

Федеральный Конституционный Суд ФРГ

**Дело Гёргюлю: Решение от 14 октября 2004 года - (№ 2
BvR 1481/04)**

Основные правовые позиции Федерального Конституционного Суда, сформулированные в решении второго сената от 14 октября 2004 года.

1. Принцип подчинения закону и праву (статья 20 абзац 3 Основного Закона ФРГ) включает в себя учет гарантий, предусмотренных Конвенцией о защите основных прав и свобод (ЕКПЧ), и решений Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) в рамках методически приемлемого толкования закона. Как недостаточное исследование решений ЕСПЧ, так и их схематическое «исполнение», которое противоречит вышестоящему праву, могут приводить к нарушению основных прав в сочетании с принципом правового государства.

2. При принятии во внимание решений Суда государственные органы должны учитывать в их практике правоприменения то воздействие, которое оказывается при этом на национальный правовой порядок. Особое значение это имеет в тех случаях, когда на уровне соответствующего национального права речь идет о сбалансированной подсистеме внутригосударственного права, направленной на установление баланса между гарантиями различных основных прав.

Федеральный Конституционный Суд

- 2 BvR 1481/04 -

Именем народа

Постановлением по конституционной жалобе гражданина Турции G...

против

а) решения Верховного Земельного Суда Наумбурга от 30 июня 2004
года - 14 WF 64/04 - ,

б) решения Верховного Земельного Суда Наумбурга от 30 марта 2004 года - 14 WF 64/04 -

и о ходатайстве о применении мер предварительной защиты.

**Федеральный Конституционный Суд ... 14-го октября 2004 года
решил:**

Решение Высшего Земельного Суда Наумбурга от 30 июня 2004 года - 14 WF 64/04 нарушает основные права заявителя, установленные статьей 6 Основного Закона в сочетании с принципом правового государства, оно подлежит отмене.

Дело направляется в другой состав сената по гражданским делам Высшего Земельного Суда Наумбурга для повторного рассмотрения.

В остальных пунктах конституционная жалоба отклоняется.

Тем самым в дальнейшем рассмотрении ходатайства о применении мер предварительной защиты отказывается.

Две трети расходов заявителя подлежат возмещению за счет федеральной земли Саксония-Анхальт.

Основания:

А.

Жалоба заявителя в конституционный суд направлена в том числе против ненадлежащей с его точки зрения выполнения вынесенного по его делу решения Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) от 26 февраля 2004 года, а также некорректного подхода к международному праву со стороны Верховного Суда Наумбурга. 1

I.

1.

а) Заявитель, обратившийся с конституционной жалобой, является отцом рожденного 25 августа 1999 года вне брака сына Кристофера. Мать ребенка, которая при его регистрации в государственном органе сначала не указала заявителя в качестве отца ребенка, через день после рождения заявила о желании отдать ребенка на усыновление и 1 ноября 1999 года в первый раз в нотариальном порядке дала свое согласие на усыновление ребенка приемными родителями и подтвердила его 24 сентября 2002 года. С 29 августа 1999 года мальчик живет у приемных родителей. 2

Только в октябре 1999 года заявитель узнал о рождении ребенка и о том, что тот был отдан на усыновление; уже в июле 1999 года его контакт с матерью оборвался. После этого он, в свою очередь, стал предпринимать шаги по усыновлению своего ребенка, что сначала было сопряжено с определенными трудностями, поскольку его отцовство не было признано. В конечном счете, суд первой инстанции г. Виттенберга своим решением от 20 июня 2000 года установил его отцовство. 3

б) Своим решением от 9 марта 2001 года суд первой инстанции г. Виттенберга передал заявителю исключительное право родительской опеки над Кристофером. До этого времени заявитель в совокупности четыре раза общался с ребенком более или менее продолжительное время. По жалобе приемных родителей и службы по делам несовершеннолетних Виттенберга, назначенной опекуном ребенка, Высший Земельный Суд в г. Наумбург своим решением от 20 июня 2001 года отменил решение суда первой инстанции относительно права опеки и отклонил ходатайство заявителя о передаче ему опеки над сыном. Одновременно Высший Земельный Суд, руководствуясь интересами блага ребенка, в силу предоставленных ему законом полномочий отменил право отца на свидания и общение с сыном на период до 30 июня 2002 года. 4

с) В принятии к рассмотрению жалобы заявителя, поданной им в Федеральный Конституционный Суд против решения Высшего Земельного Суда, было отказано простым определением (решение, выносимое без обоснования - *прим. Дайджеста*) третьей палаты первого сената Федерального Конституционного Суда от 31 июля 2001 года - актовый номер 1 BvR 1174/01. 5

2.

а) Тем временем в суде первой инстанции по ходатайству заявителя было возбуждено новое разбирательство по делу о передаче ему права на опеку и на контакт с сыном. Как утверждает заявитель, он семь раз предпринимал попытку установить контакт с сыном. Эти попытки, однако, заканчивались неудачей, поскольку приемные родители не были готовы пойти ему навстречу или просто отсутствовали. Дважды сроки слушания дела в суде первой инстанции, назначенные в феврале и в июне 2003 года отменялись. Впоследствии суд первой инстанции 22 июля 2003 года назначил представителя для защиты прав и интересов опекаемого лица как по делу о передаче права на опеку, так и по делу о праве контакта с ребенком. 6

Своим определением от 30 сентября 2003 года Высший Земельный Суд в г. Наумбурге отклонил ходатайство заявителя о применение мер предварительной защиты в виде временного распоряжения о регулировании права на общение с ребенком. При этом Суд сослался на продолжающийся по его мнению конфликт между заинтересованными лицами и на неясное правовое положение. 7

б) 19 января 2001 года в суд первой инстанции г. Виттенберга поступило заявление приемных родителей об усыновлении Кристофера. Служба по делам несовершеннолетних Виттенберга в качестве опекуна мальчика по назначению ранее подтвердила свое согласие на усыновление. После того, как заявитель отказался дать согласие на усыновление Кристофера, суд первой инстанции своим определением от 28 декабря 2001 года выдал разрешение, заменяющее недостающее согласие. 30 октября 2002 года суд по делам опеки при Земельном Суде г. Дессау отклонил ходатайство заявителя о временном приостановлении процесса усыновления вплоть до окончательного решения в рамках судебного производства по делу об опеке над Кристофером и праве общения с ним. По жалобе заявителя Высший Земельный Суд Наумбурга определением от 24 июля 2003 года отменил данное решение Земельного Суда. Хотя Высший Земельный Суд и отказался временно приостановить процесс усыновления до принятия решения в процессе, инициированном в Европейском Суде по правам человека (по данному вопросу см. ниже, пункт 3), он, тем не менее, указал в своем решении на то, что компетентные внутренние суды при известных обстоятельствах должны будут учитывать постановление данного суда. Вместо этого, он отложил рассмотрение жалобы в рамках процесса усыновления до окончательного решения в начатом также в Высшем Земельном Суде новом разбирательстве по делу о праве на опеку. 8

3.

