

В НОМЕРЕ**PRAXIS****RES JUDICATA****МЕЖАМЕРИКАНСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ЗА 2017 ГОД**

Оскар Парра Вера, Патрисия Тарре Мосер

В статье приводится анализ судебных дел, рассмотренных Межамериканским Судом по правам человека в 2017 году. При исследовании принципиально важных постановлений и консультативных заключений Суда основное внимание авторы уделяют инновационным и прогрессивным правовым позициям по конкретным вопросам, которые имеют значение не только для внутреннего права и межамериканской системы защиты прав человека, но и других региональных систем защиты прав. В обзоре затрагивается широкий круг вопросов, в том числе: охрана окружающей среды и права человека; гарантии при проведении военной подготовки; соблюдение и применение принципа логичности в процессе расследования; применение международного гуманитарного права в международных вооружённых конфликтах; права ЛГБТ и обязанности государств в отношении не только отдельных представителей, но и общества в целом; возможность прямой судебной защиты социальных прав в соответствии со статьёй 26 Межамериканской конвенции о правах человека; переходное правосудие; судебные гарантии и эффективные средства судебной защиты. Для целей анализа и ясности изложения в статье последовательно представлены основные вопросы с соответствующими решениями Суда.

Ключевые слова: Межамериканский Суд по правам человека; охрана окружающей среды; международное гуманитарное право; принцип логичности при расследовании; военная подготовка; права ЛГБТ; возможность судебной защиты социальных прав; судебная защита.

Оскар Парра Вера — MSc in Criminology and Criminal Justice; мировой судья Особого судебного присутствия по установлению и поддержанию гражданского мира в Колумбии, консультант Секретариата Межамериканской комиссии по правам человека, Богота, Колумбия (e-mail: oscar.parra@jep.gov.co).

Патрисия Тарре Мосер — LL.M., адвокат при Межамериканском Суде по правам человека, стажёр Межамериканской комиссии по правам человека, Сан-Хосе, Коста-Рика (e-mail: patriciatarre@corteidh.or.cr).

EX OFFICIO**ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ОБЗОР ПОСТАНОВЛЕНИЯ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ
ОТ 28 НОЯБРЯ 2017 ГОДА ПО ДЕЛУ
МЕРАБИШВИЛИ (MERABISHVILI) ПРОТИВ ГРУЗИИ
(ЖАЛОБА № 72508/13)**

Постановление Большой Палаты Европейского Суда по правам человека по делу *Мерабишвили (Merabishvili) против Грузии* касается задержания и предварительного заключения бывшего премьер-министра Грузии, которые, как утверждал заявитель, преследовали скрытые цели. Большая Палата пришла к выводу о том, что, несмотря на изначальное соответствие Конвенции о защите прав человека и основных свобод задержания и предварительного заключения заявителя, необоснованное продление срока заключения, а также использование его властями Грузии с целью получения от заявителя сведений нарушили, соответственно, пункт 3 статьи 5 и статью 18 в сочетании с пунктом 1 статьи 5 Конвенции. В этом деле Большая Палата обобщила предшествующую практику по статье 18 Конвенции, подтвердив ранее сформулированные правовые позиции о том, что, несмотря на невозможность самостоя-

тельного применения статьи 18, она может быть нарушена даже тогда, когда отсутствует нарушение той статьи, в сочетании с которой она применяется, и что она может быть нарушена только в случае, если конвенционное право, в которое было осуществлено вмешательство, может быть ограничено, то есть является относительным, а не абсолютным. Кроме того, Большая Палата уточнила, применительно к ситуациям, когда ограничение преследует множественные цели, как предусмотренные Конвенцией, так и нет, что само по себе это не является нарушением Конвенции и в таких случаях необходимо определять преобладающую цель. Наконец, в части стандарта доказывания жалобы на нарушение статьи 18 не требуют обязательного предоставления заявителем «прямых и неопровержимых доказательств» и могут подтверждаться косвенными доказательствами.

Ключевые слова: право на свободу и личную неприкосновенность; лишение свободы; задержание; предварительное заключение; пределы использования ограничений в отношении прав; множественность целей; преобладающая цель; скрытая цель ограничения прав; стандарт доказывания.

Обзор подготовлен *Димитрием Сергеевичем Медниковым* (e-mail: d.mednikov@mail-illpr.ru).

