

Динамическое толкование ЕКПЧ в свете документов Совета Европы

Даниэль Клокке*

**Приват-доцент, доктор права, работает на юридическом факультете Европейского Университета Фиадрина, г. Франкфурт на Одере.*

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву выражает благодарность автору за разрешение перевести и напечатать данную статью. Оригинал статьи: **Daniel Klocke, *Die dynamische Interpretation der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarats***, в: *Europarecht*, 2015, с. 148 и далее.

I. Введение	52
II. Международная система ЕКПЧ	55
III. Принципы интерпретации ЕСПЧ	56
1. Нормы Венской Конвенции о праве международных договоров	56
2. Конкретный пример: динамическая или эволютивная интерпретация	58
IV. Толкование, основанное на документах Совета Европы	61
1. Роль Комитета Министров и Парламентской Ассамблеи	62
2. Истоки	64
3. Значение на уровне методики Суда	65
4. Специальные принципы, касающиеся действия и правовых последствий документов Совета Европы	66
а) Методическое применение в качестве "мягкого права"	66

b) Временные рамки	67
c) Документы Парламентской Ассамблеи	68
d) Иерархия между различными документами	70
e) Косвенные положения	70
5. Легитимация этого подхода	72
V. Имплементация решений ЕСПЧ	74
1. Значение норм ЕКПЧ для национального права в Германии	74
2. Методические проблемы на практике	76
3. Рецепция общими судами	77
VI. Заключение и выводы	79

Иерархии правовых норм и, в частности, непосредственное и обязательное действие норм - это фундаментальные основы юридической методологии. Напротив, в европейском праве и особенно при его интерпретации специфическое значение имеет т.н. "мягкое право" (*softlaw*). Так, Европейский Суд по правами человека (ЕСПЧ) нередко привлекает для толкования Европейской Конвенции прав человека (ЕКПЧ), наряду с прочим, документы органов Совета Европы. Тем не менее, параллель с историческим толкованием является несостоятельной, поскольку эти документы были приняты в последующий за принятием ЕКПЧ период времени. Тем самым ЕСПЧ интерпретирует Конвенцию динамично.

Такой герменевтический подход не является самоочевидным и должен быть легитимирован, ввиду оказываемого воздействия на право государств-участников Конвенции. В этой связи в настоящей статье рассматриваются основания, сфера действия и пределы динамичной интерпретации ЕКПЧ в свете документов Совета Европы.

I. Введение

Со всех сторон все громче звучит призыв к созданию европейской методологии. Эти призывы уже привели к достаточно примечательным

результатам.¹ Попытки создания европейской методологии, тем не менее, не могут затмить судебную практику Европейского суда по правам человека в области трактовки и применения Европейской Конвенции прав человека. Немецкий правовой порядок и в целом система ценностей в сложившихся европейских рамках подвержен европейскому влиянию разнопланового характера. Уже длительное время сравнительное право и право Европейского Союза являются классическим полем дискуссии. В противоположность этому, методика судебной практики ЕСПЧ не находится в фокусе внимания в той же степени. Это обстоятельство можно рассматривать как определенный методологический пробел, поскольку ЕКПЧ, со всей очевидностью, из года в год приобретает все большее значение для немецкого и европейского правопорядка.²

Особенностью европейской методологии является т.н. динамичное или эволютивное толкование.³ Как Суд Европейского Союза (СЕС)⁴, так и ЕСПЧ применяют этот метод, однако, ЕСПЧ в гораздо более сильной мере. Суд понимает ЕКПЧ не как нечто застывшее и неизменное, а интерпретирует ее как живой инструмент (*living instrument*),⁵ который

¹ См. *K. Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2010, § 1, пункт 1, пункт 10 к вопросу о понятии; *F. Müller/R. Christensen*, *Juristische Methodik*, Band 2: *Europarecht*, 3. Aufl. 2012; *W. Buerstedde*, *Juristische Methodik des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 2006; *B. Rüthers/C. Höpfner*, *Grundlagen einer europäischen Methodenlehre*, AcP 2009, с. 1.

² Обзорно см.: *Höland* (Hrsg.), *Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im deutschen Recht*, 2012; *N. Schmalz*, *Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Europäische Menschenrechtskonvention für die Bundesrepublik Deutschland*, 2006; специально в области трудового права: *A. Nußberger*, *Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Arbeitsrecht*, AuR 2014, с. 130; в области уголовно-процессуального права: *O. Kieschke*, *Die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkung auf das deutsche Strafverfahrensrecht*, Berlin 2003; актуальные работы: *M. Payandeh/P. Sauer*, *Menschenrechtskonforme Auslegung als Verfassungsmehrwert: Konvergenzen von Grundgesetz und EMRK im Urteil des Bundesverfassungsgericht zur Sicherungsverwahrung*, Jura 2012, с. 289.

³ См. обзорный анализ в контексте права Европейского Союза: *K. Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.) (сноска 1), § 11, пункт 43; в контексте ЕКПЧ: *C. Grabenwerter/K. Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl. 2012, § 5, пункт 12 и далее; по вопросу о квалификации этих понятий см. *K. Böth*, *Evolutive Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, 2013, с. 17 и 72 и далее.

⁴ EuGH, Решение от 6.10.1982 – С 283/81 ("*C.I.L.F.I.T.*"), Slg. 1982, 3415, пункт 20.

⁵ Аутентичными редакциями текста ЕКПЧ являются английская и французская, немецкая же в отличие от этого - нет. Для простоты в тексте цитат будут в основном использованы, за редким исключением, немецкие понятия и поэтому ссылки даются на немецкую редакцию. Она доступна в интернете по адресу: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Europaeische_Konvention.pdf?__blob=publicationFile (по состоянию на сентябрь 2014). То же самое относится и к решениям ЕСПЧ. Поскольку сегодня наиболее распространенными являются ссылки на базу

должен интерпретироваться в контексте актуальных условий (*present day conditions*).⁶ Этот метод толкования ЕСПЧ опирается в значительной степени на международные правовые источники. Их комплексное исследование позволяет, в частности, выяснять актуальное состояние развитие прав человека. Поскольку ЕСПЧ подкрепляет предписания ЕКПЧ другими международными правовыми источниками, постольку "мягкое право"⁷ может оказывать существенное влияние на содержание действующего права.⁸ Это предстает особенно отчетливым, когда Суд обосновывает результаты своего толкования документами органов Совета Европы. Последние представляют собой, как правило, заявления внутреннего характера и действия, либо согласно Устава Совета Европы не являются обязательными для государств-участников.⁹

Такой подход непросто укладывается в рамки германской методологии (*Methodenlehre*). Воля законодателя, выраженная в процессе законодательства, представляет собой составную часть *исторического* толкования.¹⁰ Изменения, происходящие внутри общества, становятся релевантными только в рамках возможного дальнейшего развития и совершенствования права.¹¹ Поэтому в рамках германского теоретического подхода историческое истолкование переводится в динамичное толкование. Историческое толкование позволяет на основе материалов, связанных с процессом подготовки и выработки соответствующих норм, сделать вывод о конкретной цели, которая преследовалась принятием данного регулирования.¹² Тем не менее, в случае ЕКПЧ речь идет не только о том, к чему Высокие договаривающиеся стороны стремились, но и о том, к чему государства-участники стремятся в настоящее время. В некотором смысле

данных HUDOC, ссылки на эти решения даются в сносках с указанием английских названий.

⁶ По данному вопросу более подробно также ниже, в разделе III. 2; по вопросу о генезисе этой формулы см. *K. Böth* (сноска 3), с. 3.

⁷ См. также *J. Schwarze*, *Soft Law im Recht der Europäischen Union*, *EuR* 2011, с. 1; *P.-C. Müller-Graff*, *Das "Soft Law" der europäischen Organisationen*, *EuR* 2012, с. 18, 18 и далее, соответственно с дальнейшими ссылками.

⁸ По вопросу о действии см.: *P.-C. Müller-Graff* (сноска 7), с. 18, 27 и далее.

⁹ Обзор "институционального вторичного права Совета Европы" ("institutionelle Sekundärrecht des Europarats") см. *G. Winkler*, *Der Europarat und die Verfassungsautonomie seiner Mitgliedstaaten*, 2005, с. 406, на с. 410 также по вопросу об обязательном действии.

¹⁰ *F. Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, с. 449; *K. Engisch*; *Einführung in das juristische Denken*, 11. Aufl. 2010, с. 144 и далее; *R. Wank*, *Die Auslegung von Gesetzen*, 5. Aufl. 2011, с. 65; разумеется, другие документы могут позволить сделать вывод именно в отношении определенной цели регулирования, преследовавшейся законодателем.

¹¹ *BVerfG*, *NJW-RR* 2014, 105, 106; *BVerfGE* 128, 193.

¹² *H. Koch/J. Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, с. 166 и далее.

динамичная интерпретация представляет собой поэтому определенный вызов.

