



ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ЧЕЛОВЕЧЕСКИМ ПРАВАМ  
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME  
СУД ПО ЧЕЛОВЕЧЕСКИМ ПРАВАМ

COUNCIL OF EUROPE  
  
CONSEIL DE L'EUROPE

RUSSIAN YEARBOOK  
OF THE EUROPEAN CONVENTION  
ON HUMAN RIGHTS

РОССИЙСКИЙ ЕЖЕГОДНИК  
ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ  
ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

№ 2 (2016)

«Автономное толкование» Конвенции  
и «судейский активизм»

СТАТУТ  
МОСКВА 2016

УДК 341  
ББК 67.911.11  
Р 76

Издательство выражает искреннюю признательность адвокатскому бюро «Дмитрий Матвеев и партнеры» за значительный вклад в подготовку и издание настоящего Ежегодника.

**Редакционный совет:**

**А.И. Ковлер** (докт. юрид. наук, профессор, председатель ред. совета, Москва),  
**Д.И. Дедов** (докт. юрид. наук, профессор, Страсбург),  
**М.А. Рожкова** (докт. юрид. наук, профессор, председатель ред. коллегии, Москва),  
**Д.Ю. Матвеев** (канд. юрид. наук, доцент, Москва),  
**Д.В. Афанасьев** (магистр права Европейского Союза, Москва)

**Редакционная коллегия:**

**Т.А. Николаева** (канд. юрид. наук, Москва),  
**М.Е. Глазкова** (канд. юрид. наук, Москва),  
**С.А. Грачева** (канд. юрид. наук, Москва)

Р 76    **Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека = Russian Yearbook of the European Convention on Human Rights. № 2 (2016): «Автономное толкование» Конвенции и «судейский активизм». – М.: Статут, 2016. – 656 с.**

ISBN 978-5-8354-1258-7 (в пер.)

Во втором выпуске Ежегодника представлены статьи российских и зарубежных правоведов, посвященные анализу различных аспектов практики Европейского Суда по правам человека, сложившихся концепций прав человека и тенденций дальнейшего их развития. В издании содержатся переводы значимых документов (Регламент Европейского Суда по правам человека, отчеты «Новый критерий приемлемости согласно подпункту «б» пункта 3 статьи 35 Конвенции» и «Культурные права в прецедентной практике Европейского Суда по правам человека»), рецензии на работы, посвященные проблематике Европейской конвенции по правам человека, освещены соответствующие тематике Ежегодника события в научной жизни.

УДК 341  
ББК 67.911.11

ISBN 978-5-8354-1258-7

© Коллектив авторов, 2016  
© Афанасьев Д.В., Николаева Т.А., перевод на русский язык Регламента, 2016  
© Ламбина В.С., Никишина Т.А., Николаева Т.А., перевод на русский язык отчетов «Новый критерий приемлемости согласно подпункту «б» пункта 3 статьи 35 Конвенции» и «Культурные права в прецедентной практике Европейского Суда по правам человека», 2016

© Совет Европы / Европейский Суд по правам человека.  
Новый критерий приемлемости согласно подпункту «б» пункта 3 статьи 35 Конвенции (2012) и Культурные права в прецедентной практике Европейского Суда по правам человека (2011) // Разрешение на перевод и публикацию дано Советом Европы и Европейским Судом по правам человека 07.08.2015 г. № 5146491  
© Издательство «Статут», редактирование, оформление, 2016

**Памяти Владимира Александровича Туманова посвящается**

Гильев Н.А. Автономное толкование

западного общественного права в Европейском Суде по правам человека

И.А. Гильев // ... Библиография жизненного и научного пути

Докторантка М.И. Прокофьева // ... Библиография научных трудов

и научных выступлений // ... Библиография научных трудов

к статье в конференции

Членчукова Юлия как гипотеза

Законодательства о правах человека в Европейской Конвенции // ... Библиография

Марченко В.А. Правовое значение судебных решений в Европейской Конвенции // ... Библиография

Европейский Суд по правам человека // ... Библиография

Федорчук Елена в научном труде

Макаров Д.Ю., Никишина Т.А. Практика толкования Конвенции о

и судейской жизни в Европейском Суде по правам человека

Толкование прав человека в Европейском Суде по правам человека как важное новационное значение в концепции правового подхода к ЕС // ... Библиография

К СТАТЬЕ В КОНФЕРЕНЦИИ

Сажалор мавзи оғизи О'Брайъен // ... Библиография

Гильев М.А. Регламент Европейского Суда по правам человека и

Европейская практика при разрешении споров // ... Библиография

Согласие толкований практики Европейского Суда по правам человека // ... Библиография

К СТАТЬЕ В ПЕРIODIКАХ НАУЧНОЙ СФЕРЫ // ... Библиография

Кириллов А.С. Правовая практика Европейского Суда по правам человека // ... Библиография

Сажалор мавзи оғизи О'Брайъен // ... Библиография

Согласие толкований практики Европейского Суда по правам человека // ... Библиография

Согласие толкований практики Европейского Суда по правам человека // ... Библиография

Согласие толкований практики Европейского Суда по правам человека // ... Библиография

Согласие толкований практики Европейского Суда по правам человека // ... Библиография

Согласие толкований практики Европейского Суда по правам человека // ... Библиография

Согласие толкований практики Европейского Суда по правам человека // ... Библиография

Согласие толкований практики Европейского Суда по правам человека // ... Библиография

## СОДЕРЖАНИЕ

<b>Список основных сокращений</b>	11
<b>От председателя редакционного совета Ежегодника (вместо предисловия)</b>	12
<b>КОНВЕНЦИЯ КАК ЖИВОЙ ИНСТРУМЕНТ</b>	
<i>Туманов В.А.</i> Автономное толкование понятий в практике Европейского Суда по правам человека.....	16
<i>Ковлер А.И.</i> Явление судейского активизма: особые мнения судей Европейского Суда по правам человека .....	30
<i>Дегтярев К.</i> Спасет ли консенсус суд? Размышления о роли европейского консенсуса в прецедентном праве Европейского Суда по правам человека.....	58
<i>Бушев А.Ю.</i> Европейский Суд по правам человека и Конституционный Суд РФ: сотрудничество и границы взаимного контроля .....	77
<b>К СТАТЬЕ 1 КОНВЕНЦИИ</b>	
<i>Михайлов Н.Г.</i> К вопросу о толковании и применении Европейским Судом по правам человека критерии эффективного контроля .....	127
<i>Кожеуров Я.С.</i> Присвоение поведения, юрисдикция и ответственность: соотношение понятий в практике Европейского Суда по правам человека.....	136
<b>К СТАТЬЕ 5 КОНВЕНЦИИ</b>	
<i>Агальцова М.В.</i> Автономное толкование Европейским Судом по правам человека понятий « лишение свободы», «законность задержания» и «обоснованность подозрения».....	158

## К СТАТЬЕ 6 КОНВЕНЦИИ

<i>Никонов М.А.</i> Автономное значение понятия «уголовное обвинение» в практике Европейского Суда по правам человека .....	175
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Воскобитова М.Р.</i> Провокация: правовой стандарт оценки в практике Европейского Суда по правам человека .....	194
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## К СТАТЬЕ 8 КОНВЕНЦИИ

<i>Дедов Д.И.</i> Начало жизни: от Эванса до Паррилло.....	203
------------------------------------------------------------	-----

<i>Лукашевич В.А.</i> В защиту «европейской семьи»: теория автономных понятий и толкование статьи 8 Европейским Судом по правам человека.....	218
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Матвеев Д.Ю., Николаева Т.А.</i> Право на уважение частной и семейной жизни в условиях вооруженного конфликта. Толкование права в свете понимания Конвенции как «живого инструмента» .....	238
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## К СТАТЬЕ 10 КОНВЕНЦИИ

<i>Глазкова М.Е.</i> Разграничение понятий «оценочное суждение» и «утверждение о фактах» при рассмотрении дел о диффамации в контексте прецедентной практики Европейского Суда по правам человека .....	250
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## К СТАТЬЕ 1 ПРОТОКОЛА № 1 К КОНВЕНЦИИ

<i>Рожкова М.А.</i> Об интерпретации правовых позиций Европейского Суда по правам человека, вытекающих из толкования Европейской конвенции по правам человека (на примере исследовательского отчета «Интернет: прецедентная практика Европейского Суда по правам человека») .....	264
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## ПРЕЦЕДЕНТНАЯ ПРАКТИКА ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

<i>Евсеев А.П.</i> Украина в Европейском Суде по правам человека (правовые позиции Европейского Суда по правам человека .....	279
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Президентский стипендиат за 2008–2009 учебный год, стипендиат Кабинета Министров Украины за 2014–2015 учебный год.

