

## ЗАСТОСОВНІСТЬ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ З ПРАВ ЛЮДИНИ НА ОСПОРЮВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ\*\*

### Вступ

У світі існує багато прикладів оспорюваних територій, що стають предметом суперечок щодо суверенітету або на яких держава, що володіє правовим титулом, не може здійснювати контроль над всією своєю територією, – згадаймо лише випадок, коли до недавнього часу терористичне угруповання «Ісламська держава» мало контроль над величезними територіями Іраку та Сирії. Такі ситуації існують і у Європі, і їх усе частіше розглядають у справах Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). Ця стаття досліджує застосовність Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) на оспорюваних територіях у світлі практики Суду. Така тема не привертала серйозної уваги в науковій літературі,<sup>1</sup> але її значущість, політична і юридична, є очевидною та, схоже, стає щоразу більш актуальною. Скажімо, Суд на сьогодні розглядає справу між Грузією та Росією, три справи між Україною та Росією та тисячі окремих заяв, які стосуються як Криму, так і Східної України.

---

\* Марко Міланович, професор міжнародного публічного права, Школа права Ноттінгемського університету.

Marco Milanovic, Professor of Public International Law, University of Nottingham School of Law.  
e-mail: [marko.milanovic@nottingham.ac.uk](mailto:marko.milanovic@nottingham.ac.uk).

Татьяна Папіч, доцент, Університет Юніон, Белград.

Tatjana Papic, Associate Professor, Union University Belgrade.  
e-mail: [tatjana.papic@pravnofakultet.rs](mailto:tatjana.papic@pravnofakultet.rs).

\*\* Marco Milanović and Tatjana Papic, “The Applicability of the ECHR in Contested Territories,” *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67, issue 4 (October 2018): 779–800. Публікується з дозволу автора. Переклад з англійської здійснений за підтримки Проєкту Ради Європи «Внутрішнє переміщення в Україні: розробка тривалих рішень», що імплементується в межах Плану дій Ради Європи для України на 2018–2022 (<https://www.coe.int/uk/web/kyiv/idps2-ukr>), та відредагований Ганною Христовою, керівницею Проєкту, докторкою юридичних наук. Усі думки, викладені в цій статті, є виключно позицією авторів і можуть не поділятися Радою Європи. – Прим. редакції.

<sup>1</sup> Помітним винятком є така праця: K. Mujezinović Larsen, “‘Territorial Non-Application’ of the European Convention on Human Rights,” *Nordic Journal of International Law* 78 (2009): 73–93. Див. також (із дещо іншою спрямованістю) праця: Ganna Yudkivska, “Territorial Jurisdiction and Positive Obligations of an Occupied State: Some Reflections on Evolving Issues Under Article 1 of the European Convention,” in *The European Convention on Human Rights and General International Law*, ed. Anne van Aaken and Iulia Motoc (Oxford University Press, forthcoming), draft available on SSRN at <https://ssrn.com/abstract=2825208> (all page citations are to this draft) (усі покликання на цій сторінці на цей проєкт).

Основну увагу в цій статті зосереджено на вирішенні питання щодо застосовності ЄКПЛ, а не на її застосуванні по суті, тобто ми будемо розглядати власне те, чи застосовується ЄКПЛ на оспорюваних територіях, а не як саме застосовуються закріплені нею права й обов'язки в конкретних випадках. Хоча ці дві проблеми є концептуально різними, насправді в контексті практичної реальності така різниця зникає; неминуче, що можливі істотні наслідки впливають на правові та політичні погляди на питання, що підлягають вирішенню.<sup>2</sup> Ця стаття стверджує, що практика Суду щодо застосування ЄКПЛ на оспорюваних територіях розвивається, що є доброю тенденцією, адже такий рух у цій сфері дуже потрібний, але загальний напрям цієї еволюції залишається незрозумілим. У статті висвітлено різні варіанти, які Суд може прийняти в цьому динамічному процесі, із їхніми перевагами та недоліками.

Розділ 2 окреслює обсяги нашого дослідження, визначаючи основні рамки територіальної сфери застосування Конвенції згідно зі ст. 1 цього документа та вивчаючи різні види оспорюваних територій. Розділ 3 містить огляд практики Страсбурзького суду в ситуаціях втрати державного контролю над частиною своєї території. У розділі 4 оцінено підхід Суду та наголошено на тому, що цей підхід необхідно переосмислити. Зокрема, ідея залишкових позитивних зобов'язань, що ґрунтуються виключно на суверенному правовому титулі, є концептуально неефективною та в нормативному плані непривабливою. Ми стверджуємо, що варто відмовитися від неї на користь кращих альтернатив. У розділі 5 підбито підсумки.

## І. Правова база і визначення

### 1. Територіальна застосовність згідно зі ст. 1 ЄКПЛ

Відповідно до ст. 1 ЄКПЛ «Високі Договірні Сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в... Конвенції». Таким чином, обов'язки держав-учасниць починаються після того, як особа переходить під юрисдикцію держави-учасниці, – концепція, яка виявилася найважливішою в практиці Суду і яка, незважаючи на свою оманливу простоту, важко застосовна на практиці.<sup>3</sup> Юрисдикція стала пороговим критерієм, який визначає, чи існує міжнародне зобов'язання для держави-учасниці згідно з ЄКПЛ щодо певної особи, що є передумовою її міжнародної відповідальності. Тільки тоді, коли існує міжнародне зобов'язання щодо держави, його порушення може призвести до міжнародної відповідальності держави.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Див.: Marco Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (Oxford University Press, 2011).

<sup>3</sup> ЄСПЛ також покликався на ст. 1 у розробці позитивних зобов'язань за Конвенцією. Див.: David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates and Carla Buckley. *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2014), 21.

<sup>4</sup> Міжнародно-протиправне діяння держави, що тягне за собою міжнародну відповідальність цієї держави, існує тоді, коли дія або бездіяльність (а) приписується державі за міжнародним правом і (б) становить порушення міжнародного зобов'язання держави. Див.: International Law Commission.

ЄСПЛ інтерпретує цей пороговий критерій державної юрисдикції як такий, що передусім має *територіальне* значення і водночас повинен базуватися на понятті юрисдикції в загальному міжнародному праві.<sup>5</sup> Остання позиція Суду є помилковою. Вона зближує слово «юрисдикція» у ст. 1 із загальними поняттями міжнародного права щодо державної законодавчої та виконавчої юрисдикції, які чітко мають інакшу ціль, аніж ст. 1, а саме: розширення сфери дії внутрішнього законодавства держави в певних ситуаціях і забезпечення виконання цього законодавства в тому, що стосується суверенітету інших держав.<sup>6</sup> Перший пункт, однак, є правильним просто як описовий аспект – переважна більшість діянь або відносин, регульованих ЄКПЛ, відбувається на власній території держави. У цій площині існує доказова презумпція, що Держава поширює юрисдикцію в розумінні ст. 1 на всю її територію.<sup>7</sup> Проте, як ми детальніше пояснимо нижче, Суд також визнав, що за виняткових обставин цю презумпцію можна спростувати або змінити.<sup>8</sup>

Разом з іншими органами з питань прав людини Суд тлумачив слово «юрисдикція» двома основними способами.<sup>9</sup> По-перше, як *просторову* категорію – особа перебуває в межах юрисдикції держави, якщо вона є на території або в області, на якій така держава має ефективний загальний контроль. По-друге, як *особисту (персональну)* категорію – особа перебуває в межах юрисдикції держави, якщо на неї поширено владу або контроль представника держави. Обидві моделі юрисдикції було підтверджено у справі *Аль-Скеїні*, що залишається провідною справою Суду стосовно ст. 1.<sup>10</sup> Однак більшість провідних справ за ст. 1 стосуються ситуацій *екстериторіальної* застосовності ЄКПЛ, наприклад щодо поводження британських військ під час окупації Іраку, тоді як наша основна проблема полягає в застосуванні Конвенції на території держави, коли вона втратила контроль над своєю територією.

## 2. Позиція згідно із загальним міжнародним правом

Загальне міжнародне право договорів не передбачає належного керівництва щодо застосування договорів до тих окремих частин території держави, які вона

---

Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. 2001. *Official Records of the General Assembly*. Fifty-sixth Session, Supplement no. 10. UN doc A/56/10. [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), 20 July 2017 (ILC ASR), arts. 1 and 2.

<sup>5</sup> Banković et al. v Belgium et al. [GC] App no 52207/99 (ECtHR, 12 December 2001), paras 59–63; *Al Skeini et al. v the United Kingdom* App no 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011), para 131.

<sup>6</sup> Див.: Milanović, *Extraterritorial Application*, 21–41.

<sup>7</sup> Див.: *Assanidze v Georgia* App no 71503/01 (ECtHR, 8 April 2004), para 139; *Ilaşcu et al. v Moldova and Russia* App no 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004), para 312.

<sup>8</sup> Див.: *Assanidze v Georgia*, para 139; *Ilaşcu et al. v Moldova and Russia*, para 312.

<sup>9</sup> Див.: Milanović, *Extraterritorial Application*; UN Human Rights Committee. General Comment no 31. UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004). Para 10. ICJ. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004]. ICJ Rep 136, 179. Para 109.

<sup>10</sup> *Al Skeini et al. v the United Kingdom*, paras 133–40.

не контролює. Стаття 29 Віденської конвенції про право міжнародних договорів передбачає, що «[я]кщо інший намір не впливає з договору або не встановлений в інший спосіб, то договір є обов'язковим для кожного учасника щодо всієї його території».<sup>11</sup> Однак основну увагу в цьому положенні звернено на укладання договорів державами, які мають територіальні підрозділи зі значною політичною автономією. У контексті федеральних або неунітарних держав федеральні положення можуть надати дозвіл територіальним одиницям будь-якої держави на звільнення від обсягу договірних або граничних зобов'язань федеральної / неунітарної держави в питаннях, які перебувають за межами її конституційної влади.<sup>12</sup> Такого положення в ЄКПЛ не існує.<sup>13</sup> Проте Конвенція має положення про залежні території, яке виконує схожі функції для тих (зарубіжних) територій, міжнародні відносини яких є відповідальністю держави, і яке до нашого питання не має стосунку.<sup>14</sup>

Питання про можливість застосування Конвенції на оспорюваних територіях, таким чином, визначається не нормами загального міжнародного права, а тлумаченням самої Конвенції, зокрема її ст. 1. У зв'язку із цим Суд у своїй практиці виключає один варіант зміни територіальної дії Конвенції – застереження, постановляючи, що держава не може зробити дійсного застереження до ЄКПЛ відповідно до ст. 57, унаслідок якої існує територіальне обмеження зобов'язань.<sup>15</sup> Отже, коли неунітарна / федеративна держава зіштовхується з труднощами в забезпеченні прав і свобод, закріплених у ЄКПЛ, у межах її територіальних одиниць та автономних районів просто через свої внутрішні конституційні механізми, такі обставини не впливатимуть на сферу її зобов'язань за Конвенцією, як це було ухвалено у справі *Асанідзе проти Грузії*.<sup>16</sup> У цьому випадку Грузія несе відповідальність за порушення ЄКПЛ у зв'язку з діями влади Аджарської Автономної Республіки (ААР), яка є невід'ємною частиною Грузії із високим рівнем автономії. Як і в тому випадку, коли заявник залишався у в'язниці в ААР, незважаючи на те, що Верховний суд Грузії припинив кримінальну справу та наказав негайно звільнити його. Той факт, що влада

---

<sup>11</sup> Стаття 29 Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Див. детальніше: Syméon Karagiannis, "The Territorial Application of Treaties," in *The Oxford Guide to Treaties*, ed. Duncan B. Hollis (Oxford University Press, 2012), 305.

