

Судебная процедура в Европейском Суде по правам человека

Анна Петерс*/Тильманн Альтвиккер**

* Анна Петерс – доктор права, профессор, Директор в Гейдельбергском Институте Макса Планка зарубежного публичного права и международного права, преподаёт в Университете г. Гейдельберг.

** Тильманн Альтвиккер – доктор права, профессор публичного права и правовой философии в Университете г. Цюриха.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность авторам за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. Peters, Anne /Altwicker, Tilmann, Die Verfahren beim EGMR (The Procedures at the ECtHR) (November 28, 2018), В: Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper No. 2018-33. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3292312> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3292312>.

Содержание:

А. Введение	104
В. Система конвенциональной правовой защиты	105
1. Индивидуальные жалобы	105
1. Общие замечания	105
2. Соответствие жалобы требованию <i>ratione temporis</i>	106
3. Соответствие жалобы требованию <i>ratione loci</i>	107
а) Акты государства с действием за пределами национальной государственной территории	106
б) Эффективный контроль чужой территории государством-участником Конвенции	108
в) Экстерриториальная военная интервенция государства-участника Конвенции, не сопровождающаяся эффективным контролем чужой территории	109
г) Экстерриториальные действия государства-участника, осуществляющего отдельные властные правомочия (единичный контроль) над лицами или вещами	110

е) Сомнительная или неполноценная юрисдикция на собственной территории	111
4. Приемлемость по критерию соответствия <i>ratione materiae</i>	112
5. Критерии, связанные с личностью заявителя жалобы (несовместимость <i>ratione personae</i>)	112
а) Процессуальная правоспособность, процессуальная дееспособность и способность совершать процессуальные действия в предписанной форме	112
б) «Статус жертвы»	114
с) Существенный ущерб	117
6. Ответчик по жалобе	119
7. Исчерпание внутригосударственных средств правовой защиты (ст. 35 абз. 1 ЕКПЧ)	121
а) Общие замечания	
б) Доступность и эффективность	122
8. Форма (ст. 45 Регламента ЕСПЧ) и сроки (ст. 35 абз. 1 ЕКПЧ)	124
9. Негативные критерии приемлемости	125
а) Анонимная жалоба (ст. 35 абз. 2 лит. а ЕКПЧ)	125
б) <i>Res iudicata</i> и рассмотрение дела в другом суде - <i>Litispandez</i> (ст. 35 абз. 2 lit. б ЕКПЧ)	125
с) Очевидная необоснованность жалобы (ст. 35 абз. 3 а ЕКПЧ)	126
д) Злоупотребление правом на подачу жалобы (ст. 35 абз. 3 lit. а ЕКПЧ)	127
II. Жалобы государств	127
III. Процедура судебного разбирательства	128
IV. Процедура дачи консультативных заключений	132
V. Предварительная правовая защита	133
VI. Содержание и правовые последствия судебного решения	134
1. Содержание решений ЕСПЧ	134
а) Установление нарушения Конвенции	133
б) Справедливая компенсация, ст. 41 ЕКПЧ	133
с) Дальнейшие возможности: предписание отдельных мер и «пилотные решения»	133

ЕКПЧ	103
2. Действие судебных решений согласно ЕКПЧ	138
а) Юридическая сила <i>inter partes</i> и обязанность исполнения в конкретном случае (ст. 46 ЕКПЧ)	138
б) Общая обязанность государства-ответчика по исправлению дефектов правовой системы	140
с) Ориентирующее действие решений Суда для государств, которые не являются сторонами спора	141
3. Действие и правовые последствия решений ЕСПЧ в германском праве	142
а) Внутригосударственные последствия нарушения Конвенции	142
б) Обязанность «принимать во внимание»	143
с) Конституционная жалоба с требованием исполнения	144
4. Реализация решений	146
С. Заключение	147
Д. Библиография:	151

Настоящая статья посвящена исследованию процедур рассмотрения жалоб в Европейском Суде по правам человека (ЕСПЧ). В ней анализируются условия допустимости индивидуальных жалоб (раздел В.І) и жалоб, подаваемых государствами (раздел В.ІІ). Раздел, озаглавленный «Допустимость *ratione loci*», освещает принципиальные вопросы экстерриториального применения ЕКПЧ (раздел В.І.3). В работе исследуются также специфика общей процедуры судебного разбирательства по жалобам (раздел В.ІІІ), особенности процедуры дачи экспертных заключений (раздел В.ІV) и принятия Судом т.н. «предварительных мер» (раздел В.V). Раздел В.VІ рассматривает содержание и действие судебных решений. Эта рубрика охватывает предоставление справедливой компенсации, а также назначение общих и конкретных позитивных мер, помимо установления нарушения конвенции. Кроме того, анализируются правовые последствия судебных решений как на уровне международного права, так и в немецком праве. Раздел В.VІІ исследует вопросы имплементации решений ЕСПЧ. Наконец, раздел С посвящён вопросам возможного будущего развития системы Конвенции, включая стагнирующее в настоящее время присоединения ЕС к ЕКПЧ, и отношения между Судом и государствами-участниками ЕКПЧ.

А. Введение

1. Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) был учрежден в 1953 году, и его местонахождение — Дворец прав человека в г. Страсбург (Франция). Первое решение Суда было вынесено в 1960 году.¹ С 1998 года юрисдикция ЕСПЧ является обязательной,² то есть каждое государство-участник ЕКПЧ обязалось безусловно и безоговорочно допускать жалобы, которые поступают в Суд против данного государства, без необходимости дачи им специального согласия. С тех пор ЕСПЧ является постоянно действующим судом (ст. 19 предл. 2 ЕКПЧ); Европейская комиссия по правам человека была упразднена. Официальные судьи, осуществляющие свою деятельность на штатной основе (по одному на каждое государство-участника Конвенции), избираются Парламентской Ассамблеей Совета Европы сроком на 9 лет (ст.ст. 22 и 23 ЕКПЧ). Усилия по реформированию, предпринимаемые в последние годы, направлены в первую очередь на сокращение огромного рабочего бремени ЕСПЧ, а также на противодействие критике отдельных государств-участников в отношении судебной практики Суда. Так, Четырнадцатый Протокол к ЕКПЧ (вступил в силу 1.7.2010) создал важные условия для облегчения работы Суда (более быстрое отклонение недопустимых жалоб и оперативное разрешение т.н. «повторных» дел). Пятнадцатый Протокол (еще не вступивший в силу) подчёркивает первичную ответственность государств-участников за обеспечение конвенционных прав и вводит в преамбулу чёткую ссылку на принцип субсидиарности, а также пределы оценки/усмотрения государств-участников (*margin of appreciation/marge d 'appreciation*). Кроме того, доступ в ЕСПЧ ограничен по данному Протоколу сокращением срока подачи жалоб до четырех месяцев. Шестнадцатый Протокол (вступил в силу 1.8.2018) направлен на укрепление взаимодействия между ЕСПЧ и государствами-участниками за счёт введения процедуры дачи экспертных заключений («*advisory opinion*»)³. В рамках данной процедуры национальные конституционные суды или соответственно высшие суды государств-участников могут обратиться в ЕСПЧ с заявлением о даче (необязательной в юридическом смысле) экспертизы о толковании Конвенции в связи с рассматриваемым в суде делом.

¹ EGMR 14.11.1960 - Nr. 332/57 (Lawless/Ireland) (EGMR – это аббревиатура названия ЕСПЧ – прим. Дайджеста).

² После вступления в силу Протокола 11 к ЕКПЧ и истечения годичного переходного периода.

³ Германией данный Протокол до сих пор не подписан.

2. Задачей ЕСПЧ является обеспечение соблюдения обязательств, принятых государствами-участниками Конвенции (ст. 19 ЕКПЧ). В системе правовой защиты ЕКПЧ есть **пять видов процедур**:

- рассмотрение индивидуальных жалоб в соответствии со ст. 34 ЕКПЧ,
- рассмотрение государственных жалоб в соответствии со ст. 33 ЕКПЧ,
- процедура дачи экспертного заключения по просьбе Комитета Министров Совета Европы согласно ст. 47 ЕКПЧ, которая до сих пор занимает лишь подчинённое положение,
- новая процедура экспертизы в соответствии с Шестнадцатым Протоколом, а также
- процедура рассмотрения исполнения решения ЕСПЧ государством-участником в соответствии со ст. 46 абз. 4 и абз. 5 ЕКПЧ.

Наиболее важной процедурой в ЕСПЧ является рассмотрение индивидуальных жалоб. В рамках процедуры рассмотрения жалоб ЕСПЧ также может обязать заинтересованное государство-участник принять предварительные меры (правило 39 Регламента ЕСПЧ).

В. Система конвенциональной правовой защиты

1. Индивидуальные жалобы

1. Общие замечания

3. Статья 34 ЕКПЧ предоставляет субъектам права, находящимся под юрисдикцией («*jurisdiction*») соответствующего государства-участника Конвенции, индивидуальное и подкреплённое процедурой право на эффективное использование возможности подать жалобу.⁴ Эта норма содержит не только существенные условия допустимости жалоб, но и субъективное процессуальное право, запрещающее государствам-

⁴ EGMR 4.2.2005 - Nr. 46827/99 и др., пункт 102 (Mamatkulov и др./против Турции), EuGRZ 2005, 357.

участникам препятствовать эффективному осуществлению права индивидуальной жалобы (см. ст. 34 предл. 2 ЕКПЧ). Это гарантирует право индивида свободно коммуницировать с Судом, не подвергаясь прямому или косвенному давлению со стороны властей, с тем, чтобы он забрал свою жалобу или изменил её содержание.⁵ Этому корреспондирует выводимая из статьи 38 ЕКПЧ обязанность государств-участников к сотрудничеству с ЕСПЧ, которая в том числе заключается в оказании Суду поддержки, необходимой для рассмотрения жалобы (например, путем предоставления необходимых документов).⁶ Требования к допустимости индивидуальных жалоб изложены в ст.ст. 34, 35 ЕКПЧ, а также в правилах Регламента ЕСПЧ.⁷ ЕСПЧ по должности (*ex officio, von Amts wegen*) должен исследовать все условия допустимости, предъявляемые ЕКПЧ, так как они также обозначают пределы компетенции самого Суда.⁸

2. Соответствие жалобы требованию *ratione temporis* (пределы действия ЕКПЧ во времени)

4. Несоответствие требованию *ratione temporis* имеет место, если действие государства в отношении заявителя, ставшее предметом жалобы, произошло до вступления в силу ЕКПЧ (или одного из дополнительных протоколов к ней) и было прекращено.⁹ Точка привязки для допустимости жалобы по данному временному критерию является – при ближайшем рассмотрении – момент предполагаемого нарушающего Конвенцию действия. Отправным пунктом является общий принцип запрета обратного действия международно-правовых договоров (см. ст. 28 Венской Конвенции о праве международных договоров).

⁵ EGMR 8.7.2004 - Nr. 48787/99 пункт 480 и сл. (Iascu ua/Moldawien u. Russland), NJW 2005, 1849.

⁶ EGMR 21.10.2013 - Nr. 55508/07, пункт 209 (Janowiec ua/Russland), NJOZ 2014, 1270.

⁷ Регламент ЕСПЧ (EGMR-VerfO, Rules of Court) от 1.8.2018.

⁸ См. EGMR 8.3.2006 - Nr. 59532/00 пункт 67 (Blecic/Kroatien), NJW 2007, 347. В любом случае, наличие у заявителя жалобы «статуса жертвы» исследуется Судом *ex officio*, см. EGMR 22.3.2012 - Nr. 30078/06, пункт 79 (Markin/Russland).

⁹ К проблемным случаям длящихся актов нарушения или соответственно продолжающегося действия завершенного акта нарушения см. *Peters/Altwickker*, EMRK, § 35, пункт 6 с дальнейшими ссылками.

3. Соответствие жалобы требованию *ratione loci* (критерий территориальной компетенции Суда)

5. Если ЕКПЧ не применима с точки зрения принципа территориальности или территориальной юрисдикции, то имеет место недопустимость жалобы ввиду ограниченной территориальной компетенции Суда («*incompatibility ratione loci*»). По общему международному праву суверенная государственная власть (государственная юрисдикция) в принципе ограничивается пределами государства, то есть является территориальной. Только в исключительных случаях акты государства, совершаемые за пределами собственной территории или соответственно имеющие правовое действие за рубежом, представляют собой «осуществление юрисдикции» в смысле ст. 1 ЕКПЧ (т.н. экстерриториальное осуществление власти). Применимость Конвенции *ratione loci* является проблематичной в пяти исключительных ситуациях, которые рассматриваются ниже. Как аспект соответствия критерию территориальной юрисдикции ЕСПЧ рассматривал ранее вопрос об осуществлении властных полномочий, как правило, в рамках проверки приемлемости жалобы, но в более новых решениях - по нашему мнению, справедливо - из-за сложности вопросов переместил это рассмотрение в рамки проверки обоснованности жалобы.¹⁰

а) Акты государства с действием за пределами национальной государственной территории

6. Меры принимаемые государством, которые имеют правовые последствия за пределами государственной территории, могут представлять собой осуществление юрисдикции в смысле ст. 1 ЕКПЧ.¹¹ Конвенционально-правовые обязанности предоставления защиты запрещают, чтобы государство-участник, сознавая последствия своих действий, обрекало индивида на лишения или своими действиями исключало возможность применения правовых гарантий Конвенции в третьем государстве. Для конвенционально-правовых гарантий защиты не важно, из какого источника исходят угрозы, которые становятся актуальными в третьем государстве (например, пытки, совершаемые органами государства, стихийные бедствия или географические обстоятельства). В первом из названных выше случаев речь идет, как правило, об экстрадиции или высылке субъекта в третье государство, в

¹⁰ EGMR 7.7.2011 - Nr. 55721/07, пункт 139 (Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich), NJW 2012, 283.

¹¹ По данному вопросу см. более подробно Altwickler, EJIL 2018, 584 и далее.

котором ему угрожают нарушения прав человека (примером могут служить фактические обстоятельства по делу *Soering*).¹² Вторая группа случаев касается ситуации, возникающей на территории чужого государства в связи с противозаконными последствиями запрета на въезд (фактические обстоятельства по делу *Nada*).¹³ Строго говоря, ЕКПЧ не применяется здесь экстерриториально, поскольку отправной точкой служат решение о выдаче/ высылке или решение о запрете на въезд, которые принимаются и исполняются самим государством-участником Конвенции. Противоречащие Конвенции правовые последствия наступают, однако, исключительно в иностранном государстве. Если к последствиям за пределами государственной территории приводит исключительно лишь бездействие государства (в отличие от его активных действий), то в этом случае, как правило, признаётся, что необходимая связанность между действиями властей государства-участника и положением заявителя жалобы отсутствует. Например, лицо, проживавшее за пределами Дании и считавшее, что его свобода вероисповедания была нарушена карикатурами пророка Мухаммеда, которые им воспринимались как богохульство, не могло подать жалобу, обосновывая её тем, что ввиду пассивности Дании в отношении публикации данных карикатур в Дании оно, якобы, находилось в контексте возможного нарушения его прав под датской юрисдикцией.¹⁴

b) Эффективный контроль чужой территории государством-участником Конвенции

7. Для применимости ЕКПЧ с точки зрения критерия территориального действия необходим «*эффективный совокупный контроль*» («*effektive Gesamtkontrolle*») над иностранной территорией.¹⁵ Такой контроль за пределами собственной территории также может осуществляться

¹² EGMR 7.8.1989 - Nr. 14038/88, пункт 86 и далее. (*Soering/Vereinigtes Königreich*), NJW 1990, 2183. Относительно новые дела: EGMR 17.1.2012 - Nr. 8139/09 (*Othman (Abu Qatada)/Vereinigtes Königreich*); EGMR 17.1.2012 - Nr. 9146/07 и др. (*Harkins u. Edwards/Vereinigtes Königreich*).

¹³ EGMR 12.9.2012 - Nr. 10593/08 (*Nada/Schweiz*), NJOZ 2013, 1183 (Проблематика суверенного акта со стороны Швейцарии Судом, тем не менее, не тематизировалась).

¹⁴ EGMR 11.12.2006 - Nr. 5853/06 (*El Mahi/Dänemark*).

