

Легитимность международных избирательных стандартов на примере судебной практики ЕСПЧ и избирательных миссий ОБСЕ

Кристина Биндер*

*Кристина Биндер – доктор права, заведующая кафедрой международного права и прав человека в Университете Бундесвера г. Мюнхен.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству Duncker & Humblot и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. Кристина Биндер, *Die Legitimität internationaler Wahlstandards am Beispiel von EGMR-Rechtsprechung und OSZE-Wahlmissionen*, in: Der Staat, Vol. 56 (2017), с. 415 и сл.

Содержание:

I. Предварительные замечания	128
II. Позиционирование в современном международном праве и международно-правовая легитимность	131
1. Растущая потребность в легитимации современного международного права и его учреждений	131
2. К понятию «легитимность» в международном праве	135
III. Изначальная легитимность международных стандартов избирательного права	137
1. Развитие стандартов избирательного права Европейским судом по правам человека	138
а) Правовые основы	138
б) Развитие стандартов избирательного права Европейским судом по правам человека	139
с) Оценка	140
2. Развитие стандартов избирательного права БДИПЧ	142

а) Правовые основы	142
б) Развитие стандартов избирательного права в рамках деятельности БДИПЧ	145
с) Оценка	146
3. Обобщающая оценка	147
IV. Дополнительные источники легитимности для (дальнейшего) развития стандартов избирательного права	148
1. Процедурная (формальная) легитимность	149
а) Состав органа, принимающего решение	150
б) Процедуры	151
с) Сравнительный итоговый обзор	154
2. Субстанциональная (материальная) легитимность	155
а) Качество решения	155
б) Отношение между решением и его имплементацией	156
с) Сравнительный итоговый обзор	158
3. Обобщающая оценка	158
V. Заключительная оценка	161

I. Предварительные замечания

Вопрос о легитимности международных стандартов выборов стал особенно актуальным с периода окончания Холодной войны. После 1989-го года волна демократического «духа времени» (*demokratischer Zeitgeist*) охватила мир,¹ вызвав глубокие политические изменения, прежде всего, в

¹ Larry Diamond/Marc F. Plattner/Yun-han Chu/Hung-mao Tien (Hrsg.), *Consolidating the Third Wave Democracies. Themes and Perspectives*, Baltimore 1997. Weiterführend Havard Strand/Havard Hegre/Scott Gates/Marianne Dahl, *Democratic Waves? Global Patterns of Democratization*, 1816-2008, 2011, <http://privatwww.essex.ac.uk/~ksg/bcw2011/strandetal.pdf>. *Stephan Haggard/Robert R. Kaufmann*, *Democratization during the Third Wave*, *Annual Review of Political Science* 19 (2016), c. 125; несколько критично см. *Jean d'Aspremont*, *The Rise and Fall of Democratic Governance in International Law: A Reply to Susan Marks*, *EJIL* 22 (2011), c. 549.

Центральной и Восточной Европе, растущую демократическую консолидацию в Латинской Америке, демократические реформы во многих частях Африки так же, как и в арабском мире (т.н. «арабская весна»). Это во многом указывает на изменение парадигм в международном праве.

Долгое время международное право оставалось индифферентным по отношению к национальным конституционным правовым порядкам.² Такое положение подверглось существенным изменениям в период 1990-ых. Ещё в 1992-ом году *Томас Франк (Thomas Franck)* в инновационном ключе отметил «формирующееся право на демократическое правление» (*emerging right to democratic governance*).³ Шестнадцать лет позже *Нильс Петерсен (Niels Petersen)* писал уже о праве на «создание демократического правления» (*right to the emergence of democratic governance*).⁴ Соответствующая полемика велась под многозначительным наименованием «школа демократических прав» (*democratic entitlement school*).⁵

Предметом настоящей статьи, однако, не является возможное существование универсального права на демократию. В центре внимания стоит скорее комплекс норм, которые составляют международно-правовую основу для этого, а именно - развитие и имплементация (реализация) избирательных стандартов в Европе. В этой связи в статье исследуется соответствующая судебная практика Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) к ст. 3 Первого Дополнительного протокола (ПДП) к Европейской Конвенции прав человека (ЕКПЧ), а также применение и развитие этих стандартов в практике миссий наблюдателей за выборами,

² См. Международный Суд ООН, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Reports 1986, с. 98, 133; по данному вопросу см. также *James Crawford, Democracy and International Law*, BYIL 64 (1993), с. 113 (121).

³ *Thomas M. Franck, The Emerging Right to Democratic Governance*, AJIL 86 (1992), с. 46.

⁴ *Niels Petersen, The Principle of Democratic Teleology in International Law*, Brook. J. Int'l L. 34 (2008), с. 33 (84). См. также ders., *Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, 2009; *Jean d'Aspremont, L'Etat Non Democratique en Droit International. Etude Critique du Droit International Positif et de la Pratique Contemporaine*, Paris 2008; *Christian Pippan, Gibt es ein Recht auf Demokratie im Völkerrecht?*, в: Riefler (Hrsg.), *Popper und die Menschenrechte*, 2007, с. 119; а также в отношении регионального контекста в Европе, *Steven Wheatley, Democracy in International Law: A European Perspective*, ICLQ 51 (2002), с. 225.

⁵ Критический взгляд на «*democratic entitlement*» см. *Martti Koskenniemi, Whose Intolerance, which Democracy?*, в: Fox/Roth (Hrsg.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge 2000, с. 436; дифференцированную оценку см. *Susan Marks, What has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?*, EJIL 22 (2011), с. 507; *d'Aspremont* (сноска 1), с. 559.

осуществляющими свою деятельность под эгидой Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) ОБСЕ.

В области международных избирательных стандартов практика опередила положительное право. Так, ЕСПЧ в его динамичной судебной практике значительно расширил право на свободные выборы далеко за пределы буквального текста ст. 3 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ. В свою очередь, регулирование возможностей приглашения комиссий наблюдателей за выборами и избирательные стандарты в Копенгагенском документе ОБСЕ 1990-го года⁶ предлагают только недостаточное основание для утверждения авторитета миссий, организуемых Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ).

Деятельность обоих учреждений – ЕСПЧ и миссий наблюдателей БДИПЧ - в области выборов соответственно выходят за рамки согласия государств, которое первоначально было ими выражено при ратификации ЕКПЧ или соответственно Первого Дополнительного протокола и при принятии Копенгагенского документа. Ввиду ощутимых дефицитов в правовой, «законодательной» базе, регулирующей действия обоих учреждений, встаёт вопрос, в какой мере легитимность сформировавшихся стандартов может содействовать их признанию.⁷

В настоящей статье предполагается рассмотреть развитие и имплементацию стандартов избирательных прав, осуществляемые ЕСПЧ и БДИПЧ, с точки различных легитимационных перспектив и сравнить специфические сильные и слабые стороны в деятельности обоих учреждений. При этом предпринимается попытка, предложить доктринальное толкование признания этих стандартов и их реализации государствами, которое вытекает из заметного прироста легитимности на практике и выражается в исполнении решений ЕСПЧ и рекомендаций БДИПЧ. Одновременно предстоит увязать поставленные проблемы легитимности в контексте международного (обычного) права.

Сначала в статье анализируется позиционирование в общем международном праве и выясняется содержание понятия легитимности в международном праве (часть II). Затем описываются дефициты легальной основы, (т.е. недостаточность правовой основы в консенсусе государств) в

⁶ Dokument des Kopenhagener Treffens der Konferenz über die menschliche Dimension der KSZE vom 29.6.1990, <http://www.osce.org/de/odihr/elections/14304?download=true> (nachfolgend Kopenhagener Dokument).

⁷ Легитимность понимается в данном исследовании в общеупотребимом смысле как обоснование (или оправдание) осуществления властных полномочий (более подробно см. ниже, часть 2).

контексте развития стандартов избирательного права в практике ЕСПЧ и миссий наблюдателей БДИПЧ (часть III). Ввиду названных дефицитов, к рассмотрению будут привлечены и другие источники легитимности, как например, процедурная легитимность, основанием которой являются честные и корректные процедуры и материальная (или субстанциональная) легитимность, которая достигает признания вследствие приемлемого результата. В сравнительно-правовом аспекте здесь исследуется, в какой мере эти дополнительные источники могут легитимировать динамичное развитие стандартов выборов обоими учреждениями (часть IV.).

II. Позиционирование в современном международном праве и международно-правовая легитимность

Динамичное развитие стандартов избирательного права в практике ЕСПЧ и БДИПЧ служит одним из примеров и иллюстраций общих тенденций развития современного международного права и связанного с этим осуществления властных полномочий международными институтами и учреждениями.⁸ Вопрос относительно обоснования и оправдания – то есть легитимации⁹ – их власти стоит в этой связи особенно актуально.

1. Растущая потребность в легитимации современного международного права и его учреждений

Необходимость оправдания власти международных учреждений возникает, прежде всего, ввиду возрастающей специализации

⁸ К вопросу об определении термина «осуществления международной публичной власти» (*exercise of international public authority*) см. *Armin von Bogdandy/Philipp Dann/Matthias Goldmann*, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, в: *von Bogdandy et al. (Hrsg.), The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, 2010, с. 3 (11и далее); *Armin von Bogdandy/Matthias Goldmann/Ingo Venzke*, *From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority*, *EJIL* 28 (2017), с. 115.

⁹ Легитимация рассматривается при этом как процесс, который ведёт к оправданию осуществления властных полномочий. Легитимность осуществления власти – понимаемая как состояние, как качество – является результатом легитимации. (*Kerstin Odendahl*, *Gibt es eine völkerrechtliche Legitimität von Regierungen?*, в: *Delbrück et al. (Hrsg.), Von Kiel in die Welt: Kiel's Contribution to International Law*, FS Walther Schücking Institut für Internationales Recht, 2014, с. 99 [106]).

международного права, его более высокой интенсивности и объёма регулирования и продолжающегося многие годы проникновения международного права в новые области и сферы. В первую очередь, в рамках специализированных договорных режимов (*Vertragsregime*) как например, в международном экономическом праве, в праве защиты инвестиции и в международной защите прав человека, международные учреждения играют особенно важную роль. Такие международные учреждения, как Орган по урегулированию споров Всемирной торговой организации, инвестиционные третейские суды и региональные суды по правам человека (ЕСПЧ, Межамериканский Суд по правам человека) обладают значительной властью и осуществляют её в областях, касающихся развития, контроля и соблюдения соответствующих режимов.¹⁰

Осуществление власти и полномочий соответствующими учреждениями носит тем более прямой и непосредственный характер, поскольку международное право - и вместе с тем его действие - все больше охватывает также те области, которые прежде приписывались к сферам внутригосударственной компетенции регулирования.¹¹ Решения данных инстанций достигают, например, в экономическом праве, в праве инвестиций или в защите прав человека непосредственного публично-правового измерения в национальных системах.¹²

¹⁰ См. в этом смысле также аналогичную проблематику в области международного права охраны окружающей среды *Daniel Bodansky, Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?*, AJIL 93 (1999), с. 596.

