



Михал Ковальски



**УВАЖЕНИЕ ЛИЧНОЙ И СЕМЕЙНОЙ ЖИЗНИ,
ЖИЛИЩА И КОРРЕСПОНДЕНЦИИ НА ОСНОВАНИИ
СТ. 8 ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА
– ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ**



ХЕЛЬСИНКСКИЙ ФОНД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Михал Ковальски

**УВАЖЕНИЕ ЛИЧНОЙ И СЕМЕЙНОЙ ЖИЗНИ,
ЖИЛИЩА И КОРРЕСПОНДЕНЦИИ НА ОСНОВАНИИ
СТ. 8 ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА
– ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ**

ВАРШАВА 2007

Автор: Др. Михал Ковальски – Кафедра Международного
публичного права, Ягеллонский Университет, Краков

Перевод с польского языка: Ленур Керимов

*Настоящее издание публикуется при финансовой
поддержке со стороны:*

Фонда Форда

Фонда Евразия

Фонда «Образование для демократии»

© Хельсинкский Фонд по Правам Человека, Варшава – Польша

Издание I

Тираж 1000 экз.

Подготовлено к печати: Nadhi

ISBN 83-87300-93-4

Содержание

1. Введение	4
2. Конструкция ст. 8 ЕКПЧ	8
2.1. Объем защиты	9
2.3. Ограничивающая клаузула	17
3. Личная жизнь	24
3.1. Определение понятия	24
3.2. Обзор судебной практики	28
4. Семейная жизнь	44
4.1. Определение понятия	44
4.2. Обзор судебной практики	47
5. Дом и корреспонденция	61
5.1 Дом	61
5.2 Корреспонденция	65

1. Введение

Уважение приватности человека, в том числе его семейной жизни, принадлежит к основным правам человека, которые определяются как личные (гражданские) и политические права, или, иначе говоря, права первого поколения. Начиная рассуждать об уважении приватности и семейной жизни, необходимо принимать во внимание характер этого поколения прав человека, которые можно, в общем, обозначить как определенные полномочия морального характера, которые понимаются как основные и универсальные этические принципы. Другими словами речь здесь ведется об определенном этическом идеале, на который должно опираться позитивное право, особенно посредством его защиты, придав ему тем самым правовой характер¹. Каждое право человека, в том числе также право на приватность и семейную жизнь, необходимо рассматривать в двух плоскостях. Во-первых, в аксиологической плоскости, где необходимо указать на философское содержание данного права и на такое его обоснование. Здесь также необходимо рассмотреть его пределы, что часто может вызывать огромные трудности. В другой плоскости необходимо заняться защитой прав человека при помощи права (внутреннего, международного), при этом, что является очевидным, нет возможности рассматривать защиту данного права человека, не ссылаясь на его философскую суть, так как эти две проблемы связаны между собой². Следовательно, невозможно принимать решений, касающихся прав человека, как на внутригосударственном уровне, так и на международном, без ссылки на аксиологию. Это ясно видно также в страсбургской судебной практике; а в контексте уважения личной и семейной жизни будет, например, касаться основных вопросов определения семейных отношений и других межличностных отношений, допустимости применения по

отношению к себе вредных действий, а значит принятия решений о себе, включая проблемы свободного решения о своей смерти, а также многих других проблем.

Понимаемые таким образом права человека определяют границы автономии человека в современном обществе. Эту автономию человека, иначе говоря, собственно сферу прав человека, составляет определенная сфера полномочий, которая, несмотря на общественные условия, должна подлежать исключительно воле человека. Эта сфера должна, прежде всего, быть свободна от вмешательства государственной власти. Следовательно, мы видим здесь негативную обязанность государства, направленную на отношения между государством и человеком, отсюда говорится о так называемом вертикальном действии прав человека. Тем не менее, государство должно эффективно защищать сферу автономии человека также от вмешательства со стороны других частных субъектов. Следовательно, здесь появляется позитивная обязанность государства, направленная на отношения между человеком и другими частными субъектами, то есть так называемое горизонтальное действие прав человека. Насколько инструменты международной защиты прав человека направлены в основном на отношения между человеком и государственной властью, в связи с чем, доминирующим является негативный аспект, настолько, в настоящее время, позитивный аспект становится все более значимым, что находит свое выражение в страсбургской линии судебной практики. Позитивный аспект особенно подчеркивается в контексте гарантий, относящихся к уважению личной и семейной жизни, где часто может доходить до нарушения этих ценностей иными частными субъектами, и где, в связи с этим, государства имеют особую обязанность противодействовать такому положению дел. Об этом будет вестись речь в дальнейших частях работы.