E-mail: uacongress@pisem.net.

### **Ковлер Анатолий Иванович**

Доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации.

С 1979 по 1999 г. работал в Институте государства и права Российской академии наук, а также главным редактором журнала «Государство и право», с 1999 по 2012 г. – судьей Европейского Суда по правам человека, избранным от Российской Федерации.

В настоящее время – профессор Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова и Высшей школы экономики, Международного центра по европейской подготовке (Ницца). Председатель редакционного совета журнала «Международное правосудие», член редакционных советов журналов «Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека», «Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание», «Сравнительное конституционное обозрение», ряда зарубежных журналов.

Автор работ по европейскому и конституционному праву, по антропологии права и правам человека, а в последнее время и по литературоисследованию (А. Камю).

### **Кожеуров Ярослав Сергеевич**

Доцент кафедры международного права Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА).

В 1998 г. с отличием окончил Московскую государственную юридическую академию, в 2001 г. там же защитил кандидатскую диссертацию.

Является автором более 50 публикаций.

### **Ламбина Валерия Станиславовна**

В 2002 г. окончила Тюменский международный институт мировой экономики, управления и права по специальности «юриспруденция», дополнительная специальность – «переводчик в сфере права». В 2005 г. окончила Российскую академию государственной службы при Президенте РФ.

С 2007 по 2013 г. работала в Министерстве юстиции РФ в Аппарате Уполномоченного Российской Федерации при Европейском Суде по правам человека. В качестве эксперта участвовала в заседаниях Комитета Министров Совета Европы (*Council of Europe 1157 DH* – в 2009 г. и *1043 DH* – в 2012 г.), в рамках которых занималась подготовкой от-

четов и информационных материалов в Департамент по контролю за исполнением постановлений Европейского Суда по правам человека.

С 2013 г. работает в Суде по интеллектуальным правам.

Научные интересы: охрана и защита интеллектуальных прав, патентные права, исполнение решений Европейского Суда по правам человека, защита прав в Европейском Суде по правам человека.

### **Лукашевич Василий Александрович**

Юрист Секретариата Европейского Суда по правам человека в Страсбурге.

В 2005 г. окончил Алтайский государственный университет (Барнаул, Россия), в 2006 г. ему была присвоена степень магистра сравнительного конституционного и европейского права *magna cum laude* Центрально-Европейского университета (Будапешт, Венгрия).

В течение последних 10 лет проводит исследовательскую деятельность в ведущих университетах мира, в том числе в Университете Париж-1 Пантеон-Сорbonna, Университете Уtrecht и Университете Торонто. Регулярно читает лекции, выступает с презентациями, проводит тренинги и семинары, дает заключения по проектам законодательных актов и рекомендации в сфере правовых реформ в области сравнительных институциональных моделей правового регулирования, различных аспектов защиты прав человека, а также европейских и международных правовых стандартов.

E-mail: vasily.lukashevich@echr.coe.int.

### **Лукьянова Анастасия Валерьевна**

Окончила юридический факультет Самарского государственного университета с отличием. В настоящее время – магистрант НИУ ВШЭ (программа «Политический анализ и публичная политика»); участвует в программе двойных дипломов ВШЭ (Москва) – Университет Болоньи (Италия) с целью получения квалификации магистра в сфере международных отношений и дипломатии (*Scienze Internazionali e Diplomatiche*). В 2015 г. с научной работой на тему взаимоотношений ЕСПЧ и Суда справедливости ЕС приняла участие в конференции *International Conference on Public Policy* (Милан, Италия).

Является автором ряда опубликованных работ.

### **Матвеев Дмитрий Юрьевич**

Кандидат юридических наук (диссертация на тему «Европейские правовые стандарты в правовой системе Российской Федерации»).

Ведет преподавательскую и научную деятельность, руководит Центром правового регулирования межгосударственных отноше-

**Я.С. Кожеуров**

**Присвоение поведения, юрисдикция и ответственность:  
соотношение понятий в практике Европейского Суда  
по правам человека**

**Аннотация.** В статье анализируется развитие концепции экстрапротерриториальной юрисдикции в практике ЕСПЧ и, в частности, использование понятия «эффективный контроль». По мнению автора, развивая указанную концепцию, ЕСПЧ не выдвигает «своего собственного толкования» хорошо известных в международном праве стандартов присвоения государству поведения лиц, действующих под его руководством или контролем («Никарагуа тест», «Тадич тест»), в чем его зачастую упрекают, а допускает, умышленно или неумышленно, смешение совершенно разных понятий – контроля как условия присвоения государству поведения негосударственных акторов (категория общего международного права) и контроля (над жертвами или территорией) как условия осуществления государством юрисдикции по смыслу ст. 1 Европейской конвенции по правам человека.

«Империализм прав человека» – так образно попытался осудить усиливающуюся экстрапротерриториальную экспансию Европейского Суда по правам человека британский представитель в деле «Аль-Скейни и другие против Великобритании», на что получил гневную отповедь судьи Бонелло в его совпадающем мнении: «Я полагаю, что экспортирующие войну должны позаботиться и о параллельном экспорте гарантий против жестокостей войны»<sup>1</sup>. Судья Бонелло уличил британские власти в «умышленном намерении провести различие между святыней прав человека в пределах своей собственной территории и их жалкой ничтожностью где-либо еще», сравнив такой подход с позицией: «джентльмен дома – хулиган в гостях»<sup>2</sup>. В деле Аль-Скейни Великобритания была признана ответственной за причинение смерти шести гражданским лицам британскими военнослужащими в г. Басра (Южный Ирак).

«Империализм прав человека» в практике ЕСПЧ набирает обороты, что приводит как ко все большему стиранию границ юрисдикции

<sup>1</sup> *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [G.C.], no. 55721/07, 7 July 2011. Concurring Opinion of Judge Bonello. Para. 38.

<sup>2</sup> Ibid. Paras. 17, 18.

внутри «канонической» территории ЕСПЧ (Северный Кипр<sup>3</sup>, Приднестровье<sup>2</sup>, Нагорный Карабах<sup>3</sup>), так и к тому, что условие *ratione loci* уже больше не ограничивается пределами Европы (Судан<sup>4</sup>, Кения<sup>5</sup>, Иран<sup>6</sup>, Ирак<sup>7</sup>, открытое море вблизи Островов Зеленого Мыса<sup>8</sup>).

Крайне актуальными вопросы экстрапротерриториального действия ЕКПЧ становятся в отношении Российской Федерации. В 2004 г. в деле «Илашку и другие против Молдовы и России» Суд пришел к выводу, что российские власти содействовали как военным, так и политическим путем созданию сепаратистского режима в Приднестровье, что позволило последнему выжить, укрепиться и приобрести определенную автономность от Молдовы. Участие военнослужащих бывшей 14-й армии в приднестровско-молдавском конфликте, официальная и неофициальная передача оружия и иного военного имущества силам Приднестровской Молдавской Республики (ПМР), финансовая поддержка ПМР со стороны России (списание 100 млн долл. долга, поставки газа по сниженным ценам и др.), присутствие российских миротворческих сил в зонах безопасности привели Суд к выводу, что ПМР «остается под эффективным управлением или по меньшей мере под решающим влиянием Российской Федерации и что в любом случае она выжила благодаря военной, экономической, финансовой и политической поддержке, которую оказывает ей Российская Федерация»<sup>9</sup>. На этом основании Суд признал Россию ответственной за обращение с заявителями, осуществлявшимся властями ПМР.

