывать правовые позиции этого Суда, выраженные в постановлениях, вынесенных в отношении других государств?»³

Между тем дискуссии, касающиеся толкования и применения Конвенции, обострились в последние годы на фоне дискуссий о соотношении национального и конвенционного права⁴, а также в связи с усиливающейся критикой судебного и судейского активизма, все чаще проявляющегося в страсбургском суде.

Многих, особенно судей, впервые читающих Европейскую конвенцию по правам человека, всегда поражает краткость ее текста даже с учетом Протоколов к ней: еще бы — они привыкли иметь дело с внушительными томами кодексов и специальными законами, в которых применяется та или иная норма. Роль судьи в системе писаного права сводится, таким образом, к скрупулезному применению этих норм в конкретном деле, даже если судье и оставляется определенное поле усмотрения. Гораздо больший простор для судейского усмотрения дает система общего права, в

которой велика роль судебного прецедента. В Европейском суде — уникальная ситуация, когда встречаются две системы права, а сам судья зажат между дисциплиной нормативного толкования Конвенции и тем, что я называю «террором прецедентов», а именно прецедентов толкования Судом Конвенции, причем толкования, нередко далеко ушедшего от замысла ее «отцов-основателей». На это обстоятельство обращал внимание В. А. Туманов в статье, посвященной толкованию Конвенции⁵.

Действительно, в Европейской конвенции по правам человека, принятой 4 ноября 1950 г., дан перечень прав, составляющих основное ядро европейской системы защиты прав человека; в ней норма не является самоцелью, она необходима «лишь» для того, чтобы выявить суть того или иного права, которая вытекает из судебного толкования. Это, скорее, норма-ориентир, чем императивная норма в смысле понятий континентальной правовой семьи. Тонкий знаток и толкователь Конвенции бывший секретарь-канцлер и юрисконсульт Европейского суда Микеле де Сальвиа писал по этому поводу: «Ценности, которые необходимо защищать, были уточнены в тексте ЕКПЧ в терминах норм-параметров, которые представляют *высшие принципы европейского правопорядка*»⁶.

Именно за судебным толкованием оставляется раскрытие содержания прав и свобод человека в свете конкретных обращений в Суд с жалобами о предполагаемых нарушениях Конвенции. Что бы ни говорили критики Суда, это право он не присвоил себе, им его наделили Высокие Договаривающиеся Стороны, подписавшие и ратифицировавшие Конвенцию, ч. 1 ст. 32 которой гласит: «В ведении Суда находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней...». Следовательно, Европейский суд является субъектом толкования конвенционного права. В итоге в богатой копилке прецедентов Суда на основе Конвенции через толкование и применение норм-параметров Конвенции выработано общее «*право прав человека*».

Право Суда на толкование Конвенции в последнее время стало ассоциироваться с понятием судейского активизма, направленного на широкое толкование ее положений на основе доктрины «эволютивного толкования» Конвенции, заявленной Судом в известном деле о телесных наказаниях в школах британского острова Мэн: «Суд напоминает... что Конвенция является живым инструментом, подлежащим толкованию <...> в свете условий современной жизни» (Tугер

¹ Постановление от 27 июня 2013 г. № 21 Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней».

² Там же.

³ См.: Боднар А. *Res interpretata*: юридическая сила постановлений Европейского суда по правам человека для государств, не являющихся сторонами в деле // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3. С. 82—114.

⁴ О позиции автора см.: Ковлер А. И. Соотношение европейского конвенционного и национального конституционного права — обострение проблемы (причин и следствия) // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. 2015. № 1. С. 19—64.

⁵ См.: Туманов В. А. Автономное толкование понятий в практике Европейского Суда по правам человека // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2003. № 3. С. 78—84.