¹⁵ EGMR 8.7.2004 - Nr. 48787/99, пункт 315 (*Pascu/Moldawien u. Russland*); EGMR 16.11.2004 - Nr. 31821/96, пункт 70 (*Issa/Türkei*). С полным основанием формулы, выработанные судебной практикой по вопросу экстерриториального осуществления суверенной власти, не находят применения к собственной, но не включённой в соответствии со ст. 56 ЕКПЧ территории государства, но вопрос остался открытым в решении ЕСПЧ - EGMR 11.12.2012 - Nr. 35622/04, пункт 74 и сл. (*Chagos Islanders/Vereinigtes Königreich*).

государством посредством активного военного присутствия (например, оккупация Северного Кипра Турцией - дело *Loizidou*)¹⁶ или посредством местного управления, зависимого от другого государства-участника Конвенции (например, де-факто зависимость управления в Приднестровье от России – дело *Илашкю*).¹⁷ В этих случаях чужая государственная территория также находится под «юрисдикцией» государства-участника Конвенции в смысле ст. 1 ЕКПЧ, и Конвенция является поэтому применимой. Те условия, при наличии которых контроль является «эффективным», определяется не по юридическим, а по фактическим критериям, в результате чего ни статус как оккупационной державы, ни легальность самой оккупации не играют никакой роли.¹⁸ Релевантными факторами являются, в первую очередь, степень военного присутствия, а также степень военного, экономического и политического влияния на местное управление.¹⁹ В результате, например, было признано, что в 2003 году Великобритания осуществляла властные полномочия в Ираке, оккупированном ею, и соответственно к этим действиям могла быть применена Конвенция. Заключающаяся здесь опасность «империализма в области прав человека» («*Menschenrechtsimperialismus*»), по всей видимости, незначительна, поскольку связанными Конвенцией являются исключительно органы государства-участника. В случае многонационального экстерриториального военного присутствия, осуществление юрисдикции государства, предоставляющего свои вооружённые силы, имеет место даже в том случае, если поведение или действие, ставшее предметом жалобы, в индивидуальном случае основывается не на приказе компетентной инстанции данного государства, а на приказе, отданном органом иностранного государства, которое осуществляет общее командование войсками, при условии, что государство-участник Конвенции сохранило командные полномочия над своими военнослужащими.²⁰

¹⁶ EGMR 23.3.1995 - Nr. 15318/89, пункт 62 (*Loizidou/Türkei*), ÖJZ 1995, 629.

¹⁷ EGMR 8.7.2004 - Nr. 48787/99, пункт 316, 392 (*Ilascu/Moldawien u. Russland*); из более поздней практики также EGMR 23.02.2016 - Nr. 11138/10 (*Mozer/Moldawien u. Russland*).

¹⁸ EGMR 20.11.2014 - Nr. 47708/08, пункт 142 (*Jaloud/Niederlande*), NJOZ 2016, 76.

¹⁹ EGMR 7.7.2011 - Nr. 55721/07, пункт 139 (*Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich*), NJW 2012, 283; EGMR 19.10.2012 - Nr. 43370/04 и др., пункт 106 и сл. (*Catan ua v. Moldawien u. Russland*).

²⁰ EGMR 20.11.2014 - Nr. 47708/08, пункт 143 (*Jaloud/Niederlande*), NJOZ 2016, 76.

с) Экстерриториальная военная интервенция государства-участника Конвенции, не сопровождающаяся эффективным контролем чужой территории

8. В случае экстерриториальной военной интервенции без эффективного территориального контроля применение Конвенции в соответствии с критерием *ratione loci*, как правило, исключается. Основопологающим прецедентом здесь служит решение 2001-го года по делу *Bankovic u др.*, в рамках которого жалоба была подана сразу против 17-ти государств-участников Конвенции,²¹ ЕКПЧ была признана неприменимой *ratione loci* к бомбардировкам бывшей Югославии государствами-участниками. В настоящее время остаётся неясным, насколько ЕСПЧ будет неизменно придерживаться линии, намеченной в решении по делу *Bankovic*. В решении о приемлемости жалобы по делу *Pad u др.* (2007) Суд признал предполагаемое убийство иранцев, совершённое турецкими военнослужащими с вертолётa на северо-западе Ирана, как обосновывающее юрисдикцию.²² В этом отношении следует подождать дальнейших судебных решений.

d) Экстерриториальные действия государства-участника, осуществляющего отдельные властные полномочия (единичный контроль) над лицами или вещами

9. В случае экстерриториальных действий с осуществлением полномочий в отношении лиц или вещей следует различать три категории дел.²³ Во-первых, принцип связанности нормами Конвенции действует в том случае, если государство-участник - в силу согласия, приглашения или проявления толерантности территориальным государством - осуществляет все или некоторые государственные полномочия, обычно присущие территориальному государству.²⁴ Во-вторых, Конвенция применима к действиям дипломатического и консульского персонала государства-участника Конвенции за рубежом, а также к судам и самолетам,

²¹ EGMR 12.12.2001 - Nr. 52207/99 (*Bankovic* и др./17 Mitgliedstaaten), NJW 2003, 413.

²² EGMR 28.6.2007 - Nr. 60167/00, пункт 52 и далее (*Pad ua/Türkei*), (однако жалоба была признана неприемлемой ввиду исчерпания национальных средств правовой защиты).

²³ В этом смысле были изложены принципы сложившейся судебной практики в решении ЕСПЧ - EGMR 7.7.2011 - Nr. 55721/07, пункт 133-137 (*Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich*), под заглавием раздела «State agent authority and control».

²⁴ Британское присутствие в Ираке после свержения Саддама Хусейна по отдельным периодам времени могло опираться на приглашение иракского временного правительства.

зарегистрированным под флагом или официальным символом государства-участника Конвенции.²⁵

10. В-третьих, также и действия и акты официальных должностных лиц государства-участника Конвенции, которые - на чужой государственной территории, на кораблях или на самолетах, следующих под чужим флагом – берут под свой исключительный фактический контроль лиц или вещи, вызывает ответственность по Конвенции.²⁶ Не имеет значения, действовали ли государственные должностные лица в рамках своих полномочий или *ultra vires*.²⁷ Тест, используемый ЕСПЧ в данной ситуации, требует только, чтобы соответствующие должностные лица подчиняли своим полномочиям и контролю людей или вещи, находящиеся на чужой территории.²⁸ К этой группе случаев относится арест должностными лицами государства-участника судна в открытом море,²⁹ а также заключение иракских граждан в тюрьме английских спецслужб в Ираке.³⁰ Из этого следует исключить ситуацию, когда лицо заключено и находится под стражей по инициативе международного суда, который находится на территории государства-участника Конвенции. В этом случае юрисдикции государства-участника не существует.³¹

е) Сомнительная или неполноценная юрисдикция на собственной территории

11. В случаях подобной юрисдикции экстерриториальность отсутствует, и под вопросом также и сам «эффективный (общий) контроль» государства на национальной территории. В этих случаях ЕСПЧ до сих пор из соображений обеспечения эффективности защиты прав человека, всегда признавал Конвенцию применимой *ratione loci*. Примером может служить продолжение содержания лица под стражей в де-факто автономной области Абхазия в составе Грузии, несмотря на постановление об освобождении,

²⁵ EGMR 23.2.2012 - Nr. 27765/09, пункт 70 (Hirsi Jamaa и др./Italien), NVwZ 2012, 809; EGMR 31.5.2016 - Nr. 11167/12, пункт 63 (Bakanova/Litauen).

²⁶ EGMR 12.5.2005 - Nr. 46221/99 (Öcalan/Türkei), NVwZ 2006, 1267; EGMR 29.3.2010 - Nr. 3394/03, пункт 65 (Medvedyev ua/Frankreich), NJOZ 2011,231; EGMR 16.9.2014 - Nr. 29750/09, пункт 76 (Hassan/Vereinigtes Königreich).

²⁷ EGMR 8.7.2004 - Nr. 48787/99, пункт 319 (Ilaşcu/Moldawien u. Russland).

²⁸ EGMR 16.11.2004 - Nr. 31821/96, пункт 71 (Issa/Türkei) («authority and control»).

²⁹ EGMR 29.3.2010 - Nr. 3394/03, пункт 65 (Medvedyev ua/Frankreich).

³⁰ EGMR 2.3.2010 - Nr. 61498/08, пункт 57 (Al-Saadoon/Vereinigtes Königreich); EGMR 7.7.2011 - Nr. 27021/08, пункт 85 (Al-Jedda/Vereinigtes Königreich).

³¹ EGMR 9.10.2012 - Nr. 33917/12, пункт 73 (Djokaba Lambi Longa/Niederlande).

вынесенное Верховным Судом Грузии.³² Если государство более не в состоянии осуществлять эффективную власть на собственной территории, то оно, тем не менее, должно нести т.н. «позитивную обязанность» по принятию дипломатических, экономических или юридических мер для защиты конвенционных прав.³³

4. Приемлемость по критерию соответствия *ratione materiae* (предметной компетенции Суда)

12. Если ЕКПЧ не применима с точки зрения предмета и содержания жалобы, действует принцип неприемлемости по предмету рассмотрения («*incompatibility ratione materiae*»). Критерий предметной применимости ЕКПЧ отсутствует, если:

- жалоба направлена против нарушения права, которое вообще не гарантируется ЕКПЧ, например, право на политическое убежище(см. пункт 3);³⁴
- жалоба направлена против действия или акта, которые не подпадают под сферу защиты какого-либо конвенционного права, например, право использовать в парламенте язык определенного национального меньшинств (см. пункт 4)³⁵ или
- при наличии (действующей и в конкретной ситуации применимой) оговорки, предусмотренной в соответствии со ст. 57 ЕКПЧ (см. пункт 5).³⁶

5. Критерии, связанные с личностью заявителя жалобы (несовместимость *ratione personae*)

13. Основания неприемлемости, которые связаны с личностью лица, обратившегося с жалобой, приводят к «несовместимости по кругу лиц» («*incompatibility ratione personae*»).

³² EGMR 8.4.2004 - Nr. 71503/01, пункт 139 (Assanidze/Georgien), NJW 2005, 2207 (действующая по общему правилу презумпция осуществления суверенной власти на собственной территории).

³³ EGMR 19.10.2012 - Nr. 43370/04 ua, пункт 109 f^ (Catan ua v. Moldawien u. Russland).

³⁴ EGMR 4.2.2005 - Nr. 46827/99 u. 46951/99, пункт 66 (Mamatkulov u. Askarov/Türkei).

³⁵ EGMR 21.9.2010 - Nr. 39426/06, пункт 1 (Birk-Levy/Frankreich).

³⁶ EGMR 24.4.2007 - Nr. 40412/98, пункт 61 (V./Finnland).

а) Процессуальная правоспособность, процессуальная дееспособность и способность совершать процессуальные действия в предписанной форме

14. Ст. 34 ЕКПЧ допускает подачу индивидуальной жалобы "любым физическим лицом, неправительственной организацией или группой лиц". **Процессуальная правоспособность** (*prozessuale Parteifähigkeit*) ориентирована на предоставление Конвенцией материально-правового правомочия (*Konventionsrechtsberechtigung*; процессуальная правоспособность, наличие которой необходимо для того, чтобы иметь возможность предъявить жалобу, и которая даёт основание выступать стороной спора – **прим. Дайджеста**).³⁷ Предоставление Конвенцией данного правомочия заканчивается, по общему правилу, со смертью заявителя. В трёх случаях ЕСПЧ, тем не менее, допускает продолжение рассмотрения уже поданной жалобы после смерти заявителя. Во-первых, это ситуация, когда наследники или близкие родственники имеют в этом законный интерес.³⁸ Такая ситуация присутствует в том случае, если утверждаемое нарушение Конвенции непосредственно затрагивает правовое положение наследника или близкого родственника,³⁹ но также и в случае наличия моральной заинтересованности в том, чтобы в отношении умершего заявителя жалобы была восстановлена справедливость.⁴⁰ Во вторых, ЕСПЧ также разрешил и «третьим лицам» принимать меры по дальнейшему рассмотрению жалобы, если они доказали наличие у них законного интереса, и жалоба имеет значение, выходящее за рамки конкретного случая.⁴¹ Наконец, в третьих, в относительно редких случаях ЕСПЧ продолжает процедуру разбирательства по жалобе, если этого требует принцип уважения и гарантии прав человека (ст. 37 абз. 1 предл. 2 ЕКПЧ).⁴²

15. Под «**неправительственными организациями**» понимаются все юридические лица и объединения, организация и деятельность которых отвечает критерию определённой стабильности и которые не выполняют никаких государственных функций или соответственно не оказывают под

³⁷ Более подробно по данной проблематике см. Peters/Altwicker, EMRK, § 2, пункт 14 и далее

³⁸ EGMR 21.1.2009 - Nr. 8713/03, пункт 26 (Janus/Polen).

³⁹ EGMR 13.7.2006 - Nr. 17671/02, пункт 25 (Ressegatti/Schweiz).

⁴⁰ EGMR 25.11.2008 - Nr. 36919/02, пункт 29 (Armoniene/Litauen).

⁴¹ См. EGMR 13.12.2000 - Nr. 33071/96 (Malhous/Tschechische Republik).

⁴² EGMR 23.7.2003 - Nr. 40016/98, пункт 27 и сл. (Karner/Österreich), ÖJZ 2004, 36.

государственным контролем услуг публичного характера.⁴³ Даже если они, возможно, не являются правоспособными в соответствии с соответствующим национальным законодательством, они - при известных обстоятельствах - могут быть носителями прав по ЕКПЧ (например, свободы вероисповедания согласно ст. 9 ЕКПЧ) и могут обращаться с жалобами в целях их защиты именно как организации, при условии что предпосылки для приемлемости должны иметься в наличии именно в отношении самой организации. В противоположность этому, «**группы лиц**», представляют собой объединения, которые действуют, по общему правилу, только на временной основе и которые имеют довольно низким уровнем организации (например, т.н. «гражданские инициативы»⁴⁴). В случае жалоб, с которыми обращаются «группы лиц» все требования к допустимости должны быть удовлетворены в отношении всех участников, поскольку заявлены могут только права участников (а не организации – **прим. Дайджеста**). Таким образом, неправительственные организации или группы лиц могут подавать жалобу только в той мере, в какой рассматриваемое конвенционное право может находить применение в отношении них, в противном случае они не обладают уже самим правомочием на подачу жалобы.

16. К менее урегулированной **процессуальной дееспособности** (*Prozessfähigkeit*), то есть возможности предпринимать в рамках процедуры рассмотрения индивидуальной жалобы процессуальные действия самостоятельно или через уполномоченное лицо, предъявляются менее строгие требования, чем в национальных процессуальных правопорядках. Так, недееспособные лица и несовершеннолетние могут при известных обстоятельствах сами подавать индивидуальную жалобу.⁴⁵

17. От этого следует отличать т.н. *jus postulandi* (**Postulationsfähigkeit**), то есть способность придавать процессуальным действиям - ходатайствам

⁴³ EGMR 8.4.2004 - Nr. 71503/01, пункт 148 (Assanidze/Georgien), EuGRZ 2004, 268; EGMR 15.11.2011 - Nr. 28502/08, пункт 63 (Transpetrol, A.S./Slowakei), NZG 2013, 75.

⁴⁴ См. EGMR 23.7.1968 - Nr. 1474/62, пункт 2 (Belgischer Sprachenfall), EuGRZ 1975, 298.

⁴⁵ EGMR 16.7.2009 - Nr. 20082/02, пункт 39 (Zehentner/Österreich), ÖJZ 2010, 92. Ввиду отсутствия процессуальной дееспособности (*locus standi*), индивидуальная жалоба может быть частично или полностью признана неприемлемой, см. EGMR 27.4.2010 - Nr. 16318/07, пункт 28 и далее (Moretti u. Benedetti/Italien) (отсутствие у приёмных патронатных родителей полномочий на представительство несовершеннолетнего ребёнка).

в суде - предписанную форму. В соответствии со ст. 36 Регламента ЕСПЧ, на начальном этапе для подачи индивидуальных жалоб не существует обязанности действовать только через адвоката (*Anwaltszwang*). Однако, после того как жалоба коммуницирована государству-ответчику, заявитель должен иметь представителя, действующего от его имени, поскольку только адвокат («advocate»), правомочный заниматься адвокатской практикой в одном из государств-участников Конвенции, может предпринимать на судебном слушании процессуальные действия, имеющие юридическую силу (ст. 36 абз. 2 и 4 Регламента ЕСПЧ). Президент Палаты Суда может допускать исключения из этого правила.

b) «Статус жертвы»

18. Заявитель должен заявить в своей жалобе, что он является жертвой нарушения его права (прав), предусмотренных Конвенцией. Статус (потенциальной) жертвы нередко также называется «процессуальной легитимацией жалобы» (*Beschwer*) или «активной легитимацией истца» (*Sachlegitimation*) и соответствует понятию «право на жалобу» (*Beschwerdebefugnis*) в германском процессуальном праве. Понятие «жертва» содержит три элемента.