¹¹ В смысле современного международного права (как «права сотрудничества»); в отличие от этого, классическое международное право («право координации») разграничивало сферы суверенной власти государств и служило целям нивелирования противоположных коллидирующих интересов. Международное право представляло соответственно, прежде всего, как межгосударственное право; сфера регулирования международного и национального права различались при этом кардинально. См. *Wolfgang Friedmann, The Changing Structure of International Law*, London 1964, с. 60 ff., 67 ff., 152 ff.; *Christina Binder, Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht*, 2013, с. 57 и сл. Высказывается также мнение, что прежде всего международное экономическое право базируется на системе международного сотрудничества и регулирования, которая сопровождает создание глобальных структур управления: *Christian Tietje, The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture*, GYBIL 42 (1999), с. 26.

¹² Одним из многочисленных примеров служит практика Органа по урегулированию споров ГАТТ/ВТО к ст. XX Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ), по данному вопросу см. *Brandon L. Bowen, The World Trade Organization and its Interpretation of the Article XX Exceptions to the General Agreement on Tariffs and Trade, in Light of Recent Developments*, Ga. J. Int'l & Comp. L. 29 (2014), с. 181; решения

Тем самым, также неправительственные акторы – в частности, индивидуумы или предприятия – становятся их адресатами.¹³ Такие частично непосредственные и далекоидущие последствия на внутригосударственном уровне, которые отчасти адресуются также иным субъектам, чем государства, предъявляют повышенные требования к легитимации соответствующих органов и учреждений.¹⁴ Это происходит, прежде всего, по той причине, что их мандат и их компетенция сформулированы в договорных документах, на основе которых они были

третейских арбитражей Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) в связи с экономическим кризисом в Аргентине (CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12.5.2005; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22.5.2007; BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award, 24.12.2007) или соответственно в общем упрёк «регулирующим с оглядкой» (*regulatory chill*) в связи с практикой инвестиционных третейских арбитражей, *Kyla Tienhaara*, Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science, в: Brown/Miles (Hrsg.), Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Cambridge 2011, с. 606; противоположную точку зрения по данному вопросу см. *Charles N. Brower/Stephan W. Schill*, Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?, Chi. J. Int'l L. 9 [2009], с. 471 [484]). См. также судебную практику Межамериканского суда по правам человека по вопросам национального регулирования в сфере применения амнистий: *Barrios Altos v. Peru*, Judgment, 14.3.2001, Series C No. 75; *La Cantutav. Peru*, Judgment, 29.11.2006, Series C No. 162 а также развитую в практике данного Суда фигуру «контроля конвенциональности» (*control de convencionalidad*), которая превращает национальных судей в «хранителей» Американской Конвенции прав человека. По данной проблематике см. *Christina Binder*, Towards a Latin American Constitutional Court? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights with Special Focus on Amnesties, GLJ 12 (2010), с. 1203. См. также ниже часть III.1.c) по проблемам эволютивно-динамического толкования ЕКПЧ страсбургским Судом.

¹³ К вопросу о меняющейся структуре международного права и его влиянии на индивидов см. *Friedmann* (сноска 11), с. 60 и далее, 213 и далее; *Christian Tomuschat*, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, RdC 281 (2001), с. 13, 70; *Matthias Kumm*, The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis, EJIL 15 (2004), с. 907. См. также *Joseph Weiler*, The Geology of International Law-Governance, Democracy and Legitimacy, ZaöRV 64 (2004), с. 547 (550), относительно аналогичной фигуры „regulatory layer“ в конце 20-го века: „Regulatory regimes have a far greater ‘direct’ and ‘indirect’ effect on individuals, markets and more directly if not always as visibly as human rights, come into conflict with national social values“.

¹⁴ Разделение между национальным и международным правом долгое время рассматривалось как основание для ограничения легитимационных требований к международному праву. (См. *Nico Krisch/Benedict Kingsbury*, Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, EJIL 17 [2006], с. 1 [11]; *Kingsbury*, Sovereignty and Inequality, EJIL 9 [1998], с. 599).

созданы, как правило, только в самом абстрактном и общем виде.¹⁵ Соответствующие учреждения, таким образом, в силу необходимости формируют свою собственную динамику деятельности и развития, когда они берут на себя осуществление функции, доверенной им в соответствующем договорном режиме.¹⁶ Чем менее ясной является соответствующая (международно-договорная) правовая основа и чем более абстрактным является согласие государства на отправление этими органами их властных полномочий, тем более проблематичный вид приобретает подобное влияние.¹⁷

На этом фоне традиционные модели объяснения осуществления власти международными учреждениями – согласие государств (*state consent*) и законное основание (*legality*) – предстают всё более недостаточными. Хотя нельзя не признать, что первоначальное согласие государства на учреждение международного органа предлагает определённое оправдание его полномочий по осуществлению власти. *Карл Цеманек (Karl Zemanek)* констатирует, например, в отношении динамичной судебной практики ЕСПЧ:

[..]Релевантным в настоящем контексте является то, что в условиях режима, установленного Европейской Конвенцией по правам человека, государства уступили свои полномочия интерпретировать Конвенцию и, следовательно, определять свои обязательства, предусмотренные Конвенцией. Это предоставило Европейскому Суду по правам человека свободу действий, чтобы

¹⁵ К проблематике ЕКПЧ см. например ст. 32 ЕКПЧ (более подробно см. ниже часть III.1.a); к компетенции третейских арбитражей МЦУИСа см. 25 абз. 1 Соглашения МЦУИС или соответственно отсутствие нормативного определения понятия «инвестиции» в Соглашении МЦУИС.

¹⁶ К проблематике обвинений во вмешательстве в национальный суверенитет со стороны Органа по урегулированию споров ГАТТ/ВТО см. например ВТО, Panel Report, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/R, 15.5.1998 и несколько модифицируя ВТО, Appellate Body Report, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12.10.1998 (Shrimp-Turtle); *Bodansky* (сноска 10), с. 606; *Bowen* (сноска 12), с. 192 и далее; ЕСПЧ и судебная практика относительно избирательных прав лиц, находящихся в заключении см. ниже часть III.1.c); см. также судебную практику по делам, связанным с вопросами амнистии и «контроль конвенциональности» в рамках деятельности Межамериканского суда по правам человека, сноска 12 (см. *Binder* [сноска 12]).

¹⁷ По данной проблематике см. например *von Bogdandy/Goldmann/Venzke* (сноска 8), с. 115. К вопросу о «правлении средствами информации» (*governance by information*), см. *Matthias Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt. Handlungsformen internationaler Institutionen im Zeitalter der Globalisierung*, 2015, в частности с. 19-95.

развивать эти обязательства в соответствии с концепцией основных ценностей, которые, по его мнению, сложились и существуют на момент вынесения решения по соответствующему делу[...].» ([..]What is relevant in the present context is the fact that under the regime established by the ECHR states have contracted away their authority to interpret the Convention and hence to determine their obligations under the Convention. That gives the ECtHR leeway to develop these obligations in accordance with the conception of the underlying values which it assumes to exist at the moment of deciding an appropriate case [...]).¹⁸

В результате учреждения ЕСПЧ государства - по мнению *Цеманека* – уступили (предоставили - **прим. Дайджеста**) Суду компетенцию развивать и совершенствовать стандарты ЕКПЧ. Они согласились с осуществлением его власти в определённых рамках и тем самым заложили для этого основу. Однако, эта основа, естественно, не является безграничной. Она взывает к критериям и параметрам, позволяющим позиционировать отправление судом властных полномочий в правовом отношении и контролировать их согласно международному праву. То же самое действует и для других международных учреждений. Необходимы дополнительные - выходящие за пределы первоначального согласия государств на их деятельность - формы для оправдания этих властных полномочий. Это выводит на передний план более общий вопрос о легитимности в международном праве.

2. К понятию «легитимность» в международном праве

Легитимность определяется в основном как оправдание власти (господства).¹⁹ В таком определении содержится также некоторое эмпирическое измерение. Согласно другому подходу, легитимность это «качество, которое приводит людей (или государства) к (вос)приятию власти - независимо от принуждения, личного интереса или рационального убеждения – вследствие общего ощущения, что эта власть оправдана» (a quality that leads people (or states) to accept authority - independent of coercion, self-interest, or rational persuasion - because of a general sense that

¹⁸ *Karl Zemanek*, Court Generated State Practice, ARIEL 20 (2015, i.E.). См. также *Patricia Roberts*, Subsequent Agreements and Practice: The Battle over Interpretative Power, в: Nolte (Hrsg.), Treaties and Subsequent Practice, 2013, с. 95.

¹⁹ *Odendahl* (сноска 9), с. 106 с дальнейшими ссылками.

the authority is justified).²⁰ Соответственно легитимность - это одновременно и оправдание, и предпосылка осуществления властных полномочий (*Herrschaftsgewalt*).²¹ В свою очередь, нормы, воспринимаемые как легитимные, позволяют их адресатам легче следовать им. Согласно мнению Томаса Франка (*Thomas Franck*), нормы, воспринимаемые как легитимные, побуждают к их исполнению (*pull towards compliance*) со стороны субъектов – адресатов данных норм.²²

В целом в теории были разработаны различные модели для объяснения того, как в рамках теории легитимности может обосновываться осуществление властных полномочий международными инстанциями или иными словами, как следует оправдывать властные функции, которые выполняет международный орган.²³ При этом различают в принципе три следующих аспекта. В «классическом» варианте осуществление власти легитимируется её происхождением (генезисом). Конкретно это выражено путём ратификации договора согласие государства на деятельность международного органа, дополняемое условием, что он не выходит за рамки достигнутого согласия (*state consent* и *legality*).²⁴

²⁰ *Bodansky* (сноска 10), с. 600; по проблемам легитимности в целом см. *Legitimität Rüdiger Wolfrum*, *Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations*, в: *Wolfrum/Röben* (Hrsg.), *Legitimacy in International Law*, 2008, с. 1; *Bodansky*, *Legitimacy*, в: *Hey/Brunnee/Bodansky* (Hrsg.), *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford 2007, с. 704; *Jost Delbrück*, *Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 10 (2003), с. 29; *Tullio Treves*, *Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals*, в: *Wolfrum/Röben*, ebd., с. 169. С точки зрения международных отношений см. *Michael Zürn*, *Autorität und Legitimität in der postnationalen Konstellation*, в: *Geis/Nullmeier/Daase* (Hrsg.), *Der Aufstieg der Legitimitätspolitik. Rechtfertigung und Kritik post-ökonomischer Ordnungen*, *Leviathan* 27 (2012), с. 41; *Georg Simmerl/Michael Zürn*, *Internationale Autorität. Zwei Perspektiven*, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 23 (2016), с. 38. Критическая оценка в *Martii Koskeniemi*, *Legitimacy, Rights and Ideology: Notes Towards a Critique of the New Moral Internationalism*, *Associations: Journal for Legal and Social Theory* 7 (2003), с. 349.

²¹ *Bodansky* Отдельные авторы рассматривают легитимность как основу деятельности «somewhere between rational persuasion and compulsion» (*Bodansky* [сноска 20], с. 707).