Также и с конституционно-правовой точки зрения динамичное толкование сопряжено с определенными проблемами. Посредством признания и применения международно-правовых предписаний через соответственно преобладающую на этом уровне методика в германскую правовую систему могут вводиться решения которые, с одной стороны, проходят более слабую парламентскую легитимацию, с другой стороны, происходят из других контекстов и, наконец, угрожают парламентским решениям морально-этического характера. Демократическая легитимация правовых решений (*Rechtserkenntnis*) является в Германии, однако, необходимым и обязательным условием (ст. 79 абз. 3 Основного Закона ФРГ). Из этого вытекают высокие требования, которые предъявляются к применению правовых источников, не имеющих достаточной легитимации.¹³

В настоящей статье сначала обсуждается динамичная интерпретация ЕКПЧ, которая затем исследуется в контексте ее соотношения с документами Совета Европы. В заключении критически рассматривается национальная практика в работе с этими документами и предлагается методика работы с документами, соответствующая принципам Основного Закона и ЕКПЧ.

II. Международная система ЕКПЧ

ЕКПЧ представляет собой международно-правовой договор. Конвенция включена в международную систему, которая имеет своим источником четыре правовые сферы¹⁴: правовые источники Совета Европы, с которыми она обнаруживает самую тесную взаимосвязь; правовые порядки ее 47 государств-участников; право Европейского Союза и остальное

¹³ *U. di Fabio*, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip? Überlegungen zum Einfluß des indirekten Gemeinschaftsrechts auf die nationale Rechtsordnung, NJW 1990, с. 947, 951; также и сами судьи ЕСПЧ нередко указывают на то, что легитимность международного суда зависит от убедительной силы его решений, см. например, частично особое мнение судьи *Wojtyczek* в EGMR (Große Kammer), Urteil v. 21.10.2013 -55508/07 (*Janowiec и др. против России*). Примечание автора статьи: Все постановления ЕСПЧ можно найти в базе данных решений Суда HUDOC (hudoc.echr.coe.int).

¹⁴ Такую классификацию предлагает *M. Forowicz*, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford 2010, с. 3.

международное право.¹⁵ Связь с Советом Европы возникла уже вследствие того, что им осуществлялась разработка и подготовка принятия ЕКПЧ. ЕКПЧ, кроме того, является так называемой конвенцией закрытого характера.¹⁶ Ст. 59 абз. 1 ЕКПЧ непосредственно связывает ЕКПЧ с членством в Совете Европы. Взаимодействие национальных правопорядков с ЕКПЧ носит при этом комплексный характер.

В то время как гарантии ЕКПЧ влияют на национальное право, право государств-участников, в свою очередь, приобретает особое значение, если речь идет о т.н. общих правовых принципах или нормах. В свою очередь, Европейский суд по правам человека часто сталкивается также и с правом ЕС. Все государства-члены ЕС являются также сторонами ЕКПЧ.¹⁷ Связь с остальным международным правом устанавливается, прежде всего, через правовые источники Организации Объединенных Наций и НАТО. Так например, преамбула ЕКПЧ непосредственно ссылается на Всеобщую Декларацию прав человека Объединенных Наций. Все эти специфические факторы оказывают влияние на интерпретацию ЕКПЧ. Так ЕСПЧ применяет нормы общего международного права только тогда, когда он не может констатировать единообразный правовой подход и понимание на уровне национальных систем государств-участников.¹⁸ В дальнейшем отношении между документами Совета Европы и правом государств-участников рассматривается более подробно.

III. Принципы интерпретации ЕСПЧ

Квалификация ЕКПЧ в качестве международного права, с одной стороны, и общее значение прав человека, с другой, определяют методику толкования, используемую ЕСПЧ.

¹⁵ По вопросу о классификации права Европейского Союза и права Совета Европы в международном праве см. *M. Nawparwar*, *Europäische Union und Europarat, Komplementarität und Rivalität*, 2013, с. 8 и далее.

¹⁶ *J. Meyer-Ladewig*, *EMRK - Handkommentar*, 3. Aufl. 2011, Einleitung, пункт 1.

¹⁷ См. подробный обзор *S. Sebastian*, *Geistiges Eigentum als europäisches Menschenrecht*, *GRUR Int* 2013, с. 524, 525.

¹⁸ *M. Forowicz* (сноска 14), с. 9.

1. Нормы Венской Конвенции о праве международных договоров

ЕСПЧ исходит из общих принципов интерпретации международно-правовых договоров и выводит свои принципы толкования непосредственно из Венской Конвенции о праве международных договоров¹⁹ (ВКПМД).²⁰ Ст. 31 абз. 1 ВКПМД подчеркивает значение дословного текста, а также объект и цель договора, а ст. 32 ВКПМД допускает возможное обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к *подготовительным материалам*.

Помимо этих средств толкования, Суд в соответствии со ст. 31 абз. 2 ВКПМД учитывает в своей интерпретации любое соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора (пункт а) и любой документ, составленный одним или несколькими участниками в связи с заключением договора и принятый другими участниками в качестве документа, относящегося к договору (пункт б). В соответствии со ст. 31 абз.3 ВКПМД *в равной степени* должны учитываться любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений (пункт а), последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования (пункт б) и любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками (пункт с). Ст. 31 ВКПМД содержит таким образом явный динамичный момент.²¹

При интерпретации ЕКПЧ Европейский Суд по правам человека часто применяет ст. 31 абз. 3 пункт с) ВКПМД. Суд подчеркивает, Конвенция не может интерпретироваться изолированно от иных норм международного права, как будто она находится в правовом вакууме.²² Имея ввиду множественность международно-правовых источников, Суд ставит своим требованием оптимизацию согласованности ЕКПЧ как элемента международного права с другими правилами международного права. При этом Суд исходит из того, что государства в своих более поздних документах не стремились вступать в противоречие с их обязательствами, вытекающими из ЕКПЧ. Соответственно и эвентуально возникающие

¹⁹ Венская Конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 года.

²⁰ См.: ЕСПЧ, Решение от 21.2.1975, Жалоба № 4451/70 (*Golder/Verenigtes Konigreich*), пункт 29 и 35; см. также особое мнение судьи *Ziemele*, ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 18.2.2009, Жалоба № 55707/00 (*Andrejeva/Latvia*), пункт 19, где указывается на специальный характер ЕКПЧ.

²¹ Более подробно по данному вопросу см.: *K. Böth* (сноска 3), с. 85 и далее.

²² Очередной пример из недавней практике см. EGMR (Große Kammer), Urteil v. 27.5.2014 -App. No. 4455/10 (*Margus/Kroatien*), пункт 129 с дальнейшими ссылками.

противоречия должны, по мере возможности, преодолеваются путем гармонизации.²³ Поскольку ст. 31 абз. 3 пункт с) ВКПМД требует только общую норму международного права или соответственно международно-правовой принцип, Суд в принципе отказывается исследовать вопрос о том, был ли данный вспомогательный источник, служащий для определения правовых норм, ратифицирован соответствующими государствами-участниками ЕКПЧ.²⁴ Такой подход означает игнорирование значения государственного акта признания (*Geltungsakte*) и поэтому вызывает определенные сомнения (эта проблематика, однако, не может быть рассмотрена здесь более детально).

Развитие международного права и стремление к гармонизации являются важной несущей опорой динамичной интерпретации. Возможность экстенсивного использования принципов общего международного права облегчает для ЕСПЧ возможность применять динамичную интерпретацию. Кроме этого, ЕКПЧ служит примером т.н. фрагментации международного права, поскольку общие представления и убеждения государств-участников ЕКПЧ имеет для Суда все еще первостепенное значение.²⁵ Если они меняются, то соответственно меняется также и интерпретация ЕКПЧ. При этом суд предпринимает оценочный сравнительно-правовой анализ.²⁶ Такой методический прием впервые был применен в судебном деле "*Tyner против Великобритании*". Полученное таким образом общее убеждение Суд проецирует тогда на ситуацию в государстве-участнике, против которого подана жалоба. Оно может сослаться на имеющиеся национальные особенности, что удается далеко не всегда, если не сказать довольно редко.²⁷

²³ ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 12.9.2012 - 10593/08 (*Nada/Schweiz*), пункт 170 с дальнейшими ссылками.

²⁴ ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 12.11.2008 - 34503/97 (*Demir und Baykara/Türkei*), пункт 78 и далее, особенно пункт 86.

²⁵ Критика решения *Goodwin: K. Böth* (сноска 3), с. 159, в данном случае ЕСПЧ преодолел именно отсутствующий европейский консенсус при помощи ссылки на более стабильное международное развитие.

²⁶ *C. Grabenwarter/K. Pabel* (сноска 3), § 5, пункт 11.

²⁷ ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 7.11.2013 - 29381/09, 32684/09 (*Vallianatos и др. против Греции*), пункт 92; ЕСПЧ, Решение от 18.12.1987 - 11329/85 (*F. против Швейцарии*), пункт 33.