В 2012 г. в деле «Катан и другие против Молдовы и России» предметом рассмотрения являлось закрытие властями ПМР молдавских школ в Приднестровье с преподаванием на латинской графике. Основываясь на precedente дела Илашку, ЕСПЧ снова заключил, что «ПМР могла продолжать существование, сопротивляясь усилиям Молдавии и меж-

<sup>1</sup> *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) [G.C.], no. 15318/89, 23 March 1995; *Cyprus v. Turkey* [G.C.], no. 25781/94, 10 May 2001; *Manitara and Others v. Turkey* (dec.), no. 54591/00, 3 June 2008.

<sup>2</sup> *Ilașcu and Others v. Moldova and Russia* [G.C.], no. 48787/99, 8 July 2004; *Ivantoc and Others v. Moldova and Russia*, no. 23687/05, 15 November 2011; *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [G.C.], nos. 43370/04, 18454/06, 8252/05, 19 October 2012.

<sup>3</sup> *Chiragov and Others v. Armenia* [G.C.], no. 13216/05, 16 June 2015.

<sup>4</sup> *Ramirez Sanchez v. France*, no. 28780/95, Decision, Commission (Plenary), 24 June 1996.

<sup>5</sup> *Öcalan v. Turkey* [G.C.], no. 46221/99, 12 May 2005.

<sup>6</sup> *Pad and Others v. Turkey* (dec.), no. 60167/00, 28 June 2007.

<sup>7</sup> *Al-Skeini; Al-Saadoon & Mufdhi v. the United Kingdom* (dec.), no. 61498/08, 3 July 2009; *Al-Jedda v. the United Kingdom* [G.C.], no. 27021/08, 7 July 2011; *Hassan v. the United Kingdom* [G.C.], no. 29750/09, 16 September 2014; *Jaloud v. the Netherlands* [G.C.], no. 47708/08, 20 November 2014.

<sup>8</sup> *Medvedyev and Others v. France* [G.C.], no. 3394/03, 29 March 2010.

<sup>9</sup> *Ilașcu*. Paras. 382–393.

дународного сообщества по разрешению конфликта и обеспечению демократии и верховенства права в регионе, лишь благодаря российской военной, экономической и политической поддержке. При таких обстоятельствах высокий уровень зависимости ПМР от Российской Федерации безусловно свидетельствовал о том, что Российской Федерации осуществляла эффективный контроль и решающее влияние на администрацию ПМР в период школьного кризиса<sup>1</sup>.

Эти два постановления вызвали беспрецедентно жесткую реакцию российских властей. После дела Илашку Министерство иностранных дел РФ выразило «недоумение непоследовательностью, противоречивостью, субъективностью и явной политической ангажированностью Европейского Суда по правам человека в Страсбурге». По мнению российского МИДа, налицо «сознательное манипулирование со стороны членов Суда важнейшими юридическими понятиями, что является очередным проявлением практики «двойных стандартов». Если в деле, связанном с бомбардировками Югославии странами Североатлантического альянса, Суд встал на защиту натовцев, прикрывшихся принципами территориальной юрисдикции<sup>2</sup>, то в «деле Илашку» тот же Суд использовал в своих интересах противоположный принцип экстерриториальной юрисдикции, фактически исходя из ложной посылки о том, что на территории Приднестровья юрисдикция осуществляется Российской Федерацией<sup>3</sup>.

«Предвзятым», «юридически сомнительным» и указывающим «на политическую подоплеку» российский МИД назвал и постановление по делу Катан: «Подгонку проблемы школ под прецедент «дела Илашку», связанного с совершенно иными обстоятельствами военной вспышки конфликта в Приднестровье в 1991 году, иначе как насилием над правовой логикой назвать нельзя»<sup>4</sup>. «Явно политизированным» назвал постановление по делу Катан министр иностранных дел России С.В. Лавров. Отвечая на вопрос об обязательности исполнения решений ЕСПЧ, министр подчеркнул: «До сих пор мы выплачиваем деньги даже по решениям, с которыми категорически не согласны, как,

<sup>1</sup> *Catan.* Para. 122. Совсем недавно ЕСПЧ снова подтвердил те же подходы в деле *Mozer v. Republic of Moldova and Russia* [G.C.], no. 11138/10, 23 February 2016.

<sup>2</sup> Имеется в виду дело: *Banković and Others v. Belgium and Others* [G.C.] (dec.), no. 52207/99, 12 December 2001.

<sup>3</sup> Заявление МИД РФ в связи с постановлением Европейского Суда по правам человека в Страсбурге по «делу Илашку» от 8 июля 2004 г. // [http://www.mid.ru/maps/md/-/asset\\_publisher/dfOotO3QvCij/content/id/465018](http://www.mid.ru/maps/md/-/asset_publisher/dfOotO3QvCij/content/id/465018).

<sup>4</sup> Заявление МИД РФ в связи с постановлением Европейского Суда по правам человека по делу «Катан и другие против Молдавии и Российской Федерации» от 19 октября 2012 г. // [http://www.mid.ru/foreign\\_policy/rso/coe/-/asset\\_publisher/uUbe64ZnDjs0/content/id/138286](http://www.mid.ru/foreign_policy/rso/coe/-/asset_publisher/uUbe64ZnDjs0/content/id/138286).

например, по известному делу «Илие Илашку». Но когда от России требуют предпринять практические действия, ссылаясь на то же Приднестровье, где мы якобы осуществляем эффективный контроль, мы это просто игнорируем как неприемлемый подход<sup>1</sup>. Уполномоченный РФ при ЕСПЧ Г.О. Матюшкин назвал постановление по делу Катан «неисполнимым»<sup>2</sup>. До сих пор Россия не спешит его исполнять, в том числе в части выплаты более 1 млн евро присужденной компенсации. В сообщении властей Российской Федерации Комитету Министров Совета Европы относительно дела Катан от 5 марта 2015 г. утверждается, что «в этом деле ЕСПЧ предложил свое собственное толкование доктрины «эффективного контроля» в отношении территории Приднестровья, присвоив России ответственность за действия, которые она не совершала и которые ее не могут касаться. <...> Такой подход не соответствует нормам международного права, судебной практике других международных судов и Проекту статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, разработанному Комиссией международного права ООН»<sup>3</sup>.

Озабоченность российских властей, равно как и их эмоциональная реакция, вполне объяснима. Уже признана приемлемой и ждет своего рассмотрения по существу межгосударственная жалоба Грузии против России, в которой центральное место занимают вопросы предполагаемой ответственности России за действия абхазских и юго-осетинских властей<sup>4</sup>. Кроме межгосударственной жалобы своего рассмотрения ждут еще 208 индивидуальных жалоб (с общим количеством заявителей более 900), поданных против Российской Федерации в контексте того же конфликта, а также еще 20 – против Грузии и России одновременно<sup>5</sup>. Краеугольным камнем вопросы экстратerritorialной ответственности предстанут и в трех межгосударственных жалобах, поданных Украиной против России в связи с событиями в Крыму и Восточной Украине<sup>6</sup>. В Секретариате Суда зарегистрировано более 1400 индивидуальных жалоб в указанном контексте, в подавляющем

<sup>1</sup> За и ПРОтив. Сергей Лавров о внешнеполитических врагах, о возможной войне между США и Ираном и многом другом // Российская газета (федеральный выпуск). 2012. 24 октября. № 5918 (<http://www.rg.ru/printable/2012/10/23/lavrov-poln.html>).

<sup>2</sup> Чужой закон России не писан. Юридический форум сосредоточился на международной тематике // Коммерсантъ. 2014. 19 июня. № 103 (<http://www.kommersant.ru/doc/2493812>).

<sup>3</sup> Communication from the Russian Federation (05/03/2015) DH-DD(2015)265.

<sup>4</sup> *Georgia v. Russia* (II) (dec.), no. 38263/08, 13 December 2011.

<sup>5</sup> Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 150 (2011), 22.09.2011. Еще 1712 индивидуальных жалоб подано против Грузии.

<sup>6</sup> *Ukraine v. Russia* (no. 20958/14); *Ukraine v. Russia* (II) (no. 43800/14); *Ukraine v. Russia* (IV) (no. 42410/15).

большинстве – одновременно против Украины и России, пять из которых уже коммуницированы<sup>1</sup>. В связи с этим вопросы экстратерриториального действия Европейской конвенции по правам человека в контексте норм общего международного права, регулирующих присвоение поведения государству для целей ответственности, требуют серьезного теоретического осмысления.