⁶ Де Сальвиа М. Европейская Конвенция по правам человека. Пер. с итал. СПб., 2004. С. 67.

v. UK, 25 April 1978, § 31). Не следует при этом смешивать понятие судейского активизма с более широким понятием судебного усмотрения, хотя они и взаимосвязаны⁷. Так, председатель Верховного суда Израиля А. Барак в своей известной работе определяет судейское усмотрение как «данное судье полномочие выбирать из ряда возможностей, каждая из которых законна в контексте системы»⁸. Иное дело — судейский активизм, когда налицо попытка выйти за пределы нормы Конвенции (тем более, что это «все-на-всего» норма-ориентир) путем ее «эволютивного толкования». Не будем давать развернутых определений «судейского» активизма в ЕСПЧ. А исчерпывающий перечень характеристик этого явления (так, как оно видится «со стороны» известному и авторитетному отечественному юристу) дал Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. Зорькин. Именно к проявлениям судейского активизма он относит «“эволюционное толкование” Конвенции, предполагающее развитие прав, закрепленных Конвенцией, с тем чтобы ее содержание соответствовало условиям “сегодняшнего дня”. При этом отход ЕСПЧ от текстуальной трактовки Конвенции порой переходит в ее “дописывание”, т. е. фактическое изменение ее предписаний и, значит, требований к ответчику»⁹.

В оправдание метода эволютивного толкования Конвенции Европейским судом хотелось бы напомнить, что со времени принятия в 1950 г. Конвенции стабилизация послевоенной экономической ситуации в Европе и развитие социальной сферы, совершенствование механизма конституционных гарантий прав и свобод человека позволили закрепить в Протоколах к Конвенции так называемые новые права:

Дополнительный протокол к Конвенции (Протокол № 1, подписанный 20 марта 1952 г.):

статья 1 «Защита собственности»;

статья 2 «Право на образование»;

статья 3 «Право на свободные выборы»;

Протокол № 4 (от 16 сентября 1963 г.):

статья 1 «Запрещение лишения свободы за долги»;

статья 2 «Свобода передвижения»;

статья 3 «Запрещение высылки граждан»;

статья 4 «Запрещение коллективной высылки иностранцев»;

Протокол № 6 (от 28 апреля 1983 г.):

статья 1 «Отмена смертной казни»;

статья 2 «Применение смертной казни в военное время»;

статьи 3 и 4 «Запрещение отступлений от выполнения обязательств» и «Запрещение оговорок»;

Протокол № 7 (от 22 ноября 1984 г.):

статья 1 «Процедурные гарантии в случае высылки иностранцев»;

статья 2 «Право на обжалование приговоров по уголовным делам во второй инстанции»;

статья 3 «Компенсация в случае судебной ошибки»;

статья 4 «Право не быть судимым или наказанным дважды»;

статья 5 «Равноправие супругов»;

Протокол № 12 (от 4 ноября 2000 г.):

статья 1 «Общее запрещение дискриминации»;

Протокол № 13 (от 3 мая 2002 г.):

статья 1 «Отмена смертной казни (в любых обстоятельствах)».

Таким образом, подобно американской Конституции, текст которой «оброс» поправками, учреждающими «новые права», основной текст Европейской конвенции с годами пополнился новым набором прав, не меньшим, а, пожалуй, даже большим, чем перечень прав, закрепленных в ней в 1950 г.

Следует напомнить, что проблема «новых прав» уже попала в поле зрения как зарубежных, так и отечественных исследователей. Так, в оксфордском издании «Скептические эссе по правам человека»¹⁰ авторы, отмечая возросшую роль прав человека в международных отношениях и в конституционном строе государств, довольно скептически (как следует из названия работы) оценивают «застойный» характер как концепций многих прав, так и механизма их имплементации, выступая за существенное обновление того и другого. Их кембриджские коллеги даже задаются вопросом: могут ли выжить права человека в условиях вызовов XXI века?¹¹ Отечественная наука также реагирует на запросы времени и стремится дать многоцветную картину эволюции прав человека¹².

Отмечая нарастающую универсализацию прав человека и одновременно консерватизм национальных правовых систем, склонная к афоризмам юрист и публицист Мирей Дельмас-Мартини пишет, что «мировое

¹⁰ См.: Campbell T., Ewing K. D., Tomkins A. (ed.) *Sceptical Essays on Human Rights*. Oxford, 2003.

¹¹ См.: Gearty C. *Can Human Rights Survive?* Cambridge, 2005.

¹² См., например: Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / рук. авт. кол. Е. А. Лукашева. М., 2002; Ковлер А. И. Антропология права. М., 2002; Зорькин В. Д. Конституция и права человека в XXI веке. М., 2008; Лукашева Е. А. Человек, право, цивилизация: нормативно-ценностное измерение. М., 2009; Сунатаев М. А. К проблеме цивилизационного подхода к праву: очерки общей теории и практики. М., 2012; Мальцев Г. В. Нравственные основания права. 2-е изд. М., 2015.