2. Конкретный пример: динамическая или эволютивная интерпретация

Как международно-правовая гармонизация, так и "внутриевропейское" согласование усиливают стремление к динамической интерпретации ЕКПЧ. Если общие убеждения вообще могут влиять на ЕКПЧ, то логично, что это должны быть актуальные убеждения. ЕСПЧ специально подчеркивал, что основное внимание должно уделяться ЕКПЧ и проблемам конкретного актуального случая.²⁸ По мнению Суда, ЕКПЧ представляет собой именно "живой инструмент", который следует интерпретировать с точки зрения актуальных условий (в дальнейшем: *доктрина живого инструмента, living-instrument-doctrine*).²⁹

Грабенвартер и Пабел (Grabenwarter/Pabel) критикуют обращение к общему европейскому стандарту и толкование в соответствии с международным правом.³⁰ Так например, по их мнению готовность к превышению привычных конституционных полномочий становится очевидной, так как безусловно необязательным документам придается обязательное действие. *Матшер (Matscher)* указывал на существующее для "конституционного суда" фундаментальное различие между правоприменением и правотворчеством.³¹ Определяющим в такой трактовке должно быть не развитие конкретной правовой нормы, а исследование ее изменения. Тем не менее, эти авторы в целом не отрицают полностью такой подход ЕСПЧ, но требуют, чтобы он применялся субсидиарно.

Также и сам ЕСПЧ устанавливает для динамической интерпретации определенные границы. Многие сомнения в этом смысле развеял ЕСПЧ уже в своем решении по делу *Feldbrugge против Нидерландов*. Здесь он подчеркнул, что динамическая интерпретация не позволяет вводить в ЕКПЧ полностью новые концепции или сферы применения, поскольку это задача,

²⁸ ЕСПЧ, Решение от 2.3.2010 - 61498/08 (*Al-Saadoon u Mufdhi против Великобритании*), пункт 119 и ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 12.5.2005 - 46221/99 (*Öcalan против Турции*), пункт 162.

²⁹ См.: ЕСПЧ, Решение от 25.4.1978 -5856/72 (*Tyrer против Великобритании*), пункт 31; по данному вопросу также: *K. Mellech, Die Rezeption der EMRK sowie der Urteile des EGMR in der französischen und deutschen Rechtsprechung*, 2012, с. 80 и сл.

³⁰ *C. Grabenwarter/K. Pabel* (сноска 3), § 5, пункт 11, при этом авторы не требуют отхода от такой практики, а лишь высказываются в пользу более осторожного отношения; см. также: *M. Herdegen, Völkerrecht*, 12. Auflage 2013, § 5, пункт 22; *C. Heer-Reißmann, Die Letztentscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Europa*, 2007, с. 92 и сл, здесь автор относит динамическое толкование к телеологическому.

³¹ *F. Matscher, Festschrift Mosler* 1983, с. 545, 552.

которую должен решать законодательный орган и государства-участники.³² О субсидиарном применении динамичной интерпретации, тем не менее, не может быть никакой речи. Наоборот, *Bëm (Böth)* считает, что ЕСПЧ развивает динамичную интерпретацию далеко за пределами, установленными ст. 31 ВКПМД.³³ Однако, можно установить и определенную градацию. Например, в своем решении по делу *Johnston и др. против Ирландии* Суд установил, что из ст. 12 ЕКПЧ не может быть выведено право на развод, поскольку ретроспективный анализ показывает, что это право как раз не было включено в текст Конвенции и этот отказ был вполне осозанным.³⁴ Такой подход продолжает превалировать также и в настоящее время, несмотря на растущее число разводов, отражающее современные общественные тенденции. В качестве юридического обоснования для динамической интерпретации указывается на принцип контроля за соблюдением права и его дальнейшего развития.³⁵ В особенности устанавливается: "что целью Совета Европы является достижение большего единства между его членами и что одним из средств достижения этой цели является поддержание и дальнейшее осуществление прав человека и основных свобод". ЕСПЧ, естественно, предпринимает усилия для обеспечения соблюдения прав человека, однако, дальнейшее развитие (соответствующей правовой основы — *прим. Дайджеста*) может пониматься также и как задача политических органов Совета Европы и непосредственно его государств-участников. В частности, необходимо учитывать, что Суд - это не орган Совета Европы, несмотря на высокую степень достигнутой интеграции. Такое разделение ролей вытекает, как представляется, из ст. 19 ЕКПЧ. В соответствии с данным регулированием, задачей ЕСПЧ является обеспечение соблюдения взятых обязательств.

Другим распространенным подходом к легитимации является сама идея "европейского консенсуса" (*Europäischer Konsens*).³⁶ Легитимацию через европейский консенсус, тем не менее, не следует ошибочно отождествлять с легитимацией установления европейского согласия. Это становится особенно отчетливым, если при выяснении и констатации такого консенсуса допущена ошибка. В этом случае, констатация консенсуса легитимировала бы саму себя. Кроме того, такой подход создает трудности,

³² ЕСПЧ, Решение от 27.6.1987 -8562/79 (*Feldbrugge/Niederlande*), пункт 24.

³³ *K. Böth* (сноска 3), с. 166.

³⁴ ЕСПЧ, Решение от 18.12.1986 -9697/82 (*Johnston и др. против Ирландии*), пункт

53.
³⁵ *C. Grewe*, Vergleich zwischen Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichtsgerichte und des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *ZaöRV* 2001, с. 459, 466.

³⁶ *K. Dzehtsiarou*, European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights, *German Law Journal* 2011, с. 1730, 1744 и сл.

так как такая констатация и ее заявление охватывает также и государства, которые не поддерживают соответствующую европейскую тенденцию. Приводить в отношении этих государств в качестве контраргумента одно только то возражение, что актуальная интерпретация базируется на общей европейской точке зрения, будет выглядеть мало убедительным, если не существует также особой легитимации к констатации данного консенсуса или тенденции.

Слишком максималистским, напротив, предстает возражение, в соответствии с которым именно потому, что речь идет о развитии прав человека, последнее не может зависеть от волеобразования и волеизъявления государств-участников.³⁷ Такая аргументация не учитывает специфический характер Конвенции как международно-правового договора. К тому же нельзя не принимать во внимание, что в сфере дальнейшего развития европейских прав человека европейское согласие – это отнюдь не единственный аспект.

Убедительным в своей основе предстает мнение *Греве (Grewe)*, указавшей, что принципы демократического правопорядка и основные права и права человека никогда не завершены в своем развитии и требуют постоянного обсуждения.³⁸ По этой причине динамичная интерпретация является также следствием признания и действия принципа эффективности (*Effektivitätsgrundsatzes*).³⁹ Стремление к актуализации объясняется тем, что государства-участники в соответствии со ст. 58 ЕКПЧ могут выйти из Конвенции. Такое развитие становится особенно реальным тогда, когда актуальный подход государства в отношении определенной области регулирования расходится с актуальным пониманием смысла соответствующего регулирования Конвенции. В конечном счете, нельзя ожидать и требовать от государства-участника ЕКПЧ, что оно довольствуется отстающим развитием прав человека, если оно стремится, как это зафиксировано в преамбуле ЕКПЧ, способствовать дальнейшему развитию прав человека. Поэтому правильно не отказываться от метода, а с учетом этого применять его критически. Только таким образом можно достичь соответствия с динамичным импульсом, исходящим из ст. 31 ВКПМД.⁴⁰

³⁷ *G. Letsas*, *The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR*, EJIL 2004, с. 279, 304; См. в отличие от этого: *K. Dzehtsiarou* (сноска 36), *German Law Journal* 2011, с. 1730, 1743 и сл.

³⁸ *C. Grewe* (сноска 35), *ZaöRV* 2001, с. 459, 466; *K. Dzehtsiarou* (сноска 36), *German Law Journal* 2011, с. 1730, 1731 и сл. С дальнейшими ссылками.

³⁹ *C. Grewe* (сноска 35), *ZaöRV* 2001, с. 459, 466; *K. Böth* (сноска 3), с. 164 и сл.

⁴⁰ В этом же направлении: *M. Forowicz* (сноска 14), с. 12.

IV. Толкование, основанное на документах Совета Европы

Основываясь на вышеизложенных принципах, можно приступить теперь к непосредственному исследованию места и значения документов Совета Европы в практике ЕСПЧ.⁴¹ Для динамичной интерпретации Суда значение имеют как документы Комитета министров, так и документы Парламентской Ассамблеи.