19. Во-первых, ущемление в правах должно затрагивать **самого заявителя** жалобы.⁴⁶ Защите подлежат его собственные права, а не права третьих лиц или интересы и права всего общества. Требование наличия у заявителя «положения жертвы» нарушения Конвенции (*Opfereigenschaft*) в этом смысле исключает т.н. «абстрактные жалобы» (или *actio popularis*, понимаемые как присущее каждому субъекту право подавать (в том числе и коллективные) жалобы в защиту интересов других лиц или общественного интереса – **прим. Дайджеста**).⁴⁷ Однако при нарушении ст. 2 или 3 ЕКПЧ жалоба может быть подана также представителем «жертвы» нарушения,

⁴⁶ См. EGMR (Большая Палата), 7.6.2012, Nr. 38433/09, пункт 92 (*Centro Europa 7 S.R.L. u. Di Stefano /Italien*).

⁴⁷ См. EGMR 8.7.1980 - Nr. 8727/79, J., В. и 361 (*Eltern/Schweiz*); см. также EGMR 25.11.1999 - Nr. 46306/99 (*Ocić/Kroatien*); EGMR 15.3.2012 - Nr. 4149/04 и др., пункт 50 и далее (*Aksu/Türkei*) (достаточным для того, чтобы быть ущемлённым в собственных правах, т.н. «непосредственную личную затронутость» (*Selbstbetroffenheit*) является уже «затронутость» как члена этнической группы); EGMR 11.6.2013 - Nr. 65542/12, пункт 114 и далее (*Stichting Mothers of Srebrenica ua/Niederlande*) (требованию непосредственной «личной затронутости», т.е. ущемления в собственных правах, не отвечает учреждение, которое представляет интересы жертв, но не вовлечено в события, ставшие предметом жалобы).

даже если он не подаёт жалобу от чужого имени (в качестве заявленного представителя).⁴⁸ Иная ситуация имеет место тогда, когда родственник пропавшего без вести лица сам признаётся жертвой бесчеловечного и унижающего обращения (ст. 3 ЕКПЧ) и заявляет жалобу против ущемления его прав как нарушения его собственного права (т.н. опосредованное «качество жертвы»)⁴⁹ Здесь имеют значение следующие факторы: особая степень близости (например, родители жертвы), степень собственного участия в произошедшем (например, если родственник был свидетелем соответствующих событий или пытался получить информацию о местонахождении жертвы) и, наконец, характер и способ обращения властей с соответствующими запросами близких.⁵⁰

20. Во-вторых, нахождение в положении жертвы соотносится с **моментом времени** нарушения Конвенции. В качестве нормы служит ситуации, когда жалоба подаётся в связи с происходящим в настоящий, текущий момент нарушением. Прошлые (уже завершённые) нарушения могут быть предметом жалобы в том случае, если они не были исправлены. Исправление предполагает, что государство-участник признало нарушение Конвенции, по крайней мере по существу, а также выплатило компенсацию (например, возмещение ущерба, возврат неправомерно отчужденного земельного участка).⁵¹ Жалоба против нарушения, возможного в будущем, может быть подана в случае бесспорно вероятного нарушения права, однако одного лишь предположения недостаточно.⁵² Вместе с тем, нельзя требовать, чтобы заинтересованное лицо дожидалось совершения нарушения. Наличие у лица «положения жертвы» может иметь место уже тогда, когда решение ещё только вынесено, а не только при его исполнении. В результате достаточным оказывается, например, уже одно только постановление о высылке лица, то есть в этом случае самой депортации лица ждать не нужно.

21. Третий аспект положения жертвы - это **непосредственная ущемлённость** в правах (*unmittelbare Betroffenheit*). Этот аспект не представляет собой особой проблемы в том случае, когда заявитель по

⁴⁸ EGMR 27.6.2000 - Nr. 22277/93, пункт 49 и далее (Ihan/Türkei).

⁴⁹ EGMR 13.6.2000 - Nr. 23531/94, пункт 91 и далее (Timurtas/Türkei).

⁵⁰ EGMR 28.10.2010 - Nr. 35079/04, пункт 121 (Sasita Israilova ua/Russland).

⁵¹ EGMR 29.3.2006 - Nr. 36813/97, пункт 180 (Scordino/Italien (Nr. 1)), NJW 2007, 1259.

⁵² См. EGMR 6.11.2001 - Nr. 53430/99 (The Christian Federation of Jehovah's Witnesses in France/Frankreich).

жалобе является адресатом административного акта или решения суда. Он, как правило, однако отсутствует в случае «простого» ущемления прав законом. Сначала нужно дождаться применения закона на практике. Тем не менее, это правило знает несколько исключений. Ожидания принятия административных мер, обеспечивающих исполнение закона, не требуется, если речь идет о негласных мерах, о которых заявитель, возможно, никогда не узнает.⁵³ Другое исключение признаётся в том случае, когда закон не оставляет исполнительным органам никакой свободы усмотрения при применении закона (например, при регулировании времени закрытия магазина или установлении наследственно-правовых правил).⁵⁴ Аналогично этому, в случае правовых норм, предусматривающих санкции (например, уголовно-правовые нормы), нельзя требовать сначала дождаться самого применения санкций.⁵⁵ В таких ситуациях может быть (в случае необходимости, после исчерпания внутригосударственных средств правовой защиты) подана прямая жалоба на закон.

с) Существенный ущерб

22. Заявителю жалобы должен быть нанесён существенный ущерб. Конвенция закрепляет этот с точностью до наоборот: жалоба недопустима, если заявитель не понёс существенного ущерба (ст. 35 абз. 3 лит. b ЕКПЧ). Это основание неприемлемости было установлено в соответствии с Четырнадцатым Протоколом с тем, чтобы получить возможность быстрее отклонять жалобы, тем самым смягчая нагрузку на Суд.⁵⁶ Тем самым Суд был наделён компетенцией дифференцировать «серьёзные» и «менее серьёзные» нарушения прав человека. Такая возможность соответствует идее, что ЕСПЧ не обязательно в каждом конкретном случае должен оказывать помощь, а должен скорее наподобие «конституционного суда» быть компетентным в целом за поддержание и повышение уровня защиты прав человека (по поводу этой конституционной «парадигмы» см. ниже, пункт 67). Наличие или отсутствия существенного ущерба должно устанавливаться исходя из особенностей каждого конкретного случая (в первую очередь, личной ситуации заявителя). При этом роль играет как

⁵³ EGMR 6.9.1978 - Nr. 5029/71, пункт 34 (Klass/Deutschland), EuGRZ 1979, 278 = NJW 1979, 1755.

⁵⁴ EGMR 29.4.2008 - Nr. 13378/05, пункт 34 и сл. (Burden/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2009, 1606.

⁵⁵ EGMR 26.10.1988 - Nr. 10581/83, пункт 28 и далее (Norris/Irland), EuGRZ 1992, 477.

⁵⁶ См. Пояснительную записку к Четырнадцатому протоколу, Explanatory Report, Protokoll Nr. 14, CETS Nr. 194. Новое основание неприемлемости было выведено из принципа „de minimis non curat praetor“ («Претор не занимается пустяками»).

субъективное восприятие ущерба со стороны заявителя, а также объективные критерии.⁵⁷ Сюда относятся специфика нарушенного конвенционного права, тяжесть заявленного нарушения и/или последствия нарушения для личной ситуации заявителя.⁵⁸ Нередко важным является и масштаб причиненного материального ущерба,⁵⁹ но он не имеет определяющего значения, если жалоба затрагивает фундаментальные вопросы защиты прав человека.⁶⁰ Например, в одном из судебных разбирательств по поводу договора купли-продажи, где речь шла примерно о 30 000 евро, заявитель по жалобе обвинял чешские суды в вынесении необоснованного, произвольного решения. Конституционный суд Чехии запросил официальную позицию судов общей юрисдикции по данному делу, но не предоставил заявителю возможности высказаться по поводу их позиции. Относительно требования надлежащей процедуры в смысле ст. 6 ЕКПЧ ЕСПЧ не увидел здесь значительный ущерб и признал жалобу недопустимой, поскольку также специальные «оговорки о гарантиях защиты» (*Sicherheitsklauseln*) (по этому вопросу см. ниже, пункт 23) не требовали подключения Суда к рассмотрению данного дела.⁶¹ В качестве приблизительной пограничной величины для определения «существенности» ущерба называют материальный ущерб в размере около 500 евро.⁶² В случае заявления нематериального ущерба от нарушения значение имеет, идёт ли речь при этом о фундаментальных вопросах защиты права или также о вопросе общего публичного интереса.⁶³

23. При отсутствии существенного ущерба проверке подлежит вопрос, применимы ли к рассматриваемой ситуации «оговорки о гарантиях защиты», предусмотренные в ст. 35 абз. 3 лит. b ЕКПЧ, которые в этом случае могут сделать жалобу всё-таки допустимой. Во-первых, жалоба не отклоняется по новому основанию недопустимости, «если принцип

⁵⁷ EGMR 6.3.2012 - Nr. 23563/07, пункт 55 (Gagliano Giorgi/Italien).

⁵⁸ EGMR 18.10.2011 - Nr. 13175/03, пункт 34 (Giusti/Italien).

⁵⁹ EGMR 1.6.2010 - Nr. 36659/04 (Ionescu/Rumänien) (финансовый ущерб в 90 Евро не является «существенным ущербом» в смысле Конвенции); EGMR 21.12.2010 - Nr. 45867/07 (Gaglione ua/Italien) (достаточным является как минимум финансовый ущерб в 200 Евро).

⁶⁰ См. EGMR 1.7.2010 - Nr. 25551/05 (Korolev/Russland), NJW 2010, 3081.

⁶¹ EGMR 14.12.2010 - Nr. 24880/05 (Holub/Tschechische Republik), NJW 2011, 3143.

⁶² EGMR, Practical Guide on Admissibility Criteria, 4. Aufl., 2017, пункт 280 (с дальнейшими ссылками).

⁶³ См. EGMR 14.3.2013 - Nr. 26118/10, пункт 34 (Eon/Frankreich).

уважения прав человека» требует «рассмотрение жалобы по существу».⁶⁴ Проверка жалобы в этом случае необходима, если дело касается общих вопросов уважения конвенционных прав, если необходимо разъяснить конкретное обязательство государств-участников или если государство должно устранить структурный недостаток. Второе исключение заключается в том, что правовой спор «не был надлежащим образом рассмотрен внутрисудебным судом» (т.н. «оговорка о проверке», «Prüfklausel»)⁶⁵. В случае применимости хотя бы одной из двух названных «оговорок о гарантиях защиты» Суд должен принять жалобу к рассмотрению, несмотря на отсутствие существенного ущерба для заявителя.

6. Ответчик по жалобе

24. Основания неприемлемости, которые связаны с ответчиком по жалобе (государством-участником ЕКПЧ), также ведут к «*incompatibility ratione personae*». Возможность ответчика быть стороной судебного разбирательства (следствием чего является недопустимость жалобы *ratione personae*) отсутствует, если в качестве ответчика в жалобе называется государство, не ратифицировавшее Конвенцию⁶⁶ или соответствующий Дополнительный Протокол,⁶⁷ либо если она направлена против международной или наднациональной организации⁶⁸ или против индивидуума.⁶⁹ Если подходить в системном плане, то в этих случаях отсутствует осуществление юрисдикции (государством – **прим. Дайджеста**) в смысле ст. 1 ЕКПЧ, в результате чего отсутствует и обязанность гарантировать защиту прав человека, и связанность нормами Конвенции. В то же время, на уровне вторичного права ответственности государств отсутствует т.н. критерий вменности или «присвоения» поведения государству (*Zurechenbarkeit*). Вопрос о \присвоении/вменении это проблема обоснованности. В более ранних решениях ЕСПЧ рассматривал вопрос о вменении/присвоении поведения в рамках проверки

⁶⁴ Здесь ЕСПЧ может опираться на свою судебную практику по проблематике аналогичного критерия в ст. 37 абз. 1 предложение 2 ЕКПЧ (относительно исключения жалоб).

⁶⁵ Пятнадцатый Протокол к ЕКПЧ (ещё не вступивший в силу) предусматривает отмену этой исключительной оговорки, см. Пятнадцатый Протокол к ЕКПЧ, 24.6.2013 (ETS Nr. 213).

⁶⁶ EGMR 28.8.1957 - Nr. 262/57 (E.S./Deutschland).

⁶⁷ EGMR 7.5.2013 - Nr. 19840/09, пункт 125 (Shindler/Vereinigtes Königreich).

⁶⁸ EGMR 11.12.2008 - Nr. 45267/06 (Stephens/Zypern), Турция и ООН.

⁶⁹ EGMR 19.10.2000 - Nr. 45995/99 (Rutkowski/Polen) (адвокат); EGMR 18.9.2007 - Nr. 55896/00 (Bakalov ua/Bulgarien) (конкурсный управляющий).

допустимости *ratione personae*, но в последнее время он исследует его также в рамках обоснованности («merits»).⁷⁰ В системном отношении последний подход представляется более предпочтительным.⁷¹

25. Релевантными для решения вопросов, связанных с вменением конвенционных нарушений, являются принципы права государственной ответственности (см. ст.ст. 4-11 Текста проектов статей Комиссии международного права (КМП) об ответственности государства за международно-противоправные деяния).⁷² Без особых проблем государству-участнику «присваиваются» («вменяются») любые действия государственных органов, в том числе осуществляемые ими *ultra vires*.⁷³ Присвоение поведения государству имеет место даже тогда, когда нарушение права Конвенции было допущено представителями третьих государств на территории государства-участника, и государство-участник допускало или дало согласие на их действия (например, секретные тюрьмы ЦРУ в Европе).⁷⁴ При определённых условиях, государству также может быть присвоено/вменено поведение **частного лица**, в частности, если оно осуществляет публичные функции,⁷⁵ или если государство-участник допускало или дало согласие на противозаконное поведение частного лица.⁷⁶

26. Относительно вопроса о связанности Конвенцией действий государств **в рамках международных организаций**, в частности ООН, или ЕС, судебная практика выработала несколько основных принципов.⁷⁷ В целом признаётся, что принципиальная связанность государств-членов

⁷⁰ EGMR 7.7.2011 - Nr. 27021/08, пункт 61 и. 80-84 (Al-Jedda/Vereinigtes Königreich).

⁷¹ Если же следовать выбранному ЕСПЧ варианту подхода в рамках решения о допустимости, было бы более правильно исследовать критерий присвоения по такому основанию недопустимости как «очевидная необоснованность».

⁷² «Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts» Комиссии международного права, который был принят к сведению Генеральной Ассамблеей ООН и который в значительной части отражает международное обычное право (UN Doc. A/56/10 (2001), с. 43 и далее (в дальнейшем - Проект статей КМП)).

⁷³ См. EGMR 8.7.2004 - Nr. 48787/99, пункт 319 (Pascu и др./Moldau u. Russland).

⁷⁴ См. EGMR 13.12.2012 - Nr. 3963/09, пункт 206 (El-Masri/Frühere Jugoslawische Republik Mazedonien), NVwZ 2013, 631.

⁷⁵ См. более подробно по данному вопросу Peters/Altwickker, EMRK, § 2, пункт 18 и далее.

⁷⁶ EGMR 13.11.2012 - Nr. 12694/04, пункт 83 (Lăcătuș ua/Rumänien).

⁷⁷ Более детально ebd., § 2, пункт 22 и далее.

правом Конвенции продолжает сохраняться.⁷⁸ Необходимой предпосылкой проявления обязанности государства в области гарантий прав человека в отношении действий, которые связаны с его деятельностью в рамках международной организации, является его «прямое или косвенное» участие в обсуждаемом нарушении, выходящее за рамки «просто участия» в организации.⁷⁹ Для осуществления «юрисдикции» в смысле ст. 1 ЕКПЧ в соответствии с международно-правовыми принципами имеет значение единственно «эффективный контроль».⁸⁰ Кроме того, ЕСПЧ выдвинул опровержимое «предположение» о том, что нарушений ЕКПЧ нет, если и до тех пор, пока организация, в рамках которой действовало государство-участник, в свою очередь уважает основные права и обеспечивает «эквивалентную» защиту.⁸¹ Однако это относится к ЕС, но не к ООН.⁸²

7. Исчерпание внутригосударственных средств правовой защиты (ст. 35 абз. 1 ЕКПЧ)

а) Общие замечания

27. Условие допустимости, связанное с обязательностью исчерпания национальных средств правовой защиты отражает международный правовой принцип *local remedies*,⁸³ а также субсидиарность конвенциональной защиты прав человека. Процессуальная необходимость исчерпания национальных средств тесно связана с правом на эффективное средство правовой защиты, закреплённом в ст. 13 ЕКПЧ: требование об исчерпании правовой защиты действует исключительно в отношении тех национальных средств, которые удовлетворяют требованиям ст. 13 ЕКПЧ.⁸⁴

⁷⁸ Они даже продолжают нести полную ответственность, если они одобрили определённые меры лишь в связи со своим членством в данной организации, см. EGMR 18.2.1999 - Nr. 24833/94 (Matthews/Vereinigtes Königreich), EuGRZ 1999, 200.