⁷ По проблеме судебного усмотрения существует немало интересных публикаций. Отметим, в частности: Барак А. Судейское усмотрение. Пер. с англ. М., 1999; Панкова О. А. Усмотрение суда. М., 2005; Ершов В. В. Судебное усмотрение? Индивидуальное судебное регулирование? // Российское правосудие. 2013. № 8. С. 5—16.

⁸ Барак А. Указ. соч. С. 120.

⁹ Зорькин В. Д. Россия и Страсбург // Российская газета. 2015. 21 окт.

право» прав человека должно тяжелым катком проехать по застывшим правовым механизмам защиты прав человека¹³.

Отвечая потребностям времени, а также развитию международного и регионального права прав человека, Европейский суд дает новое толкование так называемых старых прав. Проведем краткую, далеко не исчерпывающую «инвентаризацию» нового дискурса Европейского суда¹⁴.

Статья 1 Конвенции гласит: «Высокие Договаривающиеся Стороны обеспечивают каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определенные в разделе I настоящей Конвенции». Иными словами, речь идет о территориальной юрисдикции в ее традиционном для международного права понимании. Однако уже в деле Лоизиду (*Loizidou v. Turkey*, 23.03.1995), а затем в деле «Кипр против Турции» (*Cyprus v. Turkey*, [G. C.], 10.05.2001) появилось понятие «extra-territorial jurisdiction» т. е. ответственности государства за свои действия или действия своих представителей за пределами своей территории. Этот подход затем применялся к другим ситуациям — событиям в Приднестровье (*Ilascu e.a. v. Moldova and Russia*, [G. C.], 08.07.2004) и даже в Ираке (*Al-Skeini v. UK*, [G. C.], 07.07.2011). Отношение к этому «новому слову» в международном праве неоднозначно, о чем говорят многочисленные публикации.

Обратной стороной ст. 2 «Право на жизнь» является не только проблема смертной казни, но и проблема «права на смерть» — эвтаназии. «Дело Претти» (*Pretty v. UK*, 29.04.2002) было первым делом, когда Суд не признал этого права (как и в деле *Naas v. Switzerland*, 20.01.2011), опираясь на «отсутствие европейского консенсуса». А в деле Ламбер против Франции (*Lambert v. France*, G. C., 05.06.2015) он фактически оправдал «пассивную» эвтаназию¹⁵. Статья 2 неожиданно прозвучала и в деле *Gagin v. Roumanie*, 24.02.2009, о смерти заключенного в тюрьме, за которым Суд фактически признал посмертную правосубъектность, рассмотрев дело заявителя, зная о его смерти.

Наполняется новым содержанием и ст. 3 «Запрещение пыток». К не потерявшим, увы, смысла традиционным понятиям пыток и бесчеловечного обращения и наказания добавился все более активно присутствующий элемент «моральных страданий»: это и экстрадиции в «страны риска», начиная с дела Сёринга

(*Soering v. UK*, 07.07.1989), и страдания родственников пропавших без вести или похищенных агентами государства (жалобы против Турции и России), и риск жестокого обращения в случае высылки с применением «дублинского» механизма в странах Европейского Союза (*M.S.S. v. Belgium and Greece*, [G. C.], 21.01.2011). Совсем недавно Суд пошел еще дальше, постановив, что назначение меры наказания в виде пожизненного тюремного заключения без условно-досрочного освобождения является нарушением ст. 3 (*Vinter e.a. v. UK*, [G. C.], 09.07.2013)¹⁶. Более того, в своем отдельном мнении судья от Ирландии А. Пауэр-Форд вводит в контексте ст. 3 понятие «право на надежду» для заключенных, страдания которых сравнимы со страданиями приговоренных к смерти.