<sup>12</sup> ILC ASR (n 4), 42, para 10, Anthony Aust, "Treaties, Territorial Application," in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ed. Rüdiger Wolfrum (Heidelberg and Oxford: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law/Heidelberg and Oxford University Press, 2012), 5, para 22.

<sup>13</sup> Існує один у ст. 28 Американської конвенції з прав людини.

<sup>14</sup> Див. ст. 56 ЄКПЛ; докладніше в праці: Louise Moor and Brian Simpson, "Ghosts of Colonialism in the European Convention on Human Rights," *British Yearbook of International Law* 76 (2005): 121–93.

<sup>15</sup> Див.: *Assanidze v Georgia*, para 140; *Sargsyan v Azerbaijan* [GC] App no 40167/06 (ECmHR, 16 June 2015), paras 63–70, 93.

<sup>16</sup> *Assanidze v Georgia*, para 141.

ААР не змогла виконати цього рішення, не вплинув на міжнародну відповідальність Грузії, яка поширювалася на діяння ААР.<sup>17</sup>

### 3. Визначення оспорюваних територій

Термін «оспорювані території», який ми використовуємо в цьому документі, не є юридичним спеціальним терміном, а радше, зручним скороченням для декількох різних типів ситуацій, які охоплюють втрату територіального контролю і які ми зараз розглянемо. По-перше, ми маємо розрізнити територіальне оспорювання, яке передусім є внутрішнім, тобто відбувається в межах відповідної держави, і оскарження, яке в основному є зовнішнім, тобто охоплює іншу державу.

У першому сценарії держава втрачає контроль над частиною своєї території через нездатність придушити діяльність недержавного суб'єкта в цьому районі, неспроможність виконувати основні державні функції та підтримувати свою монополію щодо застосування сили. На одному кінці цього спектра ми можемо спостерігати ситуації такої неспроможності держави, за якої відповідна територія перетворюється на хаотичний «неконтрольований простір», – згадаймо, скажімо, труднощі, із якими зіштовхувалася Мексика чи Колумбія впродовж багатьох років під час придушення діяльності наркокартелів на своїх територіях. З іншого боку, відповідний недержавний суб'єкт може бути високоорганізованим і проявляти квазі- або напівдержавні якості. Такі суб'єкти іноді бувають відкрито сепаратистськими і навіть формально вимагають незалежності від материнської держави – погляньмо, наприклад, на ситуацію в Турецькій Республіці Північного Кіпру щодо Кіпру; Косово щодо Сербії або Південної Осетії та Абхазії щодо Грузії.

У другому сценарії третя держава захоплює у територіального суверена контроль над територією. Найбільш яскравим прикладом такого сценарію на сьогодні є Крим, який Росія формально (якщо чітко – незаконно) анексувала в Україні. Більш поширеними можуть бути ситуації, коли третя держава не претендує на суверенітет над територією, яку вона контролює, як-от контроль над частинами Грузії в період конфлікту Грузії та Росії 2008 р. або – поза межами Європи – контроль Великої Британії над частиною Іраку й Афганістану під час конфліктів у цих країнах. У всіх таких ситуаціях держава територіальної юрисдикції втрачає контроль над деякою чи навіть усією своєю територією через зовнішнє втручання.

Обидва згадані сценарії можуть частково накладатися. Це відбувається в ситуаціях, коли третя держава втручається в державу територіальної юрисдикції через недержавного суб'єкта-посередника. Питання в таких випадках полягає в тому, чи *контролює третя держава відповідну територію* через свої власні збройні сили й інші органи і представників, як це було у випадку з контролем Туреччини над Північним Кіпром,

<sup>17</sup> *Assanidze v Georgia*, para 56.

чи контролює третя держава сам недержавний суб'єкт – відповідно до загальних норм присвоєння (атрибуції), зазначених у правових положеннях про державну відповідальність,<sup>18</sup> або, можливо, до норм присвоєння згідно з ЄКПА.<sup>19</sup> Розгляньмо, наприклад, відносини між Росією та донецькими і луганськими парамілітарними групами на Донбасі у Східній Україні або відносини Росії з Південною Осетією та Абхазією в Грузії. Зрозуміло, що з огляду на практику ЄСПЛ ключове питання полягає в тому, які існують докази щодо точного характеру таких відносин, тобто чи недержавну групу просто підтримує держава-інтервент або ж насправді недержавна група виступає посередником такої держави.

Коли існує суперечка щодо суверенітету над територією між двома державами, що є сторонами ЄКПА, одним із можливих наслідків конкуруючих вимог щодо суверенітету є те, що відповідні держави не будуть схильні відмовлятися від застосування ЄКПА на цій території. Скажімо, Росія не буде оскаржувати застосування ЄКПА щодо власної поведінки в Криму після анексії, оскільки це не відповідає власній вимозі щодо суверенітету над регіоном. Таким чином, зміна територіального контролю принаймні в принципових питаннях не призведе до повного вакууму щодо захисту прав людини для населення відповідної території. Сценарії, у яких зустрічні претензії на суверенітет висуває сепаратистський суб'єкт, чия вимога на державність не є безперечною, як, скажімо, у випадку з Косовом та Сербією (або потенційно – з Каталонією та Іспанією), є складнішими. Якщо суб'єкт, про який ідеться, не здатний отримати

<sup>18</sup> Найбільш актуальним тут буде присвоєння, обумовлене *де-факто* статусом органу, що виникає внаслідок відносин повної залежності та контролю між державою-інтервентом і недержавним суб'єктом-посередником, який присвоює *всю* поведінку недержавного суб'єкта відповідній державі згідно з нормами ст. 4 ILC ASR, та присвоєння на підставі державних інструкцій або ефективного контролю за *конкретною поведінкою* недержавного суб'єкта згідно зі ст. 8 ILC ASR. Див.: James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press, 2013), 124–26, 146–56.

<sup>19</sup> Суд ніколи чітко не висловлювався про те, чи застосовує (винятково) він норми присвоєння відповідно до ЄКПА (які розглядатимуться як *lex specialis* згідно зі ст. 55 ILC ASR), але деякі його справи можна легко інтерпретувати таким чином – див., наприклад, справу *Cyprus v Turkey* App no 25781/94 (ECtHR, 10 May 2001), para 77 («відповідальність [Туреччини] не може обмежуватися діями її власних військових або офіційних осіб у північній частині Кіпру, а повинна бути поширена і на дії місцевої адміністрації, яка все ще існує завдяки турецьким військовим та іншим видам підтримки» – «існування» є подібним, але не обов'язково тим самим, що й тестування повної залежності в загальному міжнародному праві); п. 81 («випадки мовчазної згоди або потурання владою будь-якої Договірної Сторони конкретним діям приватних осіб, які порушують гарантовані Конвенцією права інших осіб, підпадають під його юрисдикцію, що може накладати відповідальність на цю державу згідно з Конвенцією» – знову ж таки підхід, який легко узгоджується з ILC ASR). Ці тести було підтверджено в кількох подальших рішеннях, але знову не зрозуміло, чи Суд вважає, що він застосовує (правильно чи ні) норми присвоєння за загальним міжнародним правом або відповідно до Конвенції. Див., скажімо: *Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania* [GC] App no 2330/09 (ECtHR, 9 July 2013), para 76; *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC] App no 39630/09 (ECtHR, 13 December 2012), paras 206 and 211.

достатньої міри визнання та членства в Раді Європи, він не зможе стати учасником ЄКПЛ, а вакуум захисту стане більш імовірним.<sup>20</sup>

Коротше кажучи, під час визначення характеру оспорюваної території ми можемо ставити такі питання: чи існує суб'єкт, який витіснив територіального суверена в контролі над відповідною територією, і яким є цей суб'єкт? Це: 1) проста недержавна збройна група; 2) високоорганізований напівдержавний недержавний суб'єкт; 3) високоорганізований недержавний суб'єкт, який претендує на незалежну державність; 4) недержавний суб'єкт, який є посередником третьої держави, що втручається; 5) органи та представники третьої держави, що діють безпосередньо, вимагаючи (чи не вимагаючи) суверенітету над оспорюваною територією. До цього питання ми можемо додати ще одне, яке стосується часу: як довго тривала ситуація суперечки або, можливо, як довго вона триватиме? Таким чином, ми можемо спостерігати, як територіальна суперечка може бути *гострою* або короткотерміною, з одного боку, або *хронічною*, стабільною та довготерміною – з іншого. Утрата територіальним сувереном контролю над частиною своєї території може бути дуже короткотерміною (тривалістю декілька днів або тижнів) або може бути довгою (тривалістю багато років чи навіть десятиліть). Скажімо, Грузія втратила контроль над містом Гори, поступившись російським силам, приблизно на 10 днів у серпні 2008 р., проте втрата контролю над Південною Осетією та Абхазією (над більшою частиною) датується серединою 1990-х рр., і, швидше за все, вона не поверне контролю в найближчому майбутньому. Кіпр не контролює північної частини острова з 1974 р. Україна також не зможе повернути собі контроль над Кримом у найближчий час, якщо взагалі колись зможе.

З огляду на ці різні ситуації територіальних суперечок звернімося до розгляду відповідної практики Європейського суду з прав людини.

## II. Огляд практики Страсбурзького суду щодо втрати територіального контролю

### 1. Початковий підхід: презумпція юрисдикції та її спростування

Початковий підхід Європейської комісії до ситуацій утрати контролю держави над своєю територією був простим: існувало припущення, що держава контролює всю територію, на яку вона має право володіння, але цю презумпцію було спростовано на фактах. Якщо її було дійсно спростовано, то держава територіальної юрисдикції більше не мала зобов'язань за ЄКПЛ, оскільки вона більше не мала юрисдикції у відповідній зоні в розумінні ст. 1. Перші такі випадки можна було спостерігати на півночі Кіпру. У 1974 р. було створено за допомогою регулярних турецьких збройних сил сепаратистську Турецьку Республіку Північного Кіпру (ТРПК). Презумпцію

<sup>20</sup> Див. детальніше частину III нижче.

юрисдикції Кіпру було спростовано як прямо,<sup>21</sup> так і опосередковано у справах проти Туреччини, рішення про спростування ухвалили, указуючи на наявність екстериторіальної юрисдикції на північному Кіпрі, а отже, зобов'язання за ЄКПЛ.<sup>22</sup>

У єдиній справі, поданій проти Кіпру за порушення ЄКПЛ на півночі, Комісія оголосила заяву неприйнятною через несумісність зі ст. 1 ЄКПЛ.<sup>23</sup>

Комісія раніше зазначила, що «Європейська конвенція з прав людини поширюється на всю територію Республіки Кіпр» і що визнання Туреччиною турко-кіпріотської адміністрації на півночі Кіпру як «Турецької Федеративної Держави Кіпр» не впливає на «актуальне існування Республіки Кіпр як єдиної держави та Високої Договірної Сторони Конвенції» (№ 8007/77, справа «Кіпр проти Туреччини», рішення 10.7.78, D. R. 13, стор. 85, пункти 149–150).

Однак у той же час Комісія також установила, що уряд Республіки Кіпр «із 1974 року перешкоджає здійсненню своєї юрисдикції на півночі острова. Це обмеження на фактичне здійснення юрисдикції... обумовлено присутністю турецьких збройних сил» (там само).