Выделение понимаемой таким образом автономии человека не является легким, однако это безусловно необходимо, чтобы была возможной ее защита. В Европе, на международном уровне, такое выделение было осуществлено на основании принятой в 1950 г. под покровительством Совета Европы Европейской Конвенции прав человека [далее: ЕКПЧ]³, которая в настоящее время имеет общеевропейский характер. Первая часть ЕКПЧ, дополненная

¹ Cp. R.A. Tokarczuk, *Interrelations Between Human Rights, Natural Rights and Natural Law Concepts*, (в:) *Protection of Human Rights in Poland and European Communities*, ред. L. Leszczyński, Lublin 1995, стр. 32 и след.

² Cp. A. Wierciński, *Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego*, (в:) R. Wieruszewski (red.), *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław 1991, стр. 375.

³ ETS 5.

дополнительными протоколами, формулирует каталог прав человека первого поколения, который – конечно же, охватывая также гарантии, касающиеся уважения личной и семейной жизни – стал, несомненно, самым важным показателем основных европейских стандартов прав человека. В настоящее время принимается, что в самой ЕКПЧ отражается концепция европейского общественного порядка, основывающегося – как гласит преамбула ЕКПЧ – на единообразном понимании и общем уважении прав человека в демократическом политическом режиме⁴. Однако свою особенную роль ЕКПЧ имеет, прежде всего, благодаря эффективным механизмам имплементации, потому что – как верно отмечает А. Оракелашвили – ссылка на общие идеалы и политические традиции в преамбуле ЕКПЧ указывает только на причину принятия и внедрения механизмов имплементации, в то время как сами гарантируемые права остаются универсальными по своему характеру, что впрочем, получает свое непосредственное подтверждение в самой преамбуле ЕКПЧ, которая непосредственно обращается к Всеобщей Декларации прав человека 1948 г.⁵ Ключевым механизмом имплементации является индивидуальная жалоба, которая предоставляет человеку эффективную защиту гарантируемых ему прав⁶. Индивидуальные жалобы, до реформы осуществленной

⁴ Так, например, в деле Луизиду (Loizidou) против Турции, решение по предварительным требованиям от 23.3.1995 г., жалоба 15318/89 (все решения доступны в собрании HUDOC по адресу: www.cmiskp.echr.coe.int, состояние на 01.10.2006 г.); Объединенная Коммунистическая Партия Турции и другие против Турции (The United Communist Party of Turkey and others) от 30.1.1998 г., жалоба 19392/92; см. больше С. Мик, *Ochrona praw człowieka w świetle źródeł współczesnego prawa międzynarodowego (współczesne tendencje orzecznicze)*, (в:) С. Мик (ред.), *Prawa człowieka w XXI wieku – wyzwania dla ochrony prawnej*, Toruń 2005, стр. 21-24; С. Мик занимается вопросом так называемой институционализации ЕКПЧ, которая проявляется не только в ее характере инструмента европейского общественного порядка отражающего общее аксиологическое основание, но также в приоритете ЕКПЧ – как документа прав человека – над другими международными обязательствами государств-сторон, что выражается в судебной практике (см. например, классическое уже дело Мэтьюс (Matthews) против Великобритании от 18.2.1999 г., жалоба 24833/94, или более новое дело Босфорус Хава Йоллары Туризм (Bosphorus Hava Yollari Turizm) против Ирландии от 30.6.2005 г., жалоба 45036/98), *ibidem*, стр. 15-21.

⁵ А. Оракелашвили, *The Idea of European International Law*, *European Journal of International Law* 2006, Vol. 17, No. 2, стр. 340.

⁶ Предусмотренный также ЕКПЧ механизм межгосударственной жалобы применяется очень редко. До настоящего времени только две межгосударственные жалобы окончились решениями: речь идет о делах *Ирландии против Великобритании* (*Case of Ireland v. The United Kingdom*) от 18.1.1978 г., жалоба 5310/71 и *Кипр против Турции* (*Case of Cyprus v. Turkey*) от 10.5.2001 г., жалоба 25781/94.

11-м дополнительным Протоколом, вступившим в силу 1 ноября 1998 г., рассматривались в соответствии с действующей в то время процедурой Европейской Комиссией Прав Человека и Европейским Судом по Правам Человека, которые назывались страсбургскими органами. После вступления в силу 11-го дополнительного Протокола их заменил Европейский Суд по правам человека [далее Суд] – как постоянный судебный орган.