Принципиальная структура аргументации суда может быть продемонстрирована на примере решения по делу *Vallianatos и другие против Греции*.⁴² В данном деле речь шла о юридическом признании однополюсного партнерства. Исходя из доктрины "живого инструмента", Суд сначала опроверг аргументацию греческого правительства, чтобы затем на базе сравнительно-правового анализа констатировать, что только Греция и Литва исключали такое юридическое признание и в этом смысле занимали в европейском сравнении изолированную позицию. Сближение различных правовых систем в отношении признания однополюсных пар было расценено Судом как общеевропейская тенденция. Чтобы подкрепить свое обоснование этой тенденции, Суд сослался на резолюцию Парламентской ассамблеи 1728 (2010) и на рекомендацию Комитета Министров CM/Rec(2010)5. Исходя из этого, ЕСПЧ признал нарушение ст. 8 ЕКПЧ в сочетании со ст. 14 ЕКПЧ.⁴³

1. Роль Комитета Министров и Парламентской Ассамблеи

Право Совета Европы знает множество различных типов документов. В контексте рассматриваемых в статье вопросов особый интерес представляют те из них, которые наиболее показательным образом используются в практике ЕСПЧ. Устав Совета Европы (в дальнейшем сокращенно - Устав) предусматривает в ст. 10 два органа: Комитет Министров и Парламентскую Ассамблею. Парламентская Ассамблея прежде называлась Парламентским Собранием, и с 1984 года именуется так также и Комитетом Министров.⁴⁴ Комитет Министров и Парламентская

⁴¹ Это обозначение как собирательное понятие см.: *G. Winkler, Der Europarat und die Verfassungsautonomie seiner Mitgliedstaaten*, 2005, с. 406 и далее.

⁴² ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 7.11.2013 -29381/09, 32684/09 (*Vallianatos и др. против Греции*), пункты 91 и 92.

⁴³ К вопросу адаптации: ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 19.2.2013 -9010/07 (*X. и др. Против Австрии*) со схожей структурой аргументации.

⁴⁴ Немецкую версию см.: <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/001.htm>, аутентичными являются лишь английский и французский тексты. В статье

Ассамблея выполняют принципиально разные задачи. В то время как Комитет Министров с его решениями представляет Совет Европы также и во внешних сношениях, Парламентская Ассамблея задумывалась в принципе как совещательный орган.

Ст. 15 Устава называет, в первую очередь, резолюции (*conclusions*) Комитета Министров, причем они могут издаваться также в форме рекомендаций национальным правительствам (*recommandations*). Ст. 16 Устава регулирует возможность издания Комитетом Министров распоряжений по вопросам, касающимся организации и внутреннего устройства Совета Европы.

Ст. 23 Устава предоставляет Парламентской Ассамблее широкие полномочия по разработке и принятию рекомендаций. Ввиду наличия у нее подобного "права инициативы" ("*Initiativrechts*") по отношению к Комитету Министров, Парламентская Ассамблея часто обозначается как "мотор Совета Европы".⁴⁵ Как это следует из ст. 22 Устава, Парламентская Ассамблея направляет свои рекомендации Комитету Министров. Также и в этом случае его решение является надстоящей категорией (*übergeordnete Kategorie*). Учет ли Комитет Министров поступившие рекомендации, зависит от решения самого Комитета. Эти акты не имеют обязательного действия.⁴⁶ К такому заключению можно прийти и путем вывода от обратного на основе ст. 15 а Устава, поскольку данная норма устанавливает обязанность реализовывать цели Совета Европы, а не рекомендации Парламентской Ассамблеи. На практике же Комитет Министров, тем не менее, реагирует и отвечает на поступающие к нему рекомендации.⁴⁷

Требования, предъявляемые к различным формам соответствующих актов, не являются, однако, одинаковыми. В соответствии со ст. 20 Устава, рекомендации Комитета Министров принимаются единогласно или требуют большинства в две трети голосов от общего числа его членов. Именно это требование и выражает общий консенсус и обосновывает непосредственную связь с установлением европейского стандарта в смысле доктрины "*живого инструмента*". В случае Парламентской Ассамблеи это выглядит иным образом. Ст. 29 -30 Устава регулируют необходимые кворумы для принятия ею решений, но не устанавливают правило единогласия, а предусматривают необходимость достижения большинства

используются в основном термины немецкого перевода консультативное совещание именуется также Парламентским Собранием. По вопросу исторического развития: *M. Wittinger, Der Europarat, Die Entwicklung seines Rechts und der "europäischen Verfassungswerte"*, 2005, с. 136 и сл.

⁴⁵ *J. Stegen, Die Rolle der Parlamentarischen Versammlung als Motor des Europarats*, в: *Holtz (Hrsg.), 50 Jahre Europarat*, 2000, с. 79 и далее.

⁴⁶ *M. Wittinger* (сноска 44), с. 141.

⁴⁷ *M. Wittinger* (сноска 44), с. 141.

в две трети. Подобные (заниженные) требования действуют и для принятия рекомендаций (ст. 29 i Устава).

Помимо этого, Парламентская Ассамблея издает решения в форме резолюций (*resolutions*), хотя они не предусмотрены в Уставе Совета Европы. Резолюции адресуются непосредственно государствам-участникам, и их принятие требует только простого большинства. По этой причине на практике они используются в том случае, если существует риск, что при голосовании рекомендации не удастся набрать большинства в две трети.⁴⁸ С догматической точки зрения данная форма принятия актов основывается на расширительном толковании ст. 22 Устава, поскольку передачи заключения в Комитет Министров как раз не требуется.⁴⁹ Практика принятия резолюций во всяком случае с 50ых годов, получила широкое распространение и в значительной степени одобрение.⁵⁰ Парламентская Ассамблея указывает, тем не менее, в конце документа, было ли данное решение одобрено единогласно.⁵¹

2. Истоки

Проследить и описать развитие определенной традиции судебной практики ЕСПЧ⁵², не всегда просто, поскольку имеется слишком много решений по самым различным делам, а возможности поиска и исследования конкретного вопроса относительно незначительны.⁵³

В судебной практике ЕСПЧ непосредственные ссылки на документы Совета Европы, во всяком случае сделанные со всей ясностью и определенностью, можно обнаружить только с начала девяностых годов. В 1991-ом году в решении по делу *Cruz Varas и др. против Швеции* Суд сослался на рекомендации Парламентской Ассамблеи (в тот период еще Собрания) Комитету Министров и рекомендации Комитета Министров

⁴⁸ *M. Wittinger* (сноска 44), с. 142.

⁴⁹ См. *M. Wittinger* (сноска 44), с. 142 с дальнейшими ссылками.

⁵⁰ 1 BvR 990/82 на это указывает уже *M. Wittinger* (сноска 44), с. 14.

⁵¹ См. Resolution 1743 (2010) (<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1743.htm>).

⁵² Чтобы не утяжелять текст здесь употребляется термин "Европейский суд по правам человека". С исторической точки зрения это не совсем верно, поскольку современный ЕСПЧ возник в результате "слияния" Европейской Комиссии по правам человека и Европейского Суда по правам человека прежней модели; Историю развития см.: *J. Meyer-Ladewig* (сноска 16), Einleitung, пункт 7-9.

⁵³ По данной проблеме см. уже *C. Gusy*, Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Deutschland, JA 2009, с. 406, 410.

национальным правительствам,⁵⁴ хотя эти ссылки и не повлияли принципиально на решение Суда.

Более отчетливые контуры использование документов Совета Европы приняло в 1997-ом году. В решении по делу *Z. против Финляндии*⁵⁵ Суд в рамках проверки по ст. 8 абз. 2 ЕКПЧ для оценки того, были ли оспоренные по делу меры необходимы в демократическом обществе, использовал Рекомендацию Комитета министров Совета Европы N R (89) 14 "По этическим проблемам, связанным с ВИЧ-инфекцией, в здравоохранении и в социальных учреждениях", на основании которой он установил, что отсутствие гарантий защиты личных данных может побудить заинтересованное лицо не представлять соответствующие личные данные. Вследствие этого возникает опасность неправильного лечения и нанесения вреда здоровью. Это заключение было затем учтено Судом при определении баланса между правовыми ценностями (*Abwägung*). После реформы Европейского Суда по правам человека в результате принятия Одиннадцатого Протокола в конце девяностых годов обращение Суда к документам Совета Европы получило показательный импульс. В настоящее время при поиске ссылок на соответствующие документы банк данных "HUDOC" выдает более тысячи результатов.

3. Значение на уровне методик Суда

ЕСПЧ опирается на документы Совета Европы, не прибегая к подробному анализу ст. 31 ВКПМД. Как правило, Суд использует их для того, чтобы констатировать наличие общего консенсуса государств-участников, и тем самым включает их в рамки *доктрины "живого инструмента"*. В его судебной практике закрепились позиции, что документы Совета Европы могут отражать европейский консенсус. Тем не менее, структуры аргументации Суда от решения к решению разнятся. Иногда при знакомстве с постановлением Суда возникает чувство, что положения цитируемых документов приписывается значение действующих норм. Иногда, напротив, ЕСПЧ опирается на такие положения исключительно в качестве вспомогательного средства и таким образом лишь подкрепляет свою аргументацию.⁵⁶ И наоборот, ЕСПЧ может констатировать и обосновать отсутствие европейского консенсуса

⁵⁴ ЕСПЧ, Решение от 20.3.1991 -15576/89 (*Cruz Varas и др. против Швеции*), пункт 96; еще более конкретно относительно правового регулирования права политического убежища см. ЕСПЧ, Решение от 30.10.1991 -13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87 (*Vilvarajah и др. против Великобритании*).