Тепер Комісія вважає, що повноваження уряду-респондента фактично обмежуються лише південною частиною Кіпру. Із цього випливає, що Республіка Кіпр не може бути відповідальною за статтею 1 (ст. 1) Конвенції за дії турецько-кіпріотських владних структур на півночі Кіпру, про що скаржаться заявники.<sup>24</sup>

Посилання Комісії на відсутність відповідальності Кіпру за дії владних структур турків-кіпріотів можна тлумачити як застосування тесту на присвоєння. У контексті, однак, зрозуміло, що Комісія виходила з точки зору відсутності зобов'язань із боку Кіпру через відсутність власної юрисдикції на півночі. Відзначимо також, що Комісія не вагалася щодо чіткого підтвердження актуальності суверенітету Кіпру над оспорюваною територією. У своєму рішенні у справі *Loizidou (Loizidou)* 1996 р. Суд також нагадав про відмову Ради Безпеки ООН та європейських інституцій у позові від ТРПК щодо державності, заявивши, що «міжнародна спільнота не вважає "ТРПК" державою за міжнародним правом і що Республіка Кіпр залишається єдиним легітимним урядом Кіпру та як така зобов'язана дотримуватися міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини та прав меншин».<sup>25</sup> Суд, однак, не вказав на обсяг зобов'язань Кіпру через відсутність територіального контролю, позаяк цього не вимагали.

Як було зазначено вище, Суд дотримувався підходу Комісії щодо презумпції / спростування в рішенні щодо справи *Асанідзе* 2004 р. Важливо, що Грузія не заперечувала,

---

<sup>21</sup> Див., наприклад: *Cyprus v Turkey* App no 8007/77 (ECmHR, 10 July 1978), paras 23–24.

<sup>22</sup> *Cyprus v Turkey* App no 25781/94 (ECmHR, 10 May 2001), paras 77–78. ЄСПЛ визнав, що за таких обставин інший висновок, який би відрізнявся від того, за яким вони перебувають під юрисдикцією Туреччини, залишив би заявників у «прикрому вакуумі в системі захисту прав людини». Там само, п. 78. Покликання на вакуум є непрямую оцінкою того, що Кіпр більше не мав юрисдикції над територією.

<sup>23</sup> *An and Others v Cyprus* App no 18270/91 (ECmHR, 18 October 1991).

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Loizidou v Turkey (merits)* App no 15318/89 (ECmHR, 18 December 1996), para 44.



що заявник перебував у межах її юрисдикції, але, як і раніше, ЄСПЛ продовжував обговорювати, чи існують достовірні докази сепаратистських амбіцій ААР або ефективний контроль іншої держави, щоб спростувати презумпцію юрисдикції,<sup>26</sup> і прийшов до висновку, що немає жодних.<sup>27</sup> Проте через кілька місяців Суд зробив зовсім інакше у справі *Ілашку та інші проти Молдови та Росії*.

## 2. *Ілашку (Paşcu) та Катан (Catan): послаблена, але не знята юрисдикція*

У справі *Ілашку* ЄСПЛ повинен був прийняти рішення про відповідальність Молдови та Росії за незаконний арешт, затримання й неналежне поводження з чотирма молдовськими громадянами у Придністров'ї на сході Молдови,<sup>28</sup> де було проголошено сепаратистську «Молдавську Республіку Придністров'я» (МРП)<sup>29</sup> Молдова не мала ефективного контролю над цим районом,<sup>30</sup> тоді як Росія – на відміну від Туреччини в Північному Кіпрі – не окупувала Придністров'я, але сприяла створенню МРП і надавала їй політичну, економічну та військову підтримку.<sup>31</sup> Через це навіть після насильницьких зіткнень між придністровськими сепаратистськими силами і молдовськими силами безпеки (кінець 1991 р. – початок 1992 р.)<sup>32</sup> Молдова не повернула контролю над цією частиною своєї території.<sup>33</sup> Вона згодом вжила політичних зусиль для відновлення контролю над Придністров'ям; станом на середину 1992 р. вона обрала позицію мовчазної згоди щодо ситуації в Придністров'ї,<sup>34</sup> зберігала обмежений контроль, коли йшлося про питання засвідчення особи та митних печаток і мала «більш-менш відносини *де-факто*» з придністровськими органами влади в деяких сферах.<sup>35</sup>

У справі *Ілашку* відповідною точкою ЄСПЛ стало те, що презумпція юрисдикції держави може бути обмежена [тільки] за виняткових обставин, особливо якщо держава не здатна здійснювати своїх повноважень на частині своєї території. Таку ситуацію може спричинити військова окупація, здійснювана збройними силами іншої держави, яка фактично контролює відповідну територію [...], військові дії чи заколоти або діяння іноземної держави, яка підтримує створення сепаратистської держави в межах території відповідної держави.<sup>36</sup>

Зверніть увагу, що покликання зроблено на *обмеження*, а не на *спростування* юрисдикції. Далі Суд постановив, що Молдова не здійснює повноважень щодо частини своєї території, яка перебуває під ефективним контролем МРП,<sup>37</sup> але тим не менше

<sup>26</sup> *Assanidze v Georgia*, paras 133, 134.

<sup>27</sup> *Ibid*, paras 139–43.

<sup>28</sup> *Paşcu et al. v Moldova and Russia*, para 331.

<sup>29</sup> *Ibid*, para 2. Цей суб'єкт не був визнаний на міжнародному рівні.

<sup>30</sup> *Ibid*, para 331.

<sup>31</sup> *Ibid*, paras 382, 392.

<sup>32</sup> *Ibid*, para 51.

<sup>33</sup> *Ibid*, para 65.

<sup>34</sup> *Ibid*, para 329.

<sup>35</sup> *Ibid*, para 179–80.

<sup>36</sup> *Ibid*, para 312. Виділено.

<sup>37</sup> *Ibid*, para 330.

встановив, що вона все ще мала позитивні зобов'язання відповідно до ст. 1, із тим щоб забезпечити права за ЄКПЛ.<sup>38</sup> Ці залишкові *позитивні зобов'язання* є двоякими, включно із заходами (1), спрямованими на відновлення контролю над відповідною територією, та (2) забезпеченням особистих прав заявників.<sup>39</sup> Отже, фактична ситуація в Придністровському регіоні не означає, що Молдова перестала мати юрисдикцію, відповідно й зобов'язання, згідно з ЄКПЛ. Навпаки, її юрисдикція була *обмежена певними позитивними зобов'язаннями*:

На підставі всього матеріалу, що є в розпорядженні Суду, він вважає, що уряд Молдови, єдиний легітимний уряд Республіки Молдова за міжнародним правом, не володіє повноваженнями щодо частини своєї території, а саме тієї частини, яка підконтрольна «МРП». ...Однак навіть за відсутності ефективного контролю над Придністровським регіоном Молдова, як і раніше, має позитивний обов'язок згідно зі статтею 1 Конвенції *вживати дипломатичних, економічних, судових та інших заходів, яких їй належить вживати і які відповідно до міжнародного права повинні забезпечувати заявникам права, гарантовані Конвенцією*.<sup>40</sup>

Таким чином, ЄСПЛ визнав, що Молдова порушила ці зобов'язання, оскільки після 2001 р. не змогла обговорювати справу заявників на переговорах щодо врегулювання ситуації в Придністров'ї, а також не розглянула та не вжила жодних інших заходів, аби гарантувати заявникам здійснення їхніх прав за ЄКПЛ.<sup>41</sup>

Судове рішення ЄСПЛ у цій справі було інноваційним із кількох причин. По-перше, юрисдикції не обговорювали з точки зору презумпції та її спростування, як було раніше. Попередня позиція була менш гнучкою та більш відповідною до формулювання ст. 1 – держава або має юрисдикцію, або ні. Там не було місця для скорочень або для «розділення й адаптації»,<sup>42</sup> щоб передбачити інший обсяг зобов'язань залежно від виняткових обставин справи.<sup>43</sup>

Знову ж таки формулювання статті 1 не передбачало підтримки залишкових позитивних зобов'язань *Ілашку*. По-друге, до цього моменту поняття позитивних зобов'язань не мало такого самостійного існування. На відміну від попередньої практики Суду, де його розробили для забезпечення ефективного захисту конкретного матеріального права, вимагаючи від держави не лише утриматися від порушення, а й вживати заходів для його гарантування,<sup>44</sup> у справі *Ілашку* було застосовано позитивні зобов'язання

---

<sup>38</sup> *Plașcu et al. v Moldova and Russia*, paras 331–33.

<sup>39</sup> *Ibid*, paras 339, 340–46.

<sup>40</sup> *Ibid*, paras 333–34. Виділено.

<sup>41</sup> *Ibid*, para 350.

<sup>42</sup> Цей вислів було використано в контексті екстериторіального застосування. Порівняйте: *Banković et al. v Belgium et al.*, para 75, і *Al Skeini et al. v the United Kingdom*, para 137.

<sup>43</sup> Див. також: Larsen, “Territorial Non-Application,” 86.

<sup>44</sup> Див.: Harris, O'Boyle, Bates and Buckley, *Harris, O'Boyle and Warbrick*, 21–23. Див також: Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Hart Publishing, 2004).

за ЄКПЛ у цілому.<sup>45</sup> Нарешті, ЄСПЛ також розглянув заявників одночасно в межах юрисдикції Росії.<sup>46</sup> Юрисдикція Росії була екстериторіальною<sup>47</sup> й існувала через те, що МРП залишалася «під [її] дієвим управлінням або принаймні під [її] вирішальним впливом».<sup>48</sup> За таких обставин Росія мала забезпечити весь набір основних прав, передбачених ЄКПЛ.<sup>49</sup>

Суд затвердив свій підхід до справи *Ілашку* у справі *Катан*, яка була наступною справою щодо порушень права на освіту в Придністров'ї<sup>50</sup>:

[У] цитованому вище рішенні у справі *Ілашку* Суд постановив, що затримані на території Придністров'я особи належали до юрисдикції Молдови, оскільки це була територія держави Молдова, хоча вона й не мала ефективного контролю над регіоном Придністров'я. Водночас зобов'язання Молдови за статтею 1 Конвенції «гарантувати кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, [конвенційні] права і свободи» обмежувалося, за відповідних обставин, позитивним обов'язком вжити дипломатичних, економічних, судових чи інших заходів, яких вона мала можливість вжити і які відповідали міжнародному праву... Суд не бачить підстав, які б чимось відрізняли справу, яку розглядають. Хоча Молдова не має ефективного контролю над діями «МРП» у Придністров'ї, той факт, що цей регіон визнають за міжнародним правом частиною території Молдови, тягне за собою обов'язок за статтею 1 Конвенції використати всі доступні державі юридичні та дипломатичні засоби з тим, щоб продовжувати гарантувати здійснення прав і свобод, визначених Конвенцією, усім особам, які там проживають.<sup>51</sup>

Відповідно до фактів та на відміну від справи *Ілашку*, Суд установив, що Молдова дійсно виконала свої позитивні зобов'язання.<sup>52</sup> Також було встановлено, що Росія продовжує здійснювати юрисдикцію над сепаратистським утворенням у Придністров'ї, незважаючи на дещо слабшу присутність Росії на місцях за минулі роки.<sup>53</sup> Проте по суті справи Суд знову не був достатньо чітким у розмежуванні питань юрисдикції та присвоєння в поведінці. З рішення Суду незрозуміло, чи визнає він Росію відповідальною за дії сепаратистських органів влади, оскільки вони пов'язані з Росією або тому, що Росія не виконала позитивного зобов'язання запобігти таким порушенням з боку недержавного суб'єкта, який діє в межах території під її юрисдикцією.<sup>54</sup>

<sup>45</sup> Див. детальніше: Larsen, “Territorial Non-Application,” 86.