²² *Thomas M. Franck*, *Legitimacy in the International System*, *AJIL* 82 (1988), с. 705; см. также *ders.*, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford 1990.

²³ *Rüdiger Wolfrum*, *Legitimacy of International Law and the Exercise of Administrative Functions: The Example of the International Seabed Authority, the International Maritime Organization (IMO) and International Fisheries Organizations*, *GLJ* 9 (2008), с. 2040; *Bodansky* (сноска 10), с. 611. Другие модели – как например, транснациональная демократия – выходят за рамки настоящего исследования. По данному вопросу см. например *Delbrück* (сноска 20), с. 29, 34 и далее; *Kumm* (сноска 13), с. 907.

²⁴ См. например. *Bodansky* (сноска 20), с. 712.

Другими источниками является процедурная легитимность на основании корректных и надлежащих процедур и материальная (субстанциональная) легитимность, при которой приемлемость или признание являются следствием достижения определённого, «положительного» результата.²⁵ Также возможна комбинация этих звеньев.²⁶ Как инструмент и мерило для легитимности осуществления власти международными учреждениями также могут привлекаться функциональные аспекты - как например, экспертиза соответствующего учреждения и существование адекватных механизмов ответственности.²⁷

Если в классическом международном праве осуществление власти первоначально легитимировалось через её источник, а именно через одобрение государствами, то ввиду частично «перекрывающего» осуществления власти международными учреждениями фактор (преимущественно договорного) происхождения (или генезиса) становится всё более недостаточным.²⁸ В соответствии с этим большее значение приобретают другие звенья, и в частности, процессуальная легитимность, как следствие применения корректных и надлежащих процедур при принятии решения, с одной стороны, и субстанциональная легитимность, которая является следствием «положительного» результата. Это важно в том отношении, что все три звена частично комплементарны по отношению друг к другу. Если стандарты и процедуры признаются заинтересованными государствами-адресатами, так как они корректны и ведут к «положительным» результатам, то эта приемлемость дополняет - целиком или частично - их происхождение из согласия государств (*state consent*).

III. Изначальная легитимность международных стандартов избирательного права

Тексты, которые образуют правовую основу для развития стандартов избирательного права со стороны ЕСПЧ и для деятельности комиссий наблюдателей за выборами БДИПЧ – соответственно ЕКПЧ и статья 3

²⁵ См. *Bodansky* (сноска 10); *Wolfrum* (сноска 20), с. 315; *Wolfrum* (сноска 23), с. 2040, 2041; *Bodansky* (сноска 20); см. также *Treves* (сноска 20).

²⁶ См. *Wolfrum* (сноска 23), с. 2040; *Bodansky* (сноска 10), с. 612.

²⁷ *Bodansky* (сноска 10), с. 623.

²⁸ В этом смысле *Bodansky* (сноска 10), с. 596 и далее, 610; см. также *Wolfrum* (сноска 23), с. 2041, 2044.

Первого Дополнительного протокола к Конвенции и Копенгагенского документа (или других специальных документов КБСЕ/ОБСЕ) - сформулированы весьма неопределённо и расплывчато. Поэтому сначала встаёт вопрос, в какой мере динамичное развитие стандартов выборов обоими учреждениями находит обеспечение в этих документах. Речь здесь идёт собственно о том, насколько эти действия международных органов могут опираться на выраженное в договорных актах согласие государств, а также о том, как далеко распространяется их первоначальная легитимность, и где существуют возможные дефициты легитимности происхождения.

1. Развитие стандартов избирательного права Европейским судом по правам человека

а) Правовые основы

Одной из задач ЕСПЧ является наблюдение и контроль соблюдения Европейской Конвенции по правам человека и её дополнительных протоколов государствами-участниками: Статья 32 ЕКПЧ устанавливает компетенцию суда по толкованию и применению гарантированных в ней прав.²⁹ Мандат суда охватывает, таким образом, также и гарантированное в ст. 3 Первого Дополнительного протокола (ПДП) право на свободные выборы. Однако, это право сформулировано слабее, чем другие содержащиеся в ЕКПЧ права³⁰ и согласно буквального текста нормы скорее устанавливает обязательство государств проводить выборы, а не индивидуальное право:

«Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются проводить с разумной периодичностью свободные выборы путём тайного голосования в таких условиях, которые обеспечивали бы свободное волеизъявление народа при выборе органов законодательной власти.»

²⁹ Ст. 32 ЕКПЧ: «Компетенция Суда. 1. В ведении Суда находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней, которые могут быть ему переданы [...]»

³⁰ О противоречиях, которые проявляются в области права на свободные выборы см. *Susan Marks*, *The European Convention on Human Rights and its „Democratic Society“*, *BYIL* 56 (1995), с. 209 (221).

Возможности для динамичного развития и совершенствования кажутся при такой постановке вопроса соответственно ограниченными. Изначально вообще было спорным, предоставляет ли ст. 3 ПДП индивидуальные права.³¹ Также и ЕСПЧ придерживался сначала скорее сдержанного подхода. Первое решение Суда в этой области датируется 1987-ым годом, им стало решение по делу *Mathieu-Mohin и Clerfayt против Бельгии*: ЕСПЧ не установил нарушение права на свободные выборы, указав при этом на широкую свободу усмотрения государства-ответчика.³² Широкая свобода усмотрения государств относительно оформления их избирательных систем до сих пор все ещё выделяется в отдельных решениях ЕСПЧ.³³

б) Развитие стандартов избирательного права Европейским судом по правам человека

Однако, сдержанность Суда изменилась, прежде всего, в более поздней судебной практике. В частности, с начала 1990-ых годов ЕСПЧ в динамичной судебной практике существенно расширил область применения ст. 3 ПДП.³⁴ Например, Суд констатировал нарушение права на свободные выборы в случае исключения пассивного избирательного права

³¹ Подготовительные материалы не позволяют сделать однозначный вывод о том, стремились ли государства-участники Конвенции закрепить реализуемое индивидуальное право на свободные выборы или «лишь» общее – не обеспечиваемое на индивидуальном уровне – обязательство обеспечивать демократическую государственную организацию (см. к drafting history Европейской Конвенции по правам человека, Marks [сноска 30]).

³² ЕСПЧ, *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2.3.1987 Series A No. 113. Предметом разбирательства в Суде был принцип равенства в бельгийском избирательном праве: во Фламандском Совете избранный депутат при вступлении на должность должен был произносить клятву на голландском языке, что имело следствием возможное исключение франкоговорящих кандидатов. ЕСПЧ ограничил своё разбирательство рассмотрением вопроса о том, были ли нарушены политические права франкоговорящего населения, что было им, в конечном счёте, отклонено.

³³ ЕСПЧ, *Zdanoka v. Latvia*, 16.3.2006, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2006-IV, пункт 106; EGMR, *Podkolzinav. Latvia*, 9.4.2002, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2002-II, пункт 33; EGMR, *Gitonasv. Greece*, 1.7.1997, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 1997-IV, пункт 39.

³⁴ В целом к судебной практике ЕСПЧ в области избирательного права см. *David Harris/Micheal O'Boyle/Edward Bates/Carla Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick*. Law of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl. Oxford 2014, с. 920 и далее; *Bernadette Rainey/Elizabeth Wicks/Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey*: The European Convention on Human Rights, 6. Aufl. Oxford 2014, с. 537 и далее; *Sergey Golubok*, Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection?, NQHR 27 (2009), с. 361.

на парламентских выборах для бывших коммунистов³⁵ или лиц, имеющих двойное гражданство.³⁶ В свою очередь, ЕСПЧ признал нарушающим Конвенцию отсутствие эффективных возможностей подачи жалобы у кандидата, представлявшего национальное меньшинство, который хотя и был избран, но так и не получил место в парламенте.³⁷ По ряду дел нарушающей Конвенцию была признана практика отдельных стран, в соответствии с которой устанавливалось неизбирательное (генеральное) и автоматическое лишение избирательных прав лиц, находящихся в тюремном заключении, предусмотренное *ex lege* (без принятия решения судом в конкретном случае).³⁸ В целом судебная практика ЕСПЧ показывает, что Суд последовательно осуществлял динамичное и эволютивное развитие права на свободные выборы.

с) Оценка

В своей интерпретации конвенционального права на свободные выборы ЕСПЧ применяет Конвенцию как «живой инструмент» (*living instrument*), который путём динамичной интерпретации должен адаптироваться к потребностям общественного развития.³⁹ Привлечение такого признанного метода интерпретации международных договоров, который Суд регулярно применяет для дальнейшего совершенствования конвенциональных стандартов выборов, укрепляет его легитимность. Так Суд предпринял динамичное развитие права на свободные выборы главным образом на основе сравнения правопорядков государств-участников Совета Европы, исследовав при этом вопрос, не возник ли новый европейский стандарт в соответствующей области.⁴⁰ Такой подход можно рассматривать как

³⁵ ЕСПЧ, *Adamsons v. Latvia*, 24.6.2008, App. no. 3669/03.

³⁶ ЕСПЧ, *Tdnase v. Moldova*, 27.4.2010, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2010-III.

³⁷ ЕСПЧ, *Grosaru v. Romania*, 2.3.2010, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2010-II.

³⁸ ЕСПЧ, *Hirst v. United Kingdom (no. 2)*, 6.10.2005, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2005-IX; ЕСПЧ, *Greens and M.T. v. United Kingdom*, 23. 11. 2010, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2010-VI; EGMR, *Frodl v. Austria*, App. no. 20201/04, 8. 4. 2010; ЕСПЧ, *Anchugov and Gladkov v. Russia*, App. no. 11157/04, 4. 7. 2013; ЕСПЧ, *Firth and others v. United Kingdom*, App. nos. 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09 and 49036/09, 12. 8.2014; ЕСПЧ, *McHughand others v. United Kingdom*, App. no. 51987/08 and 1,014 others, 10. 2. 2015.

³⁹ См. среди многочисленных примеров ЕСПЧ, *Tyrer v. United Kingdom*, 25.4.1978 Series A No. 26, пункт 31; ЕСПЧ, *Loizidou v. Turkey*, 23.3.1995 Series A No. 310.

