

Birkbeck ePrints: an open access repository of the research output of Birkbeck College

<http://eprints.bbk.ac.uk>

Bowring, Bill (2008) Negating pluralist democracy: the European Court of Human Rights forgets the rights of the electors. (Pozitsiya Yevropeiskovo Suda po Pravam Cheloveka v Voprose ob Izbiratel'nikh Pravakh Grazhdan v Kontekste Latviiskoi Praktiki: Kriticheskii Vzglyad). *Prava Cheloveka: Praktika Yevropeiskovo Suda po pravam cheloveka (Human Rights: Case Law of the European Court of Human Rights)* 6 (27) 28-80.

This is an exact copy of a paper published in English and Russian in *Prava Cheloveka: Praktika Yevropeiskovo Suda po pravam cheloveka (Human Rights: Case Law of the European Court of Human Rights)*. It is reproduced here with permission from the publisher. The Russian translation is reposted with the consent of the Editorial Office. <http://www.jpr-pechr.ru/index.html>

All articles available through Birkbeck ePrints are protected by intellectual property law, including copyright law. Any use made of the contents should comply with the relevant law.

Citation for this version:

Bowring, Bill (2008) Negating pluralist democracy: the European Court of Human Rights forgets the rights of the electors. (Pozitsiya Yevropeiskovo Suda po Pravam Cheloveka v Voprose ob Izbiratel'nikh Pravakh Grazhdan v Kontekste Latviiskoi Praktiki: Kriticheskii Vzglyad). *London: Birkbeck ePrints*. Available at: <http://eprints.bbk.ac.uk/717>

Citation for the publisher's version:

Bowring, Bill (2008) Negating pluralist democracy: the European Court of Human Rights forgets the rights of the electors. (Pozitsiya Yevropeiskovo Suda po Pravam Cheloveka v Voprose ob Izbiratel'nikh Pravakh Grazhdan v Kontekste Latviiskoi Praktiki: Kriticheskii Vzglyad). *Prava Cheloveka: Praktika Yevropeiskovo Suda po pravam cheloveka (Human Rights: Case Law of the European Court of Human Rights)* 6 (27) 28-80.

Краткий обзор статьи

В настоящей статье рассматриваются некоторые недавние вынесенные постановления Европейского Суда по правам человека (далее — Европейский Суд), касающиеся применения положений статьи 3 Протокола № 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция). В статье сначала освещается происхождение этой весьма странно сформулированной нормы Конвенции, начиная со статьи 21 Всеобщей декларации прав человека 1948 года и довольно насыщенных переговоров, которые имели место в первые годы существования Совета Европы. Затем критически рассматриваются некоторые доводы, что касается значения и со-

держания понятия «демократия». После анализа прецедентной практики Европейского Суда в затрагиваемой статье сфере, как эта практика развивалась с годами, в статье более детально рассматриваются два недавно рассмотренных Европейским Судом дела. По делу «Жданок против Латвии»² [Zdanoka v. Latvia] (постановление Большой Палаты Европейского Суда от 16 марта 2006 г.)³, Европейский Суд в своем постановлении, которое судья Розакис как составитель ведущего особого мнения по данному делу охарактеризовал как «двусмысленное» и «невразумительное», наделил государство свободой усмотрения практически в неограниченных рамках. Аналогичная тенденция прослеживается и в деле «Йумак и Садак против Турции» [Yumak and Sadak v. Turkey] (постановление Европейского Суда от 30 января 2007 г.)⁴.

В настоящей статье утверждается, что в данных постановлениях Европейский Суд, похоже, предает забвению фундаментальный принцип, лежащий в основе права человека на плюралистическую демократию, которая, в частности, проявляется в том, что «пассивное» избирательное право — право баллотироваться на выборах в качестве кандидата —

ПОЗИЦИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В ВОПРОСЕ ОБ ИЗБИРАТЕЛЬНЫХ ПРАВАХ ГРАЖДАН В КОНТЕКСТЕ ЛАТВИЙСКОЙ ПРАКТИКИ: КРИТИЧЕСКИЙ ВЗГЛЯД



ПРОФЕССОР БИЛЛ БАУРИНГ¹

является не правом лишь самого кандидата, а правом избирателей. Пока не существует действительно убедительного основания для ограничений, избиратели должны иметь возможность избирать кандидата по своему собственному выбору. В противном случае как вообще можно говорить о свободных выборах?

Вступление

Основные самопровозглашенные цели Совета Европы — «три столпа» — это «защита прав человека, укрепление плюралистической демократии и обеспечение верховенства права»⁵. Идея демократического общества, как утверждают, превалирует во всем тексте Конвенции⁶ и «признаётся основной чертой европейского публичного порядка»⁷. Выражение «демократическое общество» фигурирует

в статье 6 (право на справедливое судебное разбирательство), статье 8 (право на уважение семейной и личной жизни), статье 9 (свобода мысли, совести и религии), статье 10 (свобода выражения мнения), статье 11 Конвенции (свобода собраний и объединений) и статье 2 Протокола № 4 к Конвенции (свобода передвижения). Выражение «необходимы в демократическом обществе», встречающееся в статьях 8 — 11 Конвенции, является основой принципа пропорциональности предпринимаемых государством мер, который был развит в прецедентной практике Европейского Суда. Этот принцип состоит в том, что акты вмешательства государства в осуществление гражданами своих материальных прав допустимы только в той степени, в какой они «необходимы в демократическом обществе» при стремлении государства достичь конкретных законных целей⁸. Эта мысль по истине красной нитью проходит через Конвенцию и прецедентную практику Европейского Суда.

Без надлежащего внимания к значению и влиянию демократии всё величественное здание Совета Европы может рухнуть. В то же время само понятие «демократия» является весьма дискуссионным.