⁷⁹ EGMR 6.10.2015 - Nr. 415/07 (Klausecker/Deutschland), NLMR 2015, 17.

⁸⁰ Примером могут служить меры по интернированию лиц, принятые британскими военнослужащими в Ираке в 2004 году в рамках британского присутствия, правовой основой которого были, помимо прочего, резолюции Совета Безопасности ООН.

⁸¹ EGMR 30.6.2005 - Nr. 45036/98, пункт 155 (Bosphorus/Irland), NJW 2006, 197.

⁸² См. опровержение предположения в решении ЕСПЧ - EGMR 12.9.2012 - Nr. 10593/08, пункт 172 (Nada/Schweiz), NJOZ 2013, 1183; EGMR 21.6.2016 - Nr. 5809/08, пункт 149 (Al-Dulimi and Montana Management INC./Schweiz), NJOZ 2017, 1572 оставил этот вопрос открытым.

⁸³ См. IGH 21.3.1959 - Interhandel Case (Preliminary Objections), ICJ Rep. 1959, 6, 27.

⁸⁴ Относительно ст. 13 см. Peters/Altwicker, EMRK, § 22.

28. Основным принципом является гибкое и неформалистичное применение ст. 35 абз. 1 ЕКПЧ. Действие требования исчерпания не является ни абсолютным, ни автоматическим. Необходимо учитывать как обстоятельства рассматриваемого конкретного случая и общий контекст национальной правовой системы.⁸⁵ В принципе, заявитель должен исчерпать все имеющиеся правовые ресурсы (т.н. **институциональное исчерпание правовых средств защиты**). В частности, в Германии ст. 35 абз. 1 ЕКПЧ требует, например, пройти путь процедуры административного обжалования и подать конституционную жалобу в Федеральный конституционный суд (ФКС).⁸⁶ Таким образом, ответчик должен получить, по крайней мере, копию решения ФКС о непринятии жалобы к рассмотрению в соответствии со ст. 93 b в совокупности со ст. 93 а Закона о ФКС. После завершения судебного разбирательства по уголовному делу ходатайства о возобновлении судебного производства не требуется, поскольку данная процедура не относится к обычным формам судебного производства. Как общее правило, для разумного применения ст. 6 ЕКПЧ в отношении производства по уголовному делу, конституционная жалоба, однако, является вполне возможной и необходимой.⁸⁷ В рамках национального судебного разбирательства нарушение ЕКПЧ должно быть заявлено, по крайней мере, по существу (т.н. **объективное** или **субстанциональное исчерпание средств правовой защиты**).⁸⁸ В отличие от этого, не требуется, чтобы в рамках национального разбирательства уже конкретно назывались соответствующие нормы ЕКПЧ.

29. Внутригосударственные средства правовой защиты должны быть использованы в соответствии с национальными процессуальными нормами, в частности согласно установленным формальностям и срокам. Если процессуальные требования, предписанные национальным правом, не были соблюдены, и поэтому поданные в государственные инстанции жалобы были отклонены национальными судами как недопустимые, то это ведёт, как правило, к тому, что ЕСПЧ отрицает соблюдение требования исчерпания юридической процедуры согласно ст. 35 абз. 1 ЕКПЧ, и в результате жалоба в ЕСПЧ является неприемлемой.⁸⁹

⁸⁵ EGMR 19.2.2009 - Nr. 2334/03, пункт 40 (Kozacioglu/Türkei).

⁸⁶ См. например, EGMR 4.12.2008 - Nr. 44036/02 (Adam/Deutschland).

⁸⁷ EGMR 10.8.2006 - Nr. 75737/01, пункт 28 и далее (Schwarzenberger/Deutschland), NJW 2007, 3553.

⁸⁸ EGMR 1.6.2010 – Nr. 22978/05, пункт 142 (Gäfgen/Deutschland), NJW 2010, 3145.

⁸⁹ EGMR 25.3.2014 – Nr. 17153/11 и др. пункт 72, 80 (Vučković ua/Serbien). После введения чрезвычайного положения в Турции в результате попытки путча в 2016 году была изменена система правовой защиты. Тем не менее, ЕСПЧ посчитал

b) Доступность и эффективность

30. Требование исчерпания национальных средств правовой защиты ограничивается или смягчается тем, что такие национальные средства обжалования должны быть доступными и эффективными. В противном случае, национальные правовые средства, не отвечающие этим критериям, не должны быть предварительно использованы заявителем, и он может напрямую подать жалобу непосредственно в ЕСПЧ. **Доступность (фактическая)** национальных средств обжалования является, например, проблематичной, если заявителю, не располагающему достаточными средствами, не предоставляется материальная помощь для возмещения судебных расходов⁹⁰ или если он недостаточно хорошо владеет языком, на котором ведётся процесс, и при этом не получает помощь переводчика. Наряду с препятствиями, связанными с личностью и положением заявителя, недоступность средств обжалования может быть обусловлена и политическими обстоятельствами.⁹¹ **Эффективность** средства обжалования предстаёт сомнительной в том случае, если соответствующее средство правовой защиты не пригодно для того, чтобы привести к отмене или установлению неправомерности акта государственной власти, против которого направлена жалоба. Другими словами, речь должна вестись о реальном средстве защиты, в противном случае заявитель не обязан пытаться использовать его до подачи жалобы в ЕСПЧ. В своей новой судебной практике ЕСПЧ, как правило, *не* признаёт конституционную жалобу в Федеральный Конституционный суд по поводу чрезмерной продолжительности процедуры в гражданских и уголовных процессах в качестве эффективного средства правовой защиты.⁹² Неэффективным является также средство обжалования, которое заведомо не имеет никакого шанса на успех.⁹³ Однако простого сомнения относительно перспективы успеха недостаточно.⁹⁴ Наконец, в отдельных случаях ЕСПЧ не требует исчерпания внутригосударственных средств правовой защиты, если государство проявляет полное и очевидное бездействие (например, если

существовавшие средства правовой защиты в рамках проверки чрезвычайных мер всё ещё эффективными, следствием чего было признание жалоб в ЕСПЧ недопустимыми: EGMR 6.6.2017 – Nr. 70478/16 (Köksal/Türkei).

⁹⁰ EGMR 9.10.1979 – Nr. 6289/73, пункт 24 (Airey/Irland), EuGRZ 1979, 626.

⁹¹ EGMR 16.9.1996 – Nr. 21893/93, пункт 70–77 (Akdivar/Türkei).

⁹² См. краткий обзор в решении ЕСПЧ - EGMR 13.11.2008 - Nr. 26073/03, пункт 56 и далее (Ommer/Deutschland Nr. 2).

⁹³ EGMR 25.8.1987 - Nr. 10282/83, пункт 32 (Englert/Deutschland), NJW 1988, 3257.

⁹⁴ EGMR 28.9.1999 - Nr. 29340/95, пункт 43 IL (Civet/Frankreich), NJW 2001, 54; см. также EGMR 19.3.2002 - Nr. 77631/01 (Milosevic/Niederlande), EuGRZ 2002, 131.

вообще не ведется никаких расследований).⁹⁵ Во всех этих ситуациях жалоба может быть подана непосредственно в ЕСПЧ.

31. В контексте исчерпания национальных средств правовой защиты **бремя доказывания** распределяется следующим образом. Общая допустимость жалобы (в том числе и требование исчерпания национальных средств правовой защиты) подлежит проверке со стороны ЕСПЧ *ex officio*, то есть по должности (*von Amts wegen*). Заявитель жалобы должен перечислить и подтвердить использованные им средства правовой защиты. В этом случае национальное правительство может выдвинуть возражение против допустимости (*preliminary objection*) в том смысле, что предусмотренный внутригосударственным правом судебный порядок (или правовой путь, *Rechtsweg*) не был исчерпан. Оно должно назвать другие национальные средства правовой защиты и доказать, что они также были доступными и эффективными (бремя доказывания лежит на государстве). Если правительство это сделало, то заявитель, в свою очередь, должен показать, что в конкретном случае эти средства права не были эффективно доступны ему или что определенные обстоятельства освобождали его от обязательства по исчерпанию этих средств обжалования. И если государство не может доказать доступность и эффективность соответствующего национального средства правовой защиты, то внутригосударственный судебный порядок считается исчерпанным.⁹⁶

8. Форма (ст. 45 Регламента ЕСПЧ) и сроки (ст. 35 абз. 1 ЕКПЧ)

32. Жалоба должна быть подана в письменном виде и подписана заявителем или его представителем (ст. 45 Регламента ЕСПЧ). Для соблюдения срока, установленного ст. 35 абз. 1 ЕКПЧ, должен использоваться предоставленный в распоряжение канцелярией Суда формуляр,⁹⁷ в котором наряду с прочим должны излагаться предмет жалобы (с указанием личности заявителя, ответчика по жалобе, обобщающим изложением обстоятельств дела, а также дальнейшими пояснениями по сути жалобы) (ст. 47 абз. 1 предл. 2 и ст. 47 абз. 6

⁹⁵ EGMR 28.7.1999 - Nr. 25803/94, пункт 74-81 (Selmouni/Frankreich), NJW 2001,56.

⁹⁶ EGMR 15.1.2009 - Nr. 46598/06, пункт 35 (Tomasic ua/Kroatien).

⁹⁷ Формуляр жалобы (ст. 47 абз. 1 предложение 1 Регламента ЕСПЧ) можно загрузить с сайта ЕСПЧ в Интернете (www.echr.coe.int).

Регламента ЕСПЧ).⁹⁸ Индивидуальная жалоба может быть подана только в течение шести месяцев после принятия национальными органами окончательного решения (ст. 35 абз. 1 ЕСПЧ).⁹⁹ Установленные сроки для подачи жалобы служат целям обеспечения правовой определённости и стабильности; они проверяются Судом *ex officio*.¹⁰⁰ Началом срока, как правило, служит момент официального вручения окончательного национального решения (обоснование решения).¹⁰¹ Формуляр с жалобой также может быть отправлен по факсу.¹⁰² Для соблюдения срока релевантным моментом является момент отправления жалобы (устанавливается по почтовому штемпелю), а не момент её поступления в ЕСПЧ.¹⁰³ Для исчисления сроков действует следующее правило. Течение срока начинается со следующего дня после официального оглашения решения (как правило, официальное вручение). Он истекает через шесть календарных месяцев независимо от того, приходится ли конец срока на выходной или праздничный день.¹⁰⁴ Подача национального средства правовой защиты (жалобы), которое ЕСПЧ не считает эффективным, не прерывает течение срока.¹⁰⁵

9. Негативные критерии приемлемости

а) Анонимная жалоба (ст. 35 абз. 2 лит. а ЕКПЧ)

33. Анонимные жалобы, т.е. те, в которых заявитель персонально не указан, Суд отклоняет как недопустимые.¹⁰⁶ В свою очередь, Суд может принять решение, что жалоба будет анонимизирована, например, при опасениях принятия государством санкций в отношении заявителя (см. 47 абз. 4 предл. 2 Регламента ЕСПЧ).

⁹⁸ До 1.1.2014 было достаточно письменное сообщение, составленное в произвольной форме, см. ст. 47 абз. 5 предложение 1 Регламента ЕСПЧ в прежней редакции.

⁹⁹ Ещё не вступивший в силу Пятнадцатый Протокол сокращает срок для подачи жалобы до четырёх месяцев. Такой срок может представлять слишком коротким в случаях, связанных с особенно комплексными догматическими вопросами действия ЕКПЧ (например, по жалобам на нарушение ст. 6 ЕКПЧ).

¹⁰⁰ EGMR 10.11.2009 - Nr. 21425/06 (Otto/Deutschland).

¹⁰¹ EGMR 29.8.1997 - Nr. 22714/93, пункт 33 (Worm/Österreich), MR 1997, 295.

¹⁰² EGMR 11.5.2006 - Nr. 31753/02 (Kaya/Deutschland).

¹⁰³ См. *mutatis mutandis*, EGMR 1.6.2010 - Nr. 65938/09, пункт 21 и далее (Kemevuako/Niederlande).

¹⁰⁴ EGMR 10.11.2009 - Nr. 21425/06 (Otto/Deutschland).

¹⁰⁵ EGMR 7.11.2000 - Nr. 49859/99 (Rezgui/Frankreich).

¹⁰⁶ EGMR 15.9.2009 - Nr. 7245/09 („Blondje“/Niederlande).

b) Res iudicata и рассмотрение дела в другом суде - Litispendenz (ст. 35 абз. 2 lit. b ЕКПЧ)

34. Жалоба, которая, по существу, совпадает с жалобой, прежде уже исследованной Судом (**res iudicata**), отклоняется как недопустимая. Существенное совпадение имеет место в том случае, если стороны спора, содержание жалобы и обстоятельства дела идентичны.¹⁰⁷ При определённых обстоятельствах, тем не менее, в соответствии со ст. 80 абз. 1 Регламента ЕСПЧ может быть подано ходатайство о возобновлении процедуры рассмотрения жалобы, если позднее станет известно о факте, который мог бы оказать существенное влияние на исход уже решённого Судом спора. Кроме того, жалоба является недопустимой, если она на деле была предоставлена на рассмотрение другому международному контрольному органу или органу по урегулированию споров и не содержит новых фактов (**Litispendenz**, недопустимость рассмотрения судом вопроса, который уже рассматривается другим судебным органом – **прим. Дайджеста**).¹⁰⁸ Такими инстанциями могут являться, например, Комитет ООН по правам человека (ст. 28 Международного Пакта о гражданских и политических правах)¹⁰⁹ или же органы по урегулированию споров, существующие в рамках Международной Организации Труда.¹¹⁰ Сюда, с другой стороны, не относится процедура перед Европейским комитетом по предотвращению пыток и бесчеловечного обращения (поскольку это не судебная процедура).¹¹¹

c) Очевидная необоснованность жалобы (ст. 35 абз. 3 lit. a ЕКПЧ)

35. Суд отклоняет жалобу как недопустимую также в том случае, если она уже до её проверки с точки зрения материального права представляется явно необоснованной. Это основание недопустимости часто используется Судом. «Очевидная» необоснованность не предполагает, что отклонение нарушения Конвенции должно быть бесспорным. На практике в принципе различаются четыре ситуации очевидной необоснованности.¹¹² Во-первых, это недостаточно подкреплённая жалоба (прежде всего, если жалоба не

¹⁰⁷ EGMR 30.6.2009 - Nr. 32772/02, пункт 63 (Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)/Schweiz (Nr. 2)), NJW 2010, 3699.

¹⁰⁸ Обстоятельный обзор судебной практики в решении ЕСПЧ - EGMR 21.5.2013 - Nr. 59253/11, пункт 26 и далее (Poa ua/Vereinigtes Königreich).

¹⁰⁹ EGMR 6.7.1992 – Nr. 17512/90 (Calcerrada Fornieles et Caheza Mato/Spainien).

¹¹⁰ EGMR 21.5.2013 – Nr. 59253/11 (Poa ua/Vereinigtes Königreich).

¹¹¹ EGMR 3.6.2008 – Nr. 24408/03 (Zagaria/Italien).

¹¹² См. EGMR, Leitfaden zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen, Straßburg 2010, с. 68 и далее.