⁴⁰ См. ЕСПЧ, *Tănasev. Moldova*, 27.4.2010, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2010-III, пункт 87и далее; ЕСПЧ, *Hirst v. United Kingdom (no. 2)*, 6.10.2005, Reports of

ссылку на «последующую практику применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования» в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской Конвенции о праве международных договоров.⁴¹

И, тем не менее, эти конкретные требования Суда не вытекают в полной мере непосредственно из неопределённой и расплывчатой формулировки ст. 3 ПДП. Способна ли первоначальная легитимность, базирующаяся на согласии государств, оправдать такую ситуацию, вызывает определённые сомнения. Кроме того, необходимо учитывать, что Суд подверг стандарты избирательного права в определённой части динамичному усовершенствованию, хотя соответствующее правовое регулирование и законодательство в различных государствах-участниках Совета Европы отнюдь не было единообразным. Как было подвергнуто критике в совместном особом мнении судей к решению ЕСПЧ по делу *Hirst*, только в 18 (из 45) государств-участников Конвенции не имелось ограничений, касающихся избирательных права лиц, которые находятся в заключении.⁴² Тем не менее, ЕСПЧ констатировал нарушение ст. 3 ПДП в связи с установленным *ex lege* лишением заключённых лиц избирательных прав. Ввиду отсутствия единообразной практики государств, эта динамичная интерпретация не покрывается регулированием ст. 31 абз. 3 lit. b Венской Конвенции (или иными международно-правовыми методами толкования). Здесь речь идёт, следовательно, не об интерпретации права на свободные выборы, а скорее о развитии права судебной практикой (*Rechtsfortbildung*).⁴³ Так в адрес Суда раздавались также упреки, в

Judgments and Decisions, EGMR 2005-IX, пункт 33; ЕСПЧ, *Yumak and Sadak v. Turkey*, 8.7.2008, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2008-III, пункт 61 и далее. Относительно примеров, не специфических для избирательного права см. ЕСПЧ, *Öcalan v. Turkey*, App. no. 46221/99, 12.5.2005, пункт 162 f., ЕСПЧ, *Soering v. United Kingdom*, 7.7.1989 Series A No. 161, пункт 102.

⁴¹ В этой связи необходимо принимать во внимание, что обязательства по международному договору, касающемуся прав человека, имплементируются не через взаимодействие государств, а на национальном уровне. В этом смысле *Zemanek* (сноска 18).

⁴² ЕСПЧ, *Hirst v. United Kingdom (no. 2)*, Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler and Jebens, 6.10.2005, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2005-IX, пункт 6.

⁴³ См. критику в совместном особом мнении: „[...] the Court is not a legislator and should be careful not to assume legislative functions“ (ЕСПЧ, *Hirst v. United Kingdom (no. 2)*, Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler and Jebens, 6.10.2005, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2005-IX, пункт 6). В целом по делу *Hirst* см. *Edward Bates, Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg*, HRLR 14 (2014), с. 503; См. также *Kanstantsin Dzehtsiarou, Prisoner voting*

частности со стороны участвовавших в разбирательстве государств-ответчиков (Великобритании и России), в превышении его мандата при толковании и применении ЕКПЧ и в судебной практике *ultra vires*. Великобритания в связи с её осуждением ЕСПЧ в делах *Hirst* и *Greens and M.T.*, касавшихся избирательных прав, даже угрожала выходом из ЕКПЧ.⁴⁴ Российский Конституционный Суд отказался от имплементации соответствующего решения ЕСПЧ в деле Анчугов и Гладков в декабре 2016-го года.⁴⁵ Таким образом против динамичной судебной практики ЕСПЧ в области избирательных прав сложилось определённое сопротивление.

2. Развитие стандартов избирательного права БДИПЧ

а) Правовые основы

В определённой степени основой деятельности БДИПЧ и организации Висс наблюдателей за выборами является Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ 1990-го года.⁴⁶ Тем не менее, рамки деятельности миссий наблюдателей, включая

saga. Reasons for challenges, в: Hardman/Dickson (Hrsg.), Electoral Rights in Europe: Advances and Challenges, London/New York 2017, с. 92.

⁴⁴ По данной проблематике см. например „Prisoners will not get the vote, says David Cameron“, BBC News, 24.10.2012, <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-20053244>. См. Bates (сноска 43); а также ders., The Continued Failure to Implement *Hirst v UK*, EJILtalk, 15.12. <https://www.ejiltalk.org/the-continued-failure-to-implement-hirst-v-uk/>. В целом по вопросу о «rights hostility» в Великобритании, *Alan Greene*, The Human Rights Act in a Culture of Control, в: Lang/Smyth (Hrsg.), The future of human rights in the UK (2017, i.E.).

⁴⁵ Конституционный Суд РФ, решение, касающееся возможности исполнения решения ЕСПЧ от 4.06.2013, Анчугов и Гладков против России от 19.04. 2016, 12-Р/2016. См. по данной проблеме *Anastasia Berger*, Aktuelle Entwicklungen zur Bindung an die Entscheidungen des EGMR in Russland, O/L-2-2016, Ost/Mag, 11.7. http://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Berger_Aktuelle_Entwicklungen_zur_Bindung_an_die_Entscheidungen_des_EGMR_in_Russland_OL_2_20161.pdf; также *Alsu Galiaudinova*, Russland, der EGMR und das Wahlrecht für Strafgefangene, VerfBlog, 3.6.2016, <http://verfassungsblog.de/russland-der-egmr-und-das-wahlrecht-fuer-strafgefangene>.

⁴⁶ Копенгагенский Документ (сноска 6); см. также Viertes Treffen des Ministerrats der OSZE vom 30. November 1993 in Rom, CSCE and the New Europe - Our Security is Indivisible, <http://www.osce.org/mc/40401?download=true> (CSCE and the New Europe); OSZE Budapest Summit, Budapest Dokument 1994: Towards a Genuine Partnership in a New Era, <https://www.osce.org/mc/39554?download=true> (Towards a Genuine Partnership in a New Era), Ch. VIII, пункт 12; Decision 19/06, Strengthening the Effectiveness of the OSCE,

мандат БДИПЧ, не подверглись здесь детальному урегулированию. Приглашение наблюдателей урегулировано в параграфе 8 Копенгагенского Документа лишь в самом общем и абстрактном виде:

«Государства-участники считают, что присутствие наблюдателей, как иностранных, так и национальных, может повысить авторитетность избирательного процесса для государств, в которых проводятся выборы. Поэтому они приглашают наблюдателей от любых других государств-участников СБСЕ и любых соответствующих частных учреждений и организаций, которые пожелают этого, наблюдать за ходом их национальных выборов в объёме, допускаемом законом. Они также будут стремиться содействовать такому же доступу к избирательным процессам, проводимым на более низком, чем общенациональный уровне. Такие наблюдатели будут брать на себя обязательство не вмешиваться в избирательный процесс.»⁴⁷

На этой принципиальной основе, миссии наблюдателей за выборами призваны осуществлять свою деятельность. Однако, параграф 8 не содержит более детальных предписаний относительно того, на каких условиях происходит приглашение миссий наблюдателей и само наблюдение, какие конкретные права и обязанности имеются у наблюдателей и т.д. и т.п. Установленные в Копенгагенском Документе общие рамки соответственно нуждаются в конкретизации. Кроме того, и собственно мандат самого БДИПЧ сформулирован в общем виде и предлагает лишь относительно неопределённые директивы для работы БДИПЧ.⁴⁸

Также и содержащиеся в Копенгагенском Документе стандарты организации и проведения выборов скорее носят самый общий характер. В частности, - наряду с упоминанием всеобщего и равного избирательного

2006 OSZE-Ministerrat, Brüssel, 5.12.2006, <http://www.osce.org/mc/23209?download=true>, Strengthening the Effectiveness of the OSCE), Sec. 2, пункт 13.

⁴⁷ Копенгагенский Документ (сноска 6), пункт 8.

⁴⁸ БДИПЧ призван осуществлять, «comprehensive election monitoring» и «[...] enhanced role in election monitoring before, during and after the elections». См. CSCE and the New Europe (сноска 49), пункт IV.4; Towards a Genuine Partnership in a New Era (сноска 49), Ch. VIII, пункт 12. См., однако, OSZE Istanbul Summit, Istanbul Dokument 1999: Charter for European Security, пункт 26, где было отражено самообязательство государств следовать рекомендациям БДИПЧ, <http://www.osce.org/mc/39569?download=true> (nachfolgend Istanbul Summit, Charter for European Security).

права на основе тайного голосования⁴⁹ - здесь указывается в основном лишь на необходимость уважать «право граждан добиваться политических или государственных постов в личном качестве или в качестве представителей политических партий или организаций без дискриминации».⁵⁰ То же самое относится к необходимости уважать «право отдельных лиц и групп лиц создавать в условиях полной свободы свои политические партии или другие политические организации».⁵¹ Равным образом, Копенгагенский Документ содержит общее «*намерение*» (*commitment*) принимающих участие в процессе ОБСЕ государств обеспечивать «проведение политических кампаний в атмосфере свободы и честности»,⁵² и не устанавливать «какие-либо юридические или административные барьеры для беспрепятственного доступа к средствам массовой информации на недискриминационной основе для всех политических группировок и отдельных лиц».⁵³ Таким образом, Копенгагенский Документ содержит некоторые референтные рамки для деятельности БДИПЧ, сформулированные лишь в очень общих чертах. Дальнейшим ограничением служит также то, что названные стандарты представляют собой исключительно политические «*commitments*» государств, принимающих участие в процессе ОБСЕ, и не являются действительными обязательствами, юридически обязательными с точки зрения международного права.⁵⁴

⁴⁹ Копенгагенский Документ (сноска 6), пункт 7.3 и 7.4.

⁵⁰ Копенгагенский Документ (сноска 6), пункт 7.5.

⁵¹ Копенгагенский Документ (сноска 6), пункт 7.6.

⁵² Копенгагенский Документ (сноска 6), пункт 7.7.

⁵³ Копенгагенский Документ (сноска 6), пункт 7.8. См. также по данному вопросу *Frank Evers*, OSCE Election Observation: Commitments, Methodology, Criticism, OSCE Yearbook 15 (2009), с. 235 (236 и далее).

⁵⁴ В этом смысле *Knut Ipsen et al.*, *Völkerrecht*, 5. Aufl., 2004, с. 529 и далее; *Ulrich Fastenrath*, The Legal Significance of CSCE/OSCE Documents, OSCE Yearbook 1/2 (1995-1996), с. 411 (418); *Theodor Schweisfurth*, Die juristische Mutation der KSZE, в: FS Bernhardt, 1995, с. 213 (224). См. однако также и иное мнение *Jan Klabbers*, The Concept of Treaty in International Law, Den Haag 1996, с. 126: Документы ОБСЕ как международно-правовые договоры без классической ответственности государств и юрисдикции. См. также *Anuscheh Farahat*, Regulating Minority Issues through Standard Setting and Mediation: The Case of the High Commissioner on National Minorities, в: *von Bogdandy et al.* (Hrsg.), The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law, 2009, с. 343 (346 с дальнейшими ссылками). См. также *Julia Marquier*, Soft law: Das Beispiel des OSZE-Prozesses. Ein Beitrag zur völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre, 2004, с. 14.

b) Развитие стандартов избирательного права в рамках деятельности БДИПЧ

До известной степени Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) при динамичном развитии стандартов свободных выборов выходит далеко за рамки Копенгагенского Документа. В целом с конца «холодной войны» было организовано и проведено более трёхсот миссий наблюдателей за выборами.⁵⁵ В докладах и заключениях этих миссий обсуждаются различные аспекты избирательного процесса, как например, финансирование партий, использование публичных средств или доступ кандидатов и участвующих в выборах партий к СМИ в целях ведения избирательной кампании,⁵⁶ а также другие вопросы, которые лишь в самом общем и абстрактном виде находят упоминание в Копенгагенском Документе. Граница между конкретизацией - хотя и в принципе юридически необязательных - избирательных стандартов Копенгагенского Документа, с одной стороны, и динамичным развитием права, с другой, условна и подвижна. Соответствующая практика БДИПЧ только условно покрывается положениями, сформулированными в Копенгагенском Документе. Следовательно, легитимирующая роль изначального согласия государств как основание для отправления властных полномочий здесь сравнительно незначительна.