а) В сентябре 2001 года заявитель обратился в Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) с индивидуальной жалобой в соответствии со статьей 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ). Он указывал, в частности, на нарушение статьи 8 ЕКПЧ, гарантирующей право на уважение частной и семейной жизни. По его мнению, процедура принудительного усыновления, в ходе которой игнорируются права физического отца, вопиющим образом нарушает принцип человеческого достоинства и право на семью; по его мнению, он имеет право самостоятельно воспитывать своего сына. 9

б) Своим постановлением от 26 февраля 2004 года, принятым единогласно, палата третьей секции Суда установила, что решение о праве на опеку и исключения права на общение с ребенком явились нарушением статьи 8 ЕКПЧ. На основании статьи 41 ЕКПЧ Суд присудил заявителю 15.000,- Евро в качестве возмещения ущерба и 1.500,-Евро в качестве компенсации судебных расходов и сборов (см. ЕСПЧ, No. 74969/01, Постановление от 26 февраля 2004 года – Görgülü). 10

aa) При рассмотрении вопросов, связанных с правом опеки, Суд сначала сослался на свою судебную практику, в соответствии с которой государство в случаях, в которых достоверно установлено наличие родственных связей с ребенком, должно действовать таким образом, чтобы эти родственные связи могли развиваться дальше. В соответствии со статьей 8 ЕКПЧ, из этого вытекает обязанность принимать усилия к воссоединению физического родителя с его ребенком (ЕСПЧ, там же, пункт 45 с дальнейшими ссылками). В этом плане, принимая во внимание, что заявитель является физическим отцом Кристофера и что он бесспорно готов и способен заботиться о нем, Высший Земельный Суд, по мнению ЕСПЧ, исследовал не все возможные пути для решения проблемы (ЕСПЧ, там же, пункт 46). 11

bb) Исследуя право на общение с ребенком Суд пришел к выводу, что причины, на основании которых Высший Земельный Суд Нуамбурга принял решение запретить на год общение заявителя с его ребенком, были недостаточны, чтобы оправдать столь серьезное вмешательство в семейную жизнь заявителя. По этой причине, несмотря на известную свободу усмотрения национальных органов государственной власти, вмешательство с точки зрения правомерно преследуемых целей было непропорциональным (ЕСПЧ, там же, пункт 50). Поэтому в данном судебном деле заявителю должна была быть предоставлена, по меньшей мере, возможность общения с его ребенком (ЕСПЧ, там же, пункт 64). 12

4.

а) В последующем суд первой инстанции Виттенберга своим определением от 19 марта 2004 года передал заявителю по его ходатайству в параллельном процессе по вопросу о праве опеки (*Sorgerecht*) исключительное право на заботу о ребёнке (*elterliche Sorge*). Кроме этого, суд первой инстанции по собственной инициативе определением, принятым в тот же день, и со ссылкой на выше названное решение о праве опеки издал временное распоряжение о порядке общения заявителя со своим сыном. Заявитель получил право, начиная с 3 апреля 2004 года и до

вступления в юридическую силу окончательного решения в судебном разбирательстве по вопросу о праве опеки, по субботам общаться с сыном соответственно по два часа. 13

b) Опекун по назначению (*Amtsvormund*) и представителя для защиты прав и интересов ребенка (*Verfahrenspflegerin*) подали жалобу на определение суда первой инстанции относительно права на общение. Высший Земельный Суд Наумбурга сначала своим определением от 3 марта 2004 года приостановил исполнение временного распоряжения и последующим определением от 30 июня 2004 года отменил его. 14

Регулирование порядка общения могло быть осуществлено только по ходатайству. По мнению суда, поскольку это необходимое конститутивное условие исполнено не было, то принятое без ходатайства распоряжение суда первой инстанции было лишено своей процессуальной основы. Это тем более справедливо, если принять во внимание уже отклоненное в сентябре 2003 года ходатайства заявителя о принятии судом предварительных мер и в принципе не изменившегося дальнейшего действия релевантных в свое время причин отклонения. По мнению суда, сама возможность предоставления права на общение по собственной инициативе суда исключается в принципе, и соответствующее распоряжение, во всяком случае, могло быть принято лишь в интересах блага ребенка, а не в интересах отца ребенка, единственно затронутых в данном случае. Суд также констатировал, что мальчик полностью интегрировался в приемную семью и со всей очевидностью чувствовал себя в ней вполне хорошо. 15

По мнению суда, надлежащим образом обжалованное распоряжение суда первой инстанции относительно права общения, учитывая отсутствие необходимости в соответствующем регулировании предварительных мер, ходатайства о которых не подавалось в ходе судебного разбирательства в течении года и девяти месяцев, действительно представляется неоправданным, в том числе и принимая во внимание постановление, вынесенное ЕСПЧ. 16

Принятие предварительного распоряжения не может быть оправдано также и вынесением решения ЕСПЧ. В принципе из этого решения можно заключить, что предписанный в июне 2001 года запрет общения нарушает право заявителя и отца ребенка по ст. 8 ЕКПЧ и что - согласно пункту 64 постановления - Федеративная Республика Германия на основании ее обязательств из ст. 46 ЕКПЧ, должна предоставить заявителю, по меньшей мере, право на общение с сыном. Вердикт ЕСПЧ, по мнению суда, обязывает, тем не менее, только Федеративную Республику Германию как субъект международного права, но не ее учреждения и органы власти, а

также судебные органы, являющиеся согласно ст. 97 абз. 1 Основного Закона независимыми. Следовательно, действие постановления ЕСПЧ, если иное не установлено соответствующим изменением внутригосударственного законодательства, исчерпывается *de jure* и *de facto* установлением санкционирования нарушения права, произошедшего, по мнению суда, в прошлом. Постановление ЕСПЧ в такой трактовке остается необязательным, во всяком случае для национальных судов, вердиктом, не оказывающем влияния на юридическую силу оспоренного решения. Кроме того, ни Европейская Конвенция прав человека, ни Основной Закон не устанавливают обязанности к тому, чтобы решению ЕСПЧ, которым устанавливается нарушение Конвенции актом германской государственной власти, приписывать действие, устраняющее юридическую силу данного акта. 17

По мнению суда, если исходить из ранга Европейской Конвенции прав человека, стоящей (в правовой иерархии — *добавление Дайджеста*) ниже конституции на уровне обычного федерального закона, то ЕСПЧ в функциональном плане не является вышестоящим судом по отношению к судам государств-участников. Ввиду этого, национальные суды не могут быть связаны его решениями ни при толковании Европейской Конвенции прав человека, ни при толковании национальных норм об основных правах. 18

В остальном же с течением времени изменились, между тем, положение дел, а также материальная и процессуальная правовая ситуация. Уже по этой причине не может быть какой-либо связанности решением ЕСПЧ, которое вообще не исследовало чисто процессуальные вопросы предварительной правовой защиты. 19

II.