В недавнем постановлении Большой Палаты по поводу секретной операции ЦРУ и передачи его агентам македонскими властями гражданина Германии по подозрению в причастности к исламскому терроризму (*El-Masri v. ex-Yugoslav Republic of Macedonia*, [G. C.], 13.12.2012) в контексте ст. 10 («Свобода выражения мнения») ряд судей настаивал на нарушении «права на правду», скрываемую из соображений охраны «гостайны»: «Право на правду не является чем-то неизвестным в нашей прецедентной практике; тем более, речь не идет о каком-то новом праве. Оно имплицитно широко представлено в Конвенции, когда, в частности, речь идет о процессуальных аспектах статей 2 и 3, которые гарантируют право на расследование и общественный контроль» (особое мнение судей Тюлькенс, Шпильмана, Сицилианоса и Келлер). Эта же нота прозвучала в постановлениях от 24 июля 2014 г. по поводу «секретных тюрем» ЦРУ в Польше (*Al Nashiri v. Poland*, 24.07.2014; *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, 24.07.2014).

В одном из постановлений (*O'Keeffe v. Ireland*, [G. C.], 28.01.2014) государству была вменена позитивная обязанность по охране детей от сексуальных домогательств учителей, причем опять в контексте ст. 3 (на сей раз страдания и стресс от сексуальных домогательств). Налицо новое широкое толкование ст. 3.

Казалось, ушли в прошлое в Европе проблемы рабства и подневольного труда (ст. 4). Однако по делу *Siliadin v. France*, 26.07.2005, Суд рассмотрел феномен «домашнего рабства» прислуги, а по делу *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 07.01.2010, — проблему сексуального рабства (вынужденной проституции). На очереди другие аналогичные дела.

Право на справедливое судебное разбирательство (ст. 6) продолжает наполняться новым содержанием

¹³ См.: *Delmas-Marty M.* Trois défis pour un droit mondial. P., 1998; *Delmas-Marty M.* Les forces imaginantes du droit. Vol. 3. P., 2004—2007; *Delmas-Marty M.* Libertés et sûreté dans un monde dangereux. P., 2010.

¹⁴ Подробнее см.: *Ковлер А. И.* Предисловие к Российскому ежегоднику Европейской конвенции по правам человека. 2015. № 1.

¹⁵ См.: *Ковлер А. И.* Право на жизнь и «автономия личности» // *Международное правосудие*. 2015. № 3 (15). С. 52—55.

¹⁶ См.: *Гнатовский Н. Н., Кучер Е. Б.* Комментарий к решению Большой Палаты Европейского суда по правам человека по делу «Винтер и другие против Великобритании» // *Международное правосудие*. 2014. № 1. Текст постановления в переводе на русский язык см.: *Права человека. Практика Европейского суда по правам человека*. 2014. № 8 и 9.

во многом «благодаря» российским жалобам — от неразрешенной «загадки» российского надзора и отмены вступивших в законную силу решений до невызова сторон в судебное заседание и нарушения права на мотивированное оглашаемое судебное решение. Здесь мы имеем целую «россыпь» правовых позиций, которые еще ждут своих аналитиков, хотя появилось немало интересных публикаций на эту тему (не будем перегружать эту публикацию ссылками).

В поле зрения ЕСПЧ есть и более масштабные (общеевропейские) проблемы: распространение гарантий ст. 6 на государственных служащих — полицейских, судей, дипломатов; признание за административной процедурой и наказанием характера уголовного преследования, если речь идет о лишении свободы; включение процедуры конституционного производства и судебных споров по вопросам налогообложения в поле зрения ст. 6; повышение требований к оценке доказательств, полученных в результате оперативно-розыскных мероприятий и «полицейских провокаций» и т. д. По всему спектру этих проблем существует огромное число прецедентов, но Европейский суд из года в год повышает планку требований к соблюдению заложенных в ст. 6 принципов. Можно без преувеличения сказать, что создается новое европейское процессуальное право на основе стандартов, закрепленных в Европейской конвенции.

Все чаще при рассмотрении дел по ст. 7 («Наказание исключительно на основании закона»), особенно дел, связанных с наказанием за военные преступления (чего стоит, например, полемика вокруг дела «Кононов против Латвии»¹⁷), Суд привлекает к анализу положения международного гуманитарного права, к чему многие оказались просто не готовы, усмотрев в этом подходе «политизацию» позиций Суда (что, несомненно, все же имело место, но не было самоцелью). При этом позиции Суда из дела в дело меняются, как это случилось, скажем, в деле *Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, [G. C.], 18.07.2013, где Суд развернулся на 180° от дела Кононова к подходу в деле *Korbely v. Hungary*, [G. C.], 19.09.2008, т. е. осудил государство за ретроспективное применение наказания за «военные преступления», которые на момент их совершения таковыми не являлись. В деле *Vasiliauskas v. Lithuania*, 20.10.2015) Суд подтвердил эту позицию, правда расколовшись по голосам (9 : 8).