¹ Барристер, судебный инн «Грей»; профессор юридического факультета колледжа «Биркбек», Университет г. Лондона; Председатель Европейского центра в защиту прав человека; Президент Европейской ассоциации адвокатов за демократию и права человека; член Совета Свободы (Национальный совет в защиту гражданских свобод); секретарь по международным делам Общества адвокатов-социалистов имени Хэлдейна.
² Полный текст постановления Большой Палаты Европейского Суда и приложенных к нему особых мнений судей по делу «Жданок против Латвии» см. в номере 2 журнала за 2006 год (примечание редакции).
³ Жалоба № 58278/00, 16 марта 2006 г.; это было дело, которым я занимался — представлял в Европейском Суде интересы заявительницы на протяжении более шести лет.
⁴ Жалоба № 10226/03, 30 января 2007 г.
⁵ Адрес данной цитаты в Интернете: http://www.coe.int/T/e/Com/about_coe/ (в последний раз автором просмотрено 16 мая 2007 г.) [справочные материалы о целях деятельности и организации Совета Европы см. в номере 1 журнала за 2007 год (примечание редакции)].
⁶ Постановление Европейского Суда от 23 мая 1991 г. по делу «Обершлик против Австрии» [Oberschlick v. Austria], жалоба № 11662/85, серия «А», № 204, Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека [Reports of Judgments and Decisions] 1997-IV, § 58.
⁷ Philip Leach. Taking a Case to the European Court of Human Rights. 2nd ed. 2005, Oxford, Oxford University Press, p. 161.
⁸ Leach, *ibid.*, p. 163.

Статья 3 Протокола № 1 к Конвенции гласит следующее:

**Статья 3.
Право на свободные выборы**

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

История создания Совета Европы и юридические источники прав человека

Ян Браунли и Гай Гудвин-Гилл¹ справедливо указали в своей работе, что Совет Европы является «<...> организацией, созданной в 1949 году как своего рода социальный и идеологический эквивалент военных аспектов европейского сотрудничества, представленных Организацией Североатлантического договора. [Создание Совета Европы] было вдохновлено частично заинтересованностью в укреплении европейского единства и частично — политической жаждой солидарности перед лицом коммунистической идеологии»². Иными словами, западноевропейские государства желали продемонстрировать, что они так же серьезно относятся к «первому поколению» прав человека — гражданским и политическим правам, как СССР и его союзники, несомненно, серьезно относились ко «второму поколению» прав человека — социальным и экономическим правам. В конце концов, «коммунистические» государства гарантировали своим гражданам права на работу, социальное обеспечение, охрану здоровья, образование и т.д. не только в своих конституциях, но и реально на практике.

Совет Европы ведет свое происхождение с мая 1948 г., когда 1000 делегатов собрались на Гаагскую конференцию³. Это мероприятие было названо «Конгресс Европы». По результатам работы Конгресса было принято несколько резолюций. Среди прочего резолюции призывали к созданию экономического и политического союза с тем, чтобы гарантировать безопасность, экономическую независимость и социальный прогресс западноевропейских государств, к учреждению некоей консультативной ассамблеи, избираемой национальными парламентами, к подготовке проекта некоей европейской хартии прав человека, к созданию некоего суда с правом выносить обя-

зательные для исполнения государствами постановления. Последнее предложение было наиболее революционным. В международном праве до тех пор не было прецедента создания международного суда с полномочием вмешиваться во внутренние дела участвующих в его деятельности государств и выносить обязательные для исполнения ими постановления.

Конгресс также вскрыл некоторые серьезные различия в подходах государств к разным вопросам. Разногласия по ним раскололи безоговорочных сторонников европейской федерации (к ним относились тогда, например, Франция и Бельгия) и тех, кто предпочитал межправительственное сотрудничество напрямую, например Соединенное Королевство, Республика Ирландия и Скандинавские страны.

27 и 28 января 1949 г. пять министров иностранных дел государств — участников Брюссельского договора⁴ на встрече в Брюсселе достигли компромиссного соглашения: Совет Европы должен быть образован комитетом министров иностранных дел, заседания которого проходили бы при закрытых дверях, и консультативного органа, заседания которого проходили бы публично. Для того чтобы успокоить Соединенное Королевство и его союзников, была предложена структура, при которой Ассамблея Совета Европы⁵ надлежало быть сугубо консультативным органом при том, что полномочия по принятию решений закреплялись за Комитетом министров Совета Европы⁶. Для того чтобы успокоить сторонников создания европейской федерации, было предложено закрепить независимость членов Ассамблеи от собственных государств с правом полной свободы при голосовании. Соединенное Королевство потребовало, чтобы члены Ассамблеи назначались бы собственными правительствами. Этот важный аспект достигнутого компромисса вскоре был ревизован, и, начиная с 1951 года, своих представителей в Ассамблее Совета Европы стали избирать только национальные парламенты⁷.

Устав Совета Европы⁸, который был открыт для подписания⁹ 5 мая 1949 г.¹⁰, так определяет понятие «демократия» в своей преамбуле:

«<...> вновь утверждая свою приверженность духовным и моральным ценностям, которые являются общим достоянием их народов и подлинным источником принципов свободы личности, политической свободы и верховенства Права, лежащих в основе любой истинной демократии».

¹ Ян Браунли [Jan Brownlie], Гай Гудвин-Гилл [Guy Goodwin-Gill] — современные британские правоведы, специалисты по международному праву (примечание редакции).

² Jan Brownlie, Guy Goodwin-Gill. Basic Documents on Human Rights. 5th ed. 2006, Oxford, Oxford University Press, p. 609.

³ Информацию по данному вопросу см. по адресу в Интернете: http://www.coe.int/T/E/Com/About_Coe/1000delegates.asp (в последний раз автором просмотрено 16 мая 2007 г.).

⁴ Брюссельский договор 1948 года; официальное название — «Договор об экономическом, социальном и культурном сотрудничестве и коллективной самообороне», который был подписан 17 марта 1948 г. Великобританией, Францией, Бельгией, Нидерландами, Люксембургом на 50 лет и вступил в силу по ратификации его всеми государствами — участниками; на его основе создавалась военная группировка западноевропейских стран. Брюссельский договор явился подготовительным этапом создания в 1949 году Организации Североатлантического договора (НАТО) (примечание редакции).

⁵ Парламентская ассамблея Совета Европы (ПАСЕ), старейший в Европе международный парламентский институт, была образована в 1949 году и до 1974 года именовалась Консультативной ассамблеей. См. номер 2 журнала за 2007 год (примечание редакции).

⁶ Далее — Комитет министров (примечание редакции).

⁷ Информацию по данному вопросу см. по адресу в Интернете: http://www.coe.int/T/E/Com/About_Coe/Parliamentary_assembly.asp (в последний раз автором просмотрено 16 мая 2007 г.).

⁸ Текст Устава Совета Европы [на английском языке] см. по адресу в Интернете: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm> (в последний раз автором просмотрено 16 мая 2007 г.) [текст Устава Совета Европы на русском языке см. по адресу в Интернете: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Treaties/Html/001.htm> (примечание редакции)].