Возможные объяснения того, почему ЕСПЧ пришел к столь удручающим и влекущим долгосрочные негативные последствия выводам в деле Илашку, могут быть самыми разными – от действительно бандальной политической ангажированности до единственного возможного, по мнению Суда, способа выполнения его благородной и сложной миссии – искоренения безнаказанности серьезных нарушений прав человека (того самого «империализма прав человека»). Очевидно, что высокие гуманитарные идеалы ЕСПЧ не позволяют ему считать нормальной ситуацию, при которой в центре Европы грубое нарушение есть, а «виновного» – нет, в силу неспособности признанного государства контролировать часть своей территории и непризнания того, кто ее фактически контролирует. Как отметил Суд в деле «Кипр против Турции», «любое другое решение привело бы к созданию вызывающего сожаление вакуума в системе защиты прав человека на территории, о которой идет речь, ибо проживающие там лица лишаются преимуществ, предоставляемых основными гарантиями Конвенции, и своего права потребовать от какой-либо Высокой Договаривающейся Стороны объяснений по поводу нарушения своих прав в ходе слушаний в Европейском Суде»<sup>2</sup>.

Однако автору, занимающемуся проблемами ответственности государств по общему международному праву в их приложении в том числе к специальным, так называемым автономным (*self-contained*) режимам, к которым относится и международное право прав человека, представляется, что реакция российских властей относительно дел Илашку и Катан не совсем верная. Автор разделяет точку зрения<sup>3</sup>, согласно которой ЕСПЧ не выдвигал «своего собственного толкования» хорошо известных в международном праве стандартов присвоения государству поведения лиц, действующих под его руководством или контролем («Никарагуа тест», «Тадич тест»), а допустил, умышленно или неумышленно, юридическую ошибку – смешал понятия «ответственность» и «юрисдикция», или, если быть более точным, смешал контроль как

<sup>1</sup> Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 296 (2015), 01.10.2015.

<sup>2</sup> *Cyprus v. Turkey*. Para. 78.

<sup>3</sup> Milanovic M. Grand Chamber Judgment in Catan and Others // EJIL: Live! Blog of the European Journal of International Law // <http://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-catan-and-others/>.

условие присвоения государству поведения негосударственных акторов и контроль (над жертвами или территорией) как условие установления осуществления государством юрисдикции по смыслу ст. 1 Европейской конвенции по правам человека.

А начиналась мотивировка Суда по делу Илашку «за здравие»: «Осуществление юрисдикции – необходимое условие для того, чтобы Договаривающееся Государство могло быть признано ответственным за присваиваемые ему действия или бездействие, которые дают основания для утверждений о нарушений прав и свобод, предусмотренных Конвенцией [курсив везде мой. – Я.К.]» (п. 311). В этой лаконичной фразе удивительно точно определены места и соотношение понятий, которые являются темой статьи, – юрисдикция, ответственность, присвоение поведения. К сожалению, дальнейшие рассуждения Суда, мягко говоря, далеки от стройности, которая была задана этим изначально верным постулатом.

Присвоение поведения и ответственность – категории общего международного права, кодифицированного Комиссией международного права (КМП) ООН в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 г.<sup>1</sup> (далее – Статьи 2001 г.). Юрисдикция позиционируется Судом как специфическое условие, присущее международному праву прав человека, в отличие от общего международного права. Однако, как будет показано далее, это не совсем так – понятие юрисдикции вполне органично вписывается в ту конструкцию ответственности, которую сформулировала КМП ООН. С нее и начнем.

В самом общем виде международная ответственность – это юридические последствия международно-противоправного деяния государства. Международно-противоправное деяние (МПД) – действие или бездействие государства, которое (1) присваивается государству по международному праву и (2) представляет собой нарушение международно-правового обязательства данного государства (ст. 2 Статьй 2001 г.). Таким образом, КМП ООН выделяет всего два необходимых и достаточных признака любого международно-противоправного деяния – присвоение и противоправность. В деле о дипломатическом и консульском персонале Международный суд ООН отметил, что для установления ответственности Ирана за захват американского посольства «во-первых, необходимо определить, насколько юридически соответствующие деяния могут рассматриваться в качестве присваиваемых иранскому государству. Во-вторых, следует рассмотреть вопрос об их совместимости или несов-

<sup>1</sup> Ответственность государств за международно-противоправные деяния (приложение к резолюции Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/56/83 от 12 декабря 2001 г.).

местимости с обязательствами Ирана по действующим договорам или по другим нормам международного права, которые могут быть применимы»<sup>1</sup>.

Присвоение поведения государству — процесс квалификации деяний органов, агентов, представителей государства и иных лиц и образований в качестве действия государства. Государство — консолидированный, абстрактный субъект. «Государство не может действовать само по себе»<sup>2</sup>, деяние государства должно предполагать действие или бездействие какого-либо лица или органа. Правила присвоения позволяют определить, чьи действия рассматриваются как действия государства.

По меткому и лаконичному выражению Эдуардо Хименеса де Ареаги, «государство отвечает за свои органы, только за свои органы и за все свои органы»<sup>3</sup>. По общему правилу присвоения государство отвечает за деяния всех своих органов и должностных лиц независимо от их функций в системе разделения властей, независимо от их места в иерархии, а также независимо от федеративного и административно-территориального деления государства (ст. 4 Статьей 2001 г.). Как следствие, государству не присваивается поведение частных лиц. Государство не отвечает за действия частных лиц, но у государства может возникнуть международная ответственность за свои действия *в связи* с действиями частных лиц. В частности, в силу обязательства проявлять должную осмотрительность (*due diligence*) государство обязано принимать все необходимые меры для предотвращения и пресечения нарушений международного права лицами, находящимися под его юрисдикцией, для расследования таких преступлений и наказания виновных — как мы видим, эта хорошо известная (еще со времен известного арбитражного разбирательства по делу судна «Алабама» 1870 г.) концепция фигурирует в практике ЕСПЧ под названием «позитивные обязательства».

Помимо общего правила присвоения в Статьях 2001 г. кодифицированы и особые, специальные правила присвоения, важнейшее значение среди которых в контексте настоящего обсуждения имеет правило, сформулированное в ст. 8: поведение лица или группы лиц, не являющихся органами государства, рассматривается как деяние государства по международному праву, если это лицо или группа лиц *фактически действует по указаниям либо под руководством или контролем*

<sup>1</sup> Дело о дипломатическом и консульском персонале. Решение от 24 мая 1980 г. // ICJ Reports. 1980. P. 29 (para. 56).

<sup>2</sup> Комментарий Комиссии международного права к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния // Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят третьей сессии (23 апреля — 1 июня и 2 июля — 10 августа 2001 года). Документ A/56/10 // Ежегодник Комиссии международного права. 2001. С. 59.

<sup>3</sup> Хименес де Ареага Э. Современное международное право (пер. с исп.). М., 1983. С. 417.

ролем этого государства при осуществлении такого поведения. Относительно степени необходимого для присвоения поведения контроля в международной судебной практике сложилось несколько подходов, известных как «Никарагуа тест» и «Тадич тест». Международный суд ООН сформулировал доктрину, согласно которой для установления ответственности государства за действия контролируемых им частных лиц необходимо доказать, что они действовали согласно указаниям государства или под его «эффективным контролем». При этом такой «эффективный контроль» должен осуществляться или такие указания государства должны даваться в отношении каждой операции, в ходе которой происходили заявленные нарушения, а не главным образом в отношении общей деятельности, осуществляющей лицами или группами лиц, совершивших такие нарушения<sup>1</sup>.