В своей конституционной жалобе заявитель указывает на нарушение его основных прав, предусмотренных в ст. 1, ст. 3 и ст. 6 Основного Закона, а также права на справедливое судебное разбирательство (*Recht auf ein faires Verfahren*). Одновременно он ходатайствует об издании предварительного распоряжения по вопросу об общении со своим сыном. 20

В той мере, в которой заявитель указывает на нарушение ст. 6 ЕКПЧ (справедливое судебное разбирательство), он видит здесь также нарушение международного права. По его мнению, оспоренное решение Высшего Земельного Суда от 30 июня 2004 года нарушает его права как физического отца, так как суд с правовой точки зрения ошибочно исходил из того, что решение ЕСПЧ относится только к прошлым событиям. Как считает заявитель, Высший Земельный Суд упускает из виду, что ЕСПЧ однозначно потребовал право общения на будущее время. Решение суда

связывает Высший Земельный Суд на будущее, в противном случае суд не указал бы снова на то, что будущие действия немецких органов власти и судов, занимающихся разбирательством этого дела, должно ориентироваться на юридическую точку зрения суда. 21

Впрочем, доводы Высшего Земельного Суда представляются заявителю ошибочными с юридической точки зрения, в частности, и по тому основанию, что цитируемая ст. 97 абз. 1 Основного Закона в данном случае не имела отношения к делу. Ведь речь шла не о независимости суда, а конкретно об обязательной силе и действии решения ЕСПЧ. Последний вынес вполне определенное решение, что отцу ребенка должно быть незамедлительно обеспечено общение с ребенком для того, чтобы между ними могли укрепиться семейные узы. По мнению заявителя, своим правовым заключением Высший Земельный Суд нарушил международное право. 22

III.

Федеральное Министерство юстиции, Ведомство по управлению делами земли Нижняя Саксония и Министерство юстиции земли Саксония-Анхальт, а также Служба по делам несовершеннолетних, представительница для защиты прав и интересов ребенка и приемные родители также высказали в ходе разбирательства свое мнение. 23

B.

Конституционная жалоба является недопустимой в той части, в какой заявитель оспаривает определение Высшего Земельного Суда от 30 марта 2004 года. Срок, предусмотренный в § 93 абз. 1 предложение 1 Закона о Федеральном Конституционном суде, в соответствии с которым конституционная жалоба должна быть подана и обоснована в течении одного месяца с момента официального вручения решения или с момента его объявления, не требующего определенной формы, не соблюден. 24

Определение суда о временном приостановлении исполнения предварительного распоряжения является промежуточным судебным решением, автономное оспаривание которого путем подачи конституционной жалобы в принципе исключается (ср. BVerfGE 58, 1, <23>; с дальн. ссылками). Тем не менее, в случае наличия неотложного подлежащего защите интереса, проверка конституционности промежуточного решения может осуществляться и непосредственно, а не только лишь в связи проверкой окончательного судебного решения. При оценке того, имеются ли предпосылки для такого исключения, нужно, в частности, учитывать не приводит ли данное промежуточное решение к

возникновению у заинтересованного лица значительного правового ущерба, который не может быть впоследствии устранен или же может быть устранен лишь частично (ср. BVerfGE 1, 322 <324 сл.>; 58, 1 <23>). 25

Своим определением от 30 марта 2004 года Высший Земельный Суд Наумбурга приостановил исполнение предварительного распоряжения суда первой инстанции согласно §§ 621 g, 620 e, 621 абз. 1 пункты 1 и 2 Гражданского процессуального кодекса в сочетании с § 1684 абз. 4 предложение 1 и 2 Германского гражданского уложения. Это решение привело в результате к тому, что заявитель не мог реализовать свое право на контакт и общение со своим сыном, которое было подтверждено судом первой инстанции. В этом отношении данное решение нанесло заявителю правовой ущерб. По этой причине заявитель должен был подать конституционную жалобу на судебное определение от 30 марта 2004 в автономном порядке (то есть независимо от окончательного решения по основному процессу — прим. *Дайджеста*). Конституционная жалоба, поступившая 20 июля 2004 года в Федеральный Конституционный суд по телефаксу, подана с нарушением срока, установленного для подобного оспаривания в § 93 абз. 1 предложение 1 Закона о Федеральном Конституционном суде. 26

В той части, в которой конституционная жалоба направлена против судебного определения от 30 июня 2004 года, она соответствует критериям допустимости.²⁷

С.

Конституционная жалоба является обоснованной. Своим определением от 30 июня 2004 Высший Земельный Суд нарушил статью 6 Основного Закона в сочетании с принципом правового государства.²⁸

При определенных условиях органы власти и суды Федеративной Республики Германии при принятии своих решений обязаны учитывать Европейскую Конвенцию прав человека в ее истолковании Европейским Судом по правам человека (I). Оспариваемое решение Высшего Земельного Суда не соответствует этому обязательству, поскольку суд не учел в достаточной мере вынесенного по делу заявителя постановления ЕСПЧ от 26 февраля 2004 года (II). 29

I.

Европейская Конвенция прав человека действует в немецком правовом порядке в ранге федерального закона и должна приниматься во внимание при толковании национального права, в том числе и основных

прав, а также гарантий правового государства – (1). Обязывающее действие решения ЕСПЧ распространяется на все государственные органы и, по общему правилу, обязывает последние, в рамках их компетенции и не нарушая принцип подчинения закону и праву (ст. 20 абз. 3 Основного Закона), прекратить длящееся нарушение Конвенции и восстановить положение, соответствующее Конвенции (2). Порядок и условия обязывающего действия зависит от компетенции соответствующих государственных органов и от свободы действий и принятия решений, которую предоставляет им право, подлежащее приоритетному применению. Суды обязаны принимать во внимание постановление, которое касается ранее решенного ими дела, во всяком случае тогда, когда они могут допустимым с процессуально-правовой точки зрения способом принимать новое решение по данному предмету и когда они могут учесть постановление ЕСПЧ, не нарушая материальное право (3). Заявитель может обжаловать несоблюдение обязанности принимать во внимание [постановление ЕСПЧ — *прим. Дайджеста*] как несоблюдение основного права, сфера защиты которого была нарушена, в сочетании с принципом правового государства (4).30

1.