Эффективность ЕКПЧ является тоже следствием ее своеобразной эластичности. Каталог прав, гарантированных в ЕКПЧ, был сформулирован общим образом, часто даже очень лаконично. Поэтому значение гарантируемых ценностей, а также принципы их гарантирования, требуют уточнения в судебной практике Суда, а перед реформой 11-го дополнительного Протокола – обоих страсбургских органов. Только положения ЕКПЧ, расширенные судебной практикой, что называется правом ЕКПЧ, определяют полный объем конвенционных обязательств государств-сторон. Следовательно, роль судебной практики является огромной. Она влияет также на эластичность и динамику ЕКПЧ, так как страсбургские органы на протяжении многих лет разработали определенные техники интерпретации – такие как ключевой в этом контексте принцип «живого инструмента» (*living instrument*) – в соответствии с которым необходимо интерпретировать ЕКПЧ в свете актуальных условий, что позволяет эволюционировать судебной практике, а тем самым самому праву ЕКПЧ, и учитывать изменяющиеся общественные условия. Такой подход, в значительной мере отклоняющийся от классических принципов интерпретации международных договоров в международном праве⁷, делает из инструмента принятого в 1950 г. орудие, которое может быть эффективно применено к проблемам, стоящим перед европейским обществом начала XXI века. Особенно это ясно заметно в контексте ст. 8 ЕКПЧ. В данном месте можем ограничиться только примерным перечислением судебной практики в делах касающихся обращения с транссексуалами, или проблемы эвтаназии.

⁷ Об особых принципах интерпретации договоров по правам человека см. например С. Мик, *Metodologia interpretacji traktatów z dziedziny ochrony praw człowieka*, *Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju* 1992, стр. 11 и след.

2. Конструкция ст. 8 ЕКПЧ

В ст. 8 ЕКПЧ говорится:

1. Каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции.
2. Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц.

Рассматривая по существу жалобы по ст. 8 ЕКПЧ, признанные допустимыми (также как и по ст. 9, 10 и 11 ЕКПЧ), Суд делает это, в принципе, в трех плоскостях, вытекающих из ее конструкции (они подвергаются только определенной модификации в делах, в которых проявляются позитивные обязанности государства). Иначе говоря, мы будем иметь дело со структурой применения ст. 8 ЕКПЧ, которая состоит из трех этапов умозаключений при рассмотрении данной жалобы. Данные этапы формируются следующим образом:

1. Во-первых, Суд должен ответить на вопрос – входят ли обстоятельства, описанные в жалобе, в область гарантий, предусмотренных в ст. 8 ЕКПЧ. Следовательно, здесь будет вестись речь о вопросе – занимаемся ли мы фактическими обстоятельствами дела, которые являются защищаемой ценностью, то есть с личной жизнью, семейной жизнью, домом или корреспонденцией.
2. В следующую очередь, Суд должен ответить на вопрос – имеет ли место вмешательство государственной власти в данную защищаемую ценность.

3. И, в-третьих, в случае, если будет установлено, что вмешательство было, Суд должен определить, не было ли оно необоснованным, то есть, не вышло ли за допустимый предел вмешательства, обозначенный ограничивающей клаузулой, которая содержится в п. 2 ст. 8 ЕКПЧ.

Только три позитивных ответа на вопросы, сформулированные таким образом – а следовательно, утверждение, что данные фактические обстоятельства входят в гарантируемый объем защиты, далее, что дошло до вмешательства, и, в-третьих, что оно было необоснованным – позволяют установить нарушение ст. 8 ЕКПЧ. Однако необходимо указать, что Суд в определенных обстоятельствах может не рассматривать однозначно каждый из этих вопросов, а может произвести определенный «скачок» к следующей проблеме, которая, тем не менее, будет решающей. Добавим, что будет решающей именно для установления отсутствия нарушения, потому что установление нарушения требует однозначного решения во всех трех плоскостях. В качестве примера, в деле *Притти* Суд оказался перед трудной проблемой однозначного решения – дошло ли в обстоятельствах дела до вмешательства в личную жизнь заявителя⁸. Однако это не было необходимым, потому что и так решающим для установления отсутствия нарушения ст. 8 ЕКПЧ было усмотрение, что даже если предположить, что было вмешательство, необходимо и так принять такое вмешательство в качестве соответствующего предпосылкам ограничивающей клаузулы, и тем самым допустимого⁹.

Присмотримся теперь ближе к отдельным плоскостям применения ст. 8 ЕКПЧ.