<sup>46</sup> *Pașcu et al. v Moldova and Russia*, para 394.

<sup>47</sup> *Ibid*, paras 314–16.

<sup>48</sup> *Ibid*, para 392.

<sup>49</sup> Див. також: *Cyprus v Turkey* App no 25781/94, paras 76–77.

<sup>50</sup> *Catan and Others v Moldova and Russia* App nos 43370/04, 8252/05 and 18454/06 (ECmHR, 19 October 2012).

<sup>51</sup> *Ibid*, para 110.

<sup>52</sup> *Ibid*, paras 145–48.

<sup>53</sup> *Ibid*, paras 121–23.

<sup>54</sup> Див. детальніше: Marco Milanović, “Grand Chamber Judgment in *Catan and Others*.” *EJIL: Talk!* October 21, 2012, <https://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-catan-and-others/>.

Загалом як у справі *Ілашку*, так і у справі *Катан* ми можемо спостерігати, як пленарна юрисдикція Росії у Придністров'ї зміщувала обмежену юрисдикцію Молдови для виконання лише позитивних зобов'язань.<sup>55</sup> У своїй найсучаснішій практиці з цього питання ЄСПЛ був чітким у таких питаннях: обмежену юрисдикцію територіальної держави компенсувала юрисдикція іншої держави – учасниці ЄКПЛ, що постала повністю та екстериторіально.<sup>56</sup> Однак Суд натомість, здається, не готовий терпіти вакуум – якщо не існує жодної іншої держави, що здійснює екстериторіальну юрисдикцію щодо проблемної зони, юрисдикція територіальної держави залишатиметься без змін, без звужень, як у справі *Ілашку*. Це буде обговорено в наступному розділі.

### 3. Саргсян: юрисдикція не обмежена

Справа *Саргсяна проти Азербайджану* виникла внаслідок нагірно-карабаського конфлікту між Вірменією та Азербайджаном. Заявникам було відмовлено в поверненні до їхнього села, розташованого на території Азербайджану, але поруч із лінією зіткнення (або на такій лінії) між цією державою та самопроголошеною Нагірно-Карабаською Республікою. Село було зруйновано, замінено і залишилося недоступним для будь-якого цивільного населення.<sup>57</sup>

Азербайджан стверджував, що концепцію, розроблену у справі *Ілашку*, – про *обмежену відповідальність* держави в тому разі, якщо вона втратила ефективний контроль над частиною своєї території на користь іншої держави чи сепаратистського режиму, – так само варто застосовувати й до спірних зон або «ділянок, які є недосяжними у зв'язку з такими обставинами».<sup>58</sup> Однак ЄСПЛ не погодився із цим аргументом.<sup>59</sup> Починаючи з особливого характеру ЄКПЛ – «конституційного інструменту європейського публічного порядку (*ordre public*), призначеного для захисту конкретних осіб»<sup>60</sup>, – Суд підкреслив, що вся територія Азербайджану після ратифікації ЄКПЛ увійшла в «правовий простір Конвенції».<sup>61</sup> Потім він розпочав розмежовувати справи *Саргсяна* та *Ілашку* і схожі справи<sup>62</sup> на тій підставі, що зона (село) в попередній справі не була окупована збройними силами іншої держави в сенсі військової окупації за міжнародним правом<sup>63</sup> і не перебувала під контролем будь-якого сепаратистського режиму. Нарешті, ЄСПЛ використовував ті самі аргументи, що і для встановлення

---

<sup>55</sup> Див. також: Larsen, “Territorial Non-Application,” 84.

<sup>56</sup> *Sargsyan v Azerbaijan*, para 148.

<sup>57</sup> *Ibid*, paras 47–49.

<sup>58</sup> *Ibid*, paras 145–46.

<sup>59</sup> *Ibid*, para 149.

<sup>60</sup> *Ibid*, para 147.

<sup>61</sup> *Ibid*.

<sup>62</sup> *Ivanțoc et al. v Moldova and Russia* App no 23687/05 (ECmHR, 15 November 2011), para 105; *Catan and Others v Moldova and Russia*, para 109; *Sargsyan v Azerbaijan*, paras 140–42.

<sup>63</sup> *Sargsyan v Azerbaijan*, para 144. Див. детальніше: Marco Milanović, “European Court Decides that Israel Is Not Occupying Gaza,” *EJIL: Talk!* June 17, 2015. <https://www.ejiltalk.org/european-court-decides-that-israel-is-not-occupying-gaza>.

екстериторіальної юрисдикції Туреччини в ситуації з Північним Кіпром,<sup>64</sup> – необхідність уникнути вакууму в гарантованому Конвенцією захисті<sup>65</sup> – зробити висновок, що не існувало жодних «виняткових обставин, характер яких давав би підстави для обмеження відповідальності [Азербайджану] за Конвенцією».<sup>66</sup>

ЄСПЛ не просто вважав, що виняток, розбудований у справі *Лаишку*, не застосовувався в даній справі, Суд ще й порівнював ситуацію у справі *Саргсяна* із ситуацією у справі *Асанідзе* (що стосується застосування ЄКПЛ до територіальних одиниць держави), заявляючи, що «з юридичної точки зору уряд Азербайджану здійснює юрисдикцію як територіальна держава і несе повну відповідальність за Конвенцією».<sup>67</sup>

У підсумку в справі *Саргсяна* Суд не був готовий прийняти захисний вакуум, який виник внаслідок готовності Азербайджану утримувати нічийну землю на своїй лінії зіткнення з Нагірним Карабахом. По суті справи Суд урахував питання безпеки, визнаючи, що етнічні вірмени, які перемістилися з відповідного села, (ще) не отримали права повернутися на територію, яка й досі перебуває в зоні постійних військових дій, але Азербайджан повинен був надати заявникам альтернативні заходи щодо забезпечення їхніх майнових прав (чого він не зробив).<sup>68</sup> І знову підхід як ЄСПЛ, так і Азербайджану продемонстрував тривалу плутанину між юрисдикцією та відповідальністю<sup>69</sup> у практиці ЄСПЛ.<sup>70</sup> Азербайджан стверджував, що він має «обмежену відповідальність» через виняткові обставини, а не те, що він має обмежену юрисдикцію. ЄСПЛ прийняв це формулювання, яке концептуально заплутує, оскільки термін «юрисдикція» є основою межі щодо існування юридичних зобов'язань, тоді як відповідальність є наслідком порушення таких зобов'язань, які стосуються держави.<sup>71</sup> Така концептуальна плутанина була ще більш очевидна у справі *Чірагова (Chiragov)*,<sup>72</sup> схожій справі, вирішеній у той самий день, коли вирішували справу *Саргсяна*, щодо якої Суд визнав, що Вірменія здійснює юрисдикцію над Нагірним Карабахом. Суд це зробив, не визначивши, яка саме протиправна поведінка була притаманна власне Вірменії; йому фактично не вдалося розмежувати контроль Вірменії над відповідною територією та її контроль як діяча (або відсутність такого контролю) над сепаратистським суб'єктом у Нагірному Карабасі.<sup>73</sup>

<sup>64</sup> *Cyprus v Turkey* App no 25781/94.

<sup>65</sup> *Sargsyan v Azerbaijan*, para 148.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*, para 150.

<sup>68</sup> *Ibid.*, paras 233–42.

<sup>69</sup> Див., наприклад: *Cyprus v Turkey* App no 25781/94, para 78. Див. детальніше: Milanović, *Extraterritorial Application*, 41.

<sup>70</sup> Див. також: *Sargsyan v Azerbaijan*, думку судді Ziemele (Ціме́ле), яка збігається, п. 3.

<sup>71</sup> Див. також: Marco Milanović, “Jurisdiction, Attribution and Responsibility in Jaloud,” *EJIL: Talk!* December 11, 2014, <https://www.ejiltalk.org/jurisdiction-attribution-and-responsibility-in-jaloud/>.

<sup>72</sup> *Chiragov and Others v Armenia* App no 13216/05 (ECmHR, 16 June 2015).

<sup>73</sup> Див. детальніше: Marco Milanović, “The Nagorno-Karabakh Cases,” *EJIL: Talk!* June 23, 2015, <https://www.ejiltalk.org/the-nagorno-karabakh-cases/>.

Такі обставини повертають нас до питання про те, як Суд розглядав ситуацію в Сербії та Косові, що розгортає унікальну фактичну картину – територію, яку спочатку було піддано міжнародній адміністрації, що тоді оголосила незалежність від її материнської держави, залучаючи водночас значний, але далеко не беззаперечний рівень міжнародного визнання.<sup>74</sup>

#### 4. Сербія та Косово: уникнення суверенітету, прийняття вакууму

Після втручання НАТО у 1999 р. Косово, провінція Сербії (тодішня частина Союзної Республіки Югославії (СРЮ), стала територією, якою управляє ООН на основі резолюції 1244 (1999) Ради Безпеки ООН.<sup>75</sup> Після створення міжнародної адміністрації та наступного приєднання Сербії до ЄКПЛ<sup>76</sup> питання сербських зобов'язань за ЄКПЛ у Косові не привертало багато уваги. Це відбувалося просто тому, що насправді не постало жодної справи, яка безпосередньо стосувалася б зобов'язань Сербії щодо людей у Косові, тоді як статус Сербії як номінального суверена Косова залишався беззаперечним. Суверенітет Сербії над Косовом був зовсім випадково підтверджений ЄСПЛ у справах *Бехрами і Сарамати*,<sup>77</sup> які визнано неприйнятними, що стосується поведінки інших держав-учасниць, які сприяли присутності міжнародних цивільних сил (UNMIK, Тимчасова Місія ООН у Косові) та сил безпеки (KFOR, Сили для Косова) у Косові.<sup>78</sup>

Як це не парадоксально, тільки після того, як Косово оголосило незалежність від Сербії у лютому 2008 р., у ЄСПЛ з'явилася можливість ухвалити рішення щодо зобов'язань Сербії за ЄКПЛ у Косові. У справі *Аземі (Azemi)*<sup>79</sup> заява стосувалася неви-

<sup>74</sup> Див. детальніше: Tatiana Papić, "Fighting for a Seat at the Table: International Representation of Kosovo," *Chinese Journal of International Law* 12, no. 3 (2013): 543.

<sup>75</sup> Цій резолюції передувала Військово-технічна угода, у якій Сербія домовилася про виведення сил ФРЮ та присутність міжнародних сил безпеки. Текст доступний за покликанням: <http://edition.cnn.com/WORLD/europe/9906/09/kosovo.agreement.text/>, 4 вересня 2017 р. Більше інформації про передумови див. у справах *Behrami and Behrami v France, Saramati v France, Germany and Norway* [GC] App nos 71412/01 and 78166/01 (ECmHR, 2 May 2007).