а) Европейская Конвенция прав человека и дополнительные протоколы к ней являются международно-правовыми договорами. Конвенция оставляет на усмотрение договаривающихся сторон, каким образом они обеспечивают свои обязанности по соблюдению договорных предписаний (ЕСПЧ, Постановление от 6 февраля 1976, Series A No. 20, пункт 50 – Swedish Engine Drivers Union; ЕСПЧ, Постановление от 21 февраля 1986, Series A No. 98, пункт 84 – James u.a.; ср. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl. 2002, с. 405; Ehlers, в ders. <Hrsg.>, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 2 пункт. 2 сл.). Федеральный законодатель формально одобрил упомянутые соглашения соответственно федеральным законом согласно ст. 59 абз. 2 Основного Закона (Закон о Конвенции по защите прав человека и основных свобод от 7 августа 1952 года, ВGBI II с. 685; Конвенция в соответствии с публичным обнародованием от 15 декабря 1953 года, ВGBI 1954 II С. 14 вступила в силу для Федеративной Республики Германии 3 сентября 1953 года; новое опубликование Конвенции в редакции 11-ого Дополнительного протокола в ВGBI 2002 II с. 1054). Тем самым он трансформировал ее в немецкое право и содержал в себе соответствующее предписание о ее правоприменении. В рамках немецкого правопорядка Европейская Конвенция прав человека и ее дополнительные протоколы - поскольку они вступили в силу для Федеративной Республики Германии - стоят в ранге федерального закона (ср. ВVerfGE 74, 358 <370>; 82, 106 <120>). 31

Подобная статусная классификация ведет к тому, что немецкие суды должны учитывать и применять Конвенцию в рамках методически приемлемого толкования как и все прочие нормы обычного законодательства федерации. Однако, гарантии Европейской Конвенции прав человек и ее дополнительных протоколов не являются вследствие этого ранга в иерархии норм в немецком правовом порядке непосредственным масштабом конституционно-судебного контроля (ср. ст. 93 абз. 1 пункт 4а Основного Закона, § 90 Abs. 1 Закона о ФКС). В этом плане лицо, подающее жалобу, не может в рамках процедуры рассмотрения конституционных жалоб непосредственно оспаривать в Федеральном Конституционном суде нарушение права человека, содержащегося в Европейской Конвенции прав человека (ср. BVerfGE 74, 102 <128> с дальнейшими ссылками; Определение первой палаты второго сената Федерального Конституционного суда от 1 марта 2004 года – 2 BvR 1570/03 -, EuGRZ 2004, с. 317 <318>). Тем не менее, гарантии Конвенции оказывают влияние на толкование основных прав и принципов правового государства, закрепленных в Основном Законе. Текст Конвенции и судебная практика Европейского суда по правам человека служат на уровне конституционного права в качестве вспомогательной системы толкования при определении содержания и сферы действия основных прав и к принципам правового государства, закрепленных в Основном Законе, поскольку это не ведет к - нежелательному с точки зрения самой Конвенции (ср. ст. 53 ЕКПЧ) - ограничению или умалению гарантий защиты основных прав, закрепленных в Основном Законе (ср. BVerfGE 74, 358 <370>; 83, 119 <128>; Определение третьей палаты второго сената Федерального Конституционного суда от 20 декабря 2000 года - 2 BvR 591/00 -, NJW 2001, с. 2245 и далее).³²

b) Такое конституционно-правовое значение международно-правового договора, направленного на обеспечение региональных гарантий защиты права человека, является выражением приверженности Основного Закона международному праву (в тексте *Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes* — прим. Дайджеста). Основной Закон поощряет осуществление государственного суверенитета в рамках международного договорного права, а также международное сотрудничество и уважение общих правил международного права.

Исходя из этого, Основной Закон следует поэтому интерпретировать по возможности таким образом, чтобы не возник конфликт с международно-правовыми обязательствами Федеративной Республики Германии. Основной Закон в программном ключе ориентирует немецкую публичную власть на международное сотрудничество (ст. 24 Основного Закона) и на европейскую интеграцию (ст. 23 ОЗ). Основной Закон

закрепляет приоритет общих правил международного права перед нормами обычного законодательства (ст. 25 предложение 2 ОЗ) и через ст. 59 абз. 2 ОЗ вводит международное договорное право в систему разделения властей. Одновременно он открывает возможность интеграции в системы взаимной коллективной безопасности (ст. 24 абз. 2 ОЗ), ставит задачей мирное урегулирование межгосударственных споров путем международного арбитража (ст. 24 абз. 3 ОЗ) и объявляет антиконституционными те действия, которые способны нарушить мирную жизнь народов, в частности, агрессивные войны (ст. 26 ОЗ). С этим комплексом норм немецкая конституция, включая ее преамбулу, ориентирует на то, чтобы интегрировать Федеративную Республику Германию в качестве мирного и равноправного члена в международный правопорядок сообщества государств, служащий делу обеспечения мира (ср. также BVerfGE 63, 343 <370>). 33

Тем не менее, Основной Закон не пошел по пути максимально возможного открытия [национальной правовой системы – прим. *Дайджеста*] по отношению к обязательствам международного права. Международное договорное право подлежит применению в качестве действующего права на внутригосударственном уровне не непосредственно, то есть в отсутствие закона об одобрении договора в соответствии со ст. 59 абз. 2 ОЗ, и - также как международное обычное право (ср. ст. 25 ОЗ) - не имеет ранга конституционного права. В основе Основного Закона со всей очевидностью лежит классическое представление, согласно которому при отношении международного права к национальному праву речь идет об отношении двух различных правовых сфер, а природа этого отношения с точки зрения национального права может определяться только самим национальным правом. Это подтверждает наличие [в тексте конституции — прим. *Дайджеста*] и буквальный смысл регулирования, установленного в ст. 25 и ст. 59 абз. 2 Основного закона. Приверженность международному праву проявляет свое действие только в рамках системы Основного Закона, основанной на принципах демократии и правового государства. 34

Основной Закон стремится к интеграции Германии в правовое сообщество миролюбивых и свободных государств, однако, не отказывается от принципа суверенитета, обоснованного в последней инстанции в немецкой конституции. В этом отношении целям обеспечения приверженности международного права не противоречит, если законодатель в виде исключения не принимает во внимание международное договорное право, поскольку только таким образом можно предотвращать нарушение основополагающих принципов конституции. 35

Основной Закон ставит целью всеобъемлющую приверженность международному праву, международное сотрудничество и политическую

интеграцию в постепенно развивающееся международное сообщество демократических правовых государств. Тем не менее, он не устанавливает подчинения актам иной, чем немецкая, публичной власти, которое бы не подлежало конституционно-правовым ограничениям и контролю. Даже всесторонняя наднациональная европейская интеграция, открытая установке на правоприменение, которая, вытекая из права Сообществ, непосредственно действует на внутригосударственном уровне, предполагает - разумеется, в значительно смягченной форме - оговорку о суверенитете (ср. ст. 23 абз. 1 ОЗ). Международное договорное право действует на внутригосударственном уровне только тогда, когда оно надлежащим способом и в соответствии с материальным конституционным правом было инкорпорировано в национальный правовой порядок. 36

с) Исходя из этого, правовое действие решений международного суда, созданного в соответствии с международным договором, определяется содержанием инкорпорированного международно-правового договора и соответствующим предписаниями Основного Закона относительно его действия. Если право Конвенции по правам человека и с ним федеральный законодатель на базе ст. 59 абз. 2 ОЗ предписывает непосредственное действие судебных постановлений, то по своему правовому действию они стоят на уровне ниже конституционного права. Выявление такого правового действия представляет собой на внутригосударственном уровне, прежде всего, задачу компетентных судов общей юрисдикции. 37

2.