Статья 8 («Право на уважение частной и семейной жизни») является, пожалуй, наиболее «пострадавшей» от ее расширительного толкования — ничего не поделаешь, жизнь подбрасывает все новые проблемы, за которыми не поспевают ни международные конвенции, ни национальное право. Назовем по памяти лишь несколько дел, а на самом деле

их многие десятки, если не сотни: *Gillan and Quinton v. UK*, 12.01.2010 — остановка и прилюдный обыск полицейскими; *Evans v. UK*, [G. C.], 10.04.2007 — отказ в искусственном оплодотворении; *Znamenskaya v. Russia*, 02.06.2005 — отказ в регистрации и захоронении мертворожденного ребенка; *Maskhadova e.a. v. Russia*, 06.06.2013 — отказ в выдаче тела мужа для захоронения.

Вторжение в нашу жизнь новых технологий (Интернет, электронная и мобильная почта, скрытые видеокамеры, GPS, кабельное и спутниковое телевидение) создает как небывалые возможности, так и новые опасности в сфере частной жизни. Суд реагирует на них своими постановлениями.

Не будем отдельно затрагивать право на вступление в брак (ст. 12). Скажем лишь, что в позициях Европейского суда, подтвердившего, с одной стороны, толкование его изначального смысла как союза мужчины и женщины, наметились, с другой стороны, сдвиги в сторону определения пола человека не только по биологическим, но и по психологическим и «иным» признакам.

Отдельная тема — все более расширительное толкование права собственности, в которое включаются не только «собственность», «имущество» в их традиционном гражданско-правовом понимании, но и «требования» (assets), которые потенциально могут быть реализованы (денежные обязательства и обязательства в натуре)¹⁸.

Таким образом, постоянное обновление концепций и содержания прав человека во всем мире отражается и на правовых позициях Европейского суда, прибегающего к «эволютивному» толкованию Конвенции.

Но вернемся к сути эволютивного толкования Конвенции. Как объяснял юрисконсульт Суда В. Берже в 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»¹⁹. Совершенно очевидно, что применение этого принципа рискует войти в противоречие с общим правилом толкования международных договоров (к коим относится и Европейская конвенция), установлен-

¹⁷ См.: Ковлер А. И. После Кононова // Права человека. Практика Европейского суда по правам человека. 2010. № 9.

¹⁸ См.: Максуров А. А. Защита прав собственности в Европейском суде по правам человека. М., 2012; Нешатаева Т. Н. Решения Европейского суда по правам человека: новеллы и влияние на законодательство и правоприменительную практику. М., 2013; Сагдеева Л. В. Право на защиту собственности в актах Европейского суда по правам человека. М., 2014. Также см. Пилотное постановление ЕСПЧ по делу «Герасимов и др. против России», 01.07.2014.

¹⁹ Cour Européenne des droits de l'homme. Suivi d'interlaken. Principe de subsidiarité. Note du juriconsulte (doc. 3158598). 2010. P. 5.

ным ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров (1969).

Конечно, эта функция новаторского толкования положений Конвенции, составленной в 1950 г., придает Суду определенные функции нормотворчества. Но эти функции рискуют превысить 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 (*rouvoirs*) 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 определенной мере ранее пренебрегали: в сфере институциональной»²⁰.

«Энтузиазм» многих государств-участников в отношении «эволютивного толкования» Судом Конвенции после серии их конфликтов с Судом стал более чем умеренным. 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».

Два года спустя Брайтонская Декларация (от 20 апреля 2012 г.) формулирует позиции государств еще жестче:

«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 идет 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 принципа субсидиарности и доктрины поля усмотрения (именно «поля усмотрения» — *margin of appreciation*, а не «свободы усмотрения» как нередко весьма лукаво переводят это словосочетание) государств-участников:

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

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 определенное напряжение между Судом и рядом государств, ревностно оберегающих свой суверенитет.