отвечает минимальным требованиям по содержанию согласно ст. 47 абз. 1 предл. 2 Регламента ЕСПЧ)¹¹³. Во-вторых, это ситуация т.н. «рассмотрения дел в четвертой инстанции» (*Vierte-Instanz-Fälle*), речь идёт о жалобах, предметом которых является (исключительно) ошибочное применение внутригосударственного права или соответственно неправильное выяснение обстоятельств дела национальными судами.¹¹⁴ В-третьих, заведомое отсутствие нарушения Конвенции (например, при очевидно оправданных актах государственной власти или при наличии устоявшейся судебной практики ЕСПЧ, которая в аналогичных случаях отклоняет нарушение Конвенции).¹¹⁵ И, наконец, в-четвёртых явно неадекватное или соответственно неправдоподобное изложение обстоятельств дела или отсутствие доказательств.¹¹⁶

d) Злоупотребление правом на подачу жалобы (ст. 35 абз. 3 lit. a ЕКПЧ)

36. В редких случаях Суд признаёт жалобу недопустимой, когда в процессуальном поведении заявителя он усматривает злоупотребление правом на подачу жалобы.¹¹⁷ Такое злоупотребление имеет место в том случае, если заявитель сознательно опирается на ложные факты или предьявляет поддельные документы.¹¹⁸ Кроме того, речь следует вести о злоупотреблении правом на жалобу, если в поведении заявителя выражается пренебрежительное отношение к Суду.¹¹⁹

II. Жалобы государств

37. Институт государственной жалобы позволяет любому государству-участнику обращаться в ЕСПЧ в связи с предполагаемым нарушением Конвенции или ее Протоколов другим государством-участником (ст. 33 ЕКПЧ).¹²⁰ Доля жалоб государств крайне невелика. На сегодняшний день

¹¹³ EGMR 1.7.2010 – Nr. 17674/02 и др., пункт 152 (Davydov ua/Ukraine).

¹¹⁴ EGMR 28.1.2011 – Nr. 18160/06, пункт 2 (Miklošević/Serbien).

¹¹⁵ EGMR 28.10.2010 – Nr. 4241/03, пункт 54 (Trofimchuk/Ukraine).

¹¹⁶ EGMR 23.3.2010 – Nr. 28439/03, пункт 35 и далее (Duman/Türkei).

¹¹⁷ См. EGMR 15.9.2009 - Nr. 798/05, пункт 62 и далее (Miroļubovs и др./Litauen), NVwZ 2010, 1541.

¹¹⁸ EGMR 5.10.2000 - Nr. 31365/96, пункт 36 (Varbano/Bulgarien).

¹¹⁹ EGMR 18.5.2004 - Nr. 67208/01 (Rehák/Tschechische Republik).

¹²⁰ По вопросу о предпосылках допустимости см. Peters/Altwicker, EMRK, § 36, пункт 3.

всего было подано около двадцати государственных жалоб. В настоящее время несколько государственных жалоб Украины против России находятся на рассмотрении Большой палаты.¹²¹ Государство - участник может использовать институт государственной жалобы, с одной стороны, в качестве инструмента дипломатической защиты, подавая жалобу против нарушения прав собственных граждан со стороны другого государства-участника.¹²² С другой стороны, жалоба государства дает государствам-участникам возможность выполнять «функцию сторожа»: любое государство-участник может - даже в том случае, если его собственные права и интересы не были затронуты – подать жалобу о нарушении ЕКПЧ или её Протоколов как «европейского правового порядка» (см. буквальный текст ст. 33 ЕКПЧ: «любое»).¹²³ Таким образом, ЕКПЧ функционирует как объективный порядок. Например, в 1967 году Дания, Норвегия, Швеция и Нидерланды подали жалобу в тогдашнюю Комиссию по правам человека против греческого «режима полковников».¹²⁴ В свою очередь, Кипр неоднократно жаловался на Турцию в связи с оккупацией Северного Кипра.¹²⁵ Критерии допустимости государственной жалобы регулируются ст.ст. 33 и 35 абз. 1 ЕКПЧ. Ст. 35 абз. 3 ЕКПЧ в этом отношении неприменима.¹²⁶

III. Процедура судебного разбирательства

38. Процедура рассмотрения индивидуальных жалоб и - более редких - жалоб государств в принципе идентична.¹²⁷ Нижеследующее изложение в основном относится к индивидуальным жалобам. Начальный шаг – это первое письмо заявителя в канцелярию ЕСПЧ. Если жалоба удовлетворяет требованиям ст. 47 Регламента ЕСПЧ, она получает в канцелярии

¹²¹ EGMR, Pressemitteilung vom 9.5.2018, <<https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%22fulltext%22:%2220958/14%22>>.

¹²² EGMR 5.4.2000 – Nr. 34382/97 (Dänemark/Türkei), EuGRZ 2000, 619 (мировое соглашение).

¹²³ Например, EGMR 24.1.1968 - Nr. 3321/67 и др. (Dänemark, Norwegen, Schweden u. Niederlande/Griechenland). См. E. Klein, в: Merten/Papier (Hrsg.), § 150, пункт 75 и сл.

¹²⁴ EGMR 24.1.1968- Nr. 3321/67 и др. (Dänemark, Norwegen, Schweden und Niederlande/Griechenland).

¹²⁵ Одно из последних упоминаний EGMR 10.5.2001 - Nr. 25781/94 (Zypern/Türkei); Решение относительно справедливой компенсации: EGMR 12.5.2014, NJOZ 2015, 627.

¹²⁶ EGMR 13.12.2011 - Nr. 38263/08, пункт 64 (Georgien/Russland Nr. 2).

¹²⁷ Регламент ЕСПЧ содержит общие и специальные положения относительно обоих видов процедуры.

порядковый номер и регистрируется. Председатель Суда распределяет жалобу в одну из Секций (ст. 52 абз. 1 Регламента ЕСПЧ).

39. Если докладчик по поданной жалобе (сотрудник канцелярии Суда, не занимающий судебной должности, см. ст. 24 абз. 2 ЕКПЧ) считает жалобу недопустимой, то судебное заседание по решению вопроса о жалобе проводится в составе **единоличного судьи**. Судья единоличным решением объявляет жалобу недопустимой или исключает её из списка подлежащих рассмотрению дел, если такое решение может быть вынесено без дальнейшего рассмотрения (ст. 27 абз. 1 ЕКПЧ; ст. 52а абз. 1 предл. 1 Регламента ЕСПЧ). Решение является окончательным (ст. 27 абз. 2 ЕКПЧ, ст. 52а абз. 1 с. 2 Регламента ЕСПЧ). Судья не может единолично принимать решения о жалобе, направленной против государства, которое он представляет (ст. 26 абз. 3 ЕКПЧ; ст. 52а абз. 2 Регламент ЕСПЧ). Если судья единоличным решением не признаёт жалобу недопустимой и не исключает её из списка подлежащих рассмотрению дел, он направляет жалобу в Комитет или Палату (ст. 27 абз. 3 ЕКПЧ; ст. 52а абз. 3 Регламента ЕСПЧ).

40. **Комитет** в составе трёх судей может единогласно признать индивидуальную жалобу окончательно недопустимой или исключить её из списка подлежащих рассмотрению дел (ст. 28 абз. 1 лит. а ЕКПЧ, статья 53 абз. 1 Регламента ЕСПЧ). Однако Комитет может также признать жалобу допустимой и одновременно вынести вердикт о её обоснованности, если по вопросам, затронутым в жалобе, уже сложилась устойчивая судебная практика Суда (ст. 28 абз. 1 лит. б ЕКПЧ, ст. 53 абз. 2 Регламента ЕСПЧ). Если окончательное решение по делу не принимается ни единоличным судьёй, ни Комитетом, индивидуальная жалоба передаётся в **Палату** в составе семи судей (ст. 29 абз. 1 ЕКПЧ). Если Палата признаёт жалобу допустимой, и дальнейшее изучение обстоятельств дела не представляется необходимым, она коммуницирует жалобу государству-участнику, против которого она была подана (статья 54 абз. 2 лит. б Регламента ЕСПЧ). В этом случае соответствующее государство-участник должно представить письменные замечания по жалобе. В своём заключении или самое позднее к моменту устного заседания государство-участник должно сформулировать все возможные возражения против приемлемости, поскольку в противном случае в отношении возможных возражений действует преклюзивный эффект (ст. 55 Регламента ЕСПЧ). С момента уведомления заявитель должен быть представлен адвокатом, если только

не будет принято иное решение (ст. 36 абз. 2 Регламента ЕСПЧ). Палата одновременно проверяет допустимость и обоснованность.

41. Параллельно Суд предпринимает попытки с целью заключения **мирового соглашения** по делу (ст. 39 ЕКПЧ; ст. 62 Регламента ЕСПЧ). Это правило действует в отношении как индивидуальных, так и государственных жалоб. Данная процедура носит конфиденциальный характер (ст. 39 абз. 2 ЕКПЧ). В случае достижения мирового соглашения Суд исключает жалобу из списка подлежащих рассмотрению дел, убедившись в том, что соглашение было достигнуто на основе уважения прав человека (ст. 39 абз. 1 ЕКПЧ; ст. 62 абз. 3 Регламента ЕСПЧ). Исключение жалобы из списка в связи с мировым соглашением осуществляется решением, за исполнением которого следит Комитет министров (ст. 39 абз. 3 и 4 ЕКПЧ; ст. 43 абз. 3 Регламента ЕСПЧ). В этом решении Суда не устанавливается нарушение Конвенции, но достигается индивидуальное, юридически обязательное соглашение между сторонами (как правило, о выплате компенсации).

42. Если мировое соглашение не будет достигнуто, жалоба подлежит дальнейшему рассмотрению. Процедура, как правило, осуществляется в форме т.н. письменного или «**документального процесса**» (*Aktenprozess*); устные слушания проводятся крайне редко.¹²⁸ При необходимости Суд может провести расследование на месте, чтобы, например, получить представление об условиях содержания заключённого в тюрьме (ст. 38 ЕКПЧ). На любой стадии разбирательства Суд может объявить недопустимой жалобу, ранее признанную допустимой (ст. 35 абз. 4 предл. 2 ЕКПЧ). Но в этом случае принимается уже не решение о допустимости, а выносится решение Суда по делу. ЕСПЧ также может в любое время исключить жалобу и по некоторым другим причинам, например, если спор был разрешен иным образом (ст. 37 ЕКПЧ).¹²⁹

43. Палата может направить жалобу в **Большую палату** в составе 17-ти судей, если возникает сложный вопрос, касающийся толкования или применения положений Конвенции или если существует возможность

¹²⁸ Относительно индивидуальных жалоб см. ст. 54 абз. 5 и ст. 59 Регламента ЕСПЧ; относительно жалоб государств см. ст. 51 абз. 1 и 5, а также ст. 58 абз. 2 Регламента ЕСПЧ.

¹²⁹ Например, EGMR 30.11.2010 - Nr. 36397/07 (Görgülü u. Fischer/Deutschland), EuGRZ 2011,264.

отклониться от прежней устоявшейся практики, ст. 30 ЕКПЧ. Важная компетенция Большой палаты обосновывается через процедуру передачи дела в соответствии со ст. 43 ЕКПЧ. Здесь Большая палата действует в качестве контрольной инстанции после вынесения решения Палатой. Такая передача возможна в случае серьезного вопроса, касающегося толкования Конвенции, или серьезного вопроса общего характера. Сначала судебное дело должно быть принято Коллегией в составе пяти членов Большой палаты (ст. 43 абз. 2 ЕСПЧ, статья 24 абз. 5 Регламента ЕСПЧ). (Поскольку в Большой палате представлены также судьи, которые участвовали в принятии решения Палатой (ст. 26 абз. 5 предл. 2 ЕСПЧ), и поскольку решение о принятии к рассмотрению предполагает свободу усмотрения (ст. 43 абз. 2 ЕСПЧ), то такой контроль не может считаться действительным средством правовой защиты.) Большая палата, кроме этого, обладает компетенцией по принятию решения о нарушении государством-участником своих обязательств по исполнению решений ЕСПЧ (см. ст. 31 лит. в ЕКПЧ), по даче консультативных заключений по ходатайству Комитета Министров (согласно ст. 47 ЕСПЧ) и - по новому Регламенту - также по ходатайству национальных конституционных или высших судов (см. ст. 2 абз. 2 Шестнадцатого Протокола).

44. В настоящее время участие третьих лиц в процессе стало обычным явлением. Это возможно для обоих видов жалоб, если это отвечает «интересам отправления правосудия» (ст. 36 абз. 2 ЕКПЧ; ст. 44 абз. 3 Регламента ЕСПЧ).¹³⁰ Такими «третьими сторонами» могут быть другие государства-участники, неправительственные организации,¹³¹ Комиссар по правам человека Совета Европы,¹³² международные организации, и даже иные частные лица.

¹³⁰ Ходатайства о даче (экспертного) заключения или о представлении письменного мнения может инициироваться судом или по просьбе стороны разбирательства (ст. 44 абз. 3 а) и b) Регламента ЕСПЧ).

¹³¹ В сложных и комплексных разбирательствах такое участие часто не ограничивается одной НПО. Так, например, в решении EGMR 6.7.2005 - Nr. 43577/98 ua, пункт 8 (Nachova ua/Bulgarien), EuGRZ 2005, 693.

¹³² Участвовал в судебном рассмотрении впервые в решении по делу EGMR 21.1.2011 - Nr. 30696/09 (M.S.S./Belgien u. Griechenland).

IV. Процедура дачи консультативных заключений

45. Большая палата может по просьбе Комитета министров выносить консультативные заключения по юридическим вопросам, касающимся толкования положений Конвенции и Протоколов к ней (ст. 47 и сл. ЕКПЧ, ст. 82 и сл. Регламента ЕСПЧ). До сих пор Суд подготовил всего только два консультативных заключения.¹³³ Редкое использование этой процедуры связано с предпосылками для её применения, установленными в ст. 47 абз. 2 ЕКПЧ. Во-первых, такие заключения не должны затрагивать вопросы, относящиеся к содержанию или объему конвенциональных прав и свобод (**ограничение по содержанию**). Во-вторых, не должны рассматриваться вопросы, по которым Суд или Комитет Министров могли бы принять решение в связи с процедурой, начатой в соответствии с Конвенцией (**процессуальное ограничение**). Таким образом, процедура дачи консультативных заключений является субсидиарной по отношению к состязательному производству по жалобам, а также по отношению к процедуре вынесения решений по вопросам неисполнения государством-участником вынесенного Судом решения согласно ст. 46 абз. 4 и абз. 5 ЕКПЧ. На практике это привело к тому, что запросы о даче консультативных заключений имели своим предметом исключительно процедурные проблемы: оба заключения касались вопросов избрания судей в ЕСПЧ (см. ст. 21 f ЕКПЧ).¹³⁴ Шестнадцатый Протокол значительно расширяет рамки процедуры дачи заключений.¹³⁵ Для улучшения диалога высших судов по вопросам права Конвенции, высшие суды государств-участников должны иметь право обратиться в Суд с просьбой дать заключение необязательного характера. Такое заключение даётся Большой палатой после процедуры предварительного рассмотрения, в которой запрос может быть отклонён с обязательным обоснованием. Заключения могут быть запрошены только в связи с текущей внутригосударственной процедурой; абстрактный нормативный контроль со стороны ЕСПЧ как и прежде не допускается. Расширение процедуры дачи заключений следует приветствовать.¹³⁶ Это, с одной стороны, укрепляет конституционную функцию ЕСПЧ, с другой стороны, можно ожидать, что государства смогут

¹³³ В одном из случаев ЕСПЧ отклонил представление экспертного заключения (2.6.2004), NJW 2005, 123.

¹³⁴ В первом заключении (EGMR, 12.2.2008 = NJW 2009, 2109) речь шла в основном о вопросе, может ли Парламентское Собрание отклонить список кандидатов на должности судей ЕСПЧ по основаниям, связанным с равноправием полов. Второе заключение (EGMR, 22.1.2010) касалось вопросов, взаимосвязанных с отзывом государством-участником представленного списка кандидатов.

¹³⁵ Шестнадцатый Протокол к ЕКПЧ, 2.10.2013; статья 91 и далее Регламента ЕСПЧ.

¹³⁶ Более подробно см. Peters/Altwickler, EMRK, § 36, пункт 7.