а) Особое значение для конвенционного права как международного договорного права имеют решения Европейского суда по правам человека, поскольку в них отражается актуальное состояние развития Конвенции и протоколов к ней. Само право Конвенции устанавливает для решений Суда по существу дела различные юридические последствия. Согласно ст. 42 и ст. 44 ЕКПЧ решения Суда являются окончательными и таким образом обладают формальной юридической силой. В соответствии со ст. 46 ЕКПЧ государства-участники Конвенции обязались следовать окончательному постановлению по любому делу, в котором они выступают сторонами. Из этого положения следует, что решения Суда обязательны для участвующих в разбирательстве сторон и вместе с тем обладают также ограниченной материальной юридической силой (ср. Н.-J. Cremer, в: Grote/Marauhn <Hrsg.>, Konkordanzkommentar, 2004, Entscheidung und Entscheidungswirkung, пункты 56 и сл. с дальнейшими ссылками). 38

В рамках производства по индивидуальным жалобам согласно ст. 34 ЕКПЧ материальная юридическая сила ограничена персональными,

предметными и временными границами объекта спора (ср. решение второго сената Федерального Конституционного суда <комитет по предварительной проверке> от 11 октября 1985 – 2 BvR 336/85 - Pakelli, EuGRZ 1985, с. 654 <656>; смотри также E. Klein, Binding effect of ECHR judgments, Festschrift für Ryssdal, 2000, с. 705 <706 и далее.>). Решения Суда, вынесенные по делам против других государств-участников Конвенции, служат для государств, не участвовавших в деле, лишь поводом провести соответствующую проверку своего национального правопорядка и если будет установлена необходимость внесения изменений, ориентироваться на релевантную судебную практику Суда (ср. Ress, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, с. 350). В этом отношении право Конвенции не предусматривает аналогичную § 31 абз. 1 Закона о ФКС норму, в соответствии с которой решения Федерального конституционного суда обязывает все конституционные органы федерации и земель, а также все суды и административные органы. Ст. 46 абз. 1 ЕКПЧ устанавливает исключительно связанность государств-участников окончательными решениями по делу, в котором они были участниками, относительно конкретного предмета спора (*res iudicata*). 39

б) По существу дела Суд выносит решение об установлении факта (наличия или отсутствия нарушения Конвенции – *прим. Дайджеста*). Таким постановлением Суд констатирует, что соответствующее государство-участник - в контексте конкретного предмета спора - соблюдает Конвенцию или же действует в противоречии с ней. В противоположность этому, решение с кассационным эффектом, которое бы непосредственно отменяло оспоренный акт государства-участника Конвенции, Суд выносить не может (ср. Ehlers, указ. соч., §2 пункт 52; Polakiewicz, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993, с. 217 и далее; Steinberger, Human Rights Law Journal 1985, с. 402 <407>).40

Из констатации нарушения Конвенции, прежде всего, следует, что государство-ответчик больше не может придерживаться той точки зрения, что его действия соответствовали Конвенции (ср. Frowein, в: Isensee/Kirchhof <Hrsg.>, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 180 пункт 14). Кроме того, в отношении предмета спора решение обязует соответствующее государство-участника в принципе к тому, чтобы оно по возможности восстановило положение, существовавшее до установленного нарушения Конвенции (ср. Polakiewicz, указ. соч., S. 97 и далее; по вопросу о возможностях достижения *restitutio in integrum*, смотри Рекомендацию Комитета Министров Совета Европы Nr. R <2000> 2 от 19 января 2000 года). Если установленное нарушение длится дальше - например, в случае

продолжающегося нахождения под стражей в нарушение ст. 5 ЕКПЧ или вмешательства в частную и семейную жизнь в нарушение ст. 8 ЕКПЧ - то государство-участник обязан положить конец такому состоянию (ср. недавнее решение ЕСПЧ, No. 71503/01, Постановление от 8 апреля 2004 года, пункт 198 – Assanidze, EuGRZ 2004, с. 268 <275>; смотри также Breuer, EuGRZ 2004, с. 257 <259>; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, § 16 пункт 3; Polakiewicz, указ. соч., с. 63 и далее; Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1999, § 13 пункт 233). В этом смысле государство-участник в случае продолжения или повторения своих действий, которые были признаны нарушающими Конвенцию, вновь нарушило бы Европейскую Конвенцию прав человека по отношению к лицу, подавшему жалобу (ср. E. Klein, Binding effect of ECHR judgments, Festschrift für Ryssdal, 2000, с. 705 <708>). Разумеется, при этом следует учитывать, что действие судебного решения распространяется исключительно на *res iudicata* [решенное дело – прим. Дайджеста] и что в период до нового национального разбирательства с участием лица, подавшего жалобу, фактическое и правовое положение может существенно измениться. 41

с) То, что Конвенция, тем не менее, предоставляет заинтересованному государству-участнику свободу действий при исправлении уже принятых и вступивших в законную силу решений, выражается в том, что Суд может присуждать лицу, подавшему жалобу, "справедливое возмещение" в денежном выражении, если внутренним правом государства-участника допускает возможность лишь частичного возмещения (ср. ст. 41 ЕКПЧ). 42

В своей более новой судебной практике, связанной с применением ст. 41 ЕКПЧ Суд, однако, указывает на то, что государства-участники путем ратификации обязались обеспечивать, чтобы их внутренний правопорядок соответствовал Конвенции (ст. 1 ЕКПЧ). Следовательно, задача государства-участника, против которого была подана жалоба, как указывает ЕСПЧ, состоит в том, чтобы устранить любые препятствия, существующие во внутреннем праве, которые не позволяют исправить положения лица, подавшего жалобу (ср. ЕСПЧ, указ. соч., EuGRZ 2004, с. 268 <275> с указанием на ЕСПЧ, No. 39748/98, Постановление от 17 февраля 2004 года, пункт 47 – Maestri). 43

Если соответствующее государство-ответчик согласно ст. 41 ЕКПЧ присуждается к уплате возмещения лицу, жалоба которого была удовлетворена Судом, то из этого решения Суда вытекает и обязанность произвести исполнение (ср. Stöcker, Wirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Bundesrepublik, NJW 1982, с. 1905 <1908>). Присуждение компенсации не является необходимо составной частью основного решения по существу дела, а может быть вынесено к