SCRIPTORIUM**JUS GENTIUM****МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ ПРИНЦИП НЕВМЕШАТЕЛЬСТВА
И КИБЕРОПЕРАЦИИ: НЕОПРАВДАНЫЕ ОЖИДАНИЯ?**

Вера Русина

В статье анализируется, насколько такой основной принцип международного права, как принцип невмешательства в дела, находящиеся во внутренней компетенции государства, способен применяться и эффективно сдерживать так называемые «кибероперации низкой интенсивности», то есть нападения на компьютерные сети, которые не подпадают под понятие «применение силы». Для этой цели автор пытается выяснить, каково содержание и сфера применения этого принципа в современном международном праве, и приходит к выводам о том, что раскрывающие данный принцип акты «мягкого права», оставляя его конкретное наполнение туманным, отражают удобный для государств компромисс; а значение правовых позиций, изложенных Международным Судом ООН в считающемся ключевым в данной сфере деле *Никарагуа против США*, является в значительной степени переоцененным. В итоге автор приходит к выводу, что международно-правовой принцип невмешательства, хотя и сдерживает прямое вмешательство со стороны других государств, из-за ограниченной сферы применения, к которой добавляется высокий уровень «правовой неопределённости», окружающей его базовые элементы, не способен выступать эффективным инструментом в борьбе с кибероперациями. Кроме того, характерное для применения для этого принципа смешение политических и правовых подходов, скорее всего, станет препятствием на пути формирования новых международных обычаев, которые могли бы регулировать специфику сетевых атак.

Ключевые слова: принцип невмешательства; кибероперации; внутренние дела государства; Международный Суд ООН; суверенитет; Таллинское руководство.

Русинова Вера Николаевна — доктор юридических наук, профессор кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: vrusinova@hse.ru).

OPINIO JURIS

СЛЫШАТЬ ЖИЗНЬ: ДЕЙСТВИЕ АКТОВ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА В НАЦИОНАЛЬНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ

Татьяна Нешатаева

Статья посвящена взаимовлиянию правовых позиций международных судов (на примере практики Международного суда ООН, Европейского Суда по правам человека, Суда Европейского Союза) и влиянию правовых позиций международных судов, формируемых в процессе нормоконтроля, на развитие международного и национального права (на примере Суда Евразийского экономического союза). В настоящее время основной функцией международных судов является не функция арбитра по разрешению спора, но функция толкователя с целью создания единообразного правоприменения, единых стандартов для всех акторов международного правоотношения. Суд, избежавший политизации и функционально толкующий нормы международного права, способен создать позицию, влияющую на правовое регулирование в конкретном интеграционном объединении. Суд не создает конкретную правовую норму, но формулирует правило (позицию), которое в будущем через прецедентную практику становится обычной нормой, в том числе и когентной, императивной, или через регулируемую практику, прогрессивно развиваясь, оформляется в статутную норму. Значительную роль в этом процессе могут сыграть решения иных международных и национальных судов, подхвативших правовую позицию суда, впервые сформулировавшего то или иное правило. Правовые позиции актов Суда Евразийского экономического союза постепенно входят в ткань национальных правовых систем весьма своеобразными способами, отличными от тех, что приняты в других региональных интеграционных объединениях: в евразийском экономическом союзе постепенно формируются связи и взаимодействия, отвечающие правосознанию, традициям, представлениям, общим для государств – членов Союза. Затрагивается проблема негативного прецедента, при котором суд препятствует развитию права, и указываются его возможные причины и последствия. Автор приходит к выводу, что суд, создавая негативный прецедент, может иметь в виду иные аспекты разрешения экономического конфликта. Преодоление подобных явлений во многом зависит от личностных качеств судей, а единственным способом выявления негативного прецедента становится институт особых мнений. Делается вывод, что для развития права не важна сила судебного акта – обязательное решение, рекомендательное консультативное заключение или особое мнение судьи.

Ключевые слова: правовая позиция; прецедент; Суд ЕАЭС; международный нормоконтроль; толкование международных норм; развитие международного права.

Нешатаева Татьяна Николаевна – доктор юридических наук, профессор, судья Суда Евразийского экономического союза, Минск, Республика Беларусь (e-mail: tneshtaeva@gmail.com).