в будущем более эффективно предупреждать нарушения права Конвенции (избегать «поход в Страсбург»), и таким образом снять нагрузку с Суда.¹³⁷

V. Предварительная правовая защита

46. В соответствии со ст. 39 Регламента ЕСПЧ возможно принятие Судом обеспечительных (предварительных) судебных мер. Соответствующие решения принимаются компетентной Палатой, Председателем Секции или специально назначенным судьей (*duty judge*) по просьбе одной из сторон, другого заинтересованного лица или также *ex officio*. Обеспечительные меры предназначены для того, чтобы предотвратить преюдицирование разбирательства по существу дела - и, следовательно, нарушение права на жалобу - путем создания необратимых «свершившихся фактов». Соответствующее государство обязуется воздерживаться от любых актов, способных поставить под угрозу эффективную реализацию последующего судебного решения по существу дела.¹³⁸ Всё в большей степени Суд применяет ст. 39 Регламента ЕСПЧ строго ограничительно.¹³⁹ Условием применения этих мер является непосредственная опасность возникновения непоправимого ущерба.¹⁴⁰ Как правило, это происходит в случаях принятия решения об экстрадиции лица в государство, где ему грозят жестокое физическое обращение или даже смертная казнь.¹⁴¹ Судебные обеспечительные меры согласно ст. 39 Регламента ЕСПЧ являются юридически обязательными.¹⁴² Если соответствующее государство-участники не соблюдает решение ЕСПЧ о принятии обеспечительных мер, Суд может установить нарушение права согласно ст. 34 ЕКПЧ (право на индивидуальную жалобу).¹⁴³ В редких, исключительных случаях невыполнение судебного постановления об обеспечительных мерах, тем не менее, не приводит к нарушению ст. 34

¹³⁷ Explanatory Report, Protokoll Nr. 16, CETS Nr. 214 пункт 1 и сл.

¹³⁸ EGMR 4.2.2005 - Nr. 46827/99 ua, пункт 128 (Mamatkulov u. Askarov/Türkei), EuGRZ 2005, 357.

¹³⁹ В 2017 году имелось 1.669 ходатайств. Из этого числа только 117 (около 7 %) были решены положительно.

¹⁴⁰ EGMR 2.3.2010 - Nr. 61498/08, пункт 160 (Al-Saadoon und Mufdhi/Vereinigtes Königreich).

¹⁴¹ Например, EGMR 24.2.2009 - Nr. 246/07, пункт 69 и далее (Ben Khemais/Italien).

¹⁴² EGMR 4.2.2005 - Nr. 46827/99 ua, пункт 109-128 (Mamatkulov u. Askarov/Türkei).

¹⁴³ EGMR 22.12.2008 - Nr. 46468/06, пункт 228 и далее (Aleksanyan/Russland).

ЕКПЧ.¹⁴⁴ Это сопряжено с определёнными условиями. Во-первых, должно существовать объективное препятствие, которое сделало выполнение соответствующего постановления Суда невозможным. Во-вторых, государство-участник должно было предпринять все разумные шаги, чтобы устранить преграду для выполнения постановления. В-третьих, государство-участник обязано постоянно информировать Суд о принятых (принимаемых) мерах по соблюдению судебного постановления о принятии обеспечительных мер.

VI. Содержание и правовые последствия судебного решения

1. Содержание решений ЕСПЧ

а) Установление нарушения Конвенции

47. Решения ЕСПЧ являются в принципе вердиктами суда о признании (*Feststellungsurteile*). Резолютивная часть судебного решения может быть сформулирована, например, следующим образом: «На основании вышесказанного Суд устанавливает, что нарушения статьи 10 не имеет места». Решения ЕСПЧ не имеют ни кассационного (отменяющего), ни регулирующего эффекта. Соответственно Суд не может отменить национальные законы, судебные приговоры или административные акты органов государства-ответчика.

б) Справедливая компенсация, ст. 41 ЕКПЧ

48. Кроме того, в своём решении ЕСПЧ в соответствии со ст. 41 ЕКПЧ может присудить потерпевшей стороне справедливую денежную компенсацию, если внутреннее законодательство государства-участника допускает возможность лишь «частичного устранения» последствий нарушения Конвенции.¹⁴⁵ Эту компенсацию должно выплатить государство-ответчик. В случае задержки или отказа государства от выплаты компенсации она - при необходимости - должна быть истребована потерпевшим в судебном порядке. В Германии для этого существует общий

¹⁴⁴ EGMR 2.3.2010 - Nr. 61498/08, пункт 161 (Al-Saadoon und Mufdhi/Vereinigtes Königreich).

¹⁴⁵ Как правило, для этого необходимо соответствующее однозначное ходатайство лица, подающего жалобу; в качестве исключения см. EGMR 30.3.2017 - Nr. 35589/08, пункт 49 (Nagmetov/Russland).

судебный порядок в соответствии с § 40 абз. 2 предл. 1 вариант 3 Положения об административных судах (возмещение ущерба за нарушение внедоговорных публично-правовых обязанностей).¹⁴⁶ Компенсация включает в себя, в первую очередь, **возмещение в типичном случае нематериального и, наряду с этим, возмещение возможного материального ущерба**. Размер компенсации, предусмотренной ст. 41 ЕКПЧ, устанавливается в зависимости от конкретных обстоятельств нарушения конвенционального права. Суд принимает решение, руководствуясь при этом соображениями справедливости (*Billigkeitsgesichtspunkten*).¹⁴⁷

49. В соответствии со ст. 41 ЕКПЧ, заявитель жалобы может также потребовать возмещения **судебных расходов и издержек**. Процедура в самом ЕСПЧ является бесплатной. Расходы, связанные с деятельностью Суда, несёт Совет Европы и, таким образом, государства-участники (ст. 50 ЕКПЧ). В качестве расходов и издержек заявитель может заявить в частности расходы, связанные с прохождением разбирательства в национальных инстанциях (судебные издержки, расходы на экспертов) и оплатой адвокатов. Условиями для предоставления компенсации является то, что (1) заявленные расходы действительно имели место (например, это условие не выполняется, если расходы несёт фирма по страхованию расходов на юридическую помощь), (2) они связаны с нарушением Конвенции и (3) являются адекватными.¹⁴⁸

с) Дальнейшие возможности: предписание отдельных мер и «пилотные решения»

50. В отдельных случаях ЕСПЧ в резолютивной части решения назначает конкретные (индивидуальные) меры по исполнению решения, например, принимает постановление об освобождении лица, неправомерно

¹⁴⁶ См., например, решение Верховного Суда ФРГ - BGH 24.3.2011 - IX ZR 180/10, пункты 22 и 27.

¹⁴⁷ К обзору сумм возмещения, предоставленных в виде компенсации за нематериальный ущерб, см. информацию в: Karpenstein/Mayer/Wenze/, EMRK, Art. 41, пункт 27 и далее. К эмпирическому исследованию возмещения нематериального ущерба в соответствии со ст. 41 ЕКПЧ см. Altwicker-Hämori/Atwicker/Peters, ZaöRV 2016, 1 и далее.

¹⁴⁸ См. Karpenstein/Mayer/Wenze/, EMRK, Art. 41, пункт 48 и далее.

заклочённого под стражу,¹⁴⁹ о предоставлении информации государственным органом¹⁵⁰ или о восстановлении конституционного судьи в должности.¹⁵¹ Спорным остаётся вопрос, уполномочен ли Суд в своём решении вообще назначать **индивидуальные меры**.¹⁵² В поддержку наличия такого полномочия у Суда говорят следующие моменты. Во-первых, посредством введения в 2010 году процедуры вынесения ЕСПЧ постановлений об исполнении его решения государством-ответчиком (ст. 46 абзацы 4 и 5 ЕКПЧ) государства-участники стремились к юридикации процесса контроля исполнения решений. Во-вторых, в рамках общего международного права (право ответственности государств) государства-участники Конвенции обязаны восстанавливать состояние, соответствующее требованиям Конвенции. Поскольку основной задачей Суда является обеспечение соблюдения конвенциональных обязательств (ст. 19 ЕКПЧ) и поскольку его постановления, связанные с исполнением решений, могут в значительной степени способствовать восстановлению состояния, соответствующего Конвенции, ЕСПЧ в конкретных случаях должен иметь право на принятие таких мер. В-третьих, действует и общий принцип, который заключается в том, что конвенциональные права должны быть «действительными и эффективными на практике» («*practical and effective*»), в том числе и в процессуальном плане. Это значит, что как раз предусмотренные в праве Конвенции механизмы исполнения должны быть эффективными. В качестве правовой основы для принятия конкретных (индивидуальных) мер в конкретном случае может рассматриваться так называемая дополнительная подразумеваемая или «прилагаемая компетенция» (**Annexkompetenz**, т.е. полномочия, которые являются квазинеобходимым приложением к общей компетенции – **прим. Дайджеста**), которая вытекает из общего контекста ст.ст. 46, 41 и 19 ЕКПЧ, рассматриваемых в их совокупности.

51. В решении по делу *Broniowski против Польши* (2004) ЕСПЧ, используя возможности судейского права, со ссылкой на ст. 46 ЕКПЧ как

¹⁴⁹ EGMR 8.4.2004 - Nr. 71503/01 (Assanidze/Georgien), NJW 2005, 2207 (ЕСПЧ единогласно решил „that the respondent State must secure the applicant's release at the earliest possible date“).

¹⁵⁰ EGMR 25.6.2013 - Nr. 48135/06 (Youth Initiative for Human Rights/Serbien), EuGRZ 2014, 520.

¹⁵¹ EGMR 19.12.2013 - Nr. 45872/06 (Volkov/Ukraine).

¹⁵² По данному вопросу см. Jahn, ZaöRV 2014, 1 и далее.

на основании его компетенции ввёл институт т.н. «пилотных решений».¹⁵³ С 2011 года подробности и детали урегулированы в ст. 61 Регламента ЕСПЧ. В этих случаях нарушение имеет своей причиной «структурные или системные недостатки» в правовом порядке соответствующего государства-участника, существующие на законодательном уровне или в административной практике. На настоящий момент времени пилотные решения касались, в частности, противоречащих Конвенции отчуждений собственности большого числа жителей определённого региона,¹⁵⁴ права аренды жилья,¹⁵⁵ бесчеловечных и унижительных условий заключения,¹⁵⁶ а также отсутствия правовых средств против чрезмерно длительного срока судебного разбирательства¹⁵⁷ или против условий содержания в заключении,¹⁵⁸ а также надлежащего выполнения и исполнения решений национальных судов.¹⁵⁹ В случае «пилотных разбирательств» выбирается индивидуальная жалоба, которая служит типичным примером для большого количества аналогичных нарушений Конвенции. Если бы Суду пришлось рассматривать все эти дела по отдельности, он оказался бы сильно перегружен. Таким образом, цель «пилотной процедуры» заключается в том, чтобы заставить государство устранить структурную проблему, решить дела на национальном уровне и предотвратить дальнейшие жалобы в суд.¹⁶⁰

52. Пилотное решение обычно содержит в резолютивной части три важных пункта. Во-первых, констатируется нарушение Конвенции в данном конкретном случае. Во-вторых, ЕСПЧ устанавливает, что оно основано на системной проблеме правопорядка государства-участника. В-третьих, Суд обязывает государство-участника принять общие меры по устранению системного дефекта, и часто он устанавливает для этого

¹⁵³ EGMR 22.4.2004 - Nr. 31443/96, пункт 188 и далее (Broniowski/Polen), NJW 2005, 2521. См. Haider. Für eine Auflistung der allgem. Prinzipien, см. EGMR 10.1.2012 - Nr. 42525/07 ua, пункт 180 и далее (Ananyev ua/Russland), NVwZ-RR 2013, 284.

¹⁵⁴ EGMR 22.4.2004 - Nr. 31443/96 (Broniowski/Polen).

¹⁵⁵ EGMR, 19.6. 2006, Nr. 35014/97 (Hutten-Czapska/Polen).

¹⁵⁶ К условиям содержания под стражей, нарушающим ст. 3 Конвенции: EGMR 22.10.2009 - Nr. 17885/04 (Orchowski/Polen).

¹⁵⁷ EGMR 2.9.2010 - Nr. 46344/06, пункт 59 и далее (Rumpf/Deutschland), NJW 2010, 3355.

¹⁵⁸ EGMR 10.1.2012 - Nr. 42525/07 ua, пункт 180 и далее (Ananyev ua/Russland).

¹⁵⁹ EGMR 15.10.2009 - Nr. 40450/04, пункт 78 и далее (Yuriy Nikolayevich Ivanov/Ukraine); EGMR 12.10.2017 - Nr. 46852/13 ua (Burmych u.a./Ukraine).

¹⁶⁰ Ebd., пункты 180-182.

определенный срок.¹⁶¹ (Так например, в рамках «пилотного решения» по делу *Rumpf* Германия обязывалась в течение года создать «эффективную внутригосударственную систему» против чрезмерно длительных судебных разбирательств.¹⁶²) После этого ЕСПЧ может временно приостановить процедуру возможно уже начатых разбирательств параллельных жалоб (согласно ст. 61 абз. 6 Регламента ЕСПЧ). Однако он не приостанавливает параллельные разбирательства, когда это грозит снижением давления на государство-ответчика и представляется несправедливым по отношению к заявителям параллельных жалоб.¹⁶³ После того, как в национальном законодательстве системный дефект устранен таким образом, что эти меры также решали проблемы, сформулированные в параллельных жалобах (например, путем распоряжении об обратном действии), эти жалобы полностью исключаются из списка дел, подлежащих рассмотрению.

53. Процедура «пилотных разбирательств» была подвергнута критике как превышение компетенции Суда, как присвоение им как своего рода квазиконституционным судом функций вмешательства в национальные правовые системы. Кроме того, указывается и на опасность ограничения правовой защиты заявителей по параллельным жалобам. Тем не менее, институт «пилотных решений» соответствует принципу subsidiarности, поскольку ответственность за прекращение нарушений Конвенции остаётся на государстве-ответчике. Но это работает только в том случае, если это государство готово сотрудничать.

2. Действие судебных решений согласно ЕКПЧ

а) Юридическая сила inter partes и обязанность исполнения в конкретном случае (ст. 46 ЕКПЧ)

54. В ст. 46 абз. 1 ЕКПЧ устанавливается следующее: «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются исполнять окончательные постановления Суда по любому делу, в котором они выступают сторонами.» (Примечание Дайджеста - данный «официальный» перевод, который часто используется в ссылках и комментариях, представляется слишком ориентированным на российскую правовую лексику. Если исходить из официального текста, то речь следует вести не об

¹⁶¹ См., например, резолютивную часть решения ЕСПЧ - EGMR 2.9.2010 - Nr. 46344/06 (*Rumpf/Deutschland*).

¹⁶² Ebd.

¹⁶³ EGMR 10.1.2012 - Nr. 42525/07 ua, пункт 235-237 (*Ananyev ua/Russland*).

«исполнении» решений, а скорее о «следовании» решениям ЕСПЧ в том смысле, что государства обязуются руководствоваться и действовать в соответствии с постановлениями Суда по делам, в которых они были сторонами разбирательства.) Упомянутая здесь «обязанность исполнения решения» распространяется на «осужденное» государство-ответчик, то есть действует *inter partes*. Когда приговор становится и является «окончательным», вытекает из ст. 44 ЕКПЧ (это, например, все решения Большой палаты). Под «окончателностью» подразумевается юридическая (законная – **прим. Дайджеста**) сила.¹⁶⁴ Окончательные решения больше не могут быть обжалованы (**формальная юридическая сила**). Кроме того, эти приговоры также с точки зрения содержания являются обязательными для сторон (**материальная юридическая сила**). Государство-участник больше не может утверждать, что его поведение или действия соответствовали нормам Конвенции. Юридическая сила относится исключительно к резолютивной части решения (то есть к правовым последствиям, которые обозначены Судом). Материальная юридическая сила ограничена субъектными, содержательными и временными границами предмета спора. До повторного внутреннего разбирательства по делу он может измениться настолько, что юридическая сила решения при определенных обстоятельствах уже не будет противостоять новым жалобам.

55. «Обязанность исполнения» может быть более конкретно определена через обращение к нормам об ответственности государств: прежде всего, государство-участник должно прекратить продолжающееся нарушение Конвенции (здесь действует т.н. «требование устранения нарушения», *Beendigungsgebot*).¹⁶⁵ То, каким образом государство-участник прекращает нарушение (например, изменение законодательства, применение толкования, соответствующего праву Конвенции или принятие индивидуальных мер), остаётся в принципе на усмотрении самого государства.¹⁶⁶ Таким образом, государство-участник имеет определённую свободу выбора в том, как оно выполняет свои международно-правовые обязательства, вытекающие из решения Суда. Однако, в исключительных случаях, это свобода усмотрения государства в результате решения ЕСПЧ фактически «сводится до нуля».¹⁶⁷ Помимо этого, в соответствии с общим

¹⁶⁴ Dörr/Grote/Maruhn/Cremer, Kap. 32, пункт 49-57.

¹⁶⁵ См. ст. 30 lit. a Проекта статей КМП (сноска 72).

¹⁶⁶ EGMR 17.9.2009 - Nr. 10249/03, пункт 147 (Scoppola/Italien (Nr. 2)), NJOZ 2010, 2726.