На первый взгляд эта «борьба противоположностей» отражает саму природу Конвенции как международного договора, призванного обеспечивать со стороны Суда эффективный контроль соблюдением обязательств государств по обеспечению европейских стандартов в деле защиты прав и свобод человека, причем эти обязательства государства взяли на себя добровольно, как добровольно возложили на Суд компетенцию толкования и применения положений Конвенции. Уточним еще раз: «толкования» (*interpretation*) и «применения» (*application*), но не «пересмотра» (*revision*). В этом, кстати, смысл принципа субсидиарности европейской системы защиты прав человека по отношению к национальным системам²¹. Правда, относительно недавно Суд охладил некоторые горячие головы, заявив, что субсидиарность системы не освобождает Суд от его функций контроля. В постановлении по делу «Ефименко против России» (*Yefimenko v. Russia*, 12.02.2013, § 95) Суд указал: «Европейский суд вновь подтверждает, что европейская система охраны прав человека основана на принципе

²⁰ *Boumghar M.* Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. P., 2010. P. 356.

²¹ Свои мысли по этому вопросу автор изложил в публикациях: *Ковлер А. И.* Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм? // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 6; *Ковлер А. И.* «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // Международное правосудие. 2013. № 6.

субсидиарности. Государствам должна быть дана возможность исправить допущенные в прошлом нарушения до того, как жалоба будет рассмотрена Судом; однако «принцип субсидиарности не означает отказ от всякого надзора над результатом использования внутригосударственных средств правовой защиты» (см. постановление Большой Палаты Европейского суда от 29 марта 2006 г. по делу «Джузеппе Мостаччуоло против Италии (№ 2)» [Giuseppe Mostacciuolo v. Italy (No. 2)] (жалоба № 65102/01), § 81). Кроме того, принцип субсидиарности не должен толковаться как разрешающий государствам уклоняться от юрисдикции Суда (см. вышеуказанное постановление Большой Палаты Европейского суда по делу «Сахновский против России», § 76)²².

Для сравнения отметим, что попытки заявить об автономном характере правопорядка Европейского Союза по отношению как к национальному, так и общему правопорядку предпринимались и другим международным судом — Судом Европейского Союза. Так, в известном «деле Кадии» (о включении Комиссией ЕС заявителя в санкционный список Совета Безопасности ООН) Суд ЕС, устанавливая свою компетенцию по данному вопросу и аннулируя решения Комиссии ЕС и Совета ЕС, фактически отказался принимать во внимание ст. 103 Устава ООН о приоритете обязательств по Уставу ООН перед обязательствами по другим международным договорам. Он заявил о приоритете первичного права ЕС перед Уставом ООН весьма элегантно, но тем не менее решительным образом: «Обязательства, налагаемые международным договором, не могут иметь последствием ущемление конституционных принципов правопорядка ЕС, в число которых входит и принцип уважения прав человека»²³.

Подводя итог сказанному, поставим вопрос ребром: обладает ли Европейский суд, а следовательно, составляющие его судьи компетенцией по расширению каталога содержащихся в Конвенции прав, по приданию им расширительного или (что реже) более узкого значения, чем то, которое вкладывали в них составители Конвенции и под которыми подписывались государства-участники?

С проблемой расширительного толкования Конвенции Суд столкнулся в первых делах, в которых искусные британские адвокаты поднимали планку толкования из-за «нештатных» ситуаций». Так, в деле Голдер (Golder v. UK, 21.02.1975) речь шла не просто о праве гражданина на справедливое судебное разбирательство, а о праве заключенного предъявить сотруднику тюрьмы гражданский иск о диффамации. Суд большинством голосов постановил,

что отказ в приеме иска был нарушением п. 1 ст. 6. При этом в докладе Комиссии, готовившей дело для рассмотрения Судом, отмечалось, что это вписывается в «общее правило толкования» международного договора, о котором говорит ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров. В своем отдельном мнении британский судья сэра Джеральда Фицморис поставил принципиальный вопрос о том «как далеко может идти толкование международного договора, оставаясь вместе с тем толкованием в собственном смысле, т. е. не вторгаясь в сферу, которая граничит с судебским правотворчеством»²⁴ (§ 2 отдельного мнения). Судья делает в своем заявлении важное с методологической точки зрения замечание: «Имеется существенное различие между тем, когда право создано законодателем в осуществление своих суверенных полномочий, и правом, основывающимся на Конвенции, которая сама явилась результатом процесса выработки соглашения и ограничена тем, по поводу чего была достигнута договоренность или имеются надлежащие основания полагать наличие такой договоренности. В последнем случае нужны гораздо большие ограничения при толковании; Конвенция при этом не должна интерпретироваться как предусматривающая больше, нежели она содержит или что несомненно следует из ее содержания»²⁵ (§ 32). Неоправданно расширительное толкование, как предупреждает судья, может привести к следующему результату: договаривающиеся государства окажутся связанными обязательствами, которые они на самом деле не собирались брать на себя. Кстати, такое же опасение высказывал в своих публикациях и В. А. Туманов, говоря о необходимости сбалансированности «европейского контроля» и принципа субсидиарности²⁶.