Помимо этого, потенциально далеко идущее влияние миссий наблюдателей на национальном уровне находится в существенном контрасте, в частности, с общим и абстрактным мандатом БДИПЧ. Хотя наблюдатели за выборами основное внимание уделяют техническим аспектам организации и проведения выборов, руководствуясь при этом принципом невмешательства,⁵⁷ они обладают значительной властью и авторитетом. Прежде всего, *Предварительное Заявление (Preliminary Statement)*, которое делается непосредственно по завершению выборов на специальных пресс-конференциях и обобщает наблюдения миссии, регулярно пробуждает большой интерес СМИ и оказывает значительное политическое давление.⁵⁸ Соответственно миссии наблюдателей за

⁵⁵ Трёхсотая по счёту миссия состоялась в октябре 2015-го года. См. веб-страницу БДИПЧ, 300 ODIHR Election Observation Missions, <http://www.osce.org/odihr/elections/193741>.

⁵⁶ См. доклады миссий наблюдателей за выборами, опубликованные на веб-странице БДИПЧ: <http://www.osce.org/odihr/elections>.

⁵⁷ См. Копенгагенский Документ (сноска 6), пункт 8; по вопросу о методологии наблюдения за выборами см. также OSZE/ ODIHR, Election Observation Handbook, 6. Aufl. Warschau 2010, <http://www.osce.org/odihr/elections/68439?download=true> (Election Observation Handbook).

⁵⁸ См. по некоторым пунктам довольно резкую критику ODIHRs, Preliminary Statements и Заключение комиссии наблюдателей относительно выборов президента

выборами способны своими мнениями и заключениями легитимировать или делегитимировать правительство.⁵⁹ Это проявилось особенно отчётливо в контексте так называемых «цветных революций» в Грузии (2003), Украине (2004) и Киргизия (2005). Так критика процесса организации и проведения выборов со стороны наблюдателей придавала достоверность упрекам оппозиции в избирательном обмане и косвенно также способствовала, в конечном счёте, изменению соответствующего режима.⁶⁰

с) Оценка

Деятельность БДИПЧ поддерживает избирательный процесс в соответствующих государствах согласно международным стандартам и укрепляет право на политическое участие и демократию. Она основывается на развёрнутых масштабных политических «commitments» государств, сформулированных, прежде всего, в Копенгагенском Документе. Тем не менее, в определённой степени высокий авторитет миссий наблюдателей, дающих свои заключения относительно наиболее глубинных процессов в конкретном государстве, контрастирует с отсутствием (в принципе) обязательной юридической силы этих «commitments»⁶¹ и их сравнительно неопределёнными формулировками.

Азербайджана, состоявшихся 9-го октября 2013-го года, <http://www.osce.org/odihr/elections/106901?download=true>: „The 9 October election was undermined by limitations on the freedoms of expression, assembly, and association that did not guarantee a level playing field for candidates. Continued allegations of candidate and voter intimidation and a restrictive media environment marred the campaign.“; или аналогичные документы к конституционному референдуму в Турции, проводившемуся в апреле 2017-го года: „The 16 April constitutional Referendum took place on an un-level playing field and the two sides of the campaign did not have equal opportunities. Voters were not provided with impartial information about key aspects of the reform, and civil society organizations were not able to participate.“ (International Referendum Observation Mission, Preliminary Statements und Conclusions, <http://www.osce.org/odihr/elections/turkey/311721?download=true>).

⁵⁹ Такую легитимность через международные избирательные стандарты не следует путать с исследуемой здесь легитимностью самих избирательных стандартов. В общем к проблематике легитимности правительств см. *Odendahl* (сноска 9).

⁶⁰ В этом смысле *Michael Meyer-Resende*, *Exporting Legitimacy: The Record of EU Election Observation in the Context of EU Democracy Support*, CEPS Working Document, March 2006, с. 12; *Christina Binder*, *International Election Observation by the OSCE and the Human Right to Political Participation*, *European Public Law* 13 (2007), с. 133 (150).

⁶¹ См. ниже часть IV к вопросу о возможной «консолидации» избирательных стандартов посредством практики государств и *opinio iuris* до уровня международно-правового обычая.

Соответственно нередко государства весьма чувствительно реагировали на некоторые миссии наблюдателей за выборами ОБСЕ/БДИПЧ и подвергали их деятельность серьёзной критике. Прежде всего, Россия и её союзники (Беларусь, Азербайджан) с 2003-го года последовательно указывают на «двойные стандарты» и осуждают *неограниченную «бесконтрольную автономию» (unchecked autonomy)* БДИПЧ. Более того, реально рассматривалась даже возможность прекращения финансирования деятельности БДИПЧ посредством вето в Постоянном Совете ОБСЕ.⁶²

В свою очередь, отзывы миссии наблюдателей БДИПЧ по поводу конституционного референдума в Турции в апреле 2017-го года были самым решительным образом отвергнуты членами турецкого правительства, обвинявшими миссию в предвзятости и необъективности.⁶³ Таким образом, можно не без оснований констатировать, что миссии наблюдателей за выборами в отдельных случаях становятся объектом сильной критики.

3. Обобщающая оценка

Масштабная деятельность ЕСПЧ и БДИПЧ только частично покрывается согласием государств, выраженном при заключении Первого Дополнительного протокола к ЕКПЧ и при принятии Копенгагенского Документа. Легитимирующая роль первоначального государственного консенсуса как основа для осуществления властных полномочий обоими органами в области выборов соответственно ограничена. Эта проблематика дополнительно усиливается особой значимостью вопросов выборов в контексте государственного суверенитета и в известной мере значением

⁶² См. например высказывания российского министра иностранных дел *Сергея Лаврова* на Тринадцатой встрече Совета Министров ОБСЕ 5-6-го декабря 2005-го года в Любляне, <http://www.osce.org/mc/17235?download=true>; или соответственно т.н. Московское Заявление по поводу положения ОБСЕ 8-го июля 2004-го года, РС.DEL/630/04, которое было принято всеми государствами-участниками СНГ, кроме Грузии, Азербайджана и Туркменистана: в нём осуждалась политизация деятельности БДИПЧ. По данному вопросу *Victor-Yves Ghebalı*, *Debating Election and Election Monitoring Standards at the OSCE: Between Technical Needs and Politicization*, OSCE Yearbook 11 (2005), с. 215. К противоположным, по сути, упрекам, что правительство Азербайджана, якобы, купило, положительные отзывы и оценку Советом Европы парламентских выборов 2015-го года и конституционного референдума 2016-го года, см. ниже часть IV.1.

⁶³ В адрес ОБСЕ звучали обвинения в том, что «наблюдатели прибыли в Турцию с предвзятым отношением» и в результате не были «соблюдены требования нейтральности и беспристрастности». См. Deutsche Presse Agentur, Cavusoglu: OSZE-Wahlbeobachterbericht mit Absicht fehlerhaft, 19.6.2017.

влияния деятельности обоих органов на внутригосударственные процессы. (Обязательные) решения ЕСПЧ требуют нередко изменений (конституционных) законов, регулирующих выборы. У них есть потенциал соответственно глубоко вторгаться и затрагивать государственные структуры.⁶⁴ Это в равной степени справедливо и для экспертных заключений и докладов миссий наблюдателей за выборами БДИПЧ. Даже если в случае таких заявлений (в частности, Предварительных Заявлений, которые делаются по завершению выборов) речь идёт скорее об оказании политического давления, тем не менее, они имеют существенное влияние (прежде всего, если победа на выборах достигнута с минимальным преимуществом или если результаты голосования становятся предметом спора). Все это привело - как указывалось выше - к официальной критической позиции по отношению к обоим органам со стороны целого ряда государств.

Эти предварительные соображения приводят нас теперь к исследованию вопроса о том, насколько иные дополнительные стратегии легитимации могут компенсировать отмеченные дефициты легитимности ЕСПЧ и БДИПЧ, вытекающие из ограниченности легитимизирующего действия первоначального согласия государств, достигнутого на международно-правовом уровне.

IV. Дополнительные источники легитимности для (дальнейшего) развития стандартов избирательного права

Процедурная легитимность, возникающая в результате применения корректных и надлежащих процедур, и субстанциональная (материальная) легитимность, основанная на достижении «надлежащего» или «положительного» результата ставит во главу угла приемлемость и

⁶⁴ См. в отношении пассивного избирательного права ЕСПЧ, Zdanokav. Latvia, 16.3.2006, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2006-IV; или соответственно избирательные права заключённых ЕСПЧ, Hirst v. United Kingdom (no. 2), 6.10.2005, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2005-IX; ЕСПЧ, Greens and M.T. v. United Kingdom, 23.11.2010, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2010-VI. См. также решения ЕСПЧ, касающиеся избирательных прав граждан государства, проживающих за границей (ЕСПЧ, Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece, 15.3.2012, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2012-II); или соответственно касающиеся минимального процентного барьера для прохождения в парламент (Yumak and Sadak v. Turkey, 8.7.2008, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2008-III). В обоих случаях, названных последними, ЕСПЧ, тем не менее, не констатировал нарушения Конвенции.

признание государствами разработанных стандартов выборов. В идеальном случае эти дополнительные источники легитимности имеют своим результатом изменение первоначального договора последующей практикой государств-сторон договора (в том смысле, что «суд порождает государственную практику»: *court generated state practice*)⁶⁵ или соответственно консолидацию стандартов «мягкого права» (*soft law*) в контексте международного обычного права. Если государства принимают (признают) судебную практику ЕСПЧ и/или деятельность миссий наблюдателей за выборами, поскольку используемые ими процедуры воспринимаются ими как корректные и результаты их деятельности – как справедливые, то они подчиняются в этом случае их авторитету, даже если на основании исходных текстов они вовсе не должны были этого. Если это происходит в течение длительного периода и на основании *opinio iuris*, т.е. соответствующей правовой убежденности, то развитие в этих рамках стандарты выборов приобретают самостоятельную международно-правовую обычную основу, которая в принципе не зависит от исходных текстов.

Процессуальное и субстанциональное измерения легитимности в состоянии содействовать признанию государствами судебной практики ЕСПЧ и совершенствование закреплённых в документах ОБСЕ стандартов выборов средствами международного обычного права. Тем самым они могут не только компенсировать возможные дефициты легитимности происхождения (генезиса), но и создавать самостоятельную международно-правовую основу для динамично развитых стандартов выборов. В конечном счёте, это может вести к международно-правовому обязательству соответствующих государств на основе международно-правового обычая (как в случае БДИПЧ) или на основе толкования/дальнейшего развития договора последующей практикой в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской Конвенции, «*court generated state practice*» (как в случае ЕСПЧ).