<sup>76</sup> Сербія приєдналася до ЄКПЛ у березні 2004 р. шляхом наступництва Державного союзу Сербії та Чорногорії, як раніше ФРЮ перейменувала себе. Докладніше в статті: Tatiana Papić, "The More You Ignore Me the Closer I Get: Application of the European Court of Human Rights. Standards on the Journalistic Duty of Care in Serbia," in *Public Law in Serbia: Twenty Year After*, edited by Violeta Beširević (European Public Law Organization, 2012), 197.

<sup>77</sup> *Behrami and Behrami v France*, paras 69–70.

<sup>78</sup> Через їхню невідповідність *ratione personae* до положень ЄКПЛ, оскільки ЄСПЛ розглянув усі передбачувані порушення, які варто покладати на ООН, оскільки вона, відповідно до глави VII Статуту ООН, санкціонує міжнародну присутність у Косові. Див. справу *Behrami and Behrami v France*, paras 128–52. Для аналізу рішення див.: Marco Milanović and Tatiana Papić, "As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law," *International & Comparative Law Quarterly* 58 (2009): 267.

<sup>79</sup> *Azemi v Serbia* App no 11209/09 (ECmHR, 5 November 2013). Заявник підкреслив, що це рішення ґрунтувалося на сербському законодавстві, «яке успадкувало UNMIK, юридично визначив наслідки

конання рішення муніципального суду, ухваленого 2002 р. на користь заявника у справі за позовом від 1990 р. про незаконне припинення трудової діяльності. У листопаді 2013 р. ЄСПЛ оголосив заяву неприйнятною, постановивши (як стверджував сам відповідач), що Сербія не мала юрисдикції щодо заявника.<sup>80</sup>

Відрізнивши позицію Сербії та Косова від позиції Молдови та Придністров'я, Суд зауважив, що «не існує жодних доказів того, що Сербія здійсню[вала] будь-який контроль над UNMIK, судовими чи іншими установами Косова, які було створено на підставі положень UNMIK. Не [можна] стверджувати, що сербські органи влади підтримували військові, економічні, фінансові та політичні установи Косова».<sup>81</sup> Відзначаючи декларування незалежності Косова, кількість отриманих подальших визнань і звужену роль UNMIK, Суд дійшов висновку, що «там існували об'єктивні обмеження, які перешкоджали Сербії забезпечувати права та свободи в Косові».<sup>82</sup> Нарешті, ЄСПЛ визнав, що заявник не вказав на будь-які відповідні заходи стосовно його прав, яких Сербія мала право вжити, і зробив висновок, що він не може назвати «будь-яких позитивних зобов'язань, які держава-відповідач мала щодо заявника (порівнюючи та протиставляючи позитивні зобов'язання Молдови у справі *Ілашку* [...])».<sup>83</sup>

Щодо цього рішення виникає багато питань, які не вдасться обговорити через обмежений обсяг цієї статті.<sup>84</sup> Обґрунтування Суду не є взірцем ясності. Спочатку він явно обрав нейтральну позицію щодо статусу Косова, щоб уникнути висновку про те, хто дійсно був сувереном цієї території,<sup>85</sup> що відтак свідчить про відхід від своєї позиції у справі *Бехрами* без належного виправдання того, чому саме він це робив.<sup>86</sup> Потім він вагався між розглядом Сербії як територіальної держави та поглядом на неї як на державу іноземну щодо такої території. Прикладом останнього стало обговорення того, чи Сербія контролює, фінансує та підтримує установи Косова,<sup>87</sup> за аналогією з Росією у справі *Ілашку*.<sup>88</sup> Що стосується першого, Суд розглянув

---

дій чи бездіяльності» з боку Сербії, коли вона фактично здійснювала контроль над Косовом (*Azemi v Serbia*, para 37).

<sup>80</sup> Ibid, paras 33, 49.

<sup>81</sup> Ibid, paras 43, 45.

<sup>82</sup> Ibid, para 46.

<sup>83</sup> Ibid, para 47.

<sup>84</sup> Для обговорення деяких питань див.: Kushtrim Istrefi, "Azemi v Serbia: Discontinuity of Serbia's De Jure Jurisdiction over Kosovo," *European Human Rights Law Review* 4 (2014): 388–94; Id. *EJIL: Talk!* March 13, 2014, <https://www.ejiltalk.org/azemi-v-serbia-in-the-european-court-of-human-rights-discontinuity-of-serbias-de-jure-jurisdiction-over-kosovo/>.

<sup>85</sup> *Azemi v Serbia*, para 1, fn. 1.

<sup>86</sup> Див також аргументи, запропоновані Істрєфі: Istrefi, "Azemi v Serbia," 393.

<sup>87</sup> Ibid, para 45.

<sup>88</sup> Див. виноску 31.

позитивні зобов'язання та «об'єктивні обмеження», які перешкоджають Сербії забезпечити виконання ЄКПЛ в Косові.<sup>89</sup> Іншими словами, Суд уникнув ухвалення рішення про суверенітет Сербії над Косовом (або його відсутність), неявно заявивши, що навіть якщо Сербія була сувереном і, отже, мала залишкові позитивні зобов'язання, схожі до справи *Ілашку*, такі зобов'язання мали несуттєвий характер чи були зняті за фактами справи. Таким чином, головним висновком Суду було, як здається, ухилення від питання щодо суверенітету.

Суто прагматично цей підхід є виправданим, навіть якщо він принципово суперечить думці, що залишкові позитивні зобов'язання йдуть за суверенним правом над територією. А саме: між Косовом та іншими оспорюваними територіями (Північний Кіпр, Придністров'я та Нагірний Карабах) існують суттєві відмінності, які раніше обговорював ЄСПЛ у контексті юрисдикції. На відміну від останнього, Косово було визнано багатьма державами як незалежну державу<sup>90</sup> і її декларація про незалежність – ефективна у створенні державності чи ні – не порушує міжнародного права в очах Міжнародного суду ООН.<sup>91</sup> Ці факти могли вимагати інакших висновків щодо юрисдикції, ніж ті, які брали до уваги у справі *Бехрами* і які було надано до оголошення незалежності. З іншого боку, Косово не було визнано Сербією та низкою інших європейських держав, вона не є членом ООН або членом Ради Європи і тому не може стати державою – учасницею ЄКПЛ. Отже, наслідком підходу Суду у справі *Азemi* є те, що в Косові існує саме такий вакуум у захисті прав за ЄКПЛ, якого Суд дуже відчайдушно уникав в інших справах.<sup>92</sup>

Нарешті, аналіз Суду про відсутність будь-яких зобов'язань із боку Сербії через те, що вона не контролювала, не фінансувала і не підтримувала установ у Косові, насправді можна застосовувати навпаки до осіб, які проживають в анклавих етнічних сербів у Косові, особливо на півночі та у Мітровіцькому районі, де сербський вплив є великим і може – за правильного підходу в справі – навіть стати вирішальним. Вплив Сербії був найсильнішим у період, коли вона фінансувала паралельні установи косовських сербів.<sup>93</sup> Розглянемо, скажімо, нещодавнє вбивство Олівера Івановича,

---

<sup>89</sup> *Azemi v Serbia*, para 46.

<sup>90</sup> На момент завершення цієї статті Косово було визнано (згідно з урядом Косова) 113 державами (<http://www.mfa-ks.net/?page=2,224>). Проте сербський уряд заперечує, що деякі з цих визнань насправді відбулися, а також стверджує, що деякі з них були відкликани.

<sup>91</sup> У зв'язку з тим, що міжнародне право не містить заборон такої декларації. ICJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* (Advisory Opinion) [2010], Rep. 403, 436ff.

<sup>92</sup> Див. також: Yudkivska, "Territorial Jurisdiction," 14.

<sup>93</sup> Див. детальніше: Marco Prelec and Naim Rashiti, "Serb Integration in Kosovo After the Brussels Agreement," *Balkans Policy Research Group*, March 19, 2015, <http://balkansgroup.org/wp-content/uploads/2017/09/Serb-Integration-in-Kosovo-After-Brussels-Agreement.pdf>.



видатного поміркованого сербського політика, на півночі Косова: відповідно до фактів можна було б уявити собі, що Сербія має певні позитивні зобов'язання за ст. 2 ЄКПЛ. Фактично Сербія хотіла активно брати участь у розслідуванні влади Косова щодо вбивства Івановича (запит, який влада Косова відхилила на підставі суверенітету) і в цьому керунку здійснила принаймні деякі слідчі кроки на території Сербії.<sup>94</sup>

Відповідною точкою порівняння в наявній практиці ЄСПЛ може стати Рішення Палати 2017 р. у справі *Гюзелюртлу та інші проти Кіпру та Туреччини (Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey)*<sup>95</sup>, у якому Суд визнав, що Кіпр та Туреччина несуть відповідальність за процедурною частиною ст. 2, оскільки вони не співпрацюють одна з одною під час розслідування неодноразових убивств, які відбулися на території Кіпру, тоді як відповідні докази та підозрювані були присутні на території Туреччини та підконтрольній їй ТРПК.<sup>96</sup> У той час як Палата розділилася на 5 голосів проти 2 у питанні, чи мав Кіпр обов'язок співпрацювати із сепаратистськими органами влади ТРПК (більшість із яких, по суті, вирішили, що так), одногосно було підтримано, що Туреччина мала зобов'язання співпрацювати з Кіпром лише на підставі того, що *підозрювані* перебували на її території,<sup>97</sup> рішення, яке важко узгодити з практикою Суду, зосередженою на *потерпілих* щодо питання юрисдикції в ст. 1 ЄКПЛ. На момент написання цієї статті цю справу розглядали у Великій палаті.

### III. Оцінка підходу Суду

Як і в усіх справах, що стосуються ст. 1 ЄКПЛ, важко надати чіткий описовий звіт щодо підходу ЄСПЛ до застосування Конвенції на оспорюваних територіях. Ця ситуація передусім зумовлена тим, що підхід Суду розвинувся в дуже ситуативний, залежний від фактів спосіб. Спочатку Комісія та Суд застосували простий, бінарний аналіз – якщо відповідна держава більше не мала контролю над частиною своєї

<sup>94</sup> Див., наприклад: “Kosovo Serb Politician Oliver Ivanović Shot Dead outside Party Headquarters,” *The Guardian*, January 16, 2018, <https://www.theguardian.com/world/2018/jan/16/oliver-ivanovic-serb-politician-in-kosovo-shot-dead>.

<sup>95</sup> *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* App no 36925/07 (ECmHR, 4 April 2017).

<sup>96</sup> *Ibid*, paras 282–97.

<sup>97</sup> *Ibid*, paras 183–89. Суд розглянув питання про юрисдикцію *proprio motu*, тобто турецький уряд не стверджував, що Конвенція не застосовувалася екстериторіально щодо фактів справи. Порівняйте *Rantsev v. Cyprus and Russia* App no 25965/04 (ECmHR, 7 January 2010) стосовно смерті російської жінки, яку було продано до Кіпру. У цій справі уряд-відповідач *насправді* ухвалив юрисдикційне заперечення, яке Суд відхилив, зазначивши, що торгівля жертвою почалася на території Росії (*ibid*, paras 205–08). Суд згодом визнав порушення процесуальних зобов'язань із боку Росії лише щодо торгівлі людьми, а не щодо смерті жертви, яка сталася на Кіпрі (*ibid*, paras 243–47, 307–09).

території, то вона більше не мала юрисдикції над цією територією. *Передбачено*, що держава буде контролювати всю територію, на яку вона має право володіння, але це просте доказове припущення, яке узгоджується з тим фактом, що більшість держав більшу частину часу контролює більшу частину своєї території. Це припущення є спростованим, а наслідком спростування є відсутність юрисдикції і, отже, відсутність будь-яких обов'язків за ЄКПА.