В то же время следует задаться вопросом: как должен поступать Европейский суд перед лицом ситуаций, несущих на себе явную печать нарушений прав заявителей, но не раскрытых детально в нормах-ориентирах Конвенций, являющихся плодом дипломатического компромисса в ходе трудных переговоров по подготовке текста Конвенции?²⁷ Не провоцирует ли Суд неясность многих формулировок на судебный и судебский активизм ради заполнения явных лакун в определении многих гражданских и политических прав? Ориентирование Суда на раскрытие смысла заложенных в Конвенции принципов и норм через прецеденты своих постановлений не оставля-

²⁴ Цит. по: Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. М., 2000. С. 55.

²⁵ Там же. С. 68.

²⁶ См.: Туманов В. А. Европейский Суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. М., 2001. С. 50.

²⁷ См.: Дженис М., Кей Р., Брэдли Э. Европейское право в области прав человека. Практика и комментарии. Пер. с англ. М., 1997. С. 21—30.

²² Цит. по: Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2013. № 5. С. 57.

²³ ECJ. Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council & Commission [2008] ECR I-6351. Para 308.

ло Суду другого выбора — не собирать же по каждому поводу совещание государств с целью выявления их коллективного мнения.

П. Махони в своем глубоком исследовании феномена судейского активизма справедливо подчеркивал: Конвенция не была и не является текстом-однодневкой, она предназначена для обеспечения прав и свобод настоящих и будущих поколений. Устремленностью в будущее пронизана уже Преамбула Конвенции. Без эволютивного толкования она быстро превратилась бы в мертвый декларативный документ, причем к большой радости чиновников многих подписавших ее государств. Но нельзя не согласиться с ним в том, что эволютивное толкование не позволяет Суду создавать новые права и свободы, т. е. права и свободы, не защищенные существующим текстом (*rights or freedoms, not already protected by text*)²⁸. Видимо, именно в этом заключается смысл судейского самоограничения (*self-restraint*).

Но есть и более суровые мнения (одно из них приведено в начале), подчас доходящие до призывов «прикрыть» этот ставший «безответственным» институт²⁹. Не хочется выступать в роли «адвоката дьявола» (не тот случай, к тому же автор настоящей статьи сам трудился на этой «дьявольской» работе более 13 лет), но в оправдание судейского активизма приведем глубокую мысль классика И. А. Покровского: «Закон, даже самый обширный, даже представляющий весьма полную кодификацию, неизбежно име-

ет пробелы, так как несмотря на все свое старание он не может охватить всего бесконечного разнообразия житейских отношений... Несмотря на всякие учения о безусловном главенстве закона, в действительности судья никогда не был и никогда не может стать простым механическим применителем закона, логической машиной, автоматически выбрасывающей свои решения. Его деятельность всегда имеет творческий элемент, и игнорировать этот последний значит также создавать себе вредную фикцию, закрывать глаза перед неустранимой реальностью. Закон и суд не две враждебные силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикции. Оба они имеют одну и ту же цель — достижение материально справедливого; закон для достижения этой цели нуждается в живом дополнении и сотрудничестве в лице судьи. И нечего бояться этой творческой деятельности судьи: судья в меньшей степени, чем законодатель, сын своего народа и своего времени и в меньшей степени носитель того же народного правосознания»³⁰. Писалось в роковом 1917 г., а актуально сейчас...

Вопрос о правотворчестве судей, как утверждалось в начале статьи, поднимался американскими судьями и европейскими конституционалистами уже давно. Даже Г. Кельзен, говоря о методах правотворчества, признавал в процессе «создания индивидуальных норм» роль судебных решений³¹ (правда, И. А. Покровский оказался более «продвинутым»). Следовательно, «дело за малым»: найти золотую середину между правом легитимного субъекта на эволютивное толкование Конвенции и его самоограничением, между субсидиарностью системы и «полем усмотрения» государств.