1. Процедурная (формальная) легитимность

Процедурная легитимность охватывает два компонента, а именно легитимирующее действие, во-первых, *состава* инстанции/органа, принимающего решение и, во-вторых, - справедливость/качество *процедур*, которые направляют процесс принятия решений.⁶⁶

⁶⁵ Более детально см. *Zemanek* (сноска 18).

⁶⁶ См. в этой связи, *Wolfrum* (сноска 23), с. 2040; *Bodansky* (сноска 10), с. 612; к вопросу о применении к международным избирательным стандартам см. также *Christina Binder*, *Anything New Since the End of the Cold War? Or International Law Goes*

а) Состав органа, принимающего решение

Прежде всего, фундамент для независимого и объективного (непредвзятого) развития стандартов выборов закладывает состав обоих учреждений - ЕСПЧ и миссий наблюдателей за выборами БДИПЧ.

Судьи ЕСПЧ пользуются гарантиями объективности, независимости и правовой экспертизы.⁶⁷ Кроме этого, названные требования, предъявляемые к профессиональным качествам судьи, подкрепляются элементами определённой демократической легитимации. Судьи выбираются Парламентской Ассамблеей Совета Европы на основе списка из трёх кандидатов, которые предлагаются соответствующими государствами.⁶⁸

Требования, предъявляемые к наблюдателям за выборами миссий БДИПЧ, менее формализованы.⁶⁹ Разумеется, кодекс поведения обязует их к беспристрастности и предполагает их высокий профессионализм.⁷⁰ В частности, члены т.н. «основных рабочих групп» (*Core-Teams*) - это независимые эксперты, обладающие необходимыми профессиональными знаниями, компетентностью и опытом, что в определённой мере защищает

Domestic: International Electoral Standards and Their Legitimacy, *Anuario Espanol de Derecho Internacional* 27 (2011), с. 435.

⁶⁷ См. ст. 21 ЕКПЧ относительно требований, предъявляемых к кандидатам на занятие должности судьи ЕСПЧ. С вступлением в силу Четырнадцатого Протокола к ЕКПЧ (14-го июня 2010-го года) гарантии независимости судей были существенно усилены в результате увеличения срока полномочий до 9-ти лет и упразднения возможности повторного избрания на должность (см. в этом отношении ст. 23 абз. 1 ЕКПЧ).

⁶⁸ Ст. 22 ЕКПЧ. См. по данному вопросу *Armin von Bogdandy/Christoph Krenn*, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern. Eine vergleichende Rekonstruktion der Richterauswahl zu EGMR und EuGH, *JZ* 69 (2014), с. 529; а также *Armin von Bogdandy/Ingo Venzke*, In Whose Name? An investigation of international courts' public authority and its democratic justification, *EJIL* 23 (2012), с. 7.

⁶⁹ По данной проблематике см. *Jonathan Misk*, Standardizing the Principles of International Election Observation, *Vand. J. Transnat'l L.* 13 (2010), с. 763.

⁷⁰ В данной связи см. Declaration of Principles for International Election Observation and Code of Conduct for International Election Observers, New York, 2005, https://www.ndi.org/sites/default/files/1923_declaration_102705_0.pdf (Declaration of Principles and Code of Conduct), где содержится Кодекс поведения, который должны подписывать наблюдатели за выборами. См. также Венецианская Комиссия, Guidelines on the Internationally Recognized Status for Election Observers vom 14. Dezember 2009, Straßburg, CDL-AD(2009)059, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2009\)059-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2009)059-e).

от политизации.⁷¹ Они набираются на конкурсной основе в процессе отбора кандидатур, которые предлагаются различными государствами-участниками ОБСЕ.⁷²

Сбалансированность наблюдения за выборами подкрепляется также многонациональным характером состава миссий наблюдения за выборами, которые комплектуются наблюдателями, представляющими все государства, принимающие участие в процессе ОБСЕ, и квота наблюдателей в которых, представляющих одно государство, не превышает 10%. Кроме того, члены миссий не могут участвовать в наблюдении выборов в государстве их происхождения.⁷³

b) Процедуры

Что касается процедур разработки и принятия решения, то, с одной стороны, следует исследовать аспекты, которые обеспечивают *правовую/нормативную правильность* решения (*rechtliche/normative Richtigkeit*). С другой стороны, необходимо оценивать способность данных органов принимать *фактически/содержательно правильные решения на эмпирической основе*.

Процедура разбирательства и принятия решений в ЕСПЧ может апеллировать в первую очередь к весоному критерию легитимности судебного производства, основанного на принципах правовой государственности. Прежде всего, предоставленная государствам возможность, в рамках обмена процессуальными документами (и при необходимости в ходе устного разбирательства) выразить свою позицию по отношению к вменяемым им нарушениям Конвенции, способствует

⁷¹ В поддержку точки зрения, что независимые эксперты усиливают легитимность см. *Wolfrum* (сноска 23), с. 2045. Критический взгляд см. *Martii Koskenniemi*, *Global Governance and Public International Law*, *Kritische Justiz* 37 (2004), с. 241; *Jan Klabbers*, *Two Concepts of International Organization*, *International Organizations Law Review* 2 (2005), с. 277.

⁷² Миссии наблюдателей за выборами БДИПЧ в этом позитивном смысле отличаются от миссий наблюдателей некоторых других международных организаций, как например, миссий Парламентской Ассамблеи Совета Европы (ПАСЕ), когда выборы наблюдает лишь небольшая делегация политических представителей. Тем не менее, процедура подачи заявления на участие в конкурсе на свободную вакансию и процедура конкурсного отбора могли бы проводиться ещё более транспарентно. По данной проблеме см. *Strengthening the Effectiveness of the OSCE* (сноска 46). См., однако, также возражения со стороны БДИПЧ: OSZE/ODIHR, *Common Responsibility. Commitments and Implementation vom 10. November 2006*, Warschau, с. 51, <http://www.osce.org/files/documents/3/Zc/22681.pdf> (ODIHR Common Responsibility).

⁷³ См. *Election Observation Handbook* (сноска 57), с. 37 и далее.

процедурной легитимации.⁷⁴ Также либеральная практика ЕСПЧ допускать заключения *amicus curiae*, имеет здесь важное значение,⁷⁵ так же, как и то обстоятельство, что судья, избранный от заинтересованного государства в любом случае принимает участие в принятии решения.⁷⁶ Таким образом, «национальный судья» имеет возможность содействовать лучшему пониманию правовой системы своего государства другими судьями, что ставит судебное решение на более обоснованную основу. Наконец, возможность направления определённого дела, которое ставит особенно серьёзные правовые вопросы, в Большую палату Суда также способствует легитимности решений Суда⁷⁷; в частности, ввиду инклюзивного характера состава Большой палаты с 17 судьями, включая Президента и Вице-Президента Суда и Председателей Палат.⁷⁸ В противоположность этому потенциал Суда по расследованию и установлению фактов (*fact-finding*) ограничен. Это элементарно превосходит возможности международного суда глубоко вникать и разбираться в особенностях национальных избирательных процессов, что частично отрицательно отражается на эмпирическом основании решений ЕСПЧ.⁷⁹

(Процессуальные) гарантии деятельности миссий наблюдателей БИДПЧ следуют, прежде всего, из разработанной методологии органов,

⁷⁴ См. ст. 40 ЕКПЧ относительно открытого характера заседаний Суда и доступа к документам.

⁷⁵ В этом отношении см. ст. 36 абз. 2 ЕКПЧ; правило 44 абз. 3 lit. a Регламента Суда, 14-го ноября 2016-го года, http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf. В целом см. Strasbourg Observers, Third Party Interventions before the ECtHR: A Rough Guide, 24. Februar 2015, <https://strasbourgobservers.com/2015/02/24/third-party-interventions-before-the-ecthr-a-rough-guide/>.

⁷⁶ См. ст. 30 ЕКПЧ. Почти треть решений ЕСПЧ, вынесенных в связи с применением ст. 3 Первого Дополнительного протокола, были приняты Большой Палатой ЕСПЧ. Из 577-ми дел, рассмотренных по проблемам права на свободные выборы, согласно базы данных HUDOC, 165 решений приняты Большой Палатой, 412 - Палатами (см. ЕСПЧ, HUDOC Datenbank, <http://hudoc.echr.coe.int/eng>); Например, такие важные решения, как ЕСПЧ, *Tanase v. Moldova*, 27.4.2010, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2010-III; ЕСПЧ, *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, 15.3.2012, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2012-II; ЕСПЧ, *Yumak and Sadak v. Turkey*, 8.7.2008, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2008-III, были вынесены Большой Палатой.

⁷⁷ В этом отношении см. ст. 26 абз. 4 ЕКПЧ.

⁷⁸ См. ст. 26 абз. 5 ЕКПЧ.

⁷⁹ Ввиду специфически комплексного характера избирательного процесса, в котором задействовано большое число акторов, это представляется довольно проблематичным и может усложнить адекватный контроль пропорциональности. См. например проблематичное решение ЕСПЧ по делу *Sukhovetskyu* против Украины, в котором Суд, несмотря на непропорционально высокий залог, уплата которого является условием для регистрации кандидата, не констатировал нарушения Конвенции: ЕСПЧ, *Sukhovetskyu v. Ukraine*, 28.3.2006, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2006-VI.

руководящих экспертно-оценочной работой наблюдателей за выборами.⁸⁰ Так называемые *руководства по наблюдению за выборами БДИПЧ (Observation Handbooks)*, которые основываются на опыте многолетних наблюдений и разрабатываются независимыми экспертами в сотрудничестве с Департаментом по выборам БДИПЧ (*БДИПЧ-Election-Department*),⁸¹ содержат, например, подробные директивы для миссий наблюдателей, которые основываются на принципах беспристрастности и невмешательства в избирательный процесс.⁸² Это делает оценки, предложенные в отчётах комиссий наблюдателей, более предметными, объективными и обоснованными. Также спектр государств, в которые направлялись миссии наблюдателей, после серьёзной критики был значительно расширен и стал более разнообразным. Теперь миссии наблюдателей направляются не только в консолидирующиеся демократии с недемократическим прошлым, но и – хотя и в меньшем масштабе – в государства устоявшейся демократии.⁸³ Поскольку доклады миссий наблюдателей подготавливаются вместе со «штаб-квартирой» БДИПЧ, независимость миссий наблюдателей БДИПЧ от их «материнской организации» ОБСЕ заключается, прежде всего, в том, что БДИПЧ – это независимое учреждение в ОБСЕ.⁸⁴ Тем не менее, механизмы контроля и отчётности миссий наблюдателей (*accountability mechanisms*) ещё более формализованы.⁸⁵

В противоположность этому, наиболее важный козырь миссий наблюдателей – это их практические возможности по установлению фактов. Так стандартная миссия наблюдателей регулярно включает *основную* рабочую группу в столице, которая оценивает избирательный процесс с различных точек зрения (в политическом, правовом, избирательно-технологическом, медиальном аспекте и т. д.). Определённый

⁸⁰ См. Declaration of Principles and Code of Conduct (сноска 70); в этом смысле также *Anne van Aaken/Richard Chambers*, Accountability and Independence of International Election Observers, *International Organizations Law Review* 6 (2009), с. 541 (551).