2.1. Объем защиты

Суд начинает рассматривать жалобу по существу на основании ст. 8 ЕКПЧ с квалификации существующих фактических обстоятельств в контексте вступительной оценки – идет ли речь в данной жалобе о ценностях, подлежащих защите, то есть о личной жизни, семейной жизни, жилище или корреспонденции. Тем самым определяется значение этих понятий, что также имеет существенное значение

⁸ *Притти (Pretty) против Великобритании* от 29.4.2002 г., жалоба 2346/02, пар. 67.

⁹ На тему дела *Притти* см. подробнее часть 3.2.

для объема конвенционных обязательств государств-сторон. Суд рассматривает здесь в значительной степени проблемы, которые имеют аксиологический характер и касаются самой сути гарантируемого права и его объема.

Уважение личной и семейной жизни, жилища и корреспонденции, которые гарантирует ст. 8 ЕКПЧ, составляет существенную часть указываемой выше сферы автономии человека. В принципе, все перечисленные в ст. 8 ценности входят в широко понимаемую сферу приватности. Однако было принято решение выделить из понимаемой таким образом приватности личную жизнь, семейную жизнь, а также жилище и корреспонденцию. Такое разделение предусмотрено также в других инструментах защиты прав человека, как например в ст. 12 Всеобщей Декларации прав человека от 1948 г. и в ст. 17 Международного Пакта о гражданских и политических правах от 1966 г., которые вместе с личной жизнью, семейной жизнью, жилищем и корреспонденцией выделяют также честь и репутацию. Несмотря на то, что эти последние из перечисленных ценностей не были выделены в буквальном звучании ст. 8 ЕКПЧ, они также входят в объем защиты, гарантируемой на ее основании¹⁰.

Такую разницу необходимо принимать в качестве того, что подчеркивается особенное значение, придаваемое выделяемым ценностям. Это относится, прежде всего, к выделению семейной жизни, что подчеркивает особенное общественное значение семьи, которая по традиции обладает широкой правовой защитой, как во внутригосударственной плоскости, так и международной, о чем будет еще вестись речь в дальнейшей части работы. Подобное выделение уважения жилища и корреспонденции подчеркивает особенное значение, придаваемое этим ценностям в европейских обществах. Однако необходимо обратить внимание, что точное разграничение этих ценностей в определенных фактических обстоятельствах не всегда будет возможно, также и не обязательно должно быть необходимым, потому что эти понятия, составляя широкую сферу приватности, в определенной степени могут взаимно покрываться.

Однако стоит подчеркнуть, что выделение отдельных ценностей в рамках широко понимаемой приватности является в определенной степени следствием их отличия, что может влиять на объем

гарантируемой защиты. Например, в страсбургской судебной практике депортация иностранца, следствием которой являлось бы нарушение его личной жизни или семейной жизни, на основании ст. 8 ЕКПЧ принимается по-разному, так как значительно более широкая защита предоставляется семейной жизни¹¹. Однако в других ситуациях уровень гарантируемой защиты не будет зависеть от квалификации ценности в рамках ст. 8 ЕКПЧ.

Принимая решения, определяющие объем значения конвенционных понятий, Суд ссылается на разработанную страсбургскими органами концепцию так называемых автономных понятий. Она заключается в том, что Суд не связан определением этих понятий во внутреннем праве государств-сторон и имеет возможность самостоятельной оценки их применения¹². Следовательно, Суд не будет связан определением таких понятий, как например «жилище», в данном внутригосударственном правовом порядке¹³. Суд будет самостоятельно определять эти понятия для потребностей применения ЕКПЧ, принимая, прежде всего, во внимание саму суть данного понятия. Такой подход Суда можно заметить, как правильно подчеркивается в литературе, также при рассмотрении жалоб, в которых не наблюдаются непосредственные ссылки на концепцию автономных понятий, как это имеет место, например, при определении таких понятий как «семья» или «личная жизнь»¹⁴.

Однако Суд не абстрагируется от значений, придаваемых данному понятию во внутригосударственном праве, хотя не принимает их в качестве решающих. Более того, Суд часто делает определенный сравнительный анализ, как данное понятие определяется в правовых системах иных государств-сторон Конвенции. Он может делать это даже более широко, ссылаясь на другие международные инструменты, как например, в деле *Маркс*¹⁵, и даже на правовые

¹¹ Ср. например *Бенсаид (Bensaid) против Великобритании* от 06.02.2001 г., жалоба 44599/98 (личная жизнь) и *Беррехаб (Berrehab) против Голландии* от 21.07.1988 г., жалоба 10730/84 (семейная жизнь).

¹² K. Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, London 2002 (2nd ed.), стр. 41.

¹³ См. например *Прокопович (Prokopovich) против России* от 18.11.2004 г., жалоба 58255/00, пар. 36.