⁵⁵ ЕСПЧ, Решение от 25.2.1997 -22009/93 (*Z. против Финляндии*), пункт 95.

⁵⁶ ЕСПЧ, Решение от 26.6.2014 -39428/12 (*Gablshvili против России*), пункт 57.

также тем, что Комитет Министров после обсуждения какого-либо вопроса отказался от принятия по нему каких-либо рекомендаций.⁵⁷

При этом значимость этих вспомогательных средств для определения правовых норм (*Rechtserkenntnisquellen*) не должна недооцениваться. Та манера, в которой ЕСПЧ цитирует эти документы при наличии в них однозначных предписаний, подтверждает, что Суд приписывает этим документам юридический ранг, сравнимый с его собственными постановлениями.⁵⁸ Такое привилегированное значение *Баденхоп* (*Badenhop*) обосновал тем, что ЕКПЧ должна быть включена в систему договорного права Совета Европы (*Vertragsrechts des Europarates*) и что только таким образом можно избежать противоречий.⁵⁹ Остается отметить, что вопреки различиям в позициях судей и невысказанным расхождениям в понимании документов, сам этот метод как таковой еще не был подвергнут полному отрицанию или отвергнут при выражении особого мнения.

4. Специальные принципы, касающиеся действия и правовых последствий документов Совета Европы

Если исходить из включения в *доктрину "живого инструмента"*, то при использовании документов Совета Европы встает множество методических проблем. Правовая компаративистика и правовые источники Совета Европы обслуживают при этом тот же самый аспект. Это выражается также в работе ЕСПЧ. Суд использует оба инструмента и устанавливает при их помощи актуально действующий европейский стандарт прав человека. Особое значение этот стандарт, как правило, имеет тогда, когда речь идет о том, имеется ли у государства-участника в данном деле свобода оценки (*Einschätzungsspielraum*). Ниже должны быть обсуждены некоторые из специальных методических проблем.

а) Методическое применение в качестве "мягкого права"

Исходным пунктом в практике Суда является квалификация "мягкого права" в качестве такового. Так например, в решении по делу *Harakchiev u*

⁵⁷ ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 22.4.2013 - 48876/08 (*Animal Defenders International против Великобритании*), пункт 123.

⁵⁸ ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 7.2.2012 - 40660/08, 60641/08 (*von Hannover против ФРГ, № 2*), пункт 110 относительно не предусмотренной Уставом резолюции.

⁵⁹ *J. Badenhop, Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2010, с. 78.

*Tolunov против Болгарии*⁶⁰ Суд обратился к "Европейским пенитенциарным правилам" ("*European Prison rules*"). При этом речь шла о рекомендациях Комитета Министров в области тюремных правил и в дополнении к этому о рекомендации R 2003 (23). Несмотря на отсутствие у них обязательного действия, Суд отметил значительную важность (*considerable importance*) или большой вес (*grand poids*) этих документов.⁶¹ В решении по делу *Dyubeki против Болгарии* ЕСПЧ подчеркивал только важность рекомендации, несмотря на ее отсутствующую обязательную силу.⁶² Из структуры аргументации Суда становится очевидным, что ЕСПЧ пытается очертить значение подобных документов для судебного толкования. Рекомендация адресуется государствам-участникам. Этим коммуникативным актом создается в то же время платформа для рецепции (*Rezeptionsplattform*). Обращение государств-участников с европейскими документами рисует для Суда определенный образ применения установленных норм. В этом смысле непосредственное обращение к тексту рекомендации также может с догматической точки зрения причинно связываться с реакцией государств-участников. При признании и применении государствами-участниками исходное значение этих документов как "мягкого права" больше не играет особой роли. Несмотря на это, самостоятельное оправдание применения таких документов в качестве международного права могло бы быть, возможно, выведено еще и на основе ст. 31 абз. 3 lit. c) ВКПМД. Однако, эту возможность ЕСПЧ как раз и не использует.

в) Временные рамки

Применение доктрины "живого инструмента" ведет к гипотетической нестабильности результатов толкования. Это можно особенно хорошо проиллюстрировать на примере судебной практики по вопросу о праве на отказ от военной службы. Например, в решении по делу *Bayatyan против Армении* Суд, ссылаясь на изменившийся европейский подход, пересмотрел свою устоявшуюся судебную практику по вопросам отказа от военной службы, принимая во внимание ст. 9 ЕКПЧ.⁶³

Более сложным представляется, однако, вопрос о допустимости т.н. реверсивной интерпретации ЕКПЧ через документы Совета Европы. Учитывая то обстоятельство, что судебные разбирательства в ЕСПЧ могут

⁶⁰ ЕСПЧ, Решение от 8.7.2014 -15018/11, 61199/12 (*Harakchiev und Tolunov против Болгарии*), пункт 204.

⁶¹ ЕСПЧ, Решение от 11.7.2006 -33834/03 (*Rivière против Франции*), пункт 72.

⁶² ЕСПЧ, Решение от 18.12.2007 -41153/06 (*Dyubeki против Албании*), пункт 48.

⁶³ ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 7.8.2011 (*Bayatyan против Армении*), пункт 121 и далее.

длиться достаточно долго, можно было бы предположить, что ЕСПЧ в своем решении должен учитывать новейшие тенденции развития. Однако, безусловная и всесторонняя реверсивная интерпретация ЕКПЧ в свете более нового развития принципиально отвергается Судом. По делу против Италии (и Болгарии), касавшемуся событий произошедших в 2003 году,⁶⁴ решение по которому было принято только в 2012-ом году, речь шла о том, что девушка, принадлежавшая к этнической группе рома, в возрасте 17-ти лет была за деньги выдана замуж. ЕСПЧ не смог в достаточной степени обосновать, что женщина была продана в рабство. Суд сослался, тем не менее, на две резолюции Парламентской Ассамблеи против детского и принудительного брака 2005-го и 2010-го года, в которых в качестве возрастного ценза для бракосочетания устанавливалось достижение лицом 18-ти лет. Однако, по состоянию на 2003-ий год этих резолюций не было, и до их принятия консенсуса в этом отношении не существовало. Конвенция о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков 1962-го года лишь предписывала государствам издавать законодательные акты, устанавливающие минимальный брачный возраст.⁶⁵

Нечто иное действует в случае продолжающих действовать законов,⁶⁶ если принятие этого акта стало результатом соответствующего развития на общеевропейском уровне. Тогда суд привлекает документы, которые еще не действовали в соответствующий период, как подтверждение этого развития.⁶⁷

с) Документы Парламентской Ассамблеи

Если ЕСПЧ при обосновании своих решений привлекает документы Парламентской Ассамблеи, то его толкование быстро становится запутанным и сложным. Рекомендации и резолюции Парламентской Ассамблеи методически разделить не просто. Если Парламентская Ассамблея издает резолюцию, то она, как правило, дает также рекомендацию.⁶⁸ Если же в рекомендации дается только ссылка на

⁶⁴ ЕСПЧ, Решение от 31.7.2012 -40020/03 (*М. И др. против Италии и Болгарии*), пункт 129 и далее.

⁶⁵ См.: ВТ-Drs. V/1805.

⁶⁶ ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 7.11.2013 - 29381/09, 32684/09 (*Vallianatos и др. против Греции*), пункт 91.

⁶⁷ ЕСПЧ, Решение от 21.7.2011 -28274/08 (*Heinisch против Германии*), пункт 37 и сл.

⁶⁸ ЕСПЧ, Решение от 21.7.2011 -28274/08 (*Heinisch против Германии*), пункт 73 и 80.

резолуцию, то Суд использует непосредственно ее текст. В этом отношении ЕСПЧ не обосновывает преимущество рекомендации.⁶⁹

Исходный пункт аргументации ЕСПЧ практически всегда идентичен. Суд устанавливает европейский стандарт соответствующего права человека. Однако, более трудно с точки зрения аргументации ограничить свободу оценки государств. В решении по делу *S.A.S. против Франции*⁷⁰ речь шла о запрете паранджи во Франции. Парламентская Ассамблея в резолюции 1743 (2010) от 23.6.2010, с одной стороны, осудила принуждение к ношению паранджи и никаба, с другой стороны, однако, подчеркнула право на свободное отправление религиозного обрядов согласно ст. 9 ЕКПЧ и поэтому признала недопустимым полный запрет ношения религиозной одежды. В несколько более абстрактной трактовке эта позиция была доведена до Комитета Министров также в рекомендации 1927 (2010) от того же дня. Оба документа были приняты единогласно. В постановлении Суда ничего не говорилось о судьбе этих документов в Комитете Министров. Тем не менее, рекомендация Комитета Министров 1927 (2010) хотя и содержит ссылку на мнение Парламентской Ассамблеи (в частности, пункт 5), однако, не содержит в явном виде ссылки на запрет паранджи.⁷¹ ЕСПЧ называет в своем решении оба названных документа, обосновывая, что он признает абсолютный запрет непропорциональным. Суд, тем не менее, констатировал, что в данном случае у Франции имелась широкая свобода оценки, и что, кроме того, европейского консенсуса относительно подобного запрета не сложилось; в этом пункте Суд не цитировал Парламентскую Ассамблею.