⁸¹ См. например *Election Observation Handbook* (сноска 57); OSZE/ODIHR, *Handbook for the Observation of New Voting Technologies*, Warschau 2013; OSZE/ODIHR, *Handbook for the Observation of Voter Registration*, Warschau 2012; OSZE/ODIHR, *Handbook on Media Monitoring for Election Observation Missions*, Warschau 2012; OSZE/ODIHR, *Handbook for Long-Term Election Observers*, Warschau 2007; OSZE/ODIHR, *Handbook for Monitoring Women's Participation in Elections*, Warschau 2004; все источники находятся на сайте <http://www.osce.org/odihr/elections/75352>.

⁸² См. *Evers* (сноска 53), с. 241. В целом см. также веб-страницу БДИПЧ, <http://www.osce.org/odihr>.

⁸³ См. по данному вопросу *Evers* (сноска 53), с. 241 и далее; а также с. 244 и далее к вопросу о независимости БДИПЧ от ОБСЕ.

⁸⁴ См. более подробно *Evers* (сноска 53), с. 241.

⁸⁵ *Evers* (сноска 53), с. 248.

контингент членов миссий, осуществляющих долгосрочное наблюдение (т.н. долгосрочные наблюдатели), наблюдают избирательный процесс в различных регионах государства и регулярно посылают отчёты основной рабочей группе. Основная группа и долгосрочные наблюдатели находятся шесть-восемь недель в стране. Кроме того, в дни выборов к ним присоединяются многочисленные кратковременные наблюдатели (до 500), которые наблюдают ход голосования и подсчёт голосов в различных избирательных пунктах страны (10-12 человек в команде). Все это делает возможным комплексную и всестороннюю оценку выборов, которая основывается на вовлечении всех важных для избирательного процесса акторов (например, от избирательных комиссий, политических партий, неправительственных организаций и т. д.).⁸⁶ Широкий формат и выверенная методология наблюдения отличают миссии наблюдателей за выборами БДИПЧ также от некоторых других международных организаций, которые с нередко менее крупными делегациями политических представителей концентрируют свою деятельность по наблюдению непосредственно на дне выборов.⁸⁷

с) Сравнительный итоговый обзор

Процедурная легитимность поддерживает, таким образом, развитие стандартов выборов обоими учреждениями в принципе. Разумеется, это происходит на разных уровнях. В случае ЕСПЧ особую роль играют, прежде всего, судебная форма/характер процедуры и гарантии судебской

⁸⁶ Более подробно см. ODIHR, Election Observation Handbook (сноска 57).

⁸⁷ Примером могут служить миссии наблюдателей за выборами Парламентской Ассамблеи Совета Европы (ПАСЕ), которые ориентированы, прежде всего, на период выборов и осуществляются членами ПАСЕ. Более подробно см. Parliamentary Assembly, Election Observation, <http://website-pace.net/web/apce/election-observations>. Значение явно выраженной процедурной легитимности миссий наблюдателей проявилось, в частности, в связи с миссией ПАСЕ в Азербайджане, в период парламентских выборов в ноябре 2015-го года и в период проведения конституционного референдума в сентябре 2016-го года, которые, несмотря на многочисленные проблемы, тем не менее были в высшей степени позитивно оценены Парламентской Ассамблеей (см. Statement by PACE Election Observation Mission on the Parliamentary Elections in Azerbaijan on 1 November 2015, 2. November 2015, <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=5856&cat=31>; Statement of the PACE Assessment Mission for the Constitutional Referendum in Azerbaijan, 27. September 2016, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=6326&lang=2&cat=31>). В этой связи в адрес Парламентской Ассамблеи раздавались обвинения в фальсификации (см. *Martin Durm*, Korruption im Europarat. Die Teppich- und die Kaviar-Diplomatie, Tagesschau, 30. Juni 2017, <https://www.tagesschau.de/ausland/europarat-111.html>).

независимости; в случае миссий наблюдателей за выборами БДИПЧ легитимность миссий усиливают, в частности, выверенная методология деятельности этих миссий, экспертные ресурсы и большое число наблюдателей из различных государств. Кроме того, присутствие наблюдателей в стране и чётко оформленные возможности миссий наблюдателей по расследованию и установлению фактов содействуют достижению фактической достоверности их отчётов и способствуют, таким образом, их легитимности.

2. Субстанциональная (материальная) легитимность

Субстанциональная легитимность, основанная на «надёжном» или «положительном результате», носит комплексный характер и имеет различные измерения. Она имеет отношение к «*output*» учреждения, то есть к тому обстоятельству, что учреждение или орган осуществляет «*a good job in governing*», что касается также его эффективности.⁸⁸ На основе конструкции, предложенной судьёй *Treves (Treves)*,⁸⁹ в дальнейшем особое внимание предполагается уделить *качеству решения* (в смысле непротиворечивого применения соответствующего права и качества обоснования) и *отношению между решением и его исполнением/имплементацией* (в контексте общего признания со стороны соответствующей общности⁹⁰).

а) Качество решения

В судебной практике, касающейся права на свободные выборы, ЕСПЧ особенно часто ссылается на предшествующие решения.⁹¹ Это имеет положительный эффект создания определённой системы неформальных «*прецедентов*» и содействует согласованности и предсказуемости его

⁸⁸ *Wolfrum* (сноска 23), с. 2041; *Bodansky* (сноска 20), с. 711; *Bodansky* (сноска 10), с. 612; *Binder* (сноска 66), с. 455.

⁸⁹ См. *Treves* (сноска 20), с. 172.

⁹⁰ С оговоркой, что в случае избирательных стандартов, которые усиливают политическое участие индивидов (равно как и в случае прав человека, в общем), признание государствами не может служить в качестве единственного показателя и мерила субстанциональной легитимности. Дискуссия об индивидах как адресатах не является предметом рассмотрения данного исследования, поскольку это выходит за его рамки. См. по данному вопросу например *Bodansky* (сноска 10).

⁹¹ См. например ЕСПЧ, *Tanase v. Moldova*, 27.4.2010, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2010-III, пункт 104 и далее; EGMR, *Frodlov. Austria*, App. no. 20201/04, 8.4. 2010, пункт 22 и далее.

судебной практики.⁹² Также и сам метод ЕСПЧ динамично совершенствовать стандарты выборов на основе сравнения национальных правопорядков свидетельствует принципиально о целостности и согласованности и способствует субстанциональной легитимности результатов. Это действует, естественно, при условии, что он применяется правильно, а не как в случае избирательных прав заключённых лиц - непоследовательно и на основе только небольшого числа правопорядков.⁹³

У наблюдателей за выборами БДИПЧ есть преимущество большого числа систематически задокументированных миссий наблюдателей, которые проводились во время последних 25-ти лет и которые последовательно конкретизировали сравнительно неопределённые избирательные стандарты Копенгагенского Документа путём развития т.н. «лучших практик» (*best practices*).⁹⁴ Эти стандарты «мягкого права» предлагают детальные масштабы для оценки избирательного процесса в таких областях, как регистрация избирателей, финансирование предвыборной борьбы и финансирование политических партий, деятельность национальных избирательных комиссий и рассмотрение жалоб, касающихся вопросов организации и проведения выборов.⁹⁵ Всё это способствует обеспечению высокого качества отчётов миссий по наблюдению за выборами.

b) Отношение между решением и его имплементацией

Для исследования вопроса об отношении между решением и его имплементацией важны, в частности, возможности соответствующего учреждения или органа содействовать исполнению его решения. Эффективной имплементации решений ЕСПЧ препятствует в известной мере, прежде всего, длительный промежуток времени между подачей

⁹² Это действует, несмотря на то, что сам ЕСПЧ не связан формально своей собственной судебной практикой. По данному вопросу см. *Marc Jacob*, *Precedents: Lawmaking through international adjudication*, GLJ 12 (2011), с. 1005.

⁹³ В частности в решении ЕСПЧ *Hirst v. United Kingdom (no. 2)*, 6.10.2005, *Reports of Judgments and Decisions*, EGMR 2005-IX Суд должен был бы более точно обосновать, как он пришёл к своей расширительной интерпретации ст. 3 Первого Дополнительного протокола. В рамках проводимого им сравнительно-правового обоснования Суд, например, произвольно ссылается на опыт Канады и Южной Африки (см. пункт 35 и далее), не объяснив этот выбор.

⁹⁴ См. *Evers* (сноска 53), с. 236, 255, где эти «лучшие практики» обозначаются как «interpretive commitments» и квалифицируются как «a kind of customary law».

⁹⁵ В этом смысле *Christina Binder*, *Möglichkeiten und Grenzen der Wahlbeobachtung in unsicheren Demokratien am Beispiel Usbekistans*, *Verfassung und Recht in Übersee* 4 (2010), с. 418.

жалобы и принятием Судом решения. Например, в деле *Yumak u Sadak против Турции* предметом жалобы было законодательное регулирование парламентских выборов в Турции 2002-го года.⁹⁶ Речь шла о минимальном процентном барьере в 10% голосов, необходимых чтобы пройти в парламент, что *de facto* делало невозможным для курдских партий получить представительство в парламенте. Тем не менее, решение по данному делу было принято ЕСПЧ только после выборов 2007-го года.⁹⁷ Непосредственное действие решений Суда соответственно незначительно. Поэтому сила ЕСПЧ⁹⁸ заключается прежде всего в том, чтобы показать дефициты в национальном избирательном законодательстве в долгосрочной перспективе и таким образом дать импульс для проведения соответствующих реформ.

Миссии наблюдателей за выборами БДИПЧ имеют то преимущество, что они находятся непосредственно в стране и могут путём публикации своих докладов оказывать непосредственное политическое давление. Особенно они имеют смысл, если государства проявляют желание и готовность реформировать национальный избирательный процесс. Так сообщения миссий наблюдателей содержат подробные рекомендации, как могут быть устранены дефициты, установленные в выборном процессе. Несмотря на то, что отчёты и рекомендации не имеют обязательной юридической силы, государства ОБСЕ признали свою политическую ответственность за выполнение рекомендаций БДИПЧ.⁹⁹ БДИПЧ предоставляет в распоряжение также техническую поддержку, чтобы помогать государствам в имплементации.¹⁰⁰ Значительный потенциал имеет, прежде всего, диалог с соответствующим государством непосредственно после состоявшихся выборов.¹⁰¹

⁹⁶ ЕСПЧ, *Yumak and Sadak v. Turkey*, 8.7.2008, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2008-III.

⁹⁷ См. также ЕСПЧ, *Kovach v. Ukraine*, 7.2.2008, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2008-I. Это дело касалось нарушений в ходе парламентских выборов 2002-го года, но было решено, однако, только в 2008-ом году. См. по данному вопросу *Wolfrum* (сноска 23), с. 2041; *Treves* (сноска 20), с. 173.