¹⁴ K. Reid, *op. cit.*, стр. 41.

¹⁵ *Маркс (Marckx) против Бельгии* от 13.06.1979 г., жалоба 6833/74.

¹⁰ См. более подробно часть 3.1.

системы третьих государств, как в деле *Притти*, в котором Суд сослался на канадские правовые положения. Следовательно, Суд ищет определенный современный консенсус в подходе к данному вопросу, однако, прежде всего государств-сторон. Это соответствует указанной выше эволюционной концепции интерпретации, которая определяет ЕКПЧ как живой инструмент, который принимает во внимание общественные перемены, отражающиеся в изменении подхода к актуальным на протяжении многих лет проблемам. Методика поиска консенсуса в подходе государств-сторон, довольно часто применяемая в практике Суда, не должна быть, однако решающей, потому что, как правильно замечает Г. Летсас, если нельзя согласиться с предположением, что большинства принимают решение о том, какими правами обладает человек, тем самым нельзя согласиться на то, чтобы решающим для правовых споров в сфере прав человека было то, что большинства в настоящее время принимают либо определили в своих правовых системах¹⁶. Следовательно, Суд должен стремиться к определению объективной сути данного права, а эволюция в восприятии данной проблемы внутренними системами государств-сторон будет существенна настолько, насколько позволяет приблизиться к этой сути. Г. Летсас ссылается здесь на пример дела *Даджон*¹⁷, – что выходит за рамки определения конвенционных понятий – в котором в качестве несоответствующей ст. 8 ЕКПЧ была принята уголовная наказуемость добровольных гомосексуальных актов между взрослыми в Северной Ирландии. Рассматривая данное дело, Суд сослался кроме прочего на эволюцию в правовых системах большинства государств-сторон в направлении отмены практики уголовной ответственности таких актов, потому что она является лучшей по сравнению с предыдущей практикой уголовной наказуемости. То есть здесь мы видим эволюцию в сторону лучшего отражения сути гарантируемого права¹⁸.

¹⁶ G. Letsas, *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*, European Journal of International Law 2004, Vol. 15, No. 2, стр. 304.

¹⁷ *Даджон (Dudgeon) против Великобритании* от 22.10.1981 г., жалоба 7525/76.

¹⁸ G. Letsas, *op. cit.*, стр. 302.

2.2. Вмешательство

Из самой структуры ст. 8 ЕКПЧ неоспоримо следует, что гарантируемые в ней ценности не имеют абсолютного характера и вмешательство (либо отсутствие требуемого действия) публичной власти в эти ценности может быть обоснованно и не являться нарушением ЕКПЧ. Поэтому, во-первых, п. 2 ст. 8 ЕКПЧ формулирует так называемую ограничивающую клаузулу, которая подробно, но также и эластично, определяет исключения от принципа недопустимости вмешательства, являющегося исходным пунктом. Об ограничивающей клаузуле речь будет вестись ниже¹⁹.

Во-вторых, необходимо помнить, что гарантии ст. 8 ЕКПЧ могут быть приостановлены в соответствии с так называемой приостанавливающей клаузулой на основании ст. 15 ЕКПЧ. Если ограничивающая клаузула позволяет государствам ограничивать пользование данными ценностями в нормальных условиях функционирования государства, то приостанавливающая клаузула позволяет государствам-сторонам отступить от соблюдения своих обязательств в чрезвычайных ситуациях. В соответствии с п. 1. ст. 15 такой чрезвычайной ситуацией является война или иные чрезвычайные обстоятельства, угрожающие жизни народа, при чем меры в отступление от обязательств должны точно соответствовать требованиям ситуации, и не могут противоречить международному праву. П. 3 ст. 15 предусматривает также формальное требование проинформировать Генерального Секретаря Совета Европы о принятых мерах²⁰.

И, в-третьих, государства-стороны, становясь участником ЕКПЧ, могут сделать оговорки в соответствии со ст. 57 Конвенции, модифицируя, таким образом, свои конвенционные обязательства. Из действующих в настоящее время оговорок ст. 8 ЕКПЧ касаются две оговорки, сделанные Лихтенштейном в 1982 г. и Монако в 2005 г.²¹ В обоих случаях речь идет об особенном обращении во

¹⁹ См. часть 2.3.

²⁰ Подробнее на тему приостанавливающих клаузул см. например M. Lubiszewski, *Derogacja zobowiązań w dziedzinie praw człowieka*, [в:] B. Gronowska et al., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, стр. 212-223.