Ключевым в этом отношении представляется дело о военной и полу военной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа («Никарагуа против США»). Требование Никарагуа заключалось в признании Соединенных Штатов ответственными за поведение сил «контрас», в первую очередь за совершенные ими многочисленные нарушения международного гуманитарного права. Международный суд ООН признал, что подготовка, вооружение, снаряжение, финансирование и снабжение сил «контрас» или любая другая помощь, осуществленная Соединенными Штатами, представляет собой нарушение принципа невмешательства во внутренние дела<sup>2</sup>. Однако Суд отверг более широкое по своему характеру требование Никарагуа о присвоении Соединенным Штатам всего поведения сил «контрас» на основании того, что Соединенные Штаты не осуществляли полного контроля над этими силами. Суд заключил, что «несмотря на широкую финансовую и другую поддержку, оказывавшуюся им Соединенными Штатами, нет однозначных свидетельств того, что Соединенные Штаты действительно осуществляли такую степень контроля во всех областях, что можно было бы считать, что «контрас» действовали от их имени. <...> Все упомянутые выше формы участия Соединенных Штатов и даже общий контроль государства-ответчика над силами, которые во многом зависели от них, сами по себе, без дополнительных доказательств, не означают, что Соединенные Штаты руководили действиями

<sup>1</sup> Дело о военной и полу военной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа («Никарагуа против США»). Решение от 27 июня 1986 г. // ICJ Report. 1986. P. 62, 64–65 (paras. 109, 115); дело о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него («Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории»). Решение от 26 февраля 2007 г. // ICJ Reports. 2007. P. 143–144 (paras. 400–405).

<sup>2</sup> Дело о военной и полу военной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа. P. 136 (para. 292).

ми, нарушающими права человека и нормы гуманитарного права, на которые ссылается государство-истец, или приуждали к совершению таких действий. Такие действия вполне могли совершаться «контрас» без контроля со стороны Соединенных Штатов. Для возникновения юридической ответственности Соединенных Штатов за это поведение необходимо в принципе доказать, что это государство осуществляло эффективный контроль за военными и полувоенными операциями, в ходе которых были совершены заявленные нарушения<sup>1</sup>.

Таким образом, несмотря на признание ответственности Соединенных Штатов за оказание поддержки «контрас», действия «контрас» были присвоены Соединенным Штатам только в отдельных случаях (семь эпизодов) на основании доказанного в ходе судебного разбирательства фактического участия американского персонала в военных операциях и руководства ими. Например, Суд присвоил Соединенным Штатам действия группировки *UCLA*, состоящей из граждан латиноамериканских стран, которые за плату от сотрудников ЦРУ и по их указаниям минировали территориальные воды Никарагуа и взрывали нефтяные установки и трубопроводы: «Хотя не доказано, что личный состав американских вооруженных сил принимал непосредственное участие в операциях, агенты Соединенных Штатов участвовали в планировании, руководстве, поддержке и исполнении операций. Исполнение было задачей преимущественно группировки *UCLA*, тогда как граждане США участвовали в планировании, руководстве и поддержке. Присваиваемость Соединенным Штатам этих нападений представляется Суду установленной»<sup>2</sup>. Суд признал, что *UCLA*, находившаяся в полной зависимости от агентов ЦРУ, была органом США де-факто.

Из дела видно, что Международный суд ООН задал весьма высокий пороговый уровень участия государства в действиях частных лиц, чтобы можно было считать, что данные силы действуют от имени данного государства. По мнению Суда, одного лишь общего контроля за вооруженными группировками недостаточно для присвоения их поведения государству, необходимо доказать фактическое руководство и контроль за конкретными действиями.

Данный подход подвергался и подвергается критике<sup>3</sup>. Розалин Хиггинс писала в 1994 г. относительно решения по делу Никарагуа: «Критики утверждали, что это поощрение низкопробного террориз-

<sup>1</sup> Дело о военной и полувоенной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа. P. 62, 64–65 (paras. 109, 115).

<sup>2</sup> Ibid. P. 40 (para. 86).

<sup>3</sup> См., например: D'Amato A. Trashing Customary International Law // American Journal of International Law. 1987. Vol. 81. P. 101–105.

ма, потому что государство, против которого он направлен, не может использовать силу в порядке самообороны от него»<sup>1</sup>. Критика особенно возросла после терактов 11 сентября 2001 г. и последовавшей за ними атакой Соединенных Штатов против Афганистана, фактическое правительство которого позволяло, чтобы Аль-Каида использовала его территорию в качестве баз для террористов и для организации и совершения ими террористических нападений, а также укрывало террористов, что многими было расценено как изменение стандартов концепции вооруженного нападения в смысле ст. 51 Устава ООН.

Стандарты, заданные Международным судом ООН, не всегда поддерживались судебной практикой других учреждений. Например, вопросы руководства и контроля рассматривались Апелляционной камерой Международного трибунала по бывшей Югославии в деле «Прокурор против Тадича», при этом Апелляционная камера подчеркнула, что «условием присвоения государству по международному праву действий частных физических лиц является контроль со стороны государства за такими лицами. Однако степень такого контроля зависит от фактических обстоятельств каждого дела. Апелляционная камера не видит причин, почему во всех без исключения случаях международное право должно требовать высокого порогового уровня при оценке такого контроля»<sup>2</sup>. Апелляционная камера пришла к выводу, что для признания конфликта в Боснии и Герцеговине международным и, соответственно, для применения к нему Женевских конвенций о защите жертв войны 1949 г. достаточно установить, что контроль со стороны Федеративной Республики Югославия над боснийскими сербами является «общим (overall) контролем, выходящим за рамки простого финансирования и оснащения таких сил и включающим участие в планировании и руководстве проведением военных операций. <...> Международное право не требует, чтобы такой контроль включал издание специальных приказов или указаний, относящихся к отдельным военным акциям»<sup>3</sup>.

Однако подход, выработанный в деле «Никарагуа против США», Международный суд ООН продолжал сохранять и дальше, в том числе в делах, рассмотренных после 2001 г.

В деле о военной деятельности на территории Конго («Демократическая Республика Конго против Уганды») 2005 г. Уганда настаивала, что провела ряд военных операций на территории Демократи-

<sup>1</sup> Higgins R. Problems and Process: International Law and How We Use It. Oxford, 1994. P. 250–251.

<sup>2</sup> Case IT-94-1, Prosecutor v. Tadic (1999), Judgement of 15 July 1999 // International Law Materials. Vol. 38. P. 1541 (para. 117).

<sup>3</sup> Ibid. P. 1546 (para. 145).

ческой Республики Конго в качестве самообороны от нескольких вооруженных нападений боевиков на территорию Уганды, в ходе которых в общей сложности погибло около 50 человек и больше 100 было похищено. Суд установил, что данные нападения совершились членами так называемого Союзного демократического фронта, не имевшего отношения к Правительству Демократической Республики Конго. Несмотря на то что нападения происходили с территории Демократической Республики Конго, которая не сделала ничего, чтобы предотвратить или пресечь эти нападения, в силу того, что эти районы страны практически не контролировались правительством, Суд отказался присвоить поведение боевиков Демократической Республике Конго: «Суд установил... что отсутствуют удовлетворительные доказательства причастности к этим нападениям, прямого или косвенного, правительства ДРК. Нападения не происходили от вооруженных банд или иррегулярных сил, посланных ДРК или от имени ДРК, в смысле статьи 3 (g) резолюции Генеральной Ассамблеи 3314 (XXIX) об определении агрессии, принятой 14 декабря 1974 года. Суд придерживается точки зрения, что на основании представленных доказательств, даже если серии прискорбных нападений могут рассматриваться как кумулятивные по своему характеру, они остаются неприсваиваемыми ДРК»<sup>1</sup>.

Анализируя требование Демократической Республики Конго признать Уганду ответственной за действия повстанцев Движения за освобождение Конго (*MLC*) на том основании, что Уганда, по утверждениям Демократической Республики Конго, создала и контролировала это Движение, Суд пришел к выводу, что «отсутствуют убедительные доказательства предположения, что Уганда создала *MLC*. Уганда признала, что обучала *MLC* и предоставляла военную поддержку, и этому есть доказательства. Суд не получил убедительных свидетельств того, что Уганда контролировала или могла контролировать способы, которыми [лидер *MLC*] мистер Бемба использовал эту помощь. На взгляд Суда, поведение *MLC* не является ни поведением «органа» Уганды (статья 4 подготовленных Комиссией международного права Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, 2001), ни поведением образования, осуществляющего элементы государственной власти от имени Уганды (статья 5). Суд рассмотрел, действовали ли *MLC* «по указаниям или под руководством или контролем» Уганды (статья 8),

<sup>1</sup> Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*). Judgment of 19 September 2005. P. 54 (para. 146) // <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>.