Основна зміна підходу Суду відбувається у справі *Ілашку*, де залишкові позитивні зобов'язання безпосередньо прив'язані до *суверенітету* держави над територією. Таким чином, юрисдикція звужується в разі втрати державного контролю над територією, але не зникає; вона зберігається навіть у разі звуження лише на підставі права володіння. Ми бачили різні труднощі, із якими Суд був змушений давати раду після справи *Ілашку*; ще однією серйозною проблемою є постійна плутанина, яка випливає з практики Суду, між поняттям юрисдикції у ст. 1 і правовими положеннями про відповідальність держави.

Це приводить нас до питання про нормативну доцільність та узгодженість підходу Суду. Є щонайменше три основні проблеми, пов'язані з розвитком у Суді залишкових позитивних зобов'язань, які ґрунтуються на суверенному праві. По-перше, на такий підхід у тексті Конвенції немає жодних підстав, і це спотворює юридичну природу поняття юрисдикції у ст. 1 ЄКПА, підриваючи основну ідею, за якою юрисдикція є *фактичним* здійсненням державної влади або над територією (як у справі *Лоїзиду* чи *Чірагова*),<sup>98</sup> або над окремими особами (як у справі *Аль-Скейні*).<sup>99</sup> Це є те фактичне поняття юрисдикції, яке виявилось настільки важливим у контексті екстериторіального застосування ЄКПА, і, як видається, немає обґрунтованих підстав для розгляду *внутрішньотериторіальних* ситуацій іншим шляхом.<sup>100</sup> Юрисдикція в сенсі ст. 1 є або *правом* на здійснення влади, або *фактичним здійсненням* цієї влади – як законно, так і незаконно; вона не може злагоджено бути й одним, й іншим. Так само є багато вагомих причин на те, аби віддавати перевагу останньому варіанту, як це робив Суд у минулому; не останній із таких аргументів полягає в тому, що цей варіант закриває багато лазів у ситуаціях, коли держави втручаються в права людини, не реалізуючи жодних типів прав чи повноважень відповідно до міжнародного права (мається на увазі все від

---

<sup>98</sup> *Loizidou v Turkey (merits)*, para 52: «відповідальність Договірної Сторони також може виникнути, коли внаслідок військових дій, чи законних, чи незаконних, вона здійснює ефективний контроль над територією за межами своєї національної території. Обов'язок забезпечити в такому районі права та свободи, викладені в Конвенції, випливає з факту такого контролю (...)»; *Chiragov and Others v Armenia*, para 168.

<sup>99</sup> *Al Skeini et al. v the United Kingdom*, paras 133–37.

<sup>100</sup> Див. також: Milanović, *Extraterritorial Application*, 106–07.

повномасштабного незаконного втручання в третю країну до нагляду,<sup>101</sup> викрадення<sup>102</sup> або навіть винищення людей,<sup>103</sup> які проживають там).

По-друге, залишкові позитивні зобов'язання дають мало практичних переваг; вони рідко матимуть значну дієвість. Нагадаємо, як Суд у справі *Ілашку* заявляв про два таких зобов'язання: зобов'язання Молдови вживати належних заходів для відновлення контролю над оспорюваною територією, її обов'язок співпрацювати з органами влади оспорюваної території з метою забезпечення прав конкретного заявника.<sup>104</sup> Перше питання – відновлення державного контролю – має стільки різних обставин і настільки політично залежить від інших факторів, що воно не придатне для будь-якого суттєвого судочинства. Чи поверне колись Молдова контроль над Придністров'ям, або Україна над Кримом чи Донбасом, або Грузія над Південною Осетією та Абхазією – найменше залежить від ЄСПЛ і того, що може сказати Європейський суд. І дійсно, за фактами справи *Ілашку* Суд визнав, що це зобов'язання було знято з використанням такого шанобливого критерію для перегляду, що він виглядав практично безглуздим: усе, що потрібно було для того, аби задовольнити вимоги, – це продемонструвати *бажання* Молдови повернути контроль над Придністров'ям у якийсь момент майбутнього.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> Див., наприклад: *Human Rights Watch and Others v Foreign Secretary* (UK Investigatory Powers Tribunal, UKIPTrib 15\_165-CH, 16 May 2016), paras 49–64 (Трибунал визнав, що ЄКПЛ не застосовується до заходів Великої Британії, пов'язаних зі спостереженням за кордоном); Marco Milanović, “Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age,” *Harvard International Law Journal* 56, no. 1 (2015): 81.

<sup>102</sup> Див., скажімо: *Lopez Burgos v Uruguay* (1981) 68 ILR 29, UN Human Rights Committee, Communication no. R.12/52, UN doc supp. no. 40 (A/36/40); Benjamin Nussberger and Fin-Jasper Langmack, “A Cold War like Thriller in Summer – Icy Times Between Vietnam and Germany,” *EJIL: Talk!* February 20, 2018, <https://www.ejiltalk.org/a-cold-war-like-thriller-in-summer-icy-times-between-vietnam-and-germany/>.

<sup>103</sup> Скажімо, убивство Олександра Литвиненка нібито російськими агентами в Лондоні в 2006 р., убивство Кім Чен Нама у 2017 р. в аеропорту Куала-Лумпур нібито за наказом його брата-близнюка, північнокорейського диктатора Кім Чен Іна, або спроба вбивства Сергія та Юлії Скрипалів у Солсбері в 2018 р.

<sup>104</sup> *Plașcu et al. v Moldova and Russia*, para 339.

<sup>105</sup> *Ibid*, para 345. Див. також: Yudkivska, “Territorial Jurisdiction,” 9: «[Обов'язок відновити контроль] постає як чиста політична риторика, яка мало пов'язана з юридичними зобов'язаннями, а також навряд чи підлягає оцінці правовими заходами. Молдова була також зобов'язана “утриматися від підтримки сепаратистського режиму”. На мою думку, складно узгодити позитивні зобов'язання щодо людей, які залишаються на окупованих територіях, зі зобов'язанням утримуватися від підтримки сепаратистського режиму. Ці зобов'язання виявляються взаємовиключними: якщо держава бере участь у переговорах із сепаратистами, вимагаючи від них захисту прав осіб на окупованих територіях (це саме ті дії, виконання яких Суд очікував для пана Ілашку), то така стратегія передбачає пропонування чогось в обмін, скажімо, надання економічної підтримки, яка може знадобитися сепаратистам. Якщо Молдова була зобов'язана домовитися про звільнення пана Ілашку та інших, вона повинна була запропонувати щось сепаратистам на додаток до вже відступленої території».

Коли йдеться про більш конкретне зобов'язання забезпечити права окремих заявників, це може мати деяку практичну актуальність, але знову ж таки не таку вже й значну. Здебільшого суб'єкт, який контролює територію і, таким чином, володіє фактичними можливостями порушувати або захищати права заявників, буде протистояти центральним органам державної влади, відтак останні зможуть зробити дуже небагато. Якщо ми подивимося на факти справи *Катана*, за якими, скажімо, Суд визнав, що Молдова вже виконала свої позитивні зобов'язання щодо шкіл Придністров'я, які хотіли б використовувати латинський алфавіт, ми побачимо, що фактичне здійснення цих прав головним чином залежить від сепаратистських органів влади. Якщо рішення у справі *Катана* мало позитивний вплив на це питання (і ми не знаємо, чи дійсно би так трапилося), це відбулося б через російську сторону справи, оскільки саме Росія має вирішальний вплив на сепаратистів. Коротше кажучи, залишкові позитивні зобов'язання, сформульовані Судом, здебільшого матимуть лише граничну користь.

Третя проблема, пов'язана з ідеєю залишкового позитивного зобов'язання, заснованого на праві володіння, полягає в тому, що вона логічно вимагає, щоб Суд виголошував суверенітет над оспорованою територією, якщо він прагне визнати порушення залишкового зобов'язання. Питання суверенітету може бути чи не бути юридично очевидним, і, як ми бачимо, Суд неодноразово висловлював свої міркування щодо таких питань у минулому, як щодо північного Кіпру чи Придністров'я. Проте як тільки це питання стало юридично складним, як це трапилося у випадку Косова та Сербії, Суд у справі *Аземі* уникнув проблеми, додавши стільки «води» до залишкового зобов'язання, що Сербія не могла б його порушити, навіть якщо це зобов'язання існувало від самого початку.

Але питання про суверенітет може бути юридично легким, проте все ж пов'язуватися з політично небезпечними труднощами. Розглянемо лише Крим і безліч міждержавних та окремих справ, що стосуються конфлікту на території України. Можна легко уявити, що український уряд позитивно закликає Суд підтверджувати свій тривалий суверенітет над Кримом незалежно від конкретних зобов'язань, які можуть бути поставлені на карту, тоді як Росія визнає застосовність ЄКПЛ до своїх дій у Криму, але глибоко заперечує будь-які незручні висновки Суду з питання суверенітету.<sup>106</sup> Ми особисто не маємо проблеми з тим, що Суд протистоїть Росії чи будь-якій іншій потужній державі, – навпаки. Але чи дійсно це варто робити, якщо така практика не має суттєвого впливу на покращення прав людини будь-яких постраждалих осіб і якщо рішення Суду використовують лише інструментально в суперечці щодо суверенітету?

Суд цілком може опинитися в незavidному становищі, якщо з'явиться фактична картина, яка передбачає порушення Україною залишкових зобов'язань, що мають тяжкість, аналогічну до справи *Лаїшу*, та вже не зможе використати маневр уникнення

---

<sup>106</sup> Позиція Росії щодо Донбасу, на суверенітет над яким вона не претендує, ймовірно, буде відрізнятися.

з тією ж легкістю, що й у справі *Аземі*. У такому разі, якщо Суд знову ж таки хоче визнати порушення залишкового зобов'язання, він також повинен визнати, що Україна залишається сувереном Криму. Не варто було б вирішувати питання щодо суверенітету за будь-яке порушення з боку Росії, чия юрисдикція може просто ґрунтуватися на ефективному контролі над територією, незалежно від того, отримана вона законно чи незаконно.<sup>107</sup> Отже, виявляється, що хоча й судова практика у справі *Ілашку* була мотивована добрими намірами, вона несе значні ризики. На нашу думку, як мінімум втрати, здається, явно переважають здобутки. І хоча малоімовірно, що Суд явно скасовував би рішення у справі *Ілашку*,<sup>108</sup> він усе ж таки зможе застосувати його дуже вузько. Якими тоді будуть можливі альтернативи?

На наш погляд, існують дві такі життєздатні альтернативи. Перша – повернутися до традиційного бінарного підходу – юрисдикція як суто фактичне поняття територіального контролю, яке можна *припускати* на територіях, над якими держава має право володіння. Але коли таку презумпцію буде спростовано, держава більше не матиме юрисдикції, а отже, й позитивних зобов'язань. Це є тим підходом, який ми б схвалили. Його головною цінністю є чіткість – як щодо визнання фактичного контролю, так і подальших наслідків.<sup>109</sup> У разі його визнання буде застосовано повне позитивне зобов'язання забезпечити права людини в цьому районі. З іншого боку, такий підхід у виняткових випадках може бути не повністю вичерпним у тому сенсі, що існують речі, які держава могла б зробити з метою пом'якшення несприятливої ситуації для особи, як це було у справі *Ілашку*, і які не передбачають територіального контролю. Однак, як ми пояснили вище, такі ситуації насправді достатньо рідкісні, оскільки залишкове позитивне зобов'язання, сформульоване Судом, має дуже низьку дієвість. Недостатня вичерпність, іншими словами, компенсується чіткістю та керованістю визнання юрисдикції, яка поширюється по суті таким же чином як на внутрішньому, так і на екстериторіальному рівні.