⁹ Десять государств подписали Устав Совета Европы в день открытия его для подписания: Бельгия, Дания, Франция, Ирландия, Италия, Люксембург, Нидерланды, Норвегия, Швеция и Соединенное Королевство.

¹⁰ Устав Совета Европы вступил в силу 3 августа 1949 г. после того, как был ратифицирован семью государствами.

Как определение понятия этот текст никуда не годится. Однако как заявление о приверженности некоему идеалу, как бы он ни был сформулирован, текст совершенно ясный.

Статья 21 Всеобщей декларации прав человека

В ходе переговоров по поводу подготовки текста Конвенции в центре внимания была Всеобщая декларация прав человека¹ 1948 года² как главный источник, на использование которого все западноевропейские государства как члены ООН должны были согласиться. К тому, что на Декларацию прав человека полагались при подготовке текста Конвенции, имеет отношение тот факт, что в статье 21 Декларации прав человека был запечатлен принцип «плюралистической демократии». Данная статья предусматривает следующее:

«1. Каждый человек имеет право принимать участие в управлении своей страной непосредственно или через посредство свободно избранных представителей.

2. Каждый человек имеет право равного доступа к государственной службе в своей стране.

3. Воля народа должна быть основой власти правительства; эта воля должна находить себе выражение в периодических и нефальсифицированных выборах, которые должны проводиться при всеобщем и равном избирательном праве путем тайного голосования или же посредством других равнозначных форм, обеспечивающих свободу голосования».

Шарлотта Стайнорт³ напоминает нам, что Декларация прав человека, равно как и другие международно-правовые акты ООН, принятые в период «холодной войны», имели целью стать — и они должны были стать — приемлемыми для разнообразных политических систем. Следует отметить, что право граждан на участие в политическом процессе, как оно изложено в статье 21 Декларации прав человека, закреплено со ссылкой на «волю народа» в качестве основы власти правительства и предусматривает равное и всеобщее избирательное право. Шарлотта Стайнорт указывает, что это часто толковалось западными комментаторами как выражение самой сути либе-

ральной демократии. «В то время как статья закрепляет принцип народного суверенитета, отсутствие в ней конкретных положений, касающихся требования плюрализма, значительно сузило значение права человека с точки зрения либеральной демократии, сделав статью применимой к разнообразным политическим системам»⁴.

Грегори Фокс и Брэд Рот⁵ высказывают аналогичную точку зрения: «Статья 21 Всеобщей декларации прав человека — способом, поразительно непохожим на способы изложения в других статьях данного документа и в Международном пакте о гражданских и политических правах — излагает не просто личное право гражданина участвовать в делах государства, но также и принцип, в соответствии с которым “воля народа должна быть основой власти правительства”»⁶. Асбйорн Эйде⁷ также отметил⁸: указание в статье 21 Декларации прав человека на то, что:

«воля народа должна быть основой власти правительства <...> выходит за рамки концепций, бывших в употреблении большинства адептов идеи общественного договора⁹ в XVIII веке, в соответствии с которой требовалось лишь согласие управляемых на власть государства. Считалось, что только немногие избранные соответствовали тому, чтобы участвовать в осуществлении государственной власти. Статья 21 Всеобщей декларации прав человека предполагает право всех принимать участие — непосредственно или через посредство свободно избранных представителей — в осуществлении государственной власти и равные для всех права равного доступа к государственной службе. Данная статья поэтому объединяет идею свободы с идеей участия в политическом процессе и укрепляет идею свободы посредством идеи участия в политическом процессе».

«Список включений» в статью 21 Декларации прав человека — периодические выборы, равное и всеобщее избирательное право, прямое (или через посредство избранных представителей) и тайное голосование — «присутствовал в конституциях Китая, Франции, СССР и Югославии», замечает Йоханнес Морсинк¹⁰. Проект статьи появился в черновом варианте проекта Международного билля о правах человека, подготовленном Джоном П. Хамффри¹¹. Третьей сессии Комиссии ООН по правам человека, состоявшейся в мае — июне 1948 г., была по-

¹ Текст Всеобщей декларации прав человека [на английском языке] см. по адресу в Интернете: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/eng.htm> (в последний раз автором просмотрено 16 мая 2007 г.) [адрес текста Всеобщей декларации прав человека на русском языке см. по адресу в Интернете: <http://www.un.org/russian/document/declarat/declhr.htm> (примечание редакции)].

² Далее — Декларация прав человека (примечание редакции).

³ Шарлотта Стайнорт [Charlotte Steinorth] — современный британский ученый, специалист по международному праву, государственному управлению и правам человека, преподает на юридическом факультете Лондонской школы экономики и политических наук (примечание редакции).

⁴ Charlotte Steinorth. «Democratisation and International Law in the 21st Century: Whither the democratic entitlement?». Адрес данной статьи в Интернете: www.bisa.ac.uk/2006/papers/steinorth.pdf (в последний раз автором просмотрено 16 мая 2007 г.).

⁵ Грегори Фокс [Gregory Fox], Брэд Рот [Brad Roth] — современные американские ученые, специалисты по международному праву, преподают — соответственно — на юридическом факультете и факультете политических наук Уэйнского государственного университета (г. Детройт, штат Мичиган, США) (примечание редакции).

⁶ Gregory Fox, Brad Roth. «Democracy and international law». 27 Review of International Studies 327—352 (2001), p. 335.

⁷ Асбйорн Эйде [Asbjørn Eide] — современный норвежский ученый, специалист в области прав человека, старший научный сотрудник Норвежского центра по правам человека при Университете Осло (примечание редакции).

⁸ Asbjørn Eide. «Making Human Rights Universal: Achievements and Prospects». Адрес данной работы в Интернете: www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5710/h06/asbjorneide.doc (в последний раз автором просмотрено 16 мая 2007 г.).

⁹ Общественный договор — философская и юридическая доктрина, объясняющая возникновение государственной власти соглашением между людьми, вынужденными перейти от необеспеченного защитой естественного состояния к состоянию гражданскому. Понятие «общественный договор» [social contract] впервые появилось в трудах философов Томаса Гоббса (XVII век) и Жан-Жака Руссо (XVIII век). Именно после книги Руссо «Об общественном договоре» (1762 год) это понятие стало популярным в европейской политике и социальной науке (примечание редакции).

¹⁰ Johannes Morsink. The Universal Declaration on Human Rights. Origins, Drafting and Intent. 1999, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, p. 59 (Йоханнес Морсинк [Johannes Morsink] — американский ученый, профессор политической философии на кафедре политических наук Университета Дрю, г. Мэдисон, штат Нью-Джерси, США — примечание редакции).