²¹ *List of declarations, reservations and other communications made with respect to Treaty No. 5*, доступный в базе международных договоров Совета Европы по адресу: www.conventions.coe.int, состояние на 01.10.2006 г.

внутригосударственном праве с иностранцами (в основном это касается разрешений на работу) в контексте их семейной жизни.

В своих решениях Суд многократно устанавливал, что предметом ст. 8 ЕКПЧ является защита человека перед произвольным вмешательством публичных властей. Следовательно, эта статья формулирует, прежде всего, негативную обязанность публичных властей невмешательства в защищаемые сферы жизни человека. Однако Суд оговорил, что публичные власти могут иметь также определенные позитивные обязанности необходимые для защиты прав, гарантированных в ст. 8 ЕКПЧ. Точное разграничение негативных и позитивных обязанностей публичных властей является очень трудным. Однако в обоих случаях должно соблюдаться равновесие между противоречащими друг другу интересами человека и всего общества, также как и необходимо принять во внимание пользование государством пределами оценочной свободы²². На эти последние Суд будет достаточно часто ссылаться в контексте гарантий ст. 8 ЕКПЧ, учитывая специфику защищаемых ценностей и оставляя государствам далеко идущий выбор в обеспечении уважения этих ценностей²³.

Как уже упоминалось выше, позитивные обязанности публичных властей особенно важны именно в контексте гарантий, относящихся к уважению личной и семейной жизни, где часто может доходить до ситуаций, в которых они будут обязаны предпринять действия, нацеленные на реализацию гарантируемых прав. Это подтверждает то, что за первые значимые дела, в которых страсбургские органы начали разрабатывать концепцию позитивных обязанностей, принимаются дела, касающиеся, кроме прочего, именно гарантий из ст. 8 ЕКПЧ – речь здесь идет о двух делах от 1979 г.: *Маркс и Эйри*²⁴. Несмотря на значительное развитие судебной практики, касающейся позитивных обязанностей, Суд не разработал общей теории по этому вопросу,

концентрируясь, прежде всего, на индивидуальных обстоятельствах каждого дела, что – как критически упоминается в литературе – не содействует его предсказуемости²⁵.

В этом месте стоит подчеркнуть две категории дел, которые могут быть выделены в контексте позитивных обязанностей²⁶. Во-первых, речь здесь будет вестись о – упомянутой в начале данной работы – ситуации, в которой на публичных властях будет лежать позитивная обязанность совершения действия, направленного на то, чтобы права, гарантируемые Конвенцией, не нарушались иными частными субъектами. То есть здесь идет речь о горизонтальном действии прав человека. Примером такого типа дел является дело *Хокканен*²⁷, в котором финские власти нарушили ст. 8 ЕКПЧ, потому что не исполнили позитивной обязанности обеспечения обоснованного права отца на доступ к ребенку, в то время как доступ к ребенку был полностью закрыт его дедушками, имевшими право на опеку. Однако можно выделить другую категорию дел, в которой позитивные обязанности публичных властей касаются только отношений между властью и человеком без участия других частных субъектов. Примером для этой категории является дело *Маркс*, в котором (неисполненная) позитивная обязанность бельгийских властей на основании ст. 8 ЕКПЧ заключалась в необходимости введения таких регуляций во внутригосударственном законодательстве, которые позволили бы обеспечить уважение семейной жизни между незамужней матерью и ее ребенком.

Однако фактически, точное разграничение негативных и позитивных обязанностей часто бывает очень трудным, а даже, в отдельных делах, вообще невозможным. Это показывает пример дела *Гюль*, в котором заявитель, турецкий иммигрант, проживающий в Швейцарии, утверждал, что швейцарские власти нарушили ст. 8 ЕКПЧ, потому что приняли негативное решение, касающееся въезда и пребывания в стране семилетнего сына заявителя – Эрзина, в соответствии с положениями, регулирующими вопросы соединения

²² *Киган (Keegan) против Ирландии* от 26.05.1994 г., жалоба 16969/90, пар. 49; *Кроон и другие (Kroon and others) против Голландии* от 27.10.1994 г., жалоба 18535/91, пар. 31; *Гюль (Gül) против Швейцарии* от 19.02.1996 г., жалоба 23218/94, пар. 38; М. Kowalski, *Prawa i obowiązki rodziców w kontekście uregulowań Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [в:] Т. Jasudowicz (ред.), *Prawa rodziny - prawa w rodzinie z punktu widzenia międzynarodowych standardów praw człowieka*, Toruń 1999, стр. 225.

²³ Ср. например *X и Y (X and Y) против Голландии* от 26.03.1985 г., жалоба 8978/80.