Друга альтернатива полягає в застосуванні більш *функціонального* підходу, який би пов'язав появу позитивних зобов'язань безпосередньо зі *здатністю держави виконувати їх*. Така здатність може змінюватися залежно від рівня впливу, який держава здійснює в будь-якій конкретній зоні. З огляду на те, що бінарний підхід є категоричним із точки зору застосовності позитивних зобов'язань, за такого підходу

<sup>107</sup> *Loizidou v Turkey (merits)*, para 52.

<sup>108</sup> Підхід щодо залишкових позитивних зобов'язань був нещодавно затверджений 16 голосами проти 1 в рішенні Великої палати у справі *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia* [GC] App no 11138/10 (ECmHR, 23 February 2016), paras 96–112, у яких Суд не знайшов причин відхилятися від своїх висновків у справі *Catan and Others v Moldova and Russia*. Після справи *Мозера* було прийнято низку рішень Палати, останнє з яких (і децю унікальне за фактами, оскільки воно стосується в'язня, який перебуває під контролем молдовських органів влади на сепаратистській території Придністров'я) стосується справи *Pocasovschi and Mihaila v. the Republic of Moldova and Russia* App no 1089/09 (ECmHR, 29 May 2018).

<sup>109</sup> Див.: Marco Milanović, *Extraterritorial Application*, 115–16, 209–28.

зобов'язання будуть розділені й адаптовані залежно від обставин.<sup>110</sup> Однак основу зобов'язань становитиме не суверенітет над територією, а здатність виконати такі зобов'язання по суті справи.<sup>111</sup> Іншими словами, позитивне зобов'язання не просто гнучке, воно також не є *залишковим*, оскільки його основа – у здатності, а не праві володіння; зокрема, Суду не доведеться будь-яким чином вирішувати суперечку, яка стосуватиметься суверенітету щодо конкретної території, про яку йдеться.

Ми можемо спостерігати схожий підхід у справі про *Боснійський геноцид*, у якій Міжнародний суд ООН обмежив позитивне зобов'язання держав щодо запобігання геноциду (який він застосував навіть екстериторіально) з огляду на рівень здатності держави виконувати його.<sup>112</sup> Інша корисна аналогія – це поріг військової окупації в міжнародному гуманітарному праві (МГП). Учені в цьому питанні поділяються на прибічників більш традиційного, бінарного підходу, за яким окупація вимагає наземної операції та існує або повністю, або взагалі не існує, і прихильників більш функціонального підходу, за якого статус окупації і рівень зобов'язань, що випливають із такого статусу, є головним чином питанням рівня, ніж чіткої відмінності.<sup>113</sup> Парадигматичним прикладом, навколо якого, як правило, точаться ці дебати, звісно, є позиція Ізраїлю щодо Гази, у якій він (як правило) не має наземної операції, але над якою зберігає величезний вплив.<sup>114</sup>

На відміну від традиційного бінарного підходу, функціональна модель не переймається через неприйнятність. Однак проблема з функціональною моделлю полягає в тому, що вона фактично знищує юрисдикцію як попередній пороговий запит – позитивні зобов'язання існуватимуть, коли вони *повинні* існувати, в оцінці Суду, і це завжди буде суб'єктивною та сутнісною оцінкою якогось виду. Функціональна модель не має

<sup>110</sup> Yuval Shany, "Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law," *The Law and Ethics of Human Rights* 7 (1) (2013): 47–71.

<sup>111</sup> Див. також: Nienke Van der Have, *The Prevention of Gross Human Rights Violations Under International Human Rights Law* (Springer, 2018), 117–20.

<sup>112</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)* (Merits) [2006] ICJ Rep 43, paras 430, 434, 438, особливо 430: «Різні параметри діють під час оцінки того, чи належним чином держава виконала відповідне зобов'язання. Першим, який дуже сильно відрізняється в кожній окремій країні, безумовно, є здатність ефективно впливати на дії осіб, які можуть здійснити або вже вчинили геноцид. Сама ця здатність залежить, окрім іншого, від географічної відстані відповідної держави від місця подій та від сили політичних зв'язків, а також зв'язків усіх інших видів між владою цієї держави й основними суб'єктами таких подій».

<sup>113</sup> Див., наприклад: Aeyal Gross, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation* (Cambridge University Press, 2017); Tristan Ferraro, "Determining the Beginning and End of an Occupation under International Humanitarian Law," *International Review of the Red Cross* vol. 94, no. 885 (2012): 133–63; див. також: Marco Milanović, "The ICRC's Position on a Functional Approach to Occupation," *EJIL: Talk!* November 18, 2015, <https://www.ejiltalk.org/the-icrcs-position-on-a-functional-approach-to-occupation/>.

<sup>114</sup> Див., наприклад: Yuval Shany, "Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate," *Israel Law Review* 41 (2008): 68–86.

чіткості на відміну від свого бінарного опонента і може призвести до більшої розбіжності в ході судового розгляду щодо того, що є придатним і доречним у будь-яких конкретних обставинах. І, подібно до підходу ЄСПЛ у справі *Ілашку*, вона, можливо, не буде мати впливу на практиці. Проте, на відміну від справи *Ілашку*, формальною основою для цієї моделі є не територіальний суверенітет, який стає несуттєвим фактором у справі. Іншими словами, Суд міг би застосувати функціональний підхід до позитивного зобов'язання України перед кимось у Криму, не визнаючи позитивно, що Україна залишається сувереном Криму.

### Висновок

Потік справ, що стосуються оспорюваних територій, особливо в Східній Європі, не буде зменшуватися в середньотерміновій перспективі. Тому існує нагальна потреба в тому, щоб Європейський суд прийняв узгоджений, принциповий підхід до таких справ,<sup>115</sup> особливо тому, що вони також пов'язані – юридично, фактично та політично – із ситуаціями екстериторіального застосування. Підхід Суду після справи *Аль-Скейні* до екстериторіального здійснення юрисдикції в сенсі ст. 1, схоже, розвивається в правильному (більш фактичному і більш широкому) напрямку. Однак на оспорюваних територіях практика Суду на основі справи *Ілашку* залишається проблематичною. Як ми бачили, уся ідея «залишкових» зобов'язань, що базуються на суверенітеті, особливо складна в умовах територіальної суперечки, яка є хронічною і яка відбувається між двома державами (як з Україною та Росією стосовно Криму) або між державою і суб'єктом, який має юридично обґрунтовану претензію на державність (як у Сербії та Косова). Якщо при розгляді індивідуальної скарги Суд має прийняти рішення щодо суверенітету в таких випадках (а логічно він повинен це зробити, якщо хоче визнати порушення залишкового позитивного зобов'язання), він ризикує спровокувати значний політичний негативний вплив, не роблячи майже нічого або й узагалі нічого, щоб суттєво підсилити гарантування прав відповідних осіб. Ми не вважаємо за потрібне, особливо в умовах наявного політичного клімату, аби Суд вирішив заявити (не заявити) про суверенітет Росії над Кримом, коли в його розпорядженні існують кращі альтернативи, такі як бінарні та функціональні підходи, які ми розглянули вище.

Ця стаття розглядала головним чином порогове юрисдикційне питання. Але питання юрисдикції, як ми вже із самого початку сказали, насправді пов'язане з тим, на яке застосування Конвенції по суті очікують.<sup>116</sup> Ми бачили, якими гнучкими можуть бути позитивні зобов'язання в контексті оспорюваних територій. Така гнучкість у відповідних ситуаціях може бути ще більше посилена з огляду на інші відповідні сфери міжнародного права, такі як МГП, скажімо, у все ще актуальному конфлікті в Східній

<sup>115</sup> Див. також: Yudkivska, "Territorial Jurisdiction," 16–19.

<sup>116</sup> Див.: Milanović, *Extraterritorial Application*, 106–17.

Україні. В інших стабільних і хронічних ситуаціях територіального оскарження, як-от стосовно Північного Кіпру, Суд також продемонстрував готовність дещо нормалізувати такі ситуації;<sup>117</sup> подивіться, як у справі *Демопулос (Demopoulos)* Суд вимагав у контексті прийнятності вичерпання внутрішніх засобів правового захисту, наданих сепаратистською ТРПК.<sup>118</sup>

Зрозуміло, що досвід застосування ЄКПЛ на оспорюваних територіях є таким, на якому можуть вчитися інші правозахисні органи. Наша увага зосереджена винятково на ЄКПЛ, але оскаржувані території, як ті, що ми розглянули, існують у всьому світі та, ймовірно, більш поширені за межами Європи, ніж у її межах. Неминучим є те, що в майбутньому як Європейському суду, так й іншим судам і договірним органам із прав людини доведеться зіштовхнутися з такими ситуаціями впритул.<sup>119</sup> Головний урок, який потрібно взяти з європейського досвіду, на нашу думку, полягає в тому, що добрі наміри не обов'язково приводять до результатів, більш сприятливих для захисту прав людини.

Нарешті ми хотіли б відзначити, що розглянуті тут проблеми не є унікальними саме для договорів про права людини. Скажімо, триває судовий процес стосовно того, як інвестиційні договори застосовуватимуть щодо України та Росії в питанні іноземних інвестицій у Крим.<sup>120</sup> Актуальний механізм урегулювання суперечок також може спиратися на досвід застосування ЄКПЛ на оспорюваних територіях – основна дилема (яка не повинна бути вирішена однаково в різних галузях міжнародного права) полягає в тому, чи варто в першу чергу розглядати сформовану практику або ж офіційні міркування про, скажімо, суверенітет як джерело юридичного зобов'язання. Принаймні коли йдеться про законодавство щодо прав людини, нашу перевагу віддаємо першому варіанту.

© М. Міланович і Т. Папіч, 2020

---

<sup>117</sup> Див. також: Gaiane Nuridzhanian, "(Non-)Recognition of De Facto Regimes in Case Law of the European Court of Human Rights: Implications for Cases Involving Crimea and Eastern Ukraine," *EJIL: Talk!* October 9, 2017, <https://www.ejiltalk.org/non-recognition-of-de-facto-regimes-in-case-law-of-the-european-court-of-human-rights-implications-for-cases-involving-crimea-and-eastern-ukraine/>.

<sup>118</sup> *Demopoulos v Cyprus* [GC] App nos 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04 (ECmHR, 1 March 2010).

<sup>119</sup> Скажімо, Комітет з прав людини вже розглянув таку ситуацію щодо Криму в рамках своєї функції моніторингу і звітування, а не через індивідуальне спілкування; таким чином, його заключні зауваження щодо доповіді Росії «враховують резолюцію 68/262 Генеральної Асамблеї про територіальну цілісність України» – це дипломатично непряма згадка про актуальний суверенітет України, тоді як зобов'язання Росії зумовлюють її ефективний контроль над територією (UN Human Rights Committee. "Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of the Russian Federation." (2015) CCRP/C/RUS/CO/7, para 23).

<sup>120</sup> Див., наприклад: Nataliia Tuzheliak, "Investors at Conflict's Crossroads: An Overview of Available International Courts and Tribunals in the Crimean Context," *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 6 (2017): 14–45.