Вопрос о том, когда на основании решений Парламентской Ассамблеи, к кворуму принятия которых не предъявляются особенно высокие требования, можно допустить существование европейского консенсуса, решается в контексте правовой компаративистики путем исследования, проводимого на основе единичного случая. Так, резолюция Парламентской Ассамблеи 1607 (2008) "О доступе к безопасному и легальному аборту в Европе" было принята 102 голосами "за" против 69 голосов "против". Ирландия, страна против которой была подана жалоба, резолюцию не поддержала. В то время как заявитель по жалобе увидел в принятии данной резолюции четкое подтверждение развития в направлении расширения права на аборт, ирландское правительство подчеркивало, что данная резолюция как раз документирует несовпадение и различие европейских точек зрения. Основываясь на соотношения голосов при принятии

⁶⁹ ЕСПЧ, Решение от 21.7.2011 -28274/08 (*Heinisch против Германии*), пункт 73 и 80.

⁷⁰ ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 1.7.2014 -43835/11 (*S.A.S./Frankreich*), пункт 147.

⁷¹ Адрес в интернете: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1761667&Site=CM>.

резолуции и на факте легализации в Европе, Суд сделал вывод о наличии европейского консенсуса. Однако, Суд опирался не столько на результат голосования по резолюции, а скорее на правовое положение в государствах-участниках; так первая заявительница по жалобе могла бы сделать аборт в 40 государствах-участниках, а вторая заявительница - в 37 государствах-участниках.

Тем не менее, нарушение Ирландией Конвенции не было установлено, так как, по мнению Суда, в данном случае государство действовало в пределах имеющейся у него свободы оценки. Это решение позволяет сделать два важных вывода. Во-первых, с политической точки зрения на основании документов Совета Европы более просто ограничить свободу оценки и действий государства-участника. Во-вторых, решения, принятые лишь с небольшим перевесом голосов в поддержку данного документа, не могут привлекаться для того, чтобы доказать наличие определенной общеевропейской тенденции или европейского консенсуса. В этом отношении сравнительно-правовой подход обнаруживает определенную слабость по отношению к документам Совета Европы. Среди этих документов именно рекомендации Комитета Министров вследствие наличия у них более основательной легитимации методически обладают большей убедительной силой.

d) Иерархия между различными документами

Между документами Парламентской Ассамблеи и Комитета Министров в принципе не существует какой-либо методической системы иерархии. Если оба вида таких документов идут в том же самом направлении, то ЕСПЧ привлекает их в равной степени.⁷² Если представить себе чисто академический случай, что между этими документами существуют серьезные расхождения, то можно предположить что рекомендация Комитета Министров должна иметь все же больший вес, чем рекомендация Парламентской Ассамблеи. Лишь только таким образом можно в полной мере добиться соответствия со ст. 22 и 23 Устава. Поэтому в случае наличия расхождений рекомендация Парламентской Ассамблеи должна быть оставлена без внимания.

e) Косвенные положения

Интерпретация судебных решений в Германии влечит все еще жалкое в методическом плане существование. Критикуется больше, чем

⁷² ЕСПЧ (Большая Палата), Решение от 7.11.2013 -29381/09, 32684/09 (*Vallianatos и др. против Греции*).

"контекстуализируется". Критика хотя и важна при здоровой дискуссии, но может заслонять, однако, взгляд на возможные перспективы для дальнейшего развития. В области прецедентного права (*case-law*) установление пределов действия решения суда занимает особое положение. Также и с точки зрения методики определенные выводы могут быть сделаны из ситуации, когда в рамках рассмотрения применимого права Суд делает ссылку на документы Совета Европы, они, однако, не упоминаются непосредственно при изложении оснований принятого решения. Нередко в этом изложении чувствуется уже окончательное решение.

В деле *Topcic-Rosenberg против Хорватии*⁷³ речь шла о праве приемной матери на отпуск по беременности и родам, а также о том, может ли усыновление ребенка признаваться идентичным рождению ребенка. Суд посчитал Европейское соглашение об усыновлении детей от 24.4.1967, а также резолюцию Парламентской Ассамблеи 1274 (2002) в качестве применимого международного стандарта, в рамках которого однозначно признавалось право на оплачиваемый отпуск в случае усыновления. Однако, при изложении мотивов решения Суда эти правовые источники не были прямо и явно упомянуты. Осталось только довольно общее указание. Суд подчеркнул лишь, что национальные власти нарушили общие принципы, которые были восприняты также и национальным правом.

Ссылка Суда на документы Совета Европы здесь более, чем очевидна. Тем не менее, Суд не предпринимает толкования вместо государства.⁷⁴ Уже само происхождение принципа, в соответствии с которым рождение и усыновление порождают идентичные правовые последствия, имеет значение для обоснованности и легитимации решения Суда. Без основания в праве Совета Европы судебное решение не может обосновывать общие принципы, которые необходимы для работы ЕСПЧ.

В решении по делу *Botta против Италии*⁷⁵ ЕСПЧ хотя и отнес к релевантному применимому праву рекомендацию Комитета Министров No. R (92) 6, тем не менее, затем он не остановился на ней более подробно. В этом юридическом споре речь шла о социальном измерении ст. 8 ЕКПЧ, исследование которого Судом подкреплялось указанием на данную рекомендацию, без того, чтобы Суд при этом назвал определенную статью этой рекомендации. ЕСПЧ только подчеркнул, что признание защитной обязанности (*Schutzpflicht*) гарантировать отдых, привело бы к переоценке

⁷³ ЕСПЧ, Решение от 14.11.2013 – 19391/11 (*Topcic-Rosenberg против Хорватии*).

⁷⁴ Этот вывод можно сделать уже на основании ст. 32 ЕКПЧ; в конкретном случае следует дифференцировать, если нормы Конвенции ссылаются на национальное право; по ст. 8 абз. 2 ЕКПЧ см.: *J. Meyer-Ladewig* (сноска 16), ст. 8, пункт 106, с указанием на то, что соблюдение национального права является лишь одним из многих факторов.

⁷⁵ ЕСПЧ, Решение от 24.2.1998 -21439/93 (*Botta против Италии*), пункт 20.

значения ст. 8, которая оказалась бы противоположной лежащей в ее основе концепции. В результате этого, по мнению Суда, учреждения ЕКПЧ становились бы таким образом своего рода посредниками социальной политики. Однако, такая роль им не подходит. Эта позиция Суда представляет собой, с одной стороны, косвенное указание на границы динамичного толкования и в то же время ясно говорит, с другой стороны, что документы Совета Европы ничего здесь не изменяют. В отношении рекомендаций Комитета Министров такой подход, вследствие специфики их легитимации и, в сущности, их идентичности с государствами-участниками Конвенции, отнюдь не представляется самоочевидным.

5. Легитимация этого подхода

Усиливающееся применение "мягкого права" в практике толкования Конвенции нуждается в легитимации. Правозамещающее, т.е. представляемое в качестве права, "мягкое право", как правило, подвергается критике ввиду обхода парламентских структур.⁷⁶ Такая позиция является в принципе вполне оправданной, тем не менее, она в высшей степени проблематична для правовых источников Совета Европы, так как Парламентская Ассамблея, иначе чем Европейский Парламент, не избирается в ходе прямых выборов. Однако, ее члены отбираются из национальных парламентов (ст. 28 Устава). Этот прием гарантирует связь с демократической легитимацией, тем не менее, это не непосредственные выборы.⁷⁷ Однако и Комитет Министров не обладает более высокой степенью легитимации, поскольку в нем представлены министры иностранных дел как орган правительства. Рекомендации Комитета Министров с достоверностью отражают политическую волю государств-участников. С одной стороны, все государства-участники должны в рамках достижения консенсуса объяснить их понимание и видение соответствующего вопроса. С другой стороны, правомочные к участию в голосовании представители в своем качестве министров иностранных дел являются частью национальных правительств. Таким образом, голосующие представители идентичны с участниками Конвенции. В случае решений Парламентской Ассамблеи ситуация принципиально иная. Существенное различие состоит уже в том, что вряд ли можно говорить об общей позиции, если например, одна треть голосов поданы против него.

⁷⁶ *J. Schwarze* (пункт 7), EuR 2011, с. 1, 17.

⁷⁷ По вопросу о легитимации см.: *A.v. Bogdandy/C. Krenn*, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, с. 529.