¹⁶⁷ EGMR 8.4.2004 - Nr. 71503/01 (Assanidze/Georgien), см. выше, пункт 50 данной статьи.

международным правом на государстве лежит обязанность возместить ущерб, нанесенный нарушением Конвенции (принцип обязательной компенсации).¹⁶⁸ В первую очередь это включает максимально возможное восстановление состояния, соответствующего праву Конвенции (*restitutio in integrum*).¹⁶⁹ Также и ст. 41 ЕКПЧ исходит из того, что в первую очередь следует нужно компенсировать все последствия нарушения Конвенции. Таким образом, государство-участник должно приложить все мыслимые усилия для полного восстановления в данном конкретном случае состояния, соответствующего праву Конвенции. Если это невозможно, то оно должно дополнительно выплатить упомянутую выше денежную компенсацию, размер которой устанавливается ЕСПЧ (см. более подробно пункт 48).¹⁷⁰ Нередко уже сама констатация нарушения Конвенции представляет собой достаточное возмещение.¹⁷¹

b) Общая обязанность государства-ответчика по исправлению дефектов правовой системы

56. В соответствии со ст. 46 абз. 1 ЕКПЧ обязанность следовать решению Суда действует исключительно для того государства, которое выступало стороной судебного разбирательства. Формально решения ЕСПЧ не имеют эффекта *erga omnes*, и действуют - для заявителя жалобы и ответчика - *inter partes*.¹⁷² Таким образом, третьи лица, даже если находятся под юрисдикцией «осужденного» государства, в принципе не могут вывести для себя права из судебного решения, вынесенного в другом разбирательстве против этого государства. Тем не менее государство, нарушение Конвенции которого было установлено, должно привести свой правовой порядок в соответствие с Конвенцией в целях предотвращения дальнейших аналогичных нарушений (в отношении других лиц). Такая обязанность корректировки и адаптации не вытекает из юридической силы решения, а может быть выведена - как форма проявления обязанности следования решению Суда - из общего права ответственности государств,

¹⁶⁸ См. ст. 31, 34 Проекта статей КМП об ответственности государств (сноска 72): «возмещение».

¹⁶⁹ Основанием присуждения реституции является общее международное право (см. ст. 35 и сл. Проекта статей КМП (сноска 72): «реституция»).

¹⁷⁰ EGMR 7.12.2010 - Nr. 35720/04 ua, пункт 28 (Vrioni ua/Albanien).

¹⁷¹ Это сопоставимо с «сатисфакцией» (satisfaction) согласно ст. 37 Проекта статей КМП (сноска 72).

¹⁷² Более дифференцированно см. Arnardóttir, EJIL 2017, 819 и далее.

которое статуирует принцип недопустимости повторного нарушения (*Wiederholungsverbot*).¹⁷³

57. Обязанность следовать решению Суда в соответствии со ст. 46 ЕКПЧ - и, следовательно, обязанность прекратить нарушение, предотвратить повторное нарушение и произвести возмещение - распространяется на государство как на единое целое, т. е. обязанности действуют в отношении всех трёх ветвей государственной власти (законодательных, исполнительных и судебных органов). Данная обязанность означает для национального судьи, что до тех пор пока законодатель не отменил норму, противоречащую Конвенции, также и он (и как раз он!) должен обеспечить эффективность действия Конвенции в конкретном случае. Это предполагает, что он должен, в первую очередь, стремиться дать такое толкование национального закона, которое находится в соответствии с Конвенцией. Если это невозможно, судья должен отказать внутригосударственному праву, не соответствующему Конвенции, в применении.¹⁷⁴ Это обосновывается тем, что ЕКПЧ стала неотъемлемой составной частью национальных правовых систем. Тем не менее, Конвенция не предписывает, какая национальная государственная инстанция должна осуществлять проверку соответствия требованиям Конвенции, или соответственно, какая инстанция должна принимать решение о неприменении внутригосударственного права. Поэтому достаточно, если высшие суды (в Германии - это Федеральный Конституционный суд) решают эти вопросы в рамках производства по обращениям национальных судов с соответствующими запросами.¹⁷⁵

¹⁷³ См. ст. 30 lit. b Проекта статей КМП (сноска 72). По вопросу об обязанности следовать решениям как следствии международно-правовой ответственности государств см. выше, пункт 55 данной статьи.

¹⁷⁴ EGMR 26.4.2007 - Nr. 71525/01, пункт 103 (Popescu/Rumänien Nr. 2).

¹⁷⁵ Согласно новой трактовке, германские суды, придя к убеждению о противоречии Конвенции закона, подлежащего применению в рассматриваемом деле, должны запросить решение Федерального Конституционного суда в соответствии со ст. 100 Основного Закона ФРГ. Ст. 100 Основного Закона на основании телеологической интерпретации должна трактоваться в том смысле, что регулируемая здесь обязанность запроса включает в себя также и такую правовую ситуацию, поскольку в противном случае игнорирование факта несоответствия Конвенции приводило бы к нарушению судами общей юрисдикции их конституционно-правовой обязанности принимать во внимание Конвенцию или соответственно к нарушению аналогичных по содержанию конституционных прав в соединении с принципом правового государства. В этом смысле см. Payandeh, DÖV 2011,388; иная трактовка см. Peters/Altwicker, EMRK, § 37, пункт 20.

с) Ориентирующее действие решений Суда для государств, которые не являются сторонами спора

58. Решение ЕСПЧ непосредственно не обязывает другие участвующие в Конвенции государства (которые не были стороной в судебном разбирательстве по данному конкретному делу – **прим. Дайджеста**). В свою очередь, и ЕСПЧ формально не связан своими преюдициями. Однако, «устоявшаяся судебная практика» является, тем не менее, релевантной в правовом отношении, как свидетельствует ст. 28 ЕКПЧ. (В соответствии с данной нормой, жалоба уже на уровне Комитета судей может быть признана обоснованной или необоснованной, если вопрос, лежащий в основе судебного дела, уже является предметом устоявшейся судебной практики.) Это значение решений Суда описывается в литературе как «*res interpretata*» (речь идёт о применении государствами-участниками решений Суда как руководства при интерпретации национального права – **прим. Дайджеста**).¹⁷⁶ Федеральный Конституционный суд ФРГ охарактеризовал такое значение решений ЕСПЧ как «по крайней мере фактическое действие в качестве прецедента» («*zumindest faktische Präzedenzwirkung*»)¹⁷⁷ С этой точки зрения, решения ЕСПЧ, вынесенные против других государств-участников, выполняют в немецком правовой системе «во всяком случае де факто функцию ориентира и руководящей директивы» («*jedenfalls faktische Orientierungs- und Leitfunktion*»), поскольку конституция – Основной Закон ФРГ – стремится по возможности избежать конфликта между международно-правовыми обязательствами и национальным правом.¹⁷⁸

3. Действие и правовые последствия решений ЕСПЧ в германском праве

а) Внутригосударственные последствия нарушения Конвенции

59. Немецкие суды и органы власти обязаны в силу конституции, толковать немецкие законы и предписания в соответствии с Конвенцией (и учитывать судебную практику ЕСПЧ (по данному вопросу см. ниже, пункт

¹⁷⁶ Adam Bodnar, *Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for other States Than Those Which Were Party to the Proceedings*, in: Yves Haeck/Eva Brems (Hg.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Dordrecht ua 2014, 223. Этот термин происходит из Межамериканской системы прав человека (см. основополагающее значение: Межамериканский Суд по правам человека, дело *Gelman v. Uruguay*, *monitoring compliance with judgment*, постановление от 20.03.2013, особое мнение судьи Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *passim*).

¹⁷⁷ BVerfG 4.5.2011 - 2 BvR 2365/09, пункт 89.

¹⁷⁸ Одно из последних решений см. BVerfG 12.6.2018 - 2 BvR 1738/12 ua, пункт 129.

62). В процессуальном плане проблема законов, не соответствующих Конвенции, возникает обычно в связи с исками или конституционными жалобами на соответствующий правоприменительный акт в контексте инцидентного контроля закона. Если толкование в соответствии с Конвенцией оказывается невозможным, немецкие суды согласно ст. 100 абз. 1 Основного Закона должны обратиться с запросом в Федеральный Конституционный суд (см. пункт 57). В настоящее время остаётся неясным, должны ли суды в Германии принимать во внимание **сознательное отклонение** законодателя от ЕКПЧ.¹⁷⁹ В этом случае на уровне внутригосударственных отношений должен был бы действовать закон, если он является *lex posterior* по отношению к ЕКПЧ. Однако во внешних отношениях Федеративная Республика должна будет нести правовую ответственность за нарушение международного права. Чтобы избежать международно-правовой ответственности, смотря по обстоятельствам, могут потребоваться изменения законодательства. Одним из примеров изменений в законе, вызванных судебной практикой, является новое законодательное регулирование режима ограничения свободы после отбытия основного наказания (*Sicherungsverwahrung*). **Нарушающий Конвенцию административный акт** является противоправным *ex tunc* и может быть отозван согласно § 48 (земельного) Закона об административном производстве. Согласно разделяемому авторами статьи мнению, в этих случаях свобода усмотрения при отзыве административного акта «сводится к нулю», поэтому органу государственной власти надлежит отменить противоправный административный акт.

61. Непосредственно ЕКПЧ не требует в принципе отмены **нарушающих Конвенцию судебных решений**. Причина этого заключается в том, что Конвенция признаёт принцип обязательной юридической силы судебных решений. Именно наличие препятствия в виде юридической силы - это типичная ситуация, на которую

¹⁷⁹ В этом смысле ещё BVerfGE 74, 358, 370 (1987) – презумпция невиновности. Из более новой судебной практики Федерального Конституционного суда едва ли можно заключить, действует ли ещё это правило. См. Raffaella Kunz, Weder entfesselt noch geknebelt. Rechtsfindung nationaler Gerichte in Zeiten globalen Regierens am Beispiel des Zusammenspiels mit EGMR und IAGMR, в: Marie Milder/Stefan Drechsler/Christian Helmrich/ Veronika Streule/Julia Weitensteiner (Hg.), Richterliche Abhängigkeit. Rechtsfindung im Öffentlichen Recht, 58. Assistententagung Öffentliches Recht, Nomos 2018, стр. 299 (319 и далее); Венецианская Комиссия, Доклад Венецианской комиссии об осуществлении договоров по правам человека во внутреннем законодательстве и о роли судов (Report on the Implementation of International Human Rights Treaties in Domestic Law and the Role of Courts) - CDL-AD(2014)036.

ориентированы предписания ст. 41 ЕКПЧ. Обязательная юридическая сила вынесенного судебного решения обуславливает только ограниченную возможность принятия государством мер по исправлению нарушения Конвенции, и именно в этом случае ЕСПЧ может назначать справедливую компенсацию. В Германии проблема нарушающих Конвенцию судебных решений была смягчена тем, что были созданы широкие основания для возобновления производства по делу. Так, основанием возобновления уголовного разбирательства, предусмотренного § 359 № 6 Уголовно-процессуального кодекса, является установленное ЕСПЧ нарушение ЕКПЧ или протоколов к ней, на котором основан вынесенный приговор. Кроме этого, в соответствии с § 580 № 8 Гражданско-процессуального кодекса, действующим с 1.1.2007 года, был введён реституционный иск (*Restitutionsklage*), как иск о пересмотре решения суда по гражданскому делу в связи с установлением нарушения ЕКПЧ. На эту норму ссылаются предписания § 79 Закона о судах по трудовым спорам, § 179 Закона о судах по социальным делам, § 153 Положения об административных судах, § 134 Закона о судопроизводстве в финансовых судах. Согласно этим нормам, заявление реституционного иска возможно, «если ЕСПЧ выявил нарушение ЕКПЧ и решение суда основано на этом нарушении».

b) Обязанность «принимать во внимание»

62. В принципе, согласно устойчивой судебной практике Федерального Конституционного суда, ЕКПЧ должна «учитываться» в том содержании, в котором её толкует ЕСПЧ.¹⁸⁰ Обязанность «принимать во внимание» (*Berücksichtigungspflicht*), например, приводит к тому, что национальные правоприменительные органы должны надлежащим образом ориентироваться в решениях ЕСПЧ и их обоснованиях и мотивировках.¹⁸¹ Если они хотят отклониться от решения ЕСПЧ, они должны это убедительно обосновать. Требование «принимать во внимание» распространяется, прежде всего, на все решения ЕСПЧ по тому же предмету спора. Тем не менее Федеральный Конституционный суд также привлекает сюда решения по другим предметам спора (то есть те, которые принимались по жалобам, поданным другими заявителями, а также те,

¹⁸⁰ Это обосновывается тезисом о приверженность Основного Закона нормам международного права (*Völkerrechtsfreundlichkeit*, принцип уважения международного права) и тем соображением, что надлежит предотвращать международно-правовое осуждение Федеративной Республики Германии.

¹⁸¹ BVerfGE 111,307, 324 (2004) - Görgülü; BVerfG 26.6.2009 - 1 BvR 134/03, пункт 69.

которые принимались против других государств как ответчиков).¹⁸² В настоящее время продолжает оставаться неясным, может ли непринятие во внимание решения, вынесенного по делу против другого государства (т.н. «ненемецкие дела»),¹⁸³ обосновать (служить основанием – **прим. Дайджеста**) жалобу в конституционный суд.¹⁸⁴ Но вытекающая из положений конституции обязанность к толкованию, соответствующему Конвенции, и учету судебной практики ЕСПЧ имеет свои границы. Такая граница, по мнению ФКС достигнута, если применение ЕКПЧ вступает в конфликт с германским конституционным правом. При этом автоматический приоритет ЕКПЧ перед федеральными законами Федеральным Конституционным судом категорически исключается.¹⁸⁵

с) Конституционная жалоба с требованием исполнения

63. Поскольку в случае прав ЕКПЧ речь не идёт о фундаментальных правах Основного Закона ФРГ, конституционная жалоба не может основываться лишь на нарушении конвенционных прав (см. ст. 93 абз. 1 № 4а ОЗ). Тем не менее, вследствие особой ответственности Федерального Конституционного суда за осуществление или исполнение (*Durchsetzung*) международного права в Германии, германский конституционный суд обосновал возможность подачи жалобы с требованием исполнения (*Durchsetzungsrlüge*). Так, конституционная жалоба может быть подана в случае, если государственный орган нарушит описанную выше обязанность «принять во внимание». Заявитель может обжаловать, что непринятие во внимание ЕКПЧ и, прежде всего, решения ЕСПЧ, конкретизирующего ЕКПЧ, нарушает материально затрагиваемое, аналогичное по содержанию соответствующее фундаментальное конституционное право, в совокупности с принципом правового государства.¹⁸⁶

¹⁸² BVerfG 4.5.2011 - 2 BvR 2365/09, пункт 89 и сл.; BVerfG 17.1.2017 - 2BvB 1/13 - NPD-Verbot, пункт 607-626 с подробным исследованием значения практики ЕСПЧ как вспомогательного средства для интерпретации („Auslegungshilfe“) при толковании конституционных норм Основного Закона (пункт 607).

¹⁸³ В этом смысле формулировка в: Karpenstein/Mayer/Breuer, EMRK, ст. 46, пункт 54.

¹⁸⁴ Более подробно к вопросу о значении судебной практики как ориентира в работе Федерального Конституционного суда см. Polakiewicz/Suominen-Picht, EuGRZ 2018, 385 и далее.

¹⁸⁵ BVerfGE 111,307, 329 (2004) - Görgülü.

¹⁸⁶ Ebd., 329 и сл.; BVerfG 18.12.2014 - 2 BvR 209/14 ua, пункт 41.