²⁸ См.: *Mahoney P. Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of same coin // Human Rights Law Journal. Vol. II (1990). P. 66.*

²⁹ Тема не нова. Еще в начале 2000-х гг. по рукам страсбургских судей ходила публикация солидного французского бюллетеня «Даллоз» «Стоит ли запретить Европейский Суд по правам человека?»: *Haïm V. Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme? // Le Dalloz. 2001. No. 37. P. 2988—2994.*

³⁰ Цит. по: *Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 96—97.*

³¹ См.: *Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015. С. 202.*

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Boumghar M. Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. P., 2010.
- Campbell T., Ewing K. D., Tomkins A. (ed.) *Sceptical Essays on Human Rights*. Oxford, 2003.
- Delmas-Marty M. *Les forces imaginantes du droit*. Vol. 3. P., 2004—2007.
- Delmas-Marty M. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. P., 2010.
- Delmas-Marty M. *Trois défis pour un droit mondial*. P., 1998.
- Gearty C. *Can Human Rights Survive?* Cambridge, 2005.
- Haïm V. *Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme?* // *Le Dalloz*. 2001. No. 37.
- Mahoney P. *Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of same coin* // *Human Rights Law Journal*. Vol. II (1990).
- Барак А. *Судейское усмотрение*. Пер. с англ. М., 1999.
- Боднар А. *Res interpretata: юридическая сила постановлений Европейского суда по правам человека для государств, не являющихся сторонами в деле* // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2011. № 3.
- Гнатовский Н. Н., Кучер Е. Б. *Комментарий к решению Большой Палаты Европейского суда по правам человека по делу «Винтер и другие против Великобритании»* // *Международное правосудие*. 2014. № 1.
- Де Сальвиа М. *Европейская Конвенция по правам человека*. Пер. с итал. СПб., 2004.
- Дженис М., Кей Р., Брэдли Э. *Европейское право в области прав человека. Практика и комментарии*. Пер. с англ. М., 1997.
- Европейский Суд по правам человека. *Избранные решения*. Т. 1. М., 2000.

- Ершов В. В. Судебное усмотрение? Индивидуальное судебное регулирование? // Российское правосудие. 2013. № 8.
- Зорькин В. Д. Конституция и права человека в XXI веке. М., 2008.
- Зорькин В. Д. Россия и Страсбург // Российская газета. 2015. 21 окт.
- Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015.
- Ковлер А. И. «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // Международное правосудие. 2013. № 6.
- Ковлер А. И. Антропология права. М., 2002.
- Ковлер А. И. После Кононова // Права человека. Практика Европейского суда по правам человека. 2010. № 9.
- Ковлер А. И. Право на жизнь и «автономия личности» // Международное правосудие. 2015. № 3 (15).
- Ковлер А. И. Предисловие к Российскому ежегоднику Европейской конвенции по правам человека. 2015. № 1.
- Ковлер А. И. Соотношение европейского конвенционного и национального конституционного права — обострение проблемы (причин и следствия) // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. 2015. № 1.
- Ковлер А. И. Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм? // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 6.
- Лукашева Е. А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. М., 2009.
- Максуров А. А. Защита прав собственности в Европейском суде по правам человека. М., 2012.
- Мальцев Г. В. Нравственные основания права. 2-е изд. М., 2015.
- Нешатаева Т. Н. Решения Европейского суда по правам человека: новеллы и влияние на законодательство и правоприменительную практику. М., 2013.
- Папкова О. А. Усмотрение суда. М., 2005.
- Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003.
- Права человека. Практика Европейского суда по правам человека. 2014. № 8 и 9.
- Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2013. № 5.
- Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / рук. авт. кол. Е. А. Лукашева. М., 2002.
- Сагдеева Л. В. Право на защиту собственности в актах Европейского суда по правам человека. М., 2014.
- Супатаев М. А. К проблеме цивилизационного подхода к праву: очерки общей теории и практики. М., 2012.
- Туманов В. А. Автономное толкование понятий в практике Европейского Суда по правам человека // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2003. № 3.
- Туманов В. А. Европейский Суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. М., 2001.