¹¹ Джон П. Хамффри [John P. Humphrey] (1905—1995) — канадский ученый, международный политический деятель, в 1946 году был назначен директором отдела ООН по правам человека; разработал первый черновой проект Всеобщей декларации прав человека, который лег в основу дальнейшей работы над проектом (примечание редакции).

ручена работа над подготовкой проекта Декларации прав человека на пятой стадии. Серия предложений, исходивших от Соединенного Королевства и Индии, свела почти все имевшиеся проекты к самому минимуму¹. В результате «демократические детали» были удалены, и оставлено было три коротких пункта: «Каждый человек имеет право принимать участие в управлении своей страной непосредственно или через посредство свободно избранных представителей»; «Каждый человек имеет право равного доступа к государственной службе в своей стране»; «Каждый человек имеет право на правительство, которое отвечает воле народа». При этом чуть было не утратили выражение «воля народа», но оно было спасено Рене Кассином². Делегация Соединенного Королевства настаивала на исключении положения о тайном голосовании, поскольку такое голосование нельзя было допустить в колониях³. Поэтому следует подчеркнуть, что, как указывает Сьюзен Уолц⁴, «<...> по вопросу о тексте, который впоследствии стал статьей 21 Всеобщей декларации прав человека, в дебате в третьем комитете включилось что-то около двадцати восьми лиц с правом голоса, что позволило вернуть в текст многие детали; к этим лицам относились делегаты из Бельгии, Уругвая, Соединенных Штатов, Греции, Бразилии, Венесуэлы, Ирака, Китая, Гаити, Кубы, Швеции, бывшего Советского Союза, Ливана, Филиппин и Саудовской Аравии»⁵.

Кроме того, упоминание «демократического общества» в статье 29 Декларации прав человека подкрепляет демократические права, закрепленные в статье 21 Декларации⁶:

«1. Каждый человек имеет обязанности перед обществом, в котором только и возможно свободное и полное развитие его личности.

2. При осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе.

3. Осуществление этих прав и свобод ни в коем случае не должно противоречить целям и принципам Организации Объединенных Наций».

Фактор (зарождающейся) «холодной войны» и вовлечение в нее столь многих государств являются причиной того, что слово «демократия» не фигурирует в статье 21 Декларации прав человека. Как утверждали Фокс и Рот⁷, «пока еще не появилось никакого определения, по которому было бы достигнуто согласие, хотя большинство международных субъектов, похоже, как минимум, ссылались на знакомую им парную комбинацию слов применительно к выборам — “свободные и справедливые”, и на политические права, которыми наделяются для противостояния большинству. Особо подчеркивалось значение выборов как процессуального воплощения “народного суверенитета”⁸, хотя Комиссия ООН по правам человека включала право на выборы в качестве только одного из прав в длинном списке “прав на демократическое правление”⁹».

Действительно, статья 21 Декларации прав человека указывает, что «воля народа должна быть основой власти правительства» и что «эта воля должна находить себе выражение в периодических и нефальсифицированных выборах»¹⁰. Подразумеваемым образом в таком случае статья 21 Декларации прав человека увязывает легитимность государственной власти с уважением к воле народа. Но всё же таковая увязка не присутствует в позднейшем принятом и юридически обязательном Международном пакте о гражданских и политических правах¹¹. Статья 25 этого Пакта говорит о праве гражданина на участие в ведении государственных дел — включая право на участие в нефальсифицированных и периодических выборах — но она не претендует на то, чтобы обусловить осуществление государственной власти уважением к воле народа. Формулировки статьи 25 были намеренно составлены достаточно широко с тем, чтобы приспособить Пакт к широкому кругу имевшихся тогда государственных систем среди первоначальных сторон Пакта¹². В результате даже государства, входившие в советский блок, не стеснялись ратифицировать Пакт. С их точки зрения коммунистические правительства удовлетворяли требованиям статьи 25 Пакта, предоставляя избирателям доступ к различным механизмам участия в делах государства, равно как и возможность ратифицировать их руководство странами в периодических, хотя и проводимых на одно-

¹ Morsink, *ibid.*, p. 11.

² Рене Кассин [Rene Cassin] (1887—1976) — известный французский юрист и университетский преподаватель, лауреат Нобелевской премии мира 1968 года за вклад в дело защиты прав человека, в том числе и за разработку Всеобщей декларации прав человека (*примечание редакции*).

³ Morsink, *ibid.*, p. 59.

⁴ Сьюзен Уолц [Susan Waltz] — современный американский ученый, специалист по вопросам прав человека и международных отношений, профессор факультета публичной политики Университета штата Мичиган, США (*примечание редакции*).

⁵ Susan Waltz. «Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights». 23 Human Rights Quarterly 44—72 (2001), p. 55.

⁶ Mary Ann Glendon. «The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights». 2 Northwestern University Journal of International Human Rights 5 (2004). Адрес данной статьи в Интернете: <http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v2/5> (в последний раз автором просмотрено 16 мая 2007 г.).

⁷ Gregory Fox, Brad Roth. *Op. cit.*, p. 331.

⁸ Kurt Herndl. «The Case-Law of the Commission as Regards the Right to Free Elections (Article 3 of Protocol 1)», в сборнике The Birth of European Human Rights Law. Michele de Salvia and Marti E. Villiger (eds.) Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998 («право гражданина на участие в выборах является квинтэссенцией любого демократического общества и любого демократического государства»).

⁹ Этот не подлежащий изъятиям список включает (а) право на свободу мнения и выражения мнения, право на свободу мысли, совести и религии, право на свободу мирных собраний и на свободу объединения; (б) право на свободу искать, получать и распространять информацию и идеи через любые средства информации; (с) принцип верховенства права; (д) право на всеобщее и равное избирательное право, равно как и право на свободный порядок голосования и на периодические и свободные выборы; (е) право на участие в политическом процессе; (ф) транспарентные и подотчетные государственные учреждения; (г) право граждан избирать для себя государственное устройство с помощью конституционных или иных демократических средств; (h) право равного доступа к государственной службе. Promotion of the Right to Democracy, Comm. HR Res. 1999/57 (27 April 1999) (approved by a vote of 51—0—2).

¹⁰ Andrew K. Coleman, Jackson N. Maogoto. «Democracy's Global Quest: A Noble Crusade Wrapped in Dirty Reality?». September 3, 2003. ExpressO Preprint Series. Working Paper 42. Адрес данной статьи в Интернете: <http://law.bepress.com/expresso/eps/42> (в последний раз автором просмотрено 16 мая 2007 г.).