Хотя в принципе можно было бы утверждать, что основная идея парламентской работы состоит в том, чтобы добиваться результата путем достижения определенного большинства. Это, однако, оттесняет на второй план государства и их парламенты. В результате учета рекомендаций Парламентской Ассамблеи возникает тем самым опасность, что за общеевропейский консенсус будет приниматься не общее согласие государств, а лишь определенное мнение преобладающее на европейском уровне.

Мюллер-Графф (Müller-Graff) отметил, что оценка "мягкого права" является принципиально автономной по отношению к аргументативному правоприменению судебных органов, если суд не выходит за рамки его легитимации.⁷⁸ Он правильно указал на то, что вопрос легитимации обязательности определенного правила, является собственно, вопросом легитимации создателя данного правила.⁷⁹ То обстоятельство, что ЕКПЧ вместе с правом Совета Европы образуют определенное единство, создает специфическую связь. Если бы этой связи не было, ЕСПЧ не мог бы опираться на общеевропейское развитие. Совет Европы был бы, прежде всего, только одной из многих организаций, который бы отражал лишь определенные тенденции в европейском развитии.

Поэтому легитимация должна иметь своим основанием ЕКПЧ. Один из подходов аргументирует в том направлении, что обращение Суда к документам Совета Европы делает динамичную интерпретацию более предсказуемой и определенной.⁸⁰ Если признать динамичную интерпретацию допустимой, то такое обращение смягчает доводы о недостаточной транспарентности и о судебском произволе. Тем не менее, одного только этого не достаточно, чтобы установить материально-правовую связь "мягкого права" с действительным правом. Не хватает материального основания. Также ст. 34 ЕКПЧ, как представляется, говорит скорее против динамичной интерпретации, по меньшей мере, использование выражения "права, признанные в настоящей Конвенции" указывает на это.

Некоторое пояснение в отношении предписываемой ЕКПЧ методики дает ст. 53 ЕКПЧ. В соответствии с данной нормой, Конвенция не может толковаться таким образом, как ограничение или умаление любого из прав человека и основных свобод, которые могут обеспечиваться законодательством любой Высокой Договаривающейся Стороны или любым иным соглашением, в котором она участвует. В этой норме находит свое отражение принцип, что ЕКПЧ гарантирует лишь минимальный

⁷⁸ *P.-C. Müller-Graff* (сноска 7), EuR 2012, с. 18, 32.

⁷⁹ *P.-C. Müller-Graff* (сноска 7), EuR 2012, с. 18, 32.

⁸⁰ В этом же направлении: *K. Dzehtsiarou* (сноска 37), *German Law Journal* 2011, с. 1730, 1742.

стандарт.⁸¹ Следующее пояснение дает также ст. 35 ЕКПЧ. Регулирование, которое содержится в ст. 35 абз. 4 предложение 2 ЕКПЧ, лишь в том случае действительно имеет смысл, если допускается изменение правового положения. В соответствии с первым предложением данной нормы, суд отвергает жалобу, которую он в смысле этой статьи считает недопустимой. В соответствии со вторым предложением, Суд может сделать это на любой стадии процесса.

Ст. 32 ЕКПЧ закрепляет компетенцию по толкованию Конвенции исключительно за ЕСПЧ.⁸² В то время, как сама эта норма еще ничего не говорит о том, может ли Суд давать также динамичную интерпретацию, такой вывод можно сделать на основе преамбулы ЕКПЧ. Лишь во взаимодействии обеих норм положения преамбулы ЕКПЧ могут дать необходимую легитимацию, поскольку лишь при такой трактовке роль Совета Европы в дальнейшем развитии прав человека воплощается как раз в ЕКПЧ. То, что Советом Европы реализуется в области дальнейшего развития прав человека, ЕСПЧ должен учитывать в своей практике. В этом смысле работа ЕСПЧ является, собственно, в своем роде только передаточной работой. Совет Европы разрабатывает, Европейский Суд по правам человека в этом свете интерпретирует. Эта неочевидная, на первый взгляд, структура отчетливо видна при взаимосвязанном рассмотрении ст 19 ЕКПЧ и преамбулы Конвенции.

V. Имплементация решений ЕСПЧ

Динамичная интерпретация ведет не только к общему вопросу имплементации решений ЕСПЧ, но и к специальному вопросу о том, как оценка данная ЕСПЧ в свете документов Совета Европы, может быть имплементирована национальными судами.

1. Значение норм ЕКПЧ для национального права в Германии

Принятие во внимание предписаний ЕКПЧ должно ставиться во взаимосвязь с систематическим толкованием уже вследствие классификации Конвенции в качестве обычного федерального

⁸¹ *J. Meyer-Ladewig* (сноска 16), Art. 53, пункт 2.

⁸² Более подробно по данному вопросу см.: *J. Mayer-Ladewig* (сноска 16), Art. 32, пункт 1.

законодательства (ст. 59 абзац 2 ОЗ).⁸³ Суды общей юрисдикции обязаны учитывать гарантии Европейского Конвенции прав человека и согласовывать в рамках соответствующей подсистемы национального правопорядка.⁸⁴ Федеральный Конституционный суд говорит о *дружественном* к Конвенции толковании. Тем не менее, подобная терминология - это фактически имплицитный отказ от *соответствующего* Конвенции толкования; толкование, основанное на требовании соответствия, действует, например, в отношении норм Основного Закона и права Европейского Союза.⁸⁵ Конвенция предстает таким образом не в качестве обязательного основания для принятия решений, а аргументом в пределах интерпретации национальными судами.

Разумеется, ЕКПЧ может "окольным путем" стать обязывающей через основные права. В то время как обычное федеральное право не может определять содержание конституционных понятий, Федеральный Конституционный суд, тем не менее, подчеркивает, что гарантии ЕКПЧ имеют значение для толкования смысла основных прав и принципов правового государства, закрепленных в Основном Законе в качестве вспомогательного средства интерпретации (*Auslegungshilfe*). Федеральный Конституционный суд обосновывает это приверженностью Основного Закона международному праву (*Völkerrechtsfreundlichkeit*).⁸⁶

Федеральный Конституционный суд подчеркнул также особую значимость решений ЕСПЧ.⁸⁷ По его мнению, в этих решениях отражается актуальный уровень развития ЕКПЧ. Судебная практика ЕСПЧ выполняет в этом отношении функцию ориентира и примера для интерпретации прав человека за пределами рамок отдельного случая.⁸⁸

Выйдя за непосредственные пределы действия статей 42 и 46 ЕКПЧ, Федеральный Конституционный суд подчеркнул, что в принципе все немецкие органы государственной власти согласно ст. 20 абз. 3 и ст. 59 Абз. 2 ОЗ связаны решениями ЕСПЧ.⁸⁹ Тем не менее, органы власти и суды не вправе, ссылаясь на необходимость соблюдения таких решений, отходить в своей деятельности от принципа их подчинения закону и праву. Как отказ от исследования решения ЕСПЧ, так и его схематическое "исполнение" могут представлять собой нарушение конституции. Это означает, что как положения Конвенции, так и решения ЕСПЧ должны быть интегрированы

⁸³ BVerfGE 111, 307, 317 и 329; BVerfGE 128, 326, 371.

⁸⁴ BVerfGE 111, 307, 327; M. Payandeh/P. Sauer (сноска 2), Jura 2012, с. 289, 295.

⁸⁵ См. R. Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl. 2011, § 6 III. 1.

⁸⁶ BVerfGE 111, 307, 317; BVerfGE 128, 326, 367 и сл.

⁸⁷ BVerfGE 111, 307, 319 и сл.

⁸⁸ EuGRZ 2013, 630, 634.

⁸⁹ BVerfGE 111, 307, 323.

в процесс принятия судебного решения.⁹⁰ В значительной степени это действует, в частности, для решений ЕСПЧ, принятых как результат взвешивающей правовой оценки (*Abwägungsergebnisse*). Если ЕСПЧ установил нарушение Конвенции Германией, то суд общей юрисдикции должен недвусмысленно исследовать это решение и доступным образом обосновывать, почему он, тем не менее, не может следовать решению ЕСПЧ. Это справедливо, в частности, как раз в отношении частного права. По мнению Федерального Конституционного суда, ввиду специфической структуры процесса в ЕСПЧ, его решение не может схематически применяться к судебным делам частного-правового характера. Поскольку разбирательство в рамках процедуры согласно ст. 34 ЕКПЧ не может полностью отобразить правовые позиции и интересы заинтересованных субъектов.

По существу для Федерального Конституционного суда важно не допустить разрыва между существующими сбалансированными подсистемами национального права. В любом случае, судебная практика Европейского суда по правам человека должна интегрироваться по возможности максимально осторожно в сложившуюся и дифференцированную с точки зрения догматики национальную правовую систему.⁹¹

Позиция Федерального Конституционного суда, ориентированная скорее на конкретный случай, может, тем не менее, интерпретироваться также и в рамках динамичного толкования. Из нее, в частности, вытекает, что если в последующий после принятия Европейским судом решения период произошли важные изменения в фактическом составе по данному делу, то национальные суды должны исследовать, позволяет ли это применить изменившиеся обстоятельства к данному конкретному случаю.⁹² Такой подход представлялся возможным, например, незадолго до второго решения ЕСПЧ по вопросам отказа от военной службы.