и пришел к выводу, что отсутствуют убедительные свидетельства, указывающие, что это имеет место в настоящем деле»<sup>1</sup>.

В 2007 г. Международный суд ООН вынес решение по делу о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 г. В середине 1990-х гг. три части Боснии и Герцеговины – сербы (самопровозглашенная Республика Сербская), мусульмане и хорваты ведут кровопролитную гражданскую войну. В июле 1995 г. подразделения вооруженных формирований боснийских сербов – части Войска Сербского под руководством генерала Младича и полуофициальные подразделения народной милиции «Скорпионы» провели зачистку мусульманского поселения Сребреница, убив более 7 тыс. местных жителей.

В решении 2007 г. Суд квалифицировал данные действия как акт геноцида. Босния и Герцеговина просила Суд признать Сербию и Черногорию ответственной за этот акт, т.е. за действия Войска Сербского и «Скорпионов».

Судом установлено, что существовали тесные связи политического и финансового плана между Белградом (Федеративной Республикой Югославия) и Республикой Сербской, в том числе в отношении военного управления и контроля за Войском Сербским. Суд признал, что Белград оказывал существенную военную и финансовую поддержку Республике Сербской. Некоторые генералы Войска Сербского даже получали в Белграде денежное довольствие (как бывшие военнослужащие югославской армии).

Суд установил, что ни югославские политики, ни военные не принимали непосредственного участия в планировании, подготовке и проведении этих зачисток. Суд признал, что ни Войско Сербское, ни «Скорпионы» не были органами Федеративной Республики Югославия де-юре, т.е. не были признаны в качестве таковых правом Федеративной Республики Югославия. Как сказано в решении Суда, выплата денежного довольствия некоторым офицерам Войска Сербского еще не делает их автоматически органом Федеративной Республики Югославия. Что касается «Скорпионов», в некоторых документах именовавшихся «подразделением МВД ФРЮ», то Суд не установил, что именно на середину 1995 г. они являлись органом Федеративной Республики Югославия де-юре, т.е. по праву этого государства. Кроме того, Суд напомнил, что поведение органа, предоставленного в распоряжение другого государства, не должно присваиваться первому государству, если орган действовал от имени и в интересах властей второго государства.

<sup>1</sup> Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*). Judgment of 19 September 2005. P. 55–56 (para. 160).

Суд указал, что органом можно быть и де-факто, если лицо или образование находится в «полной зависимости» от властей государства, представляя собой, по сути, только лишь их «инструмент»<sup>1</sup>. Суд также не установил, что лица, осуществившие геноцид в Сребренице, были настолько тесно связаны с Федеративной Республикой Югославия, что можно было бы признать их полностью зависимыми от этого государства. В указанное время ни Войско Сербское, ни «Скорпионы» не могли рассматриваться как инструмент, посредством которого действовала Федеративная Республика Югославия, и как не имеющие реальной автономии.

Международный суд ООН еще раз подтвердил свой подход, отвергнув доводы Международного трибунала по бывшей Югославии по делу Тадича. Анализируя, присваиваются ли Сербии и Черногории действия боснийских сербов, осуществивших акты геноцида в Сребренице в 1995 г., Суд отметил: «Необходимо доказать, что они действовали согласно указаниям государства или под его «эффективным контролем». Должно быть, однако, показано, что такой «эффективный контроль» осуществлялся или такие указания государства давались в отношении каждой операции, в ходе которой происходили заявленные нарушения, а не главным образом в отношении общей деятельности, осуществляющей лицами или группами лиц, совершивших такие нарушения»<sup>2</sup>.

Международный суд ООН отметил, что заявитель не доказал, что Белградом давались какие-либо указания совершить резню в Сребренице, равно как и то, что такие указания давались со специальным намерением, характеризующим преступление геноцида.

Относительно выводов Апелляционной камеры Международного трибунала по бывшей Югославии Международный суд ООН отметил, что принцип «всеобщего контроля», примененный Апелляционной камерой для оценки причастности государства к вооруженному конфликту в целях признания конфликта международным, не может автоматически и без изменений применяться для оценки причастности государства к действиям, за которые оно должно нести ответственность. Применив свой принцип «всеобщего контроля» и для той, и для другой цели, Апелляционная камера, по мнению Международного суда ООН, вышла за пределы полномочий уголовного суда. Международный суд ООН считает, что принцип «всеобщего контроля» к вопросам ответственности государства неприменим<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Дело о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него. Р. 205 (para. 392).

<sup>2</sup> Ibid. P. 208 (para. 400).

<sup>3</sup> Ibid. P. 208–209 (paras. 402–405).

Тем не менее, несмотря на отмеченные различия в походах, сложившихся в практике международных судебных учреждений, контроль в контексте присвоения поведения государству – это *контроль в отношении акторов* того действия (действия или бездействия), которое, будучи присвоенным государству, далее анализируется на предмет противоправности. Это первая логическая операция, необходимая для установления наличия (отсутствия) элементов международно-правопротивного действия.

Теперь обратимся к вопросу о юрисдикции в практике ЕСПЧ. Согласно ст. 1 Европейской конвенции по правам человека «Высокие Договаривающиеся Стороны обеспечивают каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определенные в разделе I настоящей Конвенции». Анализируя понятие «находящийся под юрисдикцией», ЕСПЧ в деле Банковича пришел к выводу о территориальном характере понятия «юрисдикция»: «Если касаться «обычного значения» соответствующего термина в статье 1 Конвенции, Европейский Суд удовлетворен тем, что с точки зрения международного публичного права юрисдикционная компетенция государства является в первую очередь территориальной. Если международное право не исключает экстратерриториального осуществления юрисдикции государством, предложенная основа такой юрисдикции (включая гражданство, флаг, дипломатические и консульские отношения, влияние, защиту, пассивную персональность и универсальность), как правило, определена и ограничена суверенными территориальными правами других суверенных государств. <...> Европейский Суд придерживается мнения, что статья 1 Конвенции должна рассматриваться как отражающая это обычное, главным образом территориальное, понятие юрисдикции, в то время как иные основания юрисдикции являются исключительными и требующими особого обоснования при определенных обстоятельствах в каждом деле»<sup>1</sup>.

Впервые Европейский Суд серьезно столкнулся с экстратерриториальной юрисдикцией в дела, инициированных против Турции в связи с событиями в так называемой Турецкой республике Северного Кипра (ТРСК). В деле «Лоизиду против Турции» Суд заявил: «С учетом предмета и цели Конвенции ответственность Договаривающейся Стороны также может возникнуть, явившись результатом военного действия – законного или незаконного, таким образом, при обеспечении эффективного контроля за пространством, находящимся за пределами ее национальной территории. В этой области обязательство по защите прав и свобод, закрепленных в Конвенции,

<sup>1</sup> Banković. Paras. 59, 61.

устанавливается наличием факта этого контроля, осуществляемого напрямую через вооруженные силы или подчиненную местную администрацию<sup>1</sup>. Позднее в постановлении по межгосударственной жалобе «Кипр против Турции» ЕСПЧ сделал важное уточнение: «С учетом эффективного и всеобъемлющего контроля над северной частью Кипра ее [Турции] ответственность не может ограничиваться действиями ее собственных солдат или официальных лиц в северной части Кипра, а должна быть распространена и на действия местной администрации, которая все еще существует благодаря турецким военным и другим видам поддержки. Из этого следует, что с точки зрения статьи 1 Конвенции нужно понимать так, что «юрисдикция» Турции распространяется на обеспечение всего набора основных прав, обозначенных в Конвенции и Протоколах к ней, которые она ратифицировала, и что нарушения этих прав влекут за собой ответственность властей Турции<sup>2</sup>. Более того, по мнению Суда, «нет необходимости определять, как это предложили заявитель и власти Кипра, осуществляет ли на самом деле Турция всеобъемлющий контроль над политикой и действиями властей «ТРСК». Из того факта, что в северной части Кипра несут действительную службу ее многочисленные подразделения... со всей очевидностью следует, что турецкая армия осуществляет эффективный и полный контроль над этой частью острова. Такой контроль, как показывают соответствующие проверки и выяснение обстоятельств дела, влечет за собой ее ответственность за политику и действия «ТРСК»<sup>3</sup>.