⁹⁸ Несмотря на то, что решения ЕСПЧ согласно ст. 46 ЕКПЧ в формально-правовом отношении имеют действие *inter partes*.

⁹⁹ По данному вопросу см. *Istanbul Summit, Charter for European Security* (сноска 48).

¹⁰⁰ См. *Binder* (сноска 60), с. 151 и далее.

¹⁰¹ См. ODHR Common Responsibility (сноска 72), пункт 145 и далее относительно *follow-up* и поствыборные диалоги.

с) Сравнительный итоговый обзор

ЕСПЧ и миссии наблюдателей за выборами БДИПЧ обладают и пользуются своей материальной/субстанциональной легитимностью. Оба учреждения имеют выверенную методологию и при дальнейшем развитии стандартов выборов активно опираются на предшествующие решения (ЕСПЧ) или на предыдущие отчёты и разработанные формы *best practices* (БДИПЧ). Это позволяет добиться согласованности и предсказуемости их оценок и укрепляет их легитимность. Можно приветствовать также и определённую тенденцию к использованию взаимных ссылок друг на друга. Наблюдательные миссии БДИПЧ нередко ссылаются на решения ЕСПЧ, как например, в связи с проблематикой избирательных прав лиц, находящихся в заключении.¹⁰² ЕСПЧ, в свою очередь, в отдельных случаях ссылается на отчёты и сообщения БДИПЧ в той части, которая касается установления фактических обстоятельств проведения выборов.¹⁰³ Это содействует логичности и последовательности судебных установлений. Кроме того, оба органа могут вследствие этого компенсировать определённые собственные слабости (например, в случае ЕСПЧ для преодоления его ограниченных возможностей по расследованию и установлению фактов). ЕСПЧ и миссии БДИПЧ взаимно дополняют друг друга, что способствует их субстанциональной легитимации. Для отношения между решением и его имплементацией ЕСПЧ использует обязательность своих решений; миссии БДИПЧ в свою очередь могут содействовать имплементации прежде всего посредством механизма поддержания контактов (*follow-up Prozess*) и пост-выборного диалога с конкретным государством, что укрепляет и усиливает их соответствующую легитимность.

3. Обобщающая оценка

Оба учреждения - ЕСПЧ и миссии по наблюдению выборов БДИПЧ – обнаруживают разную степень легитимности динамичного развития ими стандартов выборов. Тем не менее, процедурное и субстанциональное измерение легитимности оправдывают развитие стандартов выборов в

¹⁰² См. например International Election Observation Mission, Final Report zu den Parlamentswahlen am 4. März 2007 in Estland, Final Report, 28.6.2007, с. 4, <http://www.osce.org/odihr/elections/estonia/25925?download=true>; International Election Observation Mission, Preliminary Statements und Conclusions zu den vorgezogenen Parlamentswahlen am 26. März 2017 in Bulgarien, с. 3, <http://www.osce.org/office-for-democratic-institutions-and-human-rights/elections/bulgaria/307586?download=true>.

¹⁰³ См. например ЕСПЧ, *Sukhovetsky v. Ukraine*, 28.3.2006, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2006-VI, пункт 39 или ЕСПЧ, *Gahramanli and others v. Azerbaijan*, 8.10.2015, App. no. 36503/11, пункт 53.

обеих системах. Это компенсирует и нивелирует дефициты, существующие с точки зрения легитимности, которая основывается исключительно только на первоначальной согласии государств. Это представляется особенно важным в области выборов и избирательных систем, которая является особенно чувствительной в контексте принципа государственного суверенитета и которая лежит в самом сердце конституционного порядка, провозглашённого и установленного данным государством.¹⁰⁴

В случае миссий наблюдателей БДИПЧ эта дополнительная легитимация важна для того, чтобы снять возможные упреки в установлении непредусмотренных «скрытых обязательств», институциональной ангажированности или бесконтрольной автономии.¹⁰⁵

Также и в случае ЕСПЧ важность дополнительных линий легитимации проявляется, в частности, на примере реакции Великобритании и России на решения по делам, которые касались избирательных прав лиц, лишённых свободы. В принципе суд мог противопоставить критике ясное и сбалансированное по содержанию обоснование. Но эти ясные и сбалансированные по содержанию аргументы он должен был также сообщить. Для ЕСПЧ было в этом смысле немаловажным привести развёрнутые и убедительные мотивы своего динамичного совершенствования стандарта выборов. И такое обоснование должно было основываться не только на (дефицитарном) правовом сравнении избирательного законодательства государств-участников Совета Европы, а подкрепляться дополнительными аргументами. В этом смысле перспективными могли бы оказаться, например, этико-психологические аргументы в пользу необязательно необходимых ограничений прав

¹⁰⁴ Право на свободные выборы предстаёт соответственно двуликим. Оно является одновременно фундаментальным правом человека и элементом конституционного порядка, установленного государством. В этом смысле ЕСПЧ, *Zdanoka v. Latvia*, 16.3.2006, Dissenting Opinion of Judge Levits, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2006-IV, пункт 17. Судья Levits соответственно разъяснял, что в контексте ст. 3 Первого Дополнительного протокола Суд всегда стоит перед следующей дилеммой: «on the one hand [] it is the Court's task to protect the electoral rights of individuals; but, on the other hand, it should not overstep the limits of its explicit and implicit legitimacy and try to rule instead of the people on the constitutional order which this people creates for itself.»

¹⁰⁵ Как это демонстрируют обвинения в фальсификации в связи с миссиями наблюдателей ПАСЕ в особенности в отношении избирательного процесса в Азербайджане в 2015-ом и 2016-ом годах, процедурная легитимность, прежде всего, и именно тщательный отбор наблюдателей и продуманная методология миссий наблюдателей, имеет реальное практическое значение, чтобы обеспечивать объективность наблюдения и предотвращать коррупцию (более подробно см. сноску 87).

заклочённых лиц¹⁰⁶ или также аргументы, которые основываются на обстоятельном и детальном *судебном диалоге (judicial dialogue)* с другими (региональными и национальными) судами.

Наконец, усилению легитимности содействует также признание со стороны самих государств, что способствует оформлению нового, основанного на международно-правовом обычае фундамента для деятельности обоих учреждений. В том случае, если государства принимают дальнейшее развитие права путём их соответствующей практики в соединении с адекватным ей юридическим убеждением, возникает новая норма международного права. В случае ЕСПЧ это может охватываться формулой «суд генерирует практику государств» (*court generated state practice*) согласно международному праву. Исходной точкой служит ст. 31 абз. 3 lit. b Венской Конвенции о праве международных договоров, хотя границы изменения права путём формирования нового международно-правового обычая подвижны и расплывчаты.¹⁰⁷ При этом речь идёт в таком случае собственно не об изменении договора – изменение было бы допустимо только в рамках ст. 40 Венской Конвенции. Последующей практикой сторон договора изменяются скорее возникающие из договора (в нашем случае ЕКПЧ) права и обязательства.¹⁰⁸ Сама Конвенция формально не подвергается изменениям: процедура изменения договора не применяется и дословный текст (положений) договора не меняется.¹⁰⁹ Кроме того, государства в этом случае в любое время могли бы изменить свою практику в том смысле, что было бы восстановлено изначальное значение данного договорного положения. Это

¹⁰⁶ Представляется, что в своих решениях, касавшихся участия в выборах лиц, которые находятся в заключении, ЕСПЧ имел соответственно целью обеспечить максимально широкую защиту заключённых лиц, с тем, чтобы их права не могли ограничиваться больше, чем это безусловно необходимо (см. интервью с экспертом *Вальтером Зунтингером (Walter Suntinger)*, Вена, январь 2016-го года). Суд мог бы, однако, более детально обосновать подобную позицию в своих соответствующих решениях.

¹⁰⁷ В случае «court generated state practice» необходимо учитывать, что здесь речь идёт о договорах по правам человека, которые имеют т.н. вертикальную структуру. Практика в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской Конвенции о праве международных договоров разворачивается в этом отношении, прежде всего на внутригосударственном и в меньшей степени на межгосударственном уровне.

¹⁰⁸ *Gerhard Hafner*, *Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification and Amendments*, в: *Nolte (Hrsg.), Treaties and Subsequent Practice*, 2013, с. 105 (115 и сл.).

¹⁰⁹ Необходимо учитывать, что это может толковаться как возможный обход исполнительной властью парламента, который включён в процесс (формального) изменения договоров, меняющих действующее законодательство (как например, в Австрии в рамках ст. 50 Конституции).

также возможно без формального процесса изменения договора. В этом отношении «*court generated state practice*» характеризуется определённой неформальностью (*Informalität*). В случае БДИПЧ усилению легитимности способствует закрепление *политических commitments* Копенгагенского документа и базирующихся на них *best practices* через международно-правовой обычай.¹¹⁰

Укрепление процедурной и субстанциональной легитимности, таким образом, не только компенсирует легитимационные дефициты в отношении первоначального согласия государств. Оно делает возможной формирование также самостоятельной международно-правовой основы и обязанностей, которые дополняют лежащий в основе инструмент (ЕСПЧ, Копенгагенский Документ).

V. Заключительная оценка

ЕСПЧ и ОБСЕ/БДИПЧ в течение последних 25-ти лет внесли значительный вклад в совершенствование стандартов выборов. Динамика этого процесса находит лишь недостаточную опору в первоначальном согласии государств относительно деятельности обоих учреждений. По этой причине необходимо и важно соотносить её с дополнительными источниками легитимности с тем, чтобы обосновывать «господство» международного права и его действие на национальном уровне в области выборов. Если развитые таким образом стандарты на основании надлежащих процедур и действенных результатов (т.е. процедурной и субстанциональной легитимности) принимаются государствами и если практика государств и *opinio iuris* последовательно ориентируются на них, это может вести, как показано выше, также к новым и автономным правовым обязательствам.

Тем самым развитие стандартов выборов позволяет судить также о развитии и эффективности международно-правовых норм в других областях международного права. Чем значительнее наличие определённых дополнительных линий легитимации, как например, процедурной или

¹¹⁰ См. *Evers* (сноска 53). По общему правилу, для возникновения международно-правового обычая требуется получившая широкое распространение единообразной практики государств, которая подкрепляется соответствующим юридическим убеждением (к проблематике формирования международного обычного права см. решение Международного Суда по делу *North Sea Continental Shelf Cases*, ICJ Reports 1969, 43, пункт 74).

субстанциональной легитимности, тем легче оказывается при динамичном развитии международных стандартов и при соответствующем «избыточном отправлении» властных полномочий международными учреждениями выравнивать дефициты по отношению к изначальной легитимации на основании согласия государств. Соответственно, если совершенствование международных стандартов покидает «твёрдую почву» первоначального консенсуса государств, то эти дополнительные измерения легитимности необходимо должны особым образом приниматься во внимание и учитываться. В идеальном случае это ведёт к формированию новых, более высоких и подробных стандартов.