¹¹ Далее — Пакт (*примечание редакции*).

¹² См. Henry J. Steiner. «Political Participation as a Human Right». 1 Harvard Human Rights Year Book 77 (1988), p. 87—88, 90, 93.

партийной основе выборах¹. Таким образом, ценой консенсуса были формулировки достаточно широкие, чтобы затушевать резкие различия среди государств в характере их приверженности демократической форме правления. Разница между двумя словесными выражениями идеи демократии во Всеобщей декларации прав человека и в Международном пакте о гражданских и политических правах по этой причине являются любопытными. Брэд Рот поясняет, что:

«Статья 21 Всеобщей декларации прав человека может быть истолкована силлогистически как означающая, что основой государственной власти является такая воля народа, которая была выражена на выборах, тогда как нелиберальные режимы предпочли бы, чтобы эта статья означала, что воля народа (в абстрактном смысле) является основой государственной власти, а потому и выражается государственной властью, а также выражается и в выборах. Версия демократии в Международном пакте о гражданских и политических правах упрощает вопрос тем, что оставляет без определения отношение — если таковое вообще существует — не только между государственной властью и выборами, но также и между государственной властью и участием граждан в делах государства»².

Наиболее значительным, однако, является то обстоятельство, что содержание статьи 21 Декларации прав человека намного шире, чем содержание статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции. Нет сомнения в том, что это — благодаря тому факту, что «малые государства» и другие государства, упоминаемые Сьюзен Уолц, сумели помешать Соединенному Королевству закрепить желаемую им «минималистскую» версию статьи 21 Декларации прав человека.

Процесс разработки проекта Конвенции в Совете Европы

Работой по подготовке Конвенции занимался Комитет министров (заседая за закрытыми дверями) и Консультативная ассамблея (заседая публично) в период с 11 мая 1949 г. по 20 марта 1952 г. Сама Конвенция была открыта для подписания в г. Риме 4 ноября 1950 г., а Протокол № 1 к Конвенции был открыт для подписания в г. Париже 20 марта 1952 г. Протоколы работы над про-

ектом Конвенции — в той части, которая не является закрытой — были опубликованы в восьми томах «Travaux préparatoires»³.

Причина, по которой так скоро вслед за принятием Конвенции был принят дополнительный Протокол к ней, является чрезвычайно важной для аргументации, изложенной в настоящей статье. Еще раз тогда Соединенное Королевство сыграло зловредную роль. По крайней мере, начинало-то Соединенное Королевство хорошо — так, на одном из первых слушаний сэр Дэвид Максвелл-Файф⁴, один из представителей Соединенного Королевства в Консультативной ассамблее Совета Европы⁵, ссылаясь на «<...> фундаментальные принципы демократии, которые договаривающиеся государства должны соблюдать. Демократия охватывает <...> право организовывать политическую оппозицию, что также подразумевает право выдвигать кандидатов оппозиции на выборах»⁶. Учитывая недавние дела, рассмотренные Европейским Судом, которые освещаются в настоящей статье, эти слова нынче воспринимаются с иронией. Докладчик, г-н П.-А. Тетжен⁷ из Франции, добавил, что данному праву должна корреспондировать обязанность правительств «<...> не предпринимать никаких действий по вмешательству в осуществление гражданами права организовывать политическую оппозицию»⁸.

Все документы ООН по правам человека воплощают в себе приверженность демократической форме правления и отражают — согласно Брайану Симпсону⁹ — четыре идеи. Первая идея заключается в том, что государственная власть должна быть основана на воле народа. Вторая идея — в том, что все отвечающие надлежащим требованиям граждане должны иметь возможность принимать участие в управлении своей страной. Третья идея — в том, что воля народа определяется посредством периодически проводимых выборов. Четвертая идея — в том, что выборы должны быть свободными и должны проводиться при всеобщем избирательном праве и путем тайного голосования¹⁰. Соединенное Королевство было приковано Декларации прав человека.

Соединенное Королевство, однако, не благоволило идее воплотить эти принципы в Конвенции. Как указывал Дж. Марстон¹¹, после провала попыток подыскать подходящего практикующего барристера, чтобы стать — в качестве «квалифицированной персоны» — членом комитета,

¹ Steiner, *ibid.*, p. 91 (автор статьи при этом замечает, что поправка к Международному пакту о гражданских и политических правах, требующая установления плюралистической системы политических партий, была отозвана в качестве уступки Советскому Союзу).

² Цитируется в статье: Steiner, *ibid.*, p. 93.

³ Council of Europe. Collected edition of the «Travaux préparatoires» of the European Convention on Human Rights in eight volumes (1975—1985). Dordrecht, Martinus Nijhoff [travaux préparatoires (франц.) — материалы подготовительной работы по разработке текста документа (*примечание редакции*)].

⁴ Дэвид Максвелл-Файф [David Maxwell-Fyfe] (1900—1967) — известный британский политический деятель, юрист, граф Килмурский, граф Файф Дорнохский. В 1942 году был назначен Генеральным атторнеем, в качестве главного обвинителя от Соединенного Королевства участвовал в работе Международного военного трибунала в Нюрнберге. В 1951—1954 гг. — Министр внутренних дел, в 1954—1962 гг. — Лорд-канцлер Соединенного Королевства (*примечание редакции*).

⁵ Как граф Килмурский он позже стал Лорд-канцлером в правительстве консерваторов; он занял пост Председателя Комитета по юридическим и административным вопросам Консультативной ассамблеи Совета Европы.

⁶ Council of Europe. Collected edition of the «Travaux préparatoires» of the European Convention on Human Rights. *Op. cit.*, volume 1 Preparatory Commission of the Council of Europe, Committee of Ministers, Consultative Assembly (11 May — 8 September 1949), p. 118.

⁷ Пьер-Анри Тетжен [Pierre-Henri Teitgen] (1908—1997) — известный французский государственный и политический деятель, юрист, профессор права; активный участник французского Сопротивления в годы Второй мировой войны; в послевоенных правительствах занимал ряд министерских постов, включая посты Министра юстиции и Министра обороны, а также пост заместителя Премьер-министра; один из ведущих разработчиков проекта Конвенции; в 1976 — 1980 гг. занимал пост судьи Европейского Суда по правам человека (*примечание редакции*).

⁸ Travaux préparatoires. Vol. 1, p. 168.