JUS NOMINUM

ТЕРРОРИЗМ И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

О ПРАВОО ПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Ангелика Нуссбергер

Борьба с терроризмом – это пример области, в которой возникает противоречие между правами и интересами общества в целом, с одной стороны, и правами отдельных граждан – с другой. Европейский Суд по правам человека сталкивается здесь с самыми разнообразными жалобами: со стороны жертв (как, например, в деле *Тагаева против России*), со стороны тех, кого обвинили в терроризме (*Эль Масри против Мавритании*; *Ибрагим против Великобритании*), со стороны тех, кого сочли будущими террористами (*К2 против Великобритании*), со стороны членов семей погибших террористов (*Сабанчинова против России*), наконец, со стороны тех, кого сочли сторонниками террористов и осудили за экстремистские высказывания (*Леруа против Франции*). Принимая

решения по таким делам, Суд при оценке обязанностей государства принимать действительные превентивные и репрессивные меры, учитывает принцип *ultra posse nemo tenetur* («не требовать больше возможного»). В то же время Суд должен подтверждать абсолютный характер ряда прав, например тех, которые закреплены в статье 3 Европейской Конвенции по правам человека, особенно в случаях выдачи и выдворения. Стандарты для оценки действий властей были установлены при рассмотрении дела *МакЭнн против Великобритании* с учётом перспективы террориста и детализированы в деле *Тагаева против России* с учётом перспективы жертвы. Дела, в которых рассматривается право на справедливое судебное разбирательство, требуют внимательного изучения всех разнообразных прав, которые бывают в них затронуты, особенно права на эффективную защиту и права на состязательный процесс; ограничения этих и других прав допустимы, но не должны ставить под сомнение справедливость судебного разбирательства в целом. В то время как решения Суда не должны препятствовать эффективной борьбе с терроризмом, он тем не менее обязан отстаивать принципиальное понимание «неотчуждаемого» характера прав человека.

Ключевые слова: Европейская Конвенция по правам человека; терроризм; право на жизнь; обязанности государства; чрезвычайное положение; справедливое судебное разбирательство.

«ПРИНЦИПАЛЬНОЕ СОПРОТИВЛЕНИЕ» РЕШЕНИЯМ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В СВЕТЕ КРИТИЧЕСКОЙ ТЕОРИИ

Владислав Толстых

В последние несколько лет высшие суды государств – членов Совета Европы не раз отказывались исполнять решения ЕСПЧ со ссылкой на приоритет внутреннего права или иные препятствия, существующие на уровне внутреннего порядка. Данный феномен получил название «принципиальное сопротивление». В статье он анализируется в свете критического подхода к международному праву, озвученного Д. Кеннеди, Дж. Боили и М. Коскенниemi. Данный подход включает несколько ключевых идей: опосредованности права политикой, баланса автономии и порядка, расширения спектра аргументационных возможностей. Он рассматривает права человека контекстуально, то есть в привязке к той среде, в которой они осуществляются и действуют. Отсюда следует, что права человека являются не единым институтом, а двумя (и более) институтами, закреплёнными в разных порядках. В связи с этим феномен «принципиального сопротивления» отражает не только конфликт позиций, но и несовместимость систем координат, в рамках которых эти позиции были сформированы. Данная несовместимость не означает невозможность гармонии судебных решений, которая достигается тогда, когда тренды автономии и порядка находятся в равновесии. Тренд автономии реализуется, если есть сферы, в которых государства действуют свободно и независимо; тренд порядка – если есть сферы, в которых они соблюдают общие нормы и осуществляют эффективное принуждение в общих интересах. Сегодня эти тренды выглядят почти исчерпанными и возможностями для достижения гармонии судебных решений исчезают: суды не чувствуют себя в безопасности и перестают идти на уступки. «Принципиальное сопротивление» предполагает две группы аргументов. Первая содержит критику активистских практик Европейского Суда по правам человека, вторая представляет собой инструменты публичного порядка, то есть концепции, обосновывающие право на отказ от имплементации дисквалифицированных решений Европейского Суда. «Принципиальное сопротивление» выполняет несколько полезных функций, но подрывает сложившийся баланс между порядками, обесценивает риторический арсенал и ставит под сомнение права человека. Проблема «принципиального сопротивления» не представляет собой что-то совершенно новое, любое её решение, однако, не будет окончательным, так как она вызвана общим кризисом права. Данный кризис может быть разрешён только через переход к принципиально иной правовой парадигме.

Ключевые слова: соотношение правопорядков; права человека; Европейский Суд по правам человека; конституционное правосудие; «принципиальное сопротивление».

Толстых Владислав Леонидович — доктор юридических наук, заведующий кафедрой международного права Новосибирского государственного университета, Новосибирск, Россия (e-mail: vlt73@mail.ru).