2. Методические проблемы на практике

На практике эта проблема нередко проявляется в другой форме. Рецепция документов судами общей юрисдикции показывает, в первую очередь, что документы Совета Европы не укладываются в систему ЕКПЧ

⁹⁰ BVerfGE 111, 307, 324; по проблеме аутентичной интерпретации Конвенции Европейским Судом по правам человека (до принятия Одиннадцатого Протокола): *D. Kilian, Die Bindungswirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, 1994, с. 195.

⁹¹ EuGRZ 2013, 630, 634.

⁹² BVerfGE 111, 307, 329.

и поэтому установки Федерального Конституционного суда не реализуются, по меньшей мере, в методическом плане. Здесь можно привести два актуальных примера.

В своем решении от 19.12.2013 Высший Административный суд земли *Рейнланд-Пфальц* отказался принять во внимание рекомендацию Комитета Министров Совета Европы государствам-участникам R (95) 14 "О защите здоровья доноров и реципиентов при переливании крови", ввиду отсутствия у нее обязательной силы.⁹³ Хотя суд рассмотрел условия, при которых придание обязательного действия было бы возможным, права ЕКПЧ, тем не менее, были им оставлены без внимания. Были ли выводы Суда верными, не имеет здесь особого значения. Аргументация через констатацию отсутствия обязательного действия представляется недостаточной. Было бы правильно, если бы суд сначала исследовал значение названной рекомендации для толкования Конвенции и затем уже рассмотрел действие предписаний ЕКПЧ для немецкого права в свете принципов, сформулированных Федеральным Конституционным судом.

Другой пример связан с трудовым законодательством. Второй сенат Федерального Суда по трудовым спорам в 2012-ом году занял относительно аналогичную позицию в отношении правовой оценки рекомендации Комитета Министров R (2000) 2. В рекомендации содержалось указание, что государства-участники должны на уровне внутригосударственного права установить механизмы, позволяющие возобновление исходного судебного разбирательства.⁹⁴ Это указание, по мнению суда, не является обязательным и не означает, что ЕКПЧ безусловно требует закрепления возможности такого возобновления разбирательства. Несмотря на то, что Федеральный Суд по трудовым спорам в конечном счете, возможно, в результате и прав, тем не менее, он должен был учесть и взвесить значение и последствия рекомендации для гарантии соответствующего права человека. В этом плане решающее значение для обеспечения и реализации нарушенного права человека имеет то, может ли быть возобновлено первоначальное разбирательство или нет. Хотя Федеральный Конституционный суд видел данную проблематику иначе, тем не менее, этот результат был методически корректно сопоставлен с нормами статей 1 и 46 ЕКПЧ.⁹⁵

⁹³ OVG Rheinland-Pfalz DVBl. 2014, 326.

⁹⁴ BAG, NZA-RR 2014, 91.

⁹⁵ BVerfG, NJW 2013, 3714, 3715.

3. Рецепция общими судами

Очевидно, что одного только указания на правовое качество документов Совета Европы как "мягкого права" недостаточно для того, чтобы преодолеть аргументацию ЕСПЧ. В принципе, судебная практика Федерального Конституционного суда указала путь к всеобъемлющей и всесторонней оценке каждого конкретного случая и, тем самым, к учету также и проблематичных случаев. У Федерального Конституционного суда, как представляется, нет принципиальных сомнений. Так например, в одном из своих решений Суд прямо указал на то, что ЕСПЧ обосновал свое постановление при помощи "мягкого права".⁹⁶ Тем не менее, то обстоятельство, что ЕСПЧ привлек "только" аргументы, основанные на "мягком праве", отнюдь не привело, насколько можно судить, к тому, что решению ЕСПЧ было отказано в признании.

Более проблематичным представляется случай, когда определенный документ поддержан на Парламентской Ассамблее большинством лишь незначительного числа голосов. Если в этом случае национальный суд не признает и не последует за выраженной здесь определенной европейской тенденцией, то он может прийти к другому результату. Если же до этого ЕСПЧ констатировал европейскую изоляцию сделанных судом выводов, то будет непросто реализовать эту точку зрения. При принятии своего решения ЕСПЧ, как правило, подробно исследует основания и аргументы, представляемые государствами-участниками Конвенции. Если эта аргументация не признается состоятельной и, наоборот, формулируется общая европейская позиция, то национальному суду будет сложно без новых аргументов настаивать на выраженной на национальном уровне точке зрения.⁹⁷

Когда государство является субъектом, против которого направлена жалоба, то в случае констатации ЕСПЧ нарушения Конвенции на государстве лежит обязанность принять меры к прекращению такого нарушения. Применение национальными органами тех же самых аргументов, которые были предъявлены в ходе разбирательства в ЕСПЧ, представляется в этом случае недопустимым. Что касается новых оснований и аргументов, то на это можно в принципе возразить, что государство-участник Конвенции могло бы заявить эти основания также в ходе разбирательства в ЕСПЧ. Тем не менее, так называемое преюдициальное действие (*Präklusionswirkung*) ЕСПЧ не предусматривает. Это также находилось бы в противоречии с динамичным развитием прав человека. В процессе развития прав человека особое значение имеет

⁹⁶ BVerfG, NVwZ 2014, 867, 871, в решении речь шла о рекомендации Комитета Министров.

⁹⁷ K. Mellech (сноска 29), с. 103.

именно качество аргументов. В этом отношении, во всяком случае в области частного права, важным будет то обстоятельство, удалось ли или удастся ли в рассмотрении конкретного дела в достаточной степени учесть все интересы и правовые позиции.

В результате, из этого следует настоятельная необходимость расширения классического методического канона в области систематической интерпретации за счет следующего логического шага. Если национальный суд сталкивается с двумя альтернативами толкования (*Auslegungsalternativen*), то он должен стремиться в духе Конвенции к решению, которое является ближе к ЕКПЧ. Если же применение обычных методов толкования препятствует принятию такого решения, то это противоречие должно быть разрешено. Чем слабее конкретное решение ЕСПЧ легитимировано по отношению к Германии, тем менее значительно его действие в национальной правовой системе Германии и тем больше у национального суда оснований, чтобы аргументативно преодолеть это решение.

VI. Заключение и выводы

Динамичная интерпретация ЕКПЧ привела к возникновению правовых конструкций, инкорпорация которых в рамки национальной методологии ставит непростые проблемы. Двумя важными элементами европейского метода является учет международно-правовых договоров и учет документов органов Совета Европы. Несмотря на классификацию этих документов в качестве "мягкого права", обращение к ним является одной из наиболее важных задач судебной интерпретации ЕСПЧ. Посредством этого Суд получает возможность поддерживать и обеспечивать дальнейшее развитие прав человека, осуществляемое Советом Европы. То, что ЕСПЧ в этих случаях не должен ссылаться на ст. 31 Венской Конвенции о праве международных договоров, можно объяснить тем, что соответствующая методологическая компетенция вытекает непосредственно из ст. 19 ЕКПЧ в сочетании с положениями преамбулы Конвенции. В этом отношении оба аспекта динамичной интерпретации легитимированы по-разному.

В ходе исследования было выяснено, что учет документов Совета Европы является важным связующим звеном между дальнейшим развитием прав человека Советом Европы и обеспечением этого статуса Европейским Судом по правам человека в системе ЕКПЧ. Это "разделение труда" легитимировано самой Конвенцией и для национальной правовой системы Германии и всех национальных органов государственной власти следует из ратификации ЕКПЧ.

Другим, отдельным от этого вопросом является вопрос о том, когда определенные документы имеют значение для конкретного случая, а также вопрос о том, могут ли национальные суды в отдельных случаях отклоняться от вольного толкования ЕСПЧ относительно правового значения данных документов. В то время как решения Комитета Министров могут без каких-либо оговорок квалифицироваться как выражение общей точки зрения, учет решений Парламентской Ассамблеи может вызывать некоторые сомнения. Такая проблематичная легитимация должна учитываться на уровне обычного права национальными судами при дискуссии с установками ЕСПЧ. При этом нельзя исключать, что исходя из этого соответствующий суд имеет возможность квалифицировать постановление ЕСПЧ как нерелевантное для Германии.

Напротив, не является в методическом отношении убедительным отрицать вообще любое значение документов Совета Европы ввиду отсутствия у них обязательного действия. Это упрощало бы комплексный характер взаимодействия ЕСПЧ с правом Совета Европы. Скорее наоборот, важно исследовать, какое значение документы Совета Европы имеют для заложенных в ЕСПЧ установок. В этом отношении ЕСПЧ устанавливает Совету Европы также определенные границы.