²⁴ *Эйри (Airey) против Ирландии* от 09.10.1979 г., жалоба 6289/73.

²⁵ С. Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin 2003, стр. 379; в цитируемом деле автор представляет предложение систематизировать позитивные обязанности в качестве нормативной категории.

²⁶ Ср. *ibidem*, стр. 381-382.

²⁷ *Хокканен (Hokkanen) против Финляндии* от 23.09.1994 г., жалоба 19823/92.

семей. Как отметил судья С.К. Мартенс: «Ответ на [...] вопрос, нарушило ли решение швейцарских властей позитивную или негативную обязанность – если вообще нарушило какой-либо тип обязанности – касается проблемы семантики: отказ швейцарских властей дать разрешение Эрсину и его родителям на соединение можно принять в качестве действия, от которого они должны были воздержаться. Однако одновременно это можно воспринять как не совершение действия, которое они должны были предпринять, а именно, предоставить возможность соединения посредством дачи разрешения. Если принять точку зрения, что это является нарушением позитивной обязанности (если нарушение вообще имело место), то это приведет к неудобной системной непоследовательности, а именно к тому, что запрет въезда лицу в государство, в котором проживает его семья, не входит в ту же самую категорию нарушений, что и депортация лица из государства, в котором проживает его семья. В первом случае решение может нарушать позитивную обязанность, следующую из ст. 8, а в другом – негативную».²⁸

В случае появления позитивных обязанностей государства должна, конечно же, подвергнуться определенной модификации структура применения ст. 8 ЕКПЧ. То есть здесь мы имеем дело не столько с действием, являющимся вмешательством, сколько с бездействием со стороны государства. Как следствие, Суд не переходит к третьему этапу исследования допустимости вмешательства в соответствии с ограничивающей клаузулой. Вместо этого, рассуждения, касающиеся цели и пропорциональности «переносятся» в часть рассуждений, касающихся существования самой позитивной обязанности, с учетом равновесия между конкурирующими интересами человека и всего общества и пределов оценочной свободы государства²⁹. В принципе такой подход может быть сведен также к трем этапам. Как предлагает С. Дроге, такая структура основывалась бы на исследовании: во-первых, входит ли позитивное требование человека в объем предусмотренных гарантий; во-вторых, имело ли место бездействие со стороны государства; а в-третьих, было ли такое бездействие пропорциональным по отношению к заданной цели³⁰.

²⁸ *Gül... Dissenting opinion of Judge Martens, approved by Judge Russo*, пар. 7, собственный перевод [Прим. – автора текста] с английского языка.

²⁹ K. Reid, *op. cit.*, стр. 50.

³⁰ C. Dröge, *op. cit.*, стр. 390.

2.3. Ограничивающая клаузула

Допустимый объем вмешательства в реализацию гарантируемых прав определяет ограничивающая клаузула, содержащаяся в п. 2 ст. 8 ЕКПЧ. Иначе говоря, эта клаузула – исходя из принципа невмешательства – в исключительных обстоятельствах разрешает публичным властям вмешиваться в данное право. Ограничивающая клаузула, содержащаяся в п. 2 ст. 8 ЕКПЧ, схожа с ограничивающими клаузулами, предусмотренными в статьях 9–11 ЕКПЧ (соответственно: свобода мысли, совести и религии; свобода выражения; свобода собраний и объединения), с которыми имеет одинаковую структуру. Однако она отличается с точки зрения сформулированных целей допустимого вмешательства, что следует из необходимости учета специфики отдельных гарантий. Тем не менее, необходимо отметить, что принципы применения ограничивающих клаузул на основании статей 8–11 ЕКПЧ, сформулированные в страсбургской судебной практике, в большой степени имеют к ним общее применение. И так, например, признаются в качестве классических дел, закладывающих интерпретационный фундамент в этом контексте, два дела, касающиеся свободы выражения мнений: *Хэндисайд*³¹ и *Санди Таймс (№ 1)*³².

В соответствии с текстом ограничивающей клаузулы, предусмотренной в п. 2 ст. 8 ЕКПЧ, и принципами ее применения, разработанными страсбургскими органами, вмешательство является допустимым, если будут исполнены все нижеперечисленные условия, то есть вмешательство:

1. предусмотрено правом;
2. реализует одну из перечисленных целей: защищает национальную безопасность, общественный порядок либо экономическое благосостояние страны, служит предотвращению беспорядков или преступлений, обеспечивает защиту здоровья или нравственности или права и свободы других лиц;
3. является необходимым в демократическом обществе для достижения этих целей с учетом принципа пропорциональности, процессуальных гарантий, а также с учетом пределов оценочной свободы государства.