более поздней дате с тем, чтобы дать участникам возможность достичь мирового соглашения. Тем самым в праве Конвенции признается, что, по общему правилу, только само заинтересованное государство-участник может судить о том, какие правовые возможности действия существуют в национальном правовом порядке для имплементации решения Суда. 44

d) Правовое действие решений ЕСПЧ распространяется в соответствии с международно-правовым принципом, прежде всего, на сами государства-участники как таковые. Конвенция ведет себя принципиально индифферентно по отношению к внутреннему правовому порядку и - иначе, чем право наднациональной организации - не должна непосредственно вторгаться в государственный правовой порядок. На внутригосударственном уровне принципиальная связанность всех немецких органов государственной власти устанавливается соответствующими положениями Конвенции в сочетании с законом об одобрении [Конвенции — *прим. Дайджеста*], а также с требованиями, вытекающими из принципов правового государства (ст. 20 абз. 3, ст. 59 абз. 2 ОЗ в сочетании со ст. 19 абз. 4 ОЗ). 45

Такое правовое положение соответствует концепции Европейской Конвенции прав человека как инструмента защиты и реализации определенных прав человека. Перенесенное законом об одобрении Конвенции в федеральное право обязательство государств-участников создать внутреннюю инстанцию, в которую заинтересованное лицо могло подавать "эффективную жалобу" на конкретные действия государства (ст. 13 ЕКПЧ), проникает вглубь институциональной структуры государственности и не ограничивается органами исполнительной власти, ответственными за международную деятельность. Помимо этого, государства-участники должны обеспечить в их внутреннем праве «эффективное выполнение любого из положений» Европейской Конвенции прав человека (ср. ст. 52 ЕКПЧ). В демократическом правовом государстве, основанном на принципе разделения властей, это возможно только в том случае, если все носители суверенной власти оказываются связанными гарантиями Конвенции (ср. по данному вопросу решение второго сената Федерального Конституционного суда <комитет по предварительной проверке> от 11 октября 1985 года - 2 BvR 336/85 - Pakelli, EuGRZ 1985, с. 654 <656>). В соответствии с этим, обязанность принимать во внимание решения ЕСПЧ действует также и для немецких судов. 46

3.

Обязывающее действие решений Европейского суда по правам человека зависит от соответствующей сферы компетенции государственных органов

и релевантных правовых норм. Административные органы и суды не правомочны, ссылаясь на решение Европейского суда по правам человека, отступить от основанного на принципах правового государства разграничения компетенций и подчинения закону и праву (ст. 20 абз. 3 ОЗ). Принцип подчинения закону и праву предполагает, однако, также и учет гарантий Европейской Конвенции прав человека и решений Суда в рамках методически приемлемого толкования законов. Как отказ от исследования решения суда, так и его схематическое "исполнение", нарушающее право более высокого ранга, могут поэтому явиться нарушением основных прав в сочетании с принципом правового государства. 47

а) Вытекающая из закона об одобрении Конвенции обязанность учета гарантий Европейской Конвенции прав человека и решений Суда требует, по меньшей мере, того, чтобы соответствующие нормы и судебные решения принимались к сведению и были составной частью процесса волеобразования принимающего решение суда, компетентного административного органа или законодателя. Нормы национального права, независимо от времени их вступления в силу, должны по возможности толковаться в согласии с международным правом (ср. BVerfGE 74, 358 <370>).48

Если решения ЕСПЧ имеют значение для оценки обстоятельств дела, то, по общему правилу, те аспекты, которые были приняты ЕСПЧ во внимание в его правовой оценке, должны учитываться также при конституционной оценке, в частности, при проверке пропорциональности. Кроме того, должен состояться исследование выводов, к которым ЕСПЧ пришел в ходе своей правовой оценки (ср. решение первой палаты второго сената Федерального Конституционного суда от 1 марта 2004 года – 2 BvR 1570/03 - EuGRZ 2004 с. 317 <319>). 49

Если ЕСПЧ в конкретном производстве по жалобе против Федеративной Республики Германии установил нарушение Конвенции, и это нарушение все еще продолжается, то решение Суда должно приниматься во внимание на внутригосударственном уровне. Это значит, что компетентные органы или суды должны недвусмысленно подвергать такое решение анализу и при необходимости доступным образом обосновывать, почему они, тем не менее, не следуют за международно-правовой интерпретацией права. Особенно в случаях, в которых государственные суды должны урегулировать многополярные правоотношения, связанные с реализацией основных прав, как например, это встречается в частном праве, по общему правилу, особое значение имеет взвешенная оценка баланса между различными субъективными правовыми позициями, которая при изменении субъектов правового спора или при изменении фактических или правовых отношений может в результате оказаться другой. В этой связи

могут возникнуть конституционные проблемы, если один субъект основных прав в правовом споре с другим субъектом добьется благоприятного для него решения Европейского суда по правам человека против Федеративной Республики Германии и немецкие суды схематично применят это решение к частно-правовому отношению, в результате чего "проигравший" в этом деле и, возможно, даже не участвовавший в разбирательстве в ЕСПЧ субъект основных прав вообще больше не сможет эффективно защитить свои права как субъект процесса. 50

b)

aa) Если ЕСПЧ признал норму внутреннего права противоречащей Конвенции, то эта норма может либо интерпретироваться правоприменительной практикой в смысле, соответствующем международному праву, либо у законодателя есть возможность изменить данную норму, несовместимую с Конвенцией. Если нарушение Конвенции состоит в принятии определенного административного акта, то у ответственного органа есть возможность отменить его в соответствии с нормами административно-процессуального права (ср. § 48 Кодекса административного судопроизводства). Административная практика, которая находится в противоречии с Конвенцией, может быть изменена, соответствующую обязанность к этому может установить суд. 51

bb) При нарушении Конвенции судебным решением ни Европейская Конвенция прав человека, ни Основной Закон не предписывают, чтобы постановлению ЕСПЧ, устанавливающему, что решение немецкого суда принято в нарушение Европейской Конвенции прав человека, придавалось действие, устраняющее юридическую силу данного решения (ср. Федеральный Конституционный суд, EuGRZ 1985, с. 654). Из этого, разумеется, не следует, что такие решения ЕСПЧ не должны приниматься во внимание немецкими судами. 52

В соответствии со ст. 20 абз. 3 Основного Закона судебные органы связаны законом и правом. Подчинение судьи закону не затрагивает выводимую из принципа правового государства связанность требованием конституционно гарантированной независимости судов (ст. 97 абз. 1 ОЗ; ср. BVerfGE 18, 52 <59>; 19, 17 <31 и сл.>). И связанность правом, и подчинение закону конкретизируют вверенную судьям функцию отправления судебной власти (ст. 92 ОЗ). Поскольку Европейская Конвенция прав человека - в ее интерпретации Европейским Судом по правам человека - действует в ранге формального федерального закона, на нее распространяется принцип приоритета закона и в этом плане она должна соблюдаться органами судебной власти. 53