⁹ Брайан Симпсон [A. W. Brian Simpson] — современный американский ученый, специалист по истории права и правам человека, профессор юридического факультета Университета штата Мичиган, США (*примечание редакции*).

¹⁰ A. W. Brian Simpson. *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*. Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 757

¹¹ Джеффри Марстон [Geoffrey Marston] — современный британский юрист-ученый, специалист по международному праву, профессор права Кембриджского университета, Соединенное Королевство (*примечание редакции*).

ответственного за подготовку проекта Конвенции, сэра Оскара Даусона, до недавнего времени занимавший должность старшего советника по юридическим вопросам Министерства внутренних дел Соединенного Королевства и около двух лет после этого находившийся в отставке, был назначен представлять Соединенное Королевство в процессе разработки проекта Конвенции¹. Эволюционирование позиции Соединенного Королевства прослеживается в заявлении Даусона на заседании Комитета экспертов 2 февраля 1950 г.: «Правительство Соединенного Королевства желает исключить ту часть этой статьи, которая содержит обязательства государства в отношении механизма выборов и права граждан на организацию политической оппозиции». Он далее продолжил:

«Можно пояснить, что предложения в этой статье, относящиеся к тем вопросам, имеют конституционный и политический характер. По мнению Правительства Соединенного Королевства, эти предложения не являются уместными для включения их в текст предлагаемой Конвенции. Многочисленные практические трудности, которые возникнут в случае включения такой статьи в Конвенцию. Следующие из них могут быть упомянуты:

а) Невозможность достижения согласия по вопросу о том, чем же именно являются фундаментальные принципы демократии <...>².

Несмотря на это, проект Доклада Комитета экспертов от 16 марта 1950 г. содержал приложение со следующей фразой: «не предпринимать никаких произвольных действий по вмешательству в осуществление гражданами права на критику и права организовывать политическую оппозицию»³. Данное положение было просто вопросом, вызвавшим большие расхождения в подходах. 4 августа 1950 г. на пятом заседании Комитета министров Совета Европы (далее — Комитет министров), делегат от Ирландии предложил внести поправку, которая гласила следующее: «В текст Конвенции необходимо включить положение, предусматривающее, что не будет предприниматься никаких произвольных действий по вмешательству в осуществление права демократической политической оппозиции на критику правительства и права граждан организовывать политическую оппозицию по демократическим принципам»⁴. Соединенное Королевство не разделяло данную точку зрения.

16 августа 1950 г. на второй сессии Консультативной ассамблеи, по окончании работы Комитета министров над проектом Конвенции, г-н Тетжен высказал свое негодование по поводу проекта Конвенции, предложенного Комитетом министров в такой же во многом форме, в какой Конвенция была открыта для подписания в ноябре 1950 г.

«Конвенция, с которой мы сейчас имеем дело, похоже, менее либеральна, чем даже весьма ограничительный по своему содержанию Устав Совета Европы <...> Были увязаны очень тесно вместе <...> фундаментальные личные свободы и основные принципы политической демократии <...> [он имел в виду преамбулу, в том виде, как она была изложена выше]. Итак, по мнению наших правительств, эти три фундаментальные идеи — личная свобода, демократия и принцип верховенства права — являются тремя аспектами единой реальности. Сегодня же нас просят гарантировать личные свободы без того, чтобы гарантировать демократию и фундаментальные принципы ее институтов! А на чем же зиждется данный аргумент? На возможном разделении двух понятий — совершенная чепуха!»⁵.

Он указал на то обстоятельство, что именно такое разделение уже введено на практике — по другую сторону «железного занавеса». Дебаты по этому вопросу в Консультативной ассамблее были соответственно бурными⁶.

Симпсон указывает, что отказ министров иностранных дел включить в текст Конвенции три указанных права вызвало большое раздражение; известно также, что оппозицию по включению в текст этих прав возглавило Соединенное Королевство⁷. Это было результатом решения Кабинета министров, принятого 24 октября 1950 г. Вослед за этим решением Министерство иностранных дел Соединенного Королевства подготовило инструкцию для Эрнеста Дэвиса, парламентского заместителя министра, который должен был участвовать в заседании Комитета министров в Риме. В инструкции указывалось, что Консультативная ассамблея предложила включить в текст Конвенции три новых права (статью 10, закрепляющую право собственности, статью 11, закрепляющую право на образование, и статью 17, гарантирующую существование демократических институтов), но Дэвис должен придерживаться той позиции, что Комитет министров вполне удовлетворен предыдущим проектом и что у министров не было оснований для изменения своих точек зрения⁸.

15 ноября 1950 г. Лорд-канцлер Соединенного Королевства Джовитт выступил с заявлением в Палате лордов, в котором он дал ясно понять, что Соединенное Королевство входило в число стран, выступающих против положения Конвенции о демократии⁹.

Шестая сессия Комитета министров, проходившая 3—4 ноября 1950 г., представила свой доклад 15 ноября 1950 г.¹⁰ Комитет министров не смог прийти к единогласному мнению относительно ряда предлагавшихся поправок. В докладе впервые было опубликовано письмо Председателя Комитета по юридическим и административным вопросам, адресованное Комитету министров и направ-

¹ Geoffrey Marston. «The United Kingdom's Part in the Preparation of the European Convention on Human Rights, 1950». 41 International and Comparative Law Quarterly 4 (1993), p. 796—826, p. 807. Как замечает Дж. Марстон, Ч. М. Ле Кесн из управления по вопросам деятельности ООН Министерства иностранных дел Соединенного Королевства запротоколировал 21 декабря 1949 г. следующее: «Я сомневаюсь, что барристер, как ожидают, забросит свою практику для того, чтобы выполнять неоплачиваемую работу нашего представителя в этом Комитете. С другой стороны, даже если и будет принято решение предложить такому человеку зарплату, я сомневаюсь, что мы сможем предложить достаточно высокую зарплату, компенсирующую известному человеку доходы от своей работы, от которой он будет вынужден отказаться» (*ibid.*). Даусона ранее отклонили как возможного кандидата на пост представителя Соединенного Королевства в Комиссии по правам человека в Нью-Йорке (FO 371172814 [UNE 30361161961]).

² Travaux préparatoires. Vol. 3. Committee of Experts (2 February — 10 March 1950), p. 182.

³ Travaux préparatoires. Vol. 4. Committee of Experts — Committee of Ministers conference of Senior Officials (30 March — 17 June 1950), p. 54.