РАССМОТРЕНИЕ СПОРТИВНЫХ СПОРОВ В ЕВРОПЕЙСКОМ СУДЕ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ДЕЛ И НЕКОТОРЫЕ ПЕРСПЕКТИВЫ НА БУДУЩЕЕ

Лариса Захарова

Обвинения в нарушениях антидопинговых правил в адрес российских спортсменов подвигают представителей отечественной юридической науки и практики к более активному поиску эффективных способов защиты их прав. Как потенциальный форум для разрешения спортивных споров особый интерес вызывает Европейский Суд по правам человека — контрольный механизм, предусмотренный Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод 1950 года. В статье рассмотрена формирующаяся практика Суда по разрешению спортивных споров. Она разделена на три категории в зависимости от нарушений конвенционных прав, чаще всего указываемых заявителями: по статье 8 (право на уважение частной и семейной жизни) и статье 2 Протокола № 4 (свобода передвижения); по статье 6 (право на справедливое судебное разбирательство); по статье 3 (запрет пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания) и статье 5 (право на свободу и личную неприкосновенность). В деле *Национальная федерация спортивных профсоюзов и другие против Франции*, по которому Европейский Суд вынес решение в январе 2018 года, установлено отсутствие нарушений прав спортсменов по статье 8 Конвенции и неприменимость статьи 2 Протокола № 4. Ранее Суд не признал нарушений прав спортивных болельщиков по статьям 3 и 5 Конвенции. Спортивному клубу в деле *Футбольный клуб «Мретеби» против Грузии* удалось убедить Суд в нарушении Грузией статьи 6 Конвенции. Вынесет ли Европейский Суд положительное решение по жалобам спортсменов, указавших на нарушения статьи 6, допущенные Швейцарией (дела *Адриан Муту против Швейцарии* и *Клаудиа Пехштайн против Швейцарии*)? Шансы разрешения споров в пользу заявителей представляются весьма высокими. В заключении высказаны некоторые предположения в отношении того, что может стать предметом судебного разбирательства в будущем, в частности нарушения, касающиеся запрета дискриминации, закреплённого в статье 14 Конвенции и статье 1 Протокола № 12.

Ключевые слова: спортивные споры; Европейский Суд по правам человека; Спортивный арбитражный суд; спортсмены; спортивные клубы; спортивные болельщики; допинг.

Захарова Лариса Ивановна — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина, Москва, Россия (email: lizakharova@msal.ru).

LEX MERCATORIA

ПРОБЛЕМА ЮРИСДИКЦИОННОГО ЭФФЕКТА ОГОВОРКИ О НАИБОЛЬШЕМ БЛАГОПРИЯТСТВОВАНИИ: ВЗГЛЯД В КОНТЕКСТЕ СИСТЕМНЫХ ЦЕННОСТЕЙ МЕЖДУНАРОДНОГО ИНВЕСТИЦИОННОГО ПРАВА

Дмитрий Красиков

Решение учреждённого на базе МЦУИС Арбитражного трибунала по делу *Маффезини против Испании* стало отправной точкой для возникновения противоречивой практики в сфере разрешения инвестиционных споров относительно юрисдикционного эффекта оговорок о наибольшем благоприятствовании, содержащихся в международных инвестиционных договорах. Данное противоречие стало одним из наиболее дискуссионных проблем в сфере разрешения международных инвестиционных

споров. Настоящая статья основана на обращении к системным ценностям международного инвестиционного права в качестве одного из ориентиров, которые могут помочь участникам рассматриваемой дискуссии выйти из «замкнутого круга» ретроспективного обмена аргументами. В статье утверждается, что обращение к данным ценностям должно соответствовать современному контексту дискуссии, отличному от существовавшего в период зарождения и кристаллизации данного противоречия. Изменение контекста дискуссии характеризуется существованием нескольких доктринальных комплексов взглядов на рассматриваемую проблему, превращением признания юрисдикционного значения оговорки о наибольшем благоприятствовании в часть сложившейся практики в сфере инвестиционного арбитража, развитием реакции со стороны государств на соответствующие противоречия. Статья содержит краткую характеристику соответствующих различий в подходах в практике инвестиционного арбитража и изложение актуальности и значения обращения к системным ценностям в сфере международного инвестиционного права. В результате рассмотрения проблемы юрисдикционного значения оговорок о наибольшем благоприятствовании в контексте таких системных ценностей международного инвестиционного права как правовая определённость, привлекательность участия в международных инвестиционных отношениях, потенциал международного инвестиционного права в решении общих проблем данной отрасли и её развития, а также нейтральность подхода к разрешению споров, возникающих между государствами и инвесторами, в статье сделан вывод о том, что ни одна из выявленных ценностей не свидетельствует в пользу непризнания юрисдикционного эффекта указанных оговорок.

Ключевые слова: оговорка о наибольшем благоприятствовании; международное инвестиционное право; юрисдикция арбитражных трибуналов; правовая определённость.