При определении существования «эффективного контроля» Суд принимает во внимание прежде всего масштаб военного присутствия государства в регионе, а также иные факторы – например, степень, до которой его военная, экономическая или политическая поддержка подчиненной местной администрации обеспечивает государству влияние и контроль над регионом<sup>4</sup>. В частности, в деле Илашку Суд заключил, что Приднестровская Молдавская Республика «остается под эффективным контролем или по меньшей мере под решающим влиянием Российской Федерации и в любом случае существует только благодаря военной, экономической, финансовой и политической поддержке, оказываемой Российской Федерацией<sup>5</sup>. То же самое Суд установил относительно Армении и Нагорно-Карабахской рес-

публики, добавив, что эти «два образования сильно интегрированы практически по всем важным делам»<sup>1</sup>.

В деле «Банкович и другие против Бельгии и 16 других Договаривающихся Государств» ЕСПЧ сделал первую попытку обобщения своей практики экстратerritorialного применения ЕКПЧ: «В целом прецедентное право Европейского Суда показывает, что признание им осуществления экстратerritorialной юрисдикции Договаривающимся Государством является исключительным: это происходило, когда государство-ответчик посредством эффективного контроля над соответствующей территорией и ее жителями за границей вследствие военной оккупации или посредством согласия, предложения или уступки властей такой территории осуществляет публичную власть в полном объеме или ее некоторой части, которую обычно осуществляют власти этой территории [курсив везде мой. – Я.К.]»<sup>2</sup>. Данний вывод Суда примечателен по двум основаниям. Во-первых, упоминанием контроля над жителями был дан зеленый свет формированию новой, на этот раз персональной, модели экстратerritorialной юрисдикции. Во-вторых, указание на необходимость осуществления публичной власти (публичных функций) позволяет Суду отграничивать военное присутствие с набором некоторых властных функций от трансграничного применения вооруженной силы (бомбардировки).

ЕСПЧ исходит из того, что при определенных обстоятельствах в результате применения силы государственными агентами за рубежом индивид может оказаться под контролем, а значит, и под юрисдикцией этого государства<sup>3</sup>. Это может произойти, например, в случае задержания индивида и помешания его под стражу агентами государства, действующими за рубежом.

В частности, в деле «Оджалан против Турции» Суд постановил, что непосредственно после передачи заявителя турецким официальным лицам кенийскими чиновниками он был фактически под властью Турции и поэтому на него распространяется «юрисдикция» этого государства для целей ст. 1 Конвенции, хотя в данном случае Турция осуществляла свои полномочия за пределами ее территории<sup>4</sup>. В деле «Медведев и другие против Франции» Суд признал, что заявители находились в пределах французской юрисдикции для целей ст. 1 Конвенции в силу того, что французский военный корабль осуществлял полный контроль над судном *Winner* и его экипажем с момента его

<sup>1</sup> *Loizidou*. Para. 62.

<sup>2</sup> *Cyprus v. Turkey*. Para. 77.

<sup>3</sup> *Ibid.* Para. 76.

<sup>4</sup> *Al-Skeini*. Para. 139.

<sup>5</sup> *Nascu*. Para. 392.

<sup>1</sup> *Chiragov*. Para. 186.

<sup>2</sup> *Bankovic*. Para. 71.

<sup>3</sup> *Al-Skeini*. Para. 136.

<sup>4</sup> *Ocalan*. Para. 91.

задержания в открытом море<sup>1</sup>. В деле «Аль-Саадун и Муфди против Соединенного Королевства» Суд решил, что два иракских гражданина, содержащихся в контролируемых британскими военнослужащими тюрьмах в Ираке, подпадают под юрисдикцию Соединенного Королевства, поскольку Соединенное Королевство осуществляло полный и исключительный контроль над тюрьмами и содержащимися в них лицами<sup>2</sup>. К аналогичному выводу Суд пришел в деле «Хасан против Соединенного Королевства», в котором заявитель был задержан британскими военными и помещен в лагерь для интернированных лиц в Ираке<sup>3</sup>. В деле «Ялуд против Нидерландов» Суд признал, что, осуществляя власть и контроль над лицами, проезжающими через блокпост в Ираке, нидерландский офицер осуществлял юрисдикцию по смыслу ст. 1 Конвенции<sup>4</sup>.

Суммируя свою практику по персональной модели экстрапретерриториальной юрисдикции, ЕСПЧ в деле «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства»<sup>5</sup> заявил, что «не считает, что юрисдикция в вышеперечисленных делах возникла единственно из контроля, осуществляемого Договаривающимся Государством над зданиями, самолетом или кораблем, в которых содержались индивиды. Решающим в этих делах стало осуществление физической власти и контроля над соответствующим лицом. Очевидно, что, когда государство через своих представителей осуществляет контроль и власть над лицом и, следовательно, юрисдикцию, государство обязано в силу ст. 1 Конвенции обеспечить этому лицу права и свободы, указанные в разделе I Конвенции»<sup>6</sup>.

Таким образом, в отличие от контроля над *акторами действия*, экстрапретерриториальная юрисдикция – это контроль или власть государства либо над *территорией* вне пределов своих границ (пространственная модель экстрапретерриториальной юрисдикции), либо над конкретным лицом (лицами), т.е. *жертвой* предполагаемого нарушения (персональная модель экстрапретерриториальной юрисдикции). Статья 1 Конвенции по правам человека обязывает государство уважать и обеспечивать всем, находящимся по его юрисдикции, права и свободы, предусмотренные Конвенцией и (или) Протоколами к ней. Таким образом, решение вопроса о юрисдикции – это решение вопроса о существова-

<sup>1</sup> Medvedev. Para. 67.

<sup>2</sup> *Al-Saadoon and Mufidi*. Paras. 86–89.

<sup>3</sup> Hassan. Para. 80.

<sup>4</sup> Jaloud. Para. 152.

<sup>5</sup> См. подробнее: Мунтян Л. Аль-Скейни (*Al-Skeini*) и другие против Великобритании: империализм прав человека против военного империализма. Постановление Европейского Суда по правам человека от 7 июля 2011 г. // Международное правосудие. 2012. № 1 (2). С. 6–14.

<sup>6</sup> *Al-Skeini*. Paras. 136, 137.

нии обязательства по ЕКПЧ, о его нахождении в силе применительно к конкретной ситуации или в отношении конкретного лица. Согласно ст. 13 Статей 2001 г. никакое действие государства не является нарушением международно-правового обязательства, если это обязательство не связывает государство во время его совершения. Иначе говоря, юрисдикция по Европейской конвенции по правам человека непосредственно связана со *вторым* элементом международно-противоправного действия – противоправностью.

Когда же в практике ЕСПЧ произошло смешение этих категорий? Уже в первых «классических» делах об экстрапретерриториальном действии Конвенции (Лоизиду, «Кипр против Турции») Суд начинает использовать терминологию из права международной ответственности (контроль), в том числе понятия «эффективный контроль», «всеобщий контроль» (а точнее, не мудрствуя лукаво – «эффективный всеобщий контроль»), применительно не к акторам, как это было в делах Международного суда ООН или Международного трибунала по бывшей Югославии, а к территории. В делах, где использовалась персональная модель юрисдикции, Европейский Суд также начинает оперировать этими категориями, и снова применительно не к акторам, а уже к жертвам. По большому счету использование одних и тех же понятий для обозначения разных явлений само по себе еще не предосудительно (в конце концов понятие «контроль» многогранно), но хотелось бы большей ясности в рассуждениях Европейского Суда, четкого отграничения одного от другого.

Наконец, смешение терминологии достигло своего апофеоза в деле Илашку, где Суд применительно к Российской Федерации и ПМР к «эффективному контролю» добавил «свое» понятие – «решающее влияние» (п. 392). При этом совершенно непонятно, о каком контроле («решающем влиянии») говорил Суд: над *кем* (органами ПМР) или *чем* (территорией ПМР). Ведь для того, чтобы контролировать территорию (осуществлять юрисдикцию), государству нужно это делать через кого-то – через свои органы, через полностью подконтрольные де-факто местные администрации или других акторов, чье поведение присваивается государству по международному праву.