⁴ Travaux préparatoires. Vol. 5. Legal Committee, Ad Hoc Joint Committee, Committee of Ministers, Consultative Assembly (23 June — 28 August 1950), p. 60.

⁵ Travaux préparatoires. Vol. 5, p. 288.

⁶ Travaux préparatoires. Vol. 6. Consultative Assembly.

⁷ Simpson, *op. cit.*, p. 769.

⁸ Marston, *op. cit.*, p. 821.

⁹ Simpson, *op. cit.*, p. 770.

¹⁰ Travaux préparatoires. Vol. 7. Standing Committee of the Consultative Assembly, Consultative Assembly, Committee of Experts, Committee of Ministers, Legal Committee (3 November 1950 — 15 May 1951).

ленное ему 24 июня 1950 г.; в письме делалась ссылка на статью 21 Декларации прав человека¹. Когда это обсуждалось на 19-м заседании 16 августа 1950 г., г-н Нортон² задался вопросом, может ли какая-либо конвенция, которая не гарантирует право на свободные выборы или не запрещает тоталитаристское посягательство на законную критику со стороны демократической оппозиции, вообще называться конвенцией о защите прав человека³. Г-н Тетжен добавил, что он был поражен, увидев, что министры иностранных дел удалили из текста Конвенции упоминание принципа гарантирования политических прав.

На заседании Консультативной ассамблеи 8 декабря 1951 г. г-н Тетжен вкратце описал печальную историю случившегося⁴. 25 августа 1950 г. Консультативная ассамблея решила дополнить текст, представленный Комитетом министров, упоминанием трех фундаментальных прав, ныне предусмотренных в Протоколе № 1 к Конвенции. 4 ноября 1950 г. министры иностранных дел подписали в Риме Конвенцию, в текст которой положения об этих правах включены не были. Восприняв строгую критику со стороны Консультативной ассамблеи, министры иностранных дел дали понять, что они изучат возможность принятия дополнительного протокола к Конвенции. Комитет министров принял такой протокол 3 августа 1951 г.

Таким образом, закрепление гарантий демократии было оставлено для Протокола № 1 к Конвенции, наряду с закреплением права собственности и права на образование.

Оспариваемое понятие «демократия»

Что же подразумевает слово «демократия»? Шарлотта Стайнорт напомнила нам, что право на участие в политическом процессе, закрепленное в Протоколе № 1 к Конвенции, наряду с гражданскими и политическими правами, гарантируемыми самой Конвенцией, последовательно толковались органами, учрежденными на основании Конвенции, в свете либеральных демократических стандартов государственного управления⁵. «Демократия» согласно Европейскому Суду⁶ «поэтому представляет собой единственную политическую модель организации общества, предполагаемую Конвенцией, и соответственно это — единственная модель, которая не противоречит Конвенции». Стайнорт добавляет, что в дополнение к требованию многопартийной демократии, выраженному в Конвенции, государственная практика внутри стран — членов Совета Европы и системы Европейского сообщества поддерживает региональные нормы демократического управления обществом.

Что же касается взаимосвязи между демократией и Конвенцией, то Европейский Суд в своем постановлении от 30 января 1998 г. по делу «Объединенная комму-

нистическая партия Турции и другие заявители против Турции» [*United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*]⁷ изложил следующие соображения:

«Без сомнения демократия является фундаментальной чертой европейского публичного порядка. <...> Это бесспорно вытекает, во-первых, из Преамбулы к Конвенции, которая устанавливает вполне четкую связь между Конвенцией и демократией, утверждая, что поддержка и дальнейшая реализация прав человека и фундаментальных свобод лучше обеспечены, с одной стороны, подлинно демократическим политическим режимом и, с другой стороны, всеобщим пониманием и соблюдением прав человека <...> Далее в Преамбуле утверждается, что европейские страны имеют общее наследие политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права. Европейский Суд отметил, что в это общее наследие входят лежащие в основе Конвенции ценности; <...> он отметил несколько раз, что Конвенция была задумана для сохранения и распространения идеалов и ценностей демократического общества <...>».

Однако само слово «демократия» чрезвычайно эластично и его значение оспаривается. Все согласны с тем, что «демократия» — хорошая вещь, но существует мало согласия по поводу того, что же это такое в точности. При зарождении Совета Европы демократия, как отмечалось выше, определялась посредством противопоставлений: она была всем, что не относилось к «тоталитарным» системам «коммунистических» государств. Данный абзац пестрит заковыченными терминами; это объясняется попросту тем, что ни один из этих терминов не отражает четко то, что на первый взгляд ясно обозначено тем или иным термином. Значение такого взаимодействия понятий будет прямо изложено ниже в настоящей статье. И действительно, Гуннар Бек⁸ отметил, что Страсбургский Суд — как и другие суды — «<...> по многим делам, где требуется найти судебный компромисс между конфликтующими между собой правами, принимает постановления, устанавливающие значение, правомержные границы и требования безопасности демократического государства». Он упоминает постановление Европейского Суда по делу «Ластиг-Прин и Беккет против Соединенного Королевства» [*Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*]⁹, в котором Суд установил (в пункте 80 постановления по указанному делу), что в число «признаков» демократического общества входят «плюрализм, политическая толерантность и широта взглядов». Бек дает свой комментарий к этому выводу Суда:

«Ни об одном из этих признаков нельзя сказать, что он является бесспорным признаком основного значения понятия демократии; в действительности ни один из них не представляет собой демократическую ценность с классической точки зрения демократии. Суд в данном случае, по сути, исходит из исторически весьма случай-

¹ Travaux préparatoires. Vol. 7, p. 158.

² Уильям Нортон [*William Norton*] (1900—1963) — ирландский политический деятель, лидер Лейбористской партии Ирландии с 1932 по 1960 год; в период с 1950 по 1951 год был членом делегации Ирландии в Страсбурге и членом организационного комитета Консультативной ассамблеи (*примечание редакции*).

³ Travaux préparatoires. Vol. 7, p. 158.

⁴ Travaux préparatoires. Vol. 8. Consultative Assembly, Committee of Experts, Committee of Ministers, Legal Committee, Advisers to the Ministers (1 October 1951 — 20 March 1952).

⁵ *Charlotte Steinorth*. «Democratisation and International Law in the 21st Century: Whither the democratic entitlement?». BISA Annual Conference. December 2006. University of Cork. Адрес данной работы в Интернете: <http://www.bisa.ac.uk/2006/pps/steinorth.pdf> (в последний раз автором просмотрено 16 мая 2007 г.).