Красиков Дмитрий Владимирович — кандидат юридических наук, заведующий кафедрой международного права, Саратовская государственная юридическая академия, Россия (e-mail: dmitry.krasikov@oxfordalumni.org).

АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ ОРГАН ВСЕМИРНОЙ ТОРГОВОЙ ОРГАНИЗАЦИИ: ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

Марина Трунк-Фёдоровна

В статье обсуждается развитие ситуации в отношении Апелляционного органа Всемирной торговой организации, имевшее место на протяжении последних двух лет. Один из членов ВТО блокирует назначение новых членов Апелляционного органа вопреки позиции большинства, что возможно вследствие действующих в ВТО правил назначения и продления полномочий членов Апелляционного органа — на основе консенсуса. В то же время срок полномочий значительной части членов Апелляционного органа истёк или скоро истечёт. В связи с этим возникает угроза того, что число вакансий будет увеличиваться, а число действующих членов Апелляционного органа будет уменьшаться и достигнет критического уровня, когда Апелляционный орган не сможет функционировать в соответствии с правилами, предусмотренными в системе ВТО. Если в отношении этого вопроса не будет найдено решение, то ситуация, при которой апелляционное обжалование будет невозможным, наступит уже в следующем году. В статье показано, что в случае такого развития событий вся система разрешения споров в ВТО окажется в ситуации крайней нестабильности. Автор рассматривает возможные решения и пути выхода из сложившейся ситуации, которые позволили бы сохранить стадию апелляционного пересмотра, в частности благодаря которой механизм разрешения споров ВТО получил широкое признание. Предлагаемые решения могут находиться как в рамках Договорённости о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, так и вне системы ВТО. В статье анализируется возможность применения статьи 25 Договорённости, содержащей положения об арбитраже, таким образом, чтобы он смог выполнять функции Апелляционного органа. Среди ряда вариантов также рассматривается возможность заключения членами ВТО, которые хотят сохранить систему апелляций, многостороннего

договора, который был бы посвящён только вопросам апелляционного обжалования и содержал бы правила рассмотрения апелляций, близкие к тем, которые действуют в ВТО.

Ключевые слова: разрешение международных торговых споров; Всемирная торговая организация; Апелляционный орган ВТО; назначение членов Апелляционного органа.

Трунк-Фёдорова Марина Павловна — кандидат юридических наук, доцент Санкт-Петербургского государственного университета, приглашённый доцент Уральского государственного юридического университета, Санкт-Петербург, Россия (email: mp_fedorova@mail.ru).

НЕПРЕДВЗЯТОСТЬ АРБИТРОВ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ: ПОДХОДЫ К ОЦЕНКЕ

Саглар Очирова

Одной из проблем международного коммерческого арбитража в настоящее время является предвзятость. Связи, которые могут возникать между арбитром и сторонами арбитражного разбирательства, гораздо шире и разнообразнее, чем можно представить. Каким образом необходимо оценивать непредвзятость арбитров, чтобы обеспечить как соблюдение принципа независимости и беспристрастности арбитров, так и возможность сторон их избирать? Автор сравнивает стандарты и подходы к оценке непредвзятости государственных судей и арбитров, сложившиеся в международной практике. Ввиду принципиального отличия положений судьи как государственного служащего и арбитра как частного практика автор приходит к выводу, что к судьям и к арбит-

рам не могут применяться одинаковые стандарты независимости и беспристрастности. При этом по причине сложности доказывания реальной предвзятости в отношении и судей, и арбитров следует использовать объективный подход к оценке непредвзятости, требующий отсутствия обоснованных сомнений в независимости и беспристрастности. Тем не менее из-за отмеченного отличия в рамках единого объективного подхода, на взгляд автора, следует оценивать непредвзятость первых и вторых с помощью диаметрально противоположных тестов. Тест «разумного опасения» предвзятости с самым низким стандартом доказывания и оценкой предвзятости со стороны разумного наблюдателя обеспечивает максимально возможную уверенность в независимости и беспристрастности судьи в глазах общественности, что является ключевым для системы публичного правосудия. Тест «реальной опасности» предвзятости с самым высоким стандартом доказывания и оценкой предвзятости со стороны профессионала, напротив, наиболее отвечает специфике международного коммерческого арбитража, обеспечивая принятие решений непредвзятыми арбитрами и вместе с тем защиту арбитража от различного рода процессуальных злоупотреблений.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж; предвзятость; независимость; беспристрастность; разумное опасение предвзятости; реальная опасность предвзятости.

Очирова Саглар Борисовна — магистрант 2-го курса факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: ochirovasaglar@gmail.com).