С учетом принципа правовой стабильности следует отметить, что федеральный законодатель с принятием нормы § 359 пункт 6 УПК в 1998 году ввел в уголовно-процессуальное право новое основание для возобновления производства по уголовным делам (Закон о реформе уголовно-правового регулирования возобновления производства от 9 июля 1998 года, BGBl I с. 1802). В соответствии с ним, возобновление производства в пользу осужденного, завершившегося вступившим в законную силу приговором, допустимо в случае, если ЕСПЧ установил нарушение Европейской Конвенции прав человека или ее протоколов и приговор немецкого суда основывается на этом нарушении. Это изменение закона базируется на идее, что нарушение Конвенции, последствия которого продолжают действовать в конкретном случае, в специфически чувствительной для защиты основных прав области уголовного права, должно быть, несмотря на уже наступившую законную силу (ср. § 79 абз. 1 Закона о ФКС), безусловно, прекращено, если постановление ЕСПЧ имеет существенное значение для принятия решения в рамках национального процесса. Компетентный суд получает таким образом возможность на основе соответствующего ходатайства вновь рассмотреть завершённое по существу дело и учесть новые правовые факты в процессе формирования своей правовой позиции. При этом в законе находит выражение принципиальное допущение, что суд изменит свое первоначальное – противоречащее Конвенции - решение, поскольку оно основывается на ее нарушении. 54

В других процессуальных законах вопрос о том, как Федеративная Республика Германия должна реагировать на принятое против нее решение Суда в том случае, если национальное судебное производство завершено вступившим в законную силу решением, не нашел окончательного решения.

Фактически могут возникать ситуации, в которых немецкие суды могут пересматривать решения пусть и не в отношении *res iudicata*, но все же в отношении предмета, по которому Европейский суд по правам человека установил нарушение Конвенции Федеративной Республикой Германии. Это, например, может иметь место, если предусмотрена возможность пересмотра дела судом в случае подачи нового ходатайства или в случае изменившихся обстоятельств, а также в случае, если суд еще занимается данным делом в связи с разбирательством по иным обстоятельствам. В конечном счете, решающее значение имеет тот факт, имеется ли у суда по действующему процессуальному праву возможность для повторного рассмотрения дела, в рамках которого он может принять во внимание соответствующее постановление ЕСПЧ. 55

В таких случаях было бы неприемлемым ограничиваться исключительно денежной компенсацией истцу, при том, что реституция не является ни по фактическим, ни по юридическим основаниям невозможной. 56

с) Принимая во внимание постановления ЕСПЧ, государственные органы должны в своей правоприменительной практике учитывать их воздействие на национальный правовой порядок. Это особенно важно, в частности тогда, когда речь идет о сбалансированной по ее правовым последствиям подсистеме внутреннего права, которая направлена на сбалансирование различных гарантий основных прав между собой. 57

Судебное производство в Европейском Суде по правам человека по индивидуальной жалобе согласно ст. 34 ЕКПЧ нацелено на то, чтобы на основе стандартов Европейской Конвенции прав человека и ее дополнительных протоколов решать конкретные случаи на уровне двусторонних отношений между заявителем и государством-участником. Решения ЕСПЧ могут вступать в конфликт с различными подсистемами национального правового порядка, сформированными на основе дифференцированной казуистики. В немецком правовом порядке это может касаться, в частности, сферы семейного права и права, регулирующего положения иностранцев, а также правовых гарантий защиты личности (смотри по данному вопросу недавнюю практику ЕСПЧ, EGMR, No. 59320/00, Постановление от 24 июня 2004 года - *von Hannover gegen Deutschland*, EuGRZ 2004, с. 404 и далее). Именно в этих сферах баланс между противостоящими друг другу гарантиями основных прав достигается путем формирования типизированных категорий случаев и установления дифференцированных правовых последствий. Задача национальных судов как раз и состоит в том, чтобы интегрировать решение Европейского суда по правам человека в рамки соответствующей подсистемы национального правового порядка, поскольку ни международно-правовой договорной основе, ни целям и намерениям самого Суда не может соответствовать, что последний непосредственно своими решениями самостоятельно предпринимал возможно необходимые коррективы в соответствующих национальных правовых подсистемах. 58

В рамках необходимого в этом смысле оценочного анализа национальные суды могут принимать во внимание также и то обстоятельство, что производство в ЕСПЧ по индивидуальной жалобе, особенно, в области гражданско-правовых дел, возможно, не полностью отражает представленные правовые позиции и интересы. Наряду с заявителем, подавшим жалобу, в процессе в Суде участвует только соответствующее государство-участник; возможность участия третьих лиц в производстве по жалобе (ср. ст. 36 абз. 2 ЕКПЧ) не является

институциональным эквивалентом тем правам и обязанностям, которые имеет сторона процесса или иные лица, допущенные к участию в исходном национальном процессе. 59

4.

Для конституционной судебной проверки толкования и применения международно-правовых договоров, которые на основании закона приобрели значение и силу внутреннего немецкого права, действуют те же принципы, которые и в остальном ограничивают полномочие Федерального Конституционного суда по проверке судебных решений. Толкование и применение международно-правовых соглашений судами общей юрисдикции могут быть подвергнуты проверке в принципе лишь в том отношении, не являются ли они произвольными, не основываются ли они на принципиально неверном понимании значения конкретного основного права и несовместимы ли они с другими конституционными предписаниями (ср. BVerfGE 18, 441 <450>; 94, 315 <328>).60

Разумеется, Федеральный Конституционный суд в пределах своей компетенции призван также по-возможности предотвращать и устранять нарушения международного права, которые могут состоять в неверном применении или несоблюдении международно-правовых обязательств немецкими судами и которые могут обосновывать международно-правовую ответственность Германии (ср. BVerfGE 58, 1 <34>; 59, 63 <89>; 109, 13 <23>). Федеральный Конституционный суд опосредовано находится, таким образом, на службе реализации международного права и вследствие этого способствует снижению риска несоблюдения международного права. По этой причине может быть признано необходимым, невзирая на обычный масштаб контроля, осуществлять проверку применения и толкования международно-правовых договоров судами общей юрисдикции.61

Это в особенной степени действует в отношении международно-правовых обязательств, вытекающих из Европейской Конвенции прав человека, которая призвана содействовать общеевропейскому развитию основных прав. Основной Закон в ст. 1 абз. 2 ОЗ гарантирует фундаментальным международным правам человека особую защиту. В сочетании со ст. 59 абз. 2 ОЗ эта норма лежит в основе конституционной обязанности привлекать также и при применении немецких основных прав Европейскую Конвенцию прав человека в ее конкретизированном виде в качестве помощи для интерпретации (ср. BVerfGE 74, 358 <370>). В той мере, в которой рамки действующих методологических стандартов оставляют свободу для интерпретации и правовой оценки, немецкие суды обязаны отдавать преимущество тому толкованию, которое соответствует Конвенции. Ситуация меняется только тогда, когда учет решения ЕСПЧ