4. Реализация решений

64. В принципе, соблюдение решений ЕСПЧ не вызывает особых проблем. Реформы механизма контроля за реализацией решений Суда после некоторого спада и отрицательной динамики улучшили процесс их имплементации. Так, около 75% осужденных государств выплачивают компенсации в течение годового срока.¹⁸⁷ Комитет Министров (орган Совета Европы в соответствии со ст. 10 и ст. 13 Устава Совета Европы) отвечает за контроль за соблюдением решений ЕСПЧ (ст. 46 абз. 2 ЕКПЧ). Процесс имплементации решений в возрастающей степени подвергается юридикации.¹⁸⁸ Например, действующие с 2006 года «**Правила Комитета Министров по контролю за исполнением постановлений и условий мировых соглашений**» (КИП) требуют не только проверку того, была ли выплачена справедливая компенсация (правило 6 абз. 2 лит. а КИП), но и проверку исполнения возможных индивидуальных или законодательных мер, принимаемых государством (правило 6 абз. лит. б КИП).¹⁸⁹ Если Комитет Министров приходит к выводу, что государством-участником были приняты все необходимые меры по исполнению решения, то он завершает процедуру наблюдения, принимая окончательную резолюцию, констатирующую, что он выполнил свои функции (правило 17 КИП). Напротив, если Комитет Министров считает исполнение решения государством-участником недостаточным, то он может оказывать политическое давление посредством принятия «промежуточной резолюции» (правило 16 КИП). Кроме того, в соответствии с Четырнадцатым Протоколом была введена новая **процедура вынесения постановлений об исполнении решений**. Теперь Комитет Министров может передать на рассмотрение Суда вопрос о том, выполнило ли государство обязанность по реализации решения в соответствии со ст. 46 абз. 1 ЕКПЧ (ст. 46 абз. 4, 5 ЕКПЧ). В этом случае Суд в повторном решении определяет, нарушило ли государство статью 46 абз. 1 ЕСПЧ неисполнением исходного решения. В этих рамках не поднимается вновь вопрос о первоначальном нарушении договора, в свою очередь также не предусмотрена (дополнительная) компенсация за неисполнение. Несмотря на то, что Комитет Министров довольно редко обращается к этой процедуре, уже только сама его возможность создает еще один стимул для соблюдения решений Суда. Комитет Министров впервые инициировал

¹⁸⁷ При этом «квота исполнения», которая в 2013 году составляла почти 86% постоянно снижалась. Council of Europe, 11 th Annual Report of Committee of Ministers, Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2017, March 2018, стр. 82.

¹⁸⁸ Cali/Koch, HRLR 2014, 301; Keller/Marti, EJIL 2016, 829.

¹⁸⁹ Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements v. 10.5.2006, в редакции от 18.1.2017.

процедуру рассмотрения Судом запроса об исполнении решений в 2017 году по делу *Маммадов против Азербайджана*).¹⁹⁰

С. Заключение

65. В развитии процессуального права ЕСПЧ можно выделить четыре тенденции. Во-первых, необходимо продолжать и активизировать усилия по **повышению эффективности** конвенциональной системы защиты прав.¹⁹¹ Это необходимо, поскольку каждый год число подаваемых на рассмотрение Суда жалоб в тенденции постоянно растёт (после легкого снижения числа жалоб в 2014 и 2015 году).¹⁹² Сегодня заявители жалоб должны ждать решения ЕСПЧ в среднем тридцать месяцев.¹⁹³ Вступление Четырнадцатого Протокола в силу с введением возможности принятия решения единоличным судьёй, расширенными полномочиями Комитетов (ст. 28 абз. 1 лит. в ЕКПЧ) и новым критерием недопустимости вследствие отсутствия «серьёзного ущерба» (ст. 35 абз. 3 лит. в ЕКПЧ) принесли здесь первые успехи. Эти меры касаются прежде всего многочисленных «повторных случаев» и «менее серьёзных» нарушений Конвенции. Были введены и другие механизмы для решения системных проблем государств-участников, которые также вызывают множество жалоб. Здесь следует упомянуть, прежде всего, процедуру «пилотный решений» и институт приоритетных разбирательств согласно ст. 41 предл. 2 Регламента ЕСПЧ, с помощью которого Суд может предпочесть первоочередное рассмотрение определённой жалобы.

66. Во-вторых, важные материальные и процессуальные изменения могло бы привести **присоединение ЕС к ЕКПЧ** (ст. 6 абз. 2 предл. 1

¹⁹⁰ Предварительная резолюция CM/ResDH(2017)429, 5.12.2017.

¹⁹¹ См. По данному вопросу предложения конференции - High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration от 20.4.2012, <https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf>, пункт 16, а также Копенгагенское Заявление государств-участников от 13.4.2018, <https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf>, пункты 42-54.

¹⁹² European Court of Human Rights, The European Court of Human Rights in Facts & Figures 2017, March 2018, 5.

¹⁹³ Председатель Суда Raimondi, Пресс-конференция от 25.01. 2018, <https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20180125_Raimondi_JY_PC_FRA.pdf>.

Договора о ЕС).¹⁹⁴ В своём экспертном заключении 2/13 к проекту договора о присоединении,¹⁹⁵ Суд Европейского Союза (СЕС), в частности, констатировал, что запланированное вступление несовместимо с особенностями и автономией законодательства ЕС, а также с исключительной юрисдикционной компетенцией СЕС (см. ст. 344 Договора о функционировании ЕС). При этом он, наряду с прочим, в качестве аргумента приводит соображение, что в предложенном варианте не обеспечено сбалансированное согласование ст. 53 ЕКПЧ и ст. 53 Хартии основных свобод и что присоединение ЕС к ЕКПЧ может негативно сказаться на принципе взаимного доверия между странами-членами ЕС. Кроме того, по мнению СЕС, должно быть урегулировано соотношение между процедурой дачи консультативных заключений в соответствии с Шестнадцатым Протоколом к ЕКПЧ, с одной стороны, и процедурой согласно ст. 267 Договора о функционировании ЕС, с другой.¹⁹⁶ В настоящее время усилия по присоединению ЕС к ЕКПЧ заморожены. Согласно тексту Договора о присоединении, который СЕС признал противоречащим праву ЕС, Конвенция должна была стать составной частью правовой системы ЕС, в результате чего все акты ЕС должны были соответствовать Конвенции в материально-правовом отношении, а суды ЕС должны были бы применять ЕКПЧ в качестве масштаба их правового контроля.

67. В-третьих, продолжается дискуссия вокруг развития ЕСПЧ в своего рода **общевропейский конституционный суд**.¹⁹⁷ Под этим имеется в виду, что ЕСПЧ должен функционировать не как инстанция, в первую очередь, для устранения нарушений прав человека в конкретном случае, а прежде всего как институция, основной целью которой является «повышение общего уровня защиты прав человека», создание «общественного порядка» Европы и выявление структурных проблем,

¹⁹⁴ См. исследование этого вопроса Grewe, EuR 2012, 285. См. также Schmahl, Der Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention, JZ 2016, 921 и далее.

¹⁹⁵ Draft Agreement on the Accession of the EU to the Convention, 25.2.2011, CDDH-UE(2011)04. Здесь также Draft Explanatory Report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2.5.2011, CDDH-UE(2011)08, пункт 29 и далее.

¹⁹⁶ EuGH, Gutachten 2/13 des Gerichtshofs (Plenum), 18. Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹⁹⁷ Исходная работа по данному вопросу - Wildhaber EuGRZ 2002, 569. См. также из более новых исследований Kunz, A further "constitutionalization" to the detriment of the individual? On the ECtHR's stricter reading of the principle of subsidiarity regarding the admissibility of cases, Völkerrechtsblog, 27.8.2018.

подрывающих демократию и правовую государственность в Европе.¹⁹⁸ Для того, чтобы выполнить эту роль, Суд должен иметь возможность сосредотачиваться на немногих наиболее основополагающих решениях. С одной стороны, принципиальная идея такого «конституционного суда» является реакцией на перегрузку ЕСПЧ, но и включает в себя также фундаментальную смену перспектив. Предыдущие реформы (пилотные решения и введение нового условия приемлемости жалоб в виде требования «существенного ущерба»), а также введенная Шестнадцатым Протоколом процедура дачи консультативных заключений¹⁹⁹, идут в направлении «конституционного правосудия». Квалификация ЕКПЧ в качестве «конституционного инструмента» (*constitutional instrument*) со стороны самого ЕСПЧ также подчеркивает эту тенденцию.²⁰⁰ Тем не менее, более далеко идущее требование права дискреции (свободы усмотрения) Суда в вопросах принятия дел (по типу процедуры *Certiorari* в Верховном Суде США, имеющего право на приказ об истребовании дел из общих судов) до сих пор не смогло добиться признания.

68. Четвертая тенденция проявляется в усиливающейся критике в адрес ЕСПЧ со ссылкой на **дефицит легитимности** его судебной практики. Действительно, судейский активизм в виде динамичного толкования Конвенции, частично граничащий с правотворчеством, несёт с собой угрозу снижения степени принятия и признания Суда со стороны государств-участников и противодействия право-политическим решениям, принятых в государствах-участниках на основе демократических процедур. Как реакция на решения, противоречащие национальным традициям, выдвигается требование установить возможность «пересмотра» («*democratic override*») страсбургских решений национальными органами государств-участников.²⁰¹ По вполне разумным причинам это требование

¹⁹⁸ Wildhaber, EuGRZ 2002, 571 u. 573.

¹⁹⁹ Брайтонская Декларация (сноска 192), пункт 12 d).

²⁰⁰ Термин «конституционный инструмент» („*constitutional instrument*“) был впервые использован судьёй сэром *Геральдом Фитцморисом* (*Sir Gerald Fitzmaurice*) в его особом мнении к решению по делу EGMR 27.10.1975 - Nr. 4464/70, Annex пункт 9 (National Union of Belgian Police/Belgien), EuGRZ 1975, 562. См. также EGMR 23.3.1995 - Nr. 15318/89 (Loizidou Nr. 1/Türkei), ÖJZ 1995, 629; одно из последних решений EGMR 4.10.2016 - Nr. 54436/14, пункт 43 (Klimov/Russland).

²⁰¹ См. Raab, *Strasbourg in the Dock: Prisoner Voting, Human Rights and the Case for Democasy*, London 2011. Импульсом к формулированию данного требования послужили решения ЕСПЧ, в которых Суд признал нарушением ст. 3 Первого Протокола традиционное для британского права лишение лиц, находящихся в тюремном заключении, их избирательных прав (EGMR 23.11.2010 -Nr. 60041/08 и 60054/08 (Greens/Vereinigtes Königreich) и последующие решения). В России критике

до сих пор не получило признание. С одной стороны, это вывело бы из равновесия существующее разделение функций между Страсбургом и национальными органами, которое предусмотрено правом Конвенции. С другой стороны, был бы нанесён ущерб единообразному применению и, в конечном счете, эффективности конвенциональных гарантий правовой защиты. В принципе, как представляется, Суд обладает достаточной легитимацией. Такие элементы, как публичность судебного процесса и возможность участия третьих лиц, способствуют его институциональной и процедурной легитимности. Уважение пределов свободы оценки государств-участников, особенно в вопросах важного морально-этического характера, в которых еще не сформировался общеевропейский консенсус,²⁰² содействует материальной и социальной легитимности решений. В последние годы ЕСПЧ ставит рамки и пределы оценки национальных законов в том числе в зависимости от качества внутригосударственных парламентских и судебных процедур (т.н. «*process-based review*»²⁰³. Брайтонская декларация Конференции государств-участников 2012 года, Пятнадцатый Протокол (еще не вступивший в силу), который придерживается этой линии, и Копенгагенская декларация от 2018 года²⁰⁴ требуют, прежде всего, большего уважения **принципа субсидиарности** со стороны самого Суда в отношении государств-участников как средство против чувствительных проблем легитимности. Копенгагенская декларация дополнительно подчеркивает «общую ответственность» Суда и государств-участников и перечисляет конкретные меры по поддержанию авторитета Суда, решению проблемы его загруженности и выполнению решений.²⁰⁵

была подвергнута судебная практика по вопросу о дискриминации военнослужащих-мужчин при предоставлении отпусков по уходу за детьми (EGMR 7.10.2010 - Nr. 30078/06 (Markin/Russland), GK 22.3.2012). По данному вопросу см. заметку L. Maelksoo, AJIL 2012, 836 и далее. В Швейцарии критике со стороны Верховного Суда (BGE 137 I 86 (2010) подверглось решение относительно обязанности по несению расходов при проведении операций по изменению пола (EGMR 8.1.2009 - Nr. 29002/06 (Schlumpf/Schweiz); критическая оценка со стороны Суда (BGer, 30.8.2013, 2C_365/2013, E.2.4.) также в связи с практикой ЕСПЧ по вопросам высылки иностранцев, совершивших наказуемое деяние.

²⁰² По данному вопросу см. Peters/Altwicker, EMRK, § 3, пункт 8 и далее.

²⁰³ EGMR 22.4.2013 - Nr. 48876/08, пункт 108 (Animal Defenders International/Vereinigtes Königreich); по данному вопросу см. Kleinlein, EJIL 2017, 871 и далее.

²⁰⁴ См. дальнейшие ссылки в сноске 192.

²⁰⁵ По данному вопросу см. Polakiewicz/Suominen-Picht, EuGRZ 2018, 383.

Д. Библиография:

Abel, Patrick, Menschenrechtsschutz durch Individualbeschwerdeverfahren, AVR 2013, 369;

Altwicker, Tilmann, Transnationalizing Rights: International Human Rights Law in Cross-Border Contexts, EJIL 2018, 581;

Altwicker-Hamori, Szilvia/Altwicker, Tilmann/Peters, Anne, Measuring Violations of Human Rights - An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non-Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights, ZaöRV 2016, 1;

Arnardóttir, Oddny Mjöll, Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights, EJIL 2017, 819;

Besson, Samantha, The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to, LJIL 2012, 857;

Breuer, Marten, Art. 46, in: Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz C. (Hg.), EMRK, München 2015;

Brunozzi, Kathrin, Art. 46, in: Meyer-Ladewig, Jens (Hg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München 2017;

Cali, Basak/Koch, Anne, Foxes Guarding the Foxes? The Peer Review of Human Rights Judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe, HRLR 2014, 301;

Cremer, Hans-Joachim, Entscheidung und Entscheidungswirkung, in: Dörr, Oliver/Grote, Thilo/Marauhn, Rainer (Hg.), EMRK/GG, Tübingen 2. Aufl., 2013, Kap. 32;

Grabenwarter, Christoph, Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem. Wirkungen von EGMR-Urteilen und der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten, EuGRZ 2011, 229;

ders., Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, JZ 2010, 857;

Grewe, Constance, Beitritt der EU zur EMRK und ZP 14: Wirksame Durchsetzung einer gesamteuropäischen Grundrechteverfassung? EuR 2012, 285;

Haider, Dominik, The Pilot- Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, Leiden ua 2013;

Jacob, Thomas, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte - Eine aktuelle Bestandsaufnahme von Organisation, Arbeitsweise und Entscheidungsfindung, DVBl. 2015, 61;

Jahn, Jannika, Ruling (In)directly through Individual Measures? Effect and Legitimacy of the ECtHR's New Remedial Power, ZaöRV 2014, 1;

Kadelbach, Stefan, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Ehlers, Dirk/Schoch, Friedrich (Hg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, Berlin 2009, § 5;

Keller, Helen/Forowicz, Magdalena/Engi, Lorenz, Friendly Settlements Before the European Court of Human Rights, Oxford 2010;

Klein, Eckart, Der Schutz der Grund- und Menschenrechte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VI/1, Heidelberg u.a. 2010, § 150;

Kleinlein, Thomas, Consensus and Contestability: The ECtHR and the Combined Potential of European Consensus and Procedural Rationality Control, EJIL 2017, 871;

Kulick, Andreas, Art. 34, in: Meyer-Ladewig, Jens (Hg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München 2017;

Lambert Abdelgawad, Elisabeth, European Court of Human Rights, in: Schmahl, Stefanie/Breuer, Marten (Hg.), The Council of Europe. Its Law and Politics, Oxford 2017, 228;

Leach, Philip (Hg.), Taking a Case to the European Court of Human Rights, Oxford 2017;

Payandeh, Mehrdad, Konventionswidrige Gesetze vor deutschen Gerichten, DÖV 2011, 382;

Peters, Anne/Altwickler, Tilmann, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München 2012;

Peters, Birgit, Art. 35, in: Meyer-Ladewig, Jens (Hg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München 2017;

Polakiewicz, Jörg/Suominen-Picht, Irene, Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK: die Erklärung von Kopenhagen, das Spannungsverhältnis zwischen EMRK und nationalen Verfassungen und die Beteiligung der EU an dem europäischen Menschenrechtskontrollmechanismus, EuGRZ 2018, 383;

Seibert-Fohr, Anja/Villiger, Mark E. (Hg.), Judgments of the European Court of Human Rights: Effects and Implementation, Baden-Baden 2014;

Wenzel, Nicola, Art. 41, in: Karpenstein, Ulrich/Franz C. Mayer (Hg.), EMRK, München 2015;

Wildhaber, Luzius, Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?, EuGRZ 2002, 569;

Zimmermann, Ralph, Das „Protokoll des Dialogs“ - Gedanken zum VorabGutachtenverfahren gemäß dem 16. Zusatzprotokoll zur EMKR, EuGRZ 2015, 153.