Если имелся в виду контроль над органами (а именно такая мысль первой приходит в голову по прочтении решения по делу Илашку), то это не просто игнорирование укоренившейся международной судебной практики, а прямое ей противоречие в части вопроса о степени контроля (как в отношении «Никарагуа теста», так и в отношении «Тадич теста»). При этом Европейский Суд не приложил никаких усилий, чтобы хоть как-то мотивировать необходимость создания собственных специальных правил присвоения (ср. с делом Тадича,

где Международный трибунал по бывшей Югославии много внимания уделил причинам, по которым он «либерализовал» консервативный подход Международного Суда ООН).

Если же имелся в виду контроль над территорией (именно так, впрочем, не очень убедительно, ЕСПЧ попытается *post factum* объяснить свой подход в деле Катан – см. ниже), то это тоже ничем не мотивированное в решении понижение порогового уровня контроля, сформулированного в делах Луизиду и «Кипр против Турции», поскольку степень военного присутствия Турции на Северном Кипре и России в Приднестровье кардинально различалась. Кроме того, в этом случае Европейский Суд также оставил массу вопросов: ответственна ли Россия за абсолютно все действия властей ПМР или же Россия ответственна за собственную неспособность предотвратить действия негосударственных акторов на территории под ее юрисдикцией, т.е. о нарушении каких обязательств идет речь – негативных или позитивных?

Несмотря на то что Европейский Суд в деле Катан не оправдал тех надежд, которые связывались с возможностью корректировки позиции Суда по вопросу об экстратerritorialном действии Конвенции, несмотря на справедливую критику этого решения (чего стоит только лишь финт с изящным перекладыванием бремени доказывания в п. 112), тем не менее в решении по делу Катан есть пункт, который дает надежду на то, что Суд в дальнейшем будет двигаться в верном с точки зрения общего международного права направлении. Это п. 115: «Как демонстрирует вышеприведенный обзор практики Суда, тест на установление «юрисдикции» по ст. 1 Европейской конвенции по правам человека никогда не приравнивался к тесту на установление ответственности государства за международно-противоправное деяние по международному праву».

Этот вывод, конечно, неожиданный и обескураживающий, так как весь «вышеприведенный обзор практики Суда» свидетельствует именно об этом – о неразграничении «контроля» применительно к юрисдикции и применительно к присвоению (т.е. ответственности). Чего стоит хотя бы мигрирующая из одного решения в другое фраза о том, что если факт эффективного контроля над территорией установлен, то «нет необходимости определять, осуществляет ли государство-участник доскональный контроль политики и действий подчиненной местной администрации. Тот факт, что местная администрация существует благодаря военной и иной поддержке государства-участника, обуславливает ответственность этого государства за ее политику и действия»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> См., например: *Catan*. Para. 106; *Cyprus v. Turkey*. Para. 76; *Ilascu*. Para. 315; *Alt-Skeini*. Para. 138 и др.

Что это, если не смешение контроля над территорией (юрисдикция) и контроля над местной администрацией (присвоение)?

Тем не менее этот новый подход Европейского Суда должен только приветствовать и поощряться, поскольку именно он в конечном счете должен привести кциальному пониманию категорий ответственности и юрисдикции и к их взаимодействию, а не смешению. К сожалению, в деле Катан Суд не только не развел эту, как представляется, плодотворную мысль, он, используя презумпцию дела Илашку, «наступил на те же грабли». Опять осталось непонятным, присвоил ли ЕСПЧ России действия ПМР, за которые она должна отвечать как за свои. Или же Европейский Суд склонился к мысли, что Российская Федерация должна отвечать за непредотвращение действий властей ПМР? Но тогда почему Суд совершенно не исследовал вопрос о позитивных обязательствах, о «реальной возможности» предотвращения (об этом все чаще пишут судьи в особых мнениях по делам об экстрапротерриториальной юрисдикции, справедливо указывая на то, что возможности государства по уважению и обеспечению прав человека на своей территории и за рубежом не могут быть равными), не учел усилия России как посредника в изменении школьной политики ПМР?

Итак, какую бы модель экстрапротерриториальной юрисдикции не использовал Суд – пространственную (контроль над территорией) или персональную (контроль над жертвами), в любом случае этот контроль государство, которое «не может действовать само по себе», осуществляет через тех акторов, чье поведение может быть присвоено государству по международному праву. Этими акторами помимо органов государства могут быть и негосударственные акторы, находящиеся под эффективным (всеобщим) контролем государства. Таким образом, решение вопроса о том, может ли государство нести ответственность за нарушение Европейской конвенции по правам человека, выражается в следующих последовательных логических операциях:

1) сначала нужно решить вопрос о том, являются ли деяния конкретных акторов деяниями государства, т.е. присваиваются ли государству действия этих акторов. Для решения этого вопроса необходимо применять принципы присвоения, существующие в общем международном праве, которые конечно же могут и должны модифицироваться (аргументированно!) с учетом специфики международного права прав человека, но не могут полностью отвергаться или игнорироваться. В подавляющем большинстве случаев вопрос присвоения решается как бы незаметно, подспудно, без формального обращения к нему внимания. Объясняется это тем, что в подавляющем большинстве дел рассматриваются действия органов или должностных

лиц государства, чье поведение очевидно присваивается государству. Но очевидность присвоения не означает отсутствия этой логической операции. Специальное и тщательное обращение к вопросам присвоения необходимо в делах, подобных кипрским или молдавским (а также грядущим юго-осетинским и восточно-украинским), когда необходимо решить вопрос о присвоении поведения негосударственных акторов — например, местных администраций. Другим все чаще возникающим в практике Европейского Суда вопросом присвоения является проблема разграничения ответственности государства и международной организации, в которой также используются в собственном контексте категории «эффективного контроля» или «исключительной власти». И здесь взгляды Суда претерпели значительную эволюцию: от дел Бехрами и Сарамати<sup>1</sup> до дел Аль-Скейни или Ялоуд, где Суд все больше склоняется к концепции «двойного контроля» (государством и международной организацией), когда решающее значение имеет не возможность отдавать приказы и распоряжения, а возможность предотвращать нарушения, которую, по мнению Суда, государство по отношению к своим национальным контингентам практически никогда не утрачивает, даже когда передает их под командование международной организации или другого государства (Ялоуд);

2) следующим вопросом является вопрос о том, контролируют ли эти лица от имени государства либо соответствующую территорию, либо конкретных лиц, т.е. осуществляет ли государство юрисдикцию в смысле ст. 1 Конвенции. От этого вопроса зависит, обязано ли государство уважать и обеспечивать права, предусмотренные Конвенцией и Протоколами к ней. Несмотря на значительную эволюцию взглядов Европейского Суда в этом вопросе, на сегодняшний день сохраняет свою актуальность сформулированная в деле Банковича концепция физического присутствия, дополненная необходимостью осуществления «публичных полномочий» (Аль-Скейни, Ялоуд), т.е. Суд пока не готов распространять юрисдикцию просто через выстрел или сброшенную бомбу;

3) наконец, на третьем этапе необходимо, собственно, решить, нарушило ли государство свои обязательства по Конвенции. Положительные ответы на все три вопроса дают в совокупности полный «состав» международно-противоправного действия, являющегося основанием международной ответственности государства за нарушение Европейской конвенции по правам человека.

<sup>1</sup> *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway (dec.) [G.C.], nos. 71412/01, 78166/01, 2 May 2007.*

Пользуясь выражением судьи Бонелло из его особого мнения по делу Аль-Скейни, позиция «джентльмен дома — хулиган в гостях» вряд ли будет иметь много пропонентов, следовательно, следует ожидать дальнейшего расширения Европейским Судом граней понятия «юрисдикция» и экстратerritorialного действия Конвенции. Аргументы государств по поводу отсутствия юрисдикции будут все менее сильными. В связи с этим представляется важным правильное использование и разграничение смежных, но очень разных понятий — контроля над акторами как условия присвоения их поведения государству и контроля над территорией или жертвами как условия осуществления государством юрисдикции.