приводит, например вследствие изменившейся фактической базы, к нарушению явно противостоящих норм закона или положений немецкой конституции, в частности также основных прав третьих лиц. "Учет" предполагает принятие к сведению соответствующих положений Конвенции в интерпретации, данной Судом, и их применение к данному конкретному случаю, поскольку такое применение не нарушает правовые нормы более высокого ранга, и в частности, нормы конституционного права. В любом случае, положения Конвенции, как они толкуются Европейским Судом по правам человека, должны быть интегрированы в процесс принятия судебного решения; суд, по меньшей мере, должен надлежащим образом исследовать их. Если же со времени принятия Судом решения фактические обстоятельства дела изменились, а также при рассмотрении отличающегося по фактическому составу дела, суды должны устанавливать, в чем состояло, согласно точке зрения Суда, специфическое нарушение Конвенции и почему измененная фактическая основа не позволяет применить ее к данному случаю. При этом будет всегда также иметь значение, как учет решения проявляет себя в системе соответствующей правовой области. В свою очередь, также и на уровне федерального права Конвенция не пользуется автоматически приоритетом перед другим федеральным правом, особенно если оно в этой связи не было до этого предметом решения ЕСПЧ. 62

Исходя из этого, в любом случае должно быть возможным, чтобы в рамках разбирательства в Федеральном Конституционном суде со ссылкой на соответствующее основное право было заявлено возражением, что государственные органы игнорировали или не приняли во внимание решение ЕСПЧ. В этом смысле соответствующее основное право тесно взаимосвязано с принципом верховенства закона, вытекающим из принципов правового государства, в соответствии с которым все государственные органы в пределах их компетенции связаны законом и правом (см. BVerfGE 6, 32 (41)). 63

II.

Решение Высшего Земельного Суда Наумбурга от 30 июня 2004 года, против которого была подана жалоба, нарушает ст. 6 ОЗ в сочетании с принципом правового государства. Высший Земельный Суд при вынесении своего решения не учел в достаточной степени постановление Европейского суда по правам человека от 26 февраля 2004 года, хотя он был обязан сделать это. 64

1.

Оспоренное решение не проясняет, рассмотрел ли Высший Земельный Суд и если да, то в каком объеме, вопрос о том, что требуемое заявителем право общения принципиально находится под защитой ст. 6 ОЗ. Эту конституционную гарантию следует рассматривать на фоне его рассуждений о комплементарном значении гарантии ст. 8 ЕКПЧ. Высший Земельный Суд должен был бы со всей определенностью исследовать вопрос о том, как ст. 6 ОЗ могла бы быть интерпретирована в смысле, который бы соответствовал международно-правовым обязательствам Федеративной Республики Германии. 65

При этом центральное значение имеет тот факт, что установленное Судом нарушение Федеративной Республикой Германии ст. 8 ЕКПЧ с точки зрения права Конвенции все еще продолжается, поскольку заявитель так и не имеет контакт со своим сыном. Суд констатировал в своем решении, что в выборе средств, при помощи которых его решения должны имплементироваться на внутригосударственном уровне, Федеративная Республика Германия обладает свободой усмотрения при условии, что эти средства совместимы с выводами, сформулированными в решении. По мнению ЕСПЧ это значит, что заявителю должна быть, по меньшей мере, предоставлена возможность общения с его ребенком (EGMR, постановление от 26 февраля 2004, пункт 64). Эта точка зрения Суда должна была бы побудить Высший Земельный Суд обратиться к вопросу относительно того, мог ли и в какой мере личный контакт заявителя с его ребенком отвечать интересам блага именно ребенка и какие подтвержденные препятствия – в случае необходимости новым экспертным заключением – учет блага ребенка ставит контактам отца с ребенком, необходимость которых была признана Судом и которые защищены ст. 6 абз. 2 ОЗ. 66

2.

В частности, Высший Земельный Суд недопустимым с точки зрения конституционного права образом исходит из того, что решение Европейского суда по правам человека обязывает исключительно Федеративную Республику Германию как субъект международного права, но не немецкие суды. В силу закона все государственные органы Федеративной Республики Германии в рамках их компетенции связаны - в объеме, указанном в разделе С. I - нормами Конвенции и вступившими в силу для Германии дополнительными протоколами. Они обязаны учитывать гарантии Конвенции и судебную практику ЕСПЧ при толковании основных прав и гарантий правового государства.67

В данном случае вследствие вынесения ЕСПЧ его постановления от 26 февраля 2004 года Высший Земельный Суд имел особый повод для более детального исследования обоснования данного постановления, поскольку решение, в котором устанавливалось нарушение Федеративной Республикой Германии Конвенции, было вынесено по предмету, который снова оказался на рассмотрении Высшего Земельного Суда. Обязанность принять данное решение во внимание не ущемляет Высший Земельный Суд в его конституционно гарантированной независимости, и не принуждает суд к нерефлектированному исполнению решения ЕСПЧ. Тем не менее, Высший Земельный Суд связан законом и правом, к которым относится не только гражданское право и соответствующее процессуальное право, но и действующая в ранге обычного федерального закона Европейская Конвенция прав человека.⁶⁸

В частности, при правовой оценке новых фактов, при поиске баланса между коллидирующими интересами, защищенными основными правами, например, интересами приемной семьи, и при классификации данного случая в общем контексте семейно-правовых дел, связанных с вопросами права на общение с ребенком, Высший Земельный Суд в своих конкретных выводах не связан [данном решением ЕСПЧ – *прим. Дайджеста*]. Однако, оспоренное решение характеризуется недостаточным рассмотрением названных аспектов.⁶⁹

3.

Нет необходимости рассматривать, не исходил ли Высший Земельный Суд - недопустимым с точки зрения конституционного права образом - из того, что распоряжение о принятии мер предварительной защиты может приниматься лишь на основе заявления, а не – как в данном случае – и по собственной инициативе суда, и, таким образом из того, что жалоба была приемлемой (см., например, Высший Земельный Суд Саарбрюккена, OLG Saarbrücken, OLG-Report 2001, с. 269, с одной стороны, Высший Земельный Суд Бранденбурга, OLG Brandenburg, OLG-NL 1994, с. 159 и Высший Земельный Суд Наумбурга, OLG Naumburg, JMB1 ST 2003, с. 346, с другой стороны). В любом случае, Высший Земельный Суд также и свои заключения процессуального характера сделал без надлежащего учета постановления ЕСПЧ от 26 февраля 2004 года. Это, однако, имело значение для решения вопроса о том, был ли суд первой инстанции обязан или правомочен по собственной инициативе исследовать вопрос о предоставлении права на контакты и при наличии соответствующих предпосылок – как это, собственно, имело место – разрешить общение и контакты путем принятия распоряжения о мерах предварительной защиты.⁷⁰

D.

С решением по конституционной жалобе по существу считается улаженным ходатайство о принятии мер предварительной защиты. 72

E.

Решение о возмещении расходов основывается на § 34а абз. 2 Закона о Федеральном Конституционном суде. 73