## Bibliography

- Al Skeini et al. v the United Kingdom* App no 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011).
- An and Others v Cyprus* App no 18270/91 (ECmHR, 18 October 1991).
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)* (Merits) [2006] ICJ Rep 43.
- Assanidze v Georgia* App no 71503/01 (ECtHR, 8 April 2004).
- Aust, Anthony. "Treaties, Territorial Application." In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, edited by Rüdiger Wolfrum. Heidelberg and Oxford: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law/Heidelberg and Oxford University Press, 2012.
- Azemi v Serbia* App no 11209/09 (ECmHR, 5 November 2013).
- Banković et al. v Belgium et al.* [GC] App no 52207/99 (ECtHR, 12 December 2001).
- Behrami and Behrami v France, Saramati v France, Germany and Norway* [GC] App nos 71412/01 and 78166/01 (ECmHR, 2 May 2007).
- Catan and Others v Moldova and Russia* App nos 43370/04, 8252/05 and 18454/06 (ECmHR, 19 October 2012).
- Chiragov and Others v Armenia* App no 13216/05 (ECmHR, 16 June 2015).
- Crawford, James. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge University Press, 2013.
- Cyprus v Turkey* App no 25781/94 (ECtHR, 10 May 2001).
- Cyprus v Turkey* App no 8007/77 (ECmHR, 10 July 1978).
- Demopoulos v Cyprus* [GC] App nos 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04 (ECmHR, 1 March 2010).
- El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC] App no 39630/09 (ECtHR, 13 December 2012).
- Ferraro, Tristan. "Determining the Beginning and End of an Occupation under International Humanitarian Law." *International Review of the Red Cross* vol. 94, no. 885 (2012): 133–63.
- Gross, Aeyal. *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation*. Cambridge University Press, 2017.
- Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* App no 36925/07 (ECmHR, 4 April 2017).
- Harris, David, Michael O'Boyle, Ed Bates, and Carla Buckley. *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2014.
- Human Rights Watch and Others v Foreign Secretary* (UK Investigatory Powers Tribunal, UKIPTrib 15\_165-CH, 16 May 2016).
- ICJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* (Advisory Opinion) [2010].
- Ilaşcu et al. v Moldova and Russia* App no 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004).
- International Law Commission. Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. 2001. *Official Records of the General Assembly*. Fifty-sixth Session, Supplement no. 10. UN doc A/56/10. [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), 20 July 2017 (ILC ASR).

- Istrefi, Kushtrim. "Azemi v Serbia: Discontinuity of Serbia's De Jure Jurisdiction over Kosovo." *European Human Rights Law Review* 4 (2014): 388–94. Id. Istrefi, Kushtrim. "Azemi v Serbia: Discontinuity of Serbia's De Jure Jurisdiction over Kosovo." *EJIL: Talk!* March 13, 2014. <https://www.ejiltalk.org/azemi-v-serbia-in-the-european-court-of-human-rights-discontinuity-of-serbias-de-jure-jurisdiction-over-kosovo/>.
- Ivançoc et al. v Moldova and Russia* App no 23687/05 (ECmHR, 15 November 2011).
- Karagiannis, Syméon. "The Territorial Application of Treaties." In *The Oxford Guide to Treaties*, edited by Duncan B. Hollis, 305–27. Oxford University Press, 2012.
- "Kosovo Serb Politician Oliver Ivanović Shot Dead outside Party Headquarters." *The Guardian*, January 16, 2018. <https://www.theguardian.com/world/2018/jan/16/oliver-ivanovic-serb-politician-in-kosovo-shot-dead>.
- Larsen, K. Mujezinović. "'Territorial Non-Application' of the European Convention on Human Rights." *Nordic Journal of International Law* 78 (2009): 73–93.
- Loizidou v Turkey* (merits) App no 15318/89 (ECmHR, 18 December 1996).
- Lopez Burgos v Uruguay* (1981) 68 ILR 29, UN Human Rights Committee, Communication no. R. 12/52, UN doc supp. no. 40 (A/36/40).
- Milanović, Marco, and Tatiana Papić. "As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law." *International & Comparative Law Quarterly* 58 (2009).
- Milanović, Marco. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*. Oxford University Press, 2011.
- Milanović, Marco. "Grand Chamber Judgment in Catan and Others." *EJIL: Talk!* October 21, 2012. <https://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-catan-and-others/>.
- Milanović, Marco. "Jurisdiction, Attribution and Responsibility in Jaloud." *EJIL: Talk!* December 11, 2014. <https://www.ejiltalk.org/jurisdiction-attribution-and-responsibility-in-jaloud/>.
- Milanović, Marco. "Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age." *Harvard International Law Journal* 56, no. 1 (2015): 81–146.
- Milanović, Marco. "European Court Decides that Israel Is Not Occupying Gaza." *EJIL: Talk!* June 17, 2015. <https://www.ejiltalk.org/european-court-decides-that-israel-is-not-occupying-gaza>.
- Milanović, Marco. "The Nagorno-Karabakh Cases." *EJIL: Talk!* June 23, 2015. <https://www.ejiltalk.org/the-nagorno-karabakh-cases/>.
- Milanović, Marco. "The ICRC's Position on a Functional Approach to Occupation." *EJIL: Talk!* November 18, 2015. <https://www.ejiltalk.org/the-icrcs-position-on-a-functional-approach-to-occupation/>.
- Moor, Louise, and Brian Simpson. "Ghosts of Colonialism in the European Convention on Human Rights." *British Yearbook of International Law* 76 (2005): 121–93.
- Mowbray, Alastair. *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart Publishing, 2004.
- Mozer v. the Republic of Moldova and Russia* [GC] App no 11138/10 (ECmHR, 23 February 2016).

- Nuridzhanian, Gaiane. "(Non-) Recognition of De Facto Regimes in Case Law of the European Court of Human Rights: Implications for Cases Involving Crimea and Eastern Ukraine." *EJIL: Talk!* October 9, 2017. <https://www.ejiltalk.org/non-recognition-of-de-facto-regimes-in-case-law-of-the-european-court-of-human-rights-implications-for-cases-involving-crimea-and-eastern-ukraine/>.
- Nussberger, Benjamin, and Fin-Jasper Langmack. "A Cold War like Thriller in Summer – Icy Times Between Vietnam and Germany." *EJIL: Talk!* February 20, 2018. <https://www.ejiltalk.org/a-cold-war-like-thriller-in-summer-icy-times-between-vietnam-and-germany/>.
- Papić, Tatiana. "The More You Ignore Me the Closer I Get: Application of the European Court of Human Rights. Standards on the Journalistic Duty of Care in Serbia." In *Public Law in Serbia: Twenty Year After*, edited by Violeta Beširević. European Public Law Organization, 2012.
- Papić, Tatiana. "Fighting for a Seat at the Table: International Representation of Kosovo." *Chinese Journal of International Law* 12, no. 3 (2013): 543–70.
- Pocasovschi and Mihaila v. the Republic of Moldova and Russia* App no 1089/09 (ECmHR, 29 May 2018).
- Prelec, Marco, and Naim Rashiti. "Serb Integration in Kosovo After the Brussels Agreement." *Balkans Policy Research Group*, March 19, 2015. <http://balkansgroup.org/wp-content/uploads/2017/09/Serb-Integration-in-Kosovo-After-Brussels-Agreement.pdf>.
- Rantsev v. Cyprus and Russia* App no 25965/04 (ECmHR, 7 January 2010).
- Sargsyan v Azerbaijan* [GC] App no 40167/06 (ECmHR, 16 June 2015).
- Shany, Yuval. "Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate." *Israel Law Review* 41 (2008): 68–86.
- Shany, Yuval. "Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law." *The Law and Ethics of Human Rights* 7 (1) (2013): 47–71.
- Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania* [GC] App no 2330/09 (ECtHR, 9 July 2013).
- Tuzheliak, Nataliia. "Investors at Conflict's Crossroads: An Overview of Available International Courts and Tribunals in the Crimean Context." *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 6 (2017): 14–45.
- UN Human Rights Committee. General Comment no 31. UN Doc CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 (2004). Para 10. ICJ. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004]. ICJ Rep 136, 179.
- UN Human Rights Committee. "Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of the Russian Federation." (2015) CCPR/C/RUS/CO/7.
- Van der Have, Nienke. *The Prevention of Gross Human Rights Violations Under International Human Rights Law*. Springer, 2018.
- Yudkivska, Ganna. "Territorial Jurisdiction and Positive Obligations of an Occupied State: Some Reflections on Evolving Issues Under Article 1 of the European Convention." In *The European Convention on Human Rights and General International Law*, edited by Anne van Aaken and Iulia Motoc. Oxford University Press, forthcoming, draft available on SSRN at <https://ssrn.com/abstract=2825208> (all page citations are to this draft).

### **Марко Міланович і Татьяна Папіч. Застосовність Європейської конвенції з прав людини на оспорюваних територіях**

**Анотація.** Ця стаття розглядає застосовність Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) у тому разі, коли держава втрачає контроль над частиною своєї території. У ній стверджено, що юриспруденція Європейського суду з прав людини, у межах якої наполегливо добиваються дотримання залишкових позитивних зобов'язань, що базуються на суверенному праві над територією, є проблематичною і потребує переосмислення. Сучасний підхід Суду не лише викликає опір, оскільки вимагає від держави вирішення політичних вибухонебезпечних питань статусу суверена, а й робить це лише частково в практичних інтересах захисту прав людини. Тому в статті розглянуто кращі альтернативи.

**Ключові слова:** юрисдикція; відповідальність; ЄКПЛ; Європейський суд з прав людини; суверенітет; позитивні зобов'язання; Косово; Грузія; Україна; Росія; Крим.

### **Марко Міланович и Татьяна Папич. Применимость Европейской конвенции по правам человека на оспариваемых территориях**

**Аннотация.** Эта статья рассматривает применимость Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ) в том случае, когда государство теряет контроль над частью своей территории. В ней утверждается, что юриспруденция Европейского суда по правам человека, в рамках которой настойчиво добиваются соблюдения остаточных позитивных обязательств, основанных на суверенном праве над территорией, является проблематичной и требует переосмысления. Современный подход Суда не только вызывает сопротивление, поскольку требует от государства решения политических взрывоопасных вопросов статуса суверена, но и делает это лишь частично в практических интересах защиты прав человека. Поэтому в статье рассмотрены лучшие альтернативы.

**Ключевые слова:** юрисдикция; ответственность; ЕКПЧ; Европейский суд по правам человека; суверенитет; позитивные обязательства; Косово; Грузия; Украина; Россия; Крым.

### **Marco Milanović and Tatjana Papić. The Applicability of the European Convention for Human Rights in Contested Territories**

**Abstract.** This article examines the applicability of the European Convention for Human Rights (ECHR) when a State loses control over parts of its territory. It argues that the jurisprudence of the European Court for Human Rights, which insists on residual positive obligations based in sovereign title over territory, is problematic and needs to be rethought. The Court's current approach is not only likely to provoke backlash, since it requires it to decide politically explosive questions of sovereign title, but does so for very little practical benefit for the protection of human rights. The article therefore explores more preferable alternatives.

**Keywords:** jurisdiction; responsibility; ECHR; European Court of Human Rights; sovereignty; positive obligations; Kosovo; Georgia; Ukraine; Russia; Crimea.

Одержано/Received 03.09.2020