³¹ *Хэндисайд (Handyside) против Великобритании* от 07.12.1976 г., жалоба 5493/72.

³² *Санди Таймс (№ 1) (Sunday Times (no 1)) против Великобритании* от 26.04.1979 г., жалоба 6538/74.

Эти три условия допустимости вмешательства, которые определяются как «тест легальности», «тест целесообразности» и «тест необходимости», принимаются в качестве модельного примера ограничивающей клаузулы³³.

Легальность

Тест легальности имеет целью, в первую очередь, исследовать – имело ли вмешательство соответствующее правовое обоснование во внутригосударственной правовой системе. Понятие «право» касается не только законодательных актов, но также правовых актов низшего ранга, также как и относится к нормам обычного права, типичных для систем *common law*³⁴. Однако Суд подчеркнул также роль судебной практики в континентальных системах, констатируя, что «[...] в сфере, охваченной писаным правом, «право» обозначает обязательный правовой акт в соответствии с интерпретацией соответствующих судов, которая принята, в случае необходимости, в свете новых практических обстоятельств»³⁵.

Однако тест легальности не может ограничиваться только исследованием существования правового основания, а требует также исследования качества права, что в этом случае обозначает ссылку на принцип правового государства³⁶. Суд вывел следующие основные условия, касающиеся качества права. Во-первых, право должно соответствовать условию доступности, а, следовательно, должно быть соответствующим образом публично оглашено. Во-вторых, что связано с предыдущим условием, право должно быть предсказуемым с точки зрения возможности идентификации требуемого поведения адресатом данной нормы, а также с точки зрения значения и сути мер, которые могут быть применены³⁷. Однако степень предсказуемости может быть разной, и должна учитывать специфику данных мер, как например, тех, которые

³³ R. Mizerski, *Limitacja korzystania z praw człowieka*, [в:] B. Gronowska et al., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, стр. 202.

³⁴ См. например: *Санди Таймс (№ 1)*..., пар. 49; *Даджон*..., пар. 44.

³⁵ *Хувиг (Huvig) против Франции* от 24.04.1990 г., жалоба 11105/84, пар. 28; собственный перевод с английского языка.

³⁶ *Мэлоун (Malone) против Великобритании* от 02.8.1984 г., жалоба 8691/79, пар. 67.

³⁷ *Санди Таймс (№ 1)*..., пар. 49; *Хувиг*..., пар. 29.

применяются для обеспечения государственной безопасности³⁸. В-третьих, данное правовое положение должно быть достаточно ясным. Это не обозначает, что недопустимыми являются такие правовые положения, которые оставляют определенный предел для толкования нормы по собственному усмотрению. Напротив, часто это будет являться неизбежным из-за специфики регулируемой материи. Тем не менее, данное правовое положение должно определять пределы такой возможности усмотрения³⁹.

Необходимым также является существование соответствующих средств правовой защиты, которые позволяют эффективно противодействовать произвольному вмешательству, что особенно важно в ситуациях, в которых публичные власти предпринимают действия, имеющие тайный характер, как, например, в контексте прослушивания телефонов, а также иных форм контроля корреспонденции⁴⁰. С одной стороны здесь идет речь о прозрачном и точном урегулировании принципов таких действий, а с другой стороны также о доступности эффективных средств контроля. Этот последний вопрос рассматривается Судом также в контексте теста необходимости в том значении, что в правовом государстве человек должен иметь доступ к эффективным средствам контроля, которые позволяют ограничить вмешательство до того, что является необходимым в демократическом обществе⁴¹. Однако кажется, что этот вопрос из-за своего процессуального характера должен последовательно рассматриваться в рамках теста легальности в связи с качеством права.

В свою очередь, если говорится о характере такого контроля, то речь здесь будет идти о средствах судебного контроля, который является наиболее соответствующим в демократическом обществе для обеспечения независимости, беспристрастности

³⁸ *Лупса (Lupsa) против Румынии* от 08.06.2006 г., жалоба 10337/04, пар. 33; *Леандер (Leander) против Швеции* от 26.03.1987 г., жалоба 9248/81, пар. 51.

³⁹ *Сильвер и другие (Silver and others) против Великобритании* от 25.03.1983 г., жалобы 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, пар. 88; *Мэлоун*..., пар. 68; *Лупса*..., пар. 34.

⁴⁰ *Мэлоун*..., пар. 67-68; *Сильвер*..., пар. 90.

⁴¹ См. в особенности *Ламберт (Lambert) против Франции* от 24.08.1998 г., жалоба 23618/94, пар. 40.