⁶ Из постановления Европейского Суда от 30 января 1998 г. по делу «Объединенная коммунистическая партия Турции и другие заявители против Турции» [*United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*], жалоба № 19392/92, § 45, Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека [*Reports of Judgments and Decisions*] 1998-I.

⁷ Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека [*Reports of Judgments and Decisions*] 1998-I, стр. 21—22, § 45, цитируется в постановлении Европейского Суда по делу «Иазар и другие заявители против Турции» [*Yazar and Others v. Turkey*], жалобы № 22723/93, 22724/93 и 22725/93, § 47, Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека ECHR 2002-II).

⁸ Гуннар Бек [*Gunnar Beck*] — современный британский юрист-ученый, специалист по теории и методологии права, Европейскому праву и политической философии, профессор факультета азиатских и африканских исследований Университета г. Лондона, Соединенное Королевство (*примечание редакции*).

⁹ Жалобы № 31417/96 и 32377/96, постановление Европейского Суда от 27 сентября 1999 г.

ной концепции либеральной демократии, при которой требованиям правления большинства наносится ущерб изрядным социальным либерализмом, возможно даже вседозволенностью»¹.

В одном из недавних определений понятия «демократия» утверждается, что «<...> статус демократии как правления народа и для народа скорее является отличительной основной чертой верования демократа»². Однако, вопрос, который неустанно преследовал это самое верование, был в наиболее нелицеприятной форме поставлен Карлом Шмиттом³ до того, как он стал официальным идеологом нацизма. Анализируя «кризис современного парламентаризма», он утверждал, что таковой кризис был «<...> в своей глубинной сути неизбежным проявлением противоречий либерального индивидуализма и демократической гомогенности»⁴. Вот позиция, занимаемая многими критиками Руссо⁵ и Милля⁶: как — если следовать их установкам — демократия может утвердиться, кроме как в гомогенном этническом обществе?

Указывая, как это делают многие современники, на то обстоятельство, что вопросы государственного управления не являются предметом открытых дебатов, и то, о чем между собой «<...> договариваются в маленьких комитетах представители интересов большого капитала, для судеб миллионов людей, возможно более важно, чем любое решение, принимаемое в обычном политическом процессе», Шмитт заявил, что «реальный формат парламентской деятельности, гласности и публичных обсуждений превратился в пустую и ничтожную формальность»⁷.

В своей недавней и чрезвычайно сложной работе Мартин Лафлин⁸ сделал попытку примирить разные понимания демократии; он утверждает, что «<...> демократия не может быть понята через призму некоей непосредственной концепции воли народа. Устремления народной массы неизбежно вступают в противоречие друг с другом, и именно по этой причине возникла практика политической деятельности. Агрегация интересов и мнений, подразумеваемая концепцией демократической воли, может быть признана только когда она воплощена в какую-либо представительную форму»⁹. Несмотря на то, что Лафлин сопрягается — лестным образом — со шмиттовской концепцией «политического»¹⁰ как «опирающейся на свои собственные отличительные

особенности», то есть, как друг и враг¹¹, его формулировки попросту не принимают во внимание критику Шмитта. К тому же в своей недавно опубликованной важной работе¹² Жак Рансьер¹³ клеймит представительную форму как «<...> прямую противоположность демократии» с самого ее возникновения — со времен Французской и Американской революций¹⁴. Действительно, «строго говоря, не существует такой вещи, как демократическое государственное управление. Государственное управление всегда осуществляется меньшинством в отношении большинства <...>»¹⁵.

Недавно рассмотренные Европейским Судом дела, которые рассматриваются в настоящей статье, иллюстрируют попытку Суда разрешить проблему прорыва на политическую сцену представителей электората, которые угрожают этому правлению меньшинства.

Толкование и расширение смысла положений статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции Европейским Судом

До сих пор в настоящей статье было показано, во-первых, что содержание статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции является лишь бледной тенью того, что замышлялось в самом начале, и что еле-еле пережило попытки представителей Соединенного Королевства избавиться от данной нормы вообще; и, во-вторых, что содержание этой нормы, как оно в реальности выглядит, отнюдь не является вполне ясным.

До настоящего времени Европейским Судом было вынесено порядка 46 постановлений, касающихся статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции. Я представлял интересы заявителей по двум делам, постановления по которым были вынесены Европейским Судом недавно: по делу «Подколзина против Латвии»¹⁶ [*Podkolzina v. Latvia*] и — на протяжении шести лет — по делу «Жданок против Латвии»¹⁷.

Европейский Суд впервые столкнулся с необходимостью официального толкования положений статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции в 1987 году при вынесении своего постановления по делу «Матье-Мозн и Клерфейт против Бельгии»¹ [*Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*] — делу, производство по которому началось в 1981 году. Заявителями по делу выступали двое франкоговорящих граждан Бельгии; они жаловались на то, что как избиратели, проживающие в городах

¹ Gunnar Beck. The Normative and Conceptual Contestability of Human Rights. 2007. Неопубликованная рукопись работы, написанной совместно с автором настоящей статьи.

² Geoffrey Brennan, Loren Lomasky. «Toward a Democratic Morality», глава 9 в сборнике David Estlund (ed.). Democracy. 2002. Blackwell Readings in Philosophy. Oxford, Blackwell, p. 237—266, p. 237.

³ Карл Шмитт [Carl Schmitt] (1888—1985) — известный немецкий юрист-ученый, социолог, политолог; один из самых противоречивых социально-политических мыслителей 20 века; решительный критик политики и философии либерализма, теоретик тоталитарного государства, в 1933—1936 гг. тесно сотрудничал с нацистами, затем постепенно оказался в неявной оппозиции к режиму (примечание редакции).

⁴ Carl Schmitt. The Crisis of Parliamentary Democracy. Trans. Ellen Kennedy 1988, Cambridge (Mass.), The MIT Press, p. 17 — предисловие ко второму изданию книги 1926 года.

⁵ Jean-Jacques Rousseau. The Social Contract [1762]. Trans. Maurice Cranston. 1968, Harmondsworth, Penguin (Жан Жак Руссо [Jean-Jacques Rousseau] (1712—1778) — известный французский писатель, философ-просветитель и композитор; разработал теорию формы правления в виде «прямой демократии» — примечание редакции).

⁶ Джон Стюарт Милль [John Stuart Mill] (1806—1873) — известный английский философ-позитивист, экономист и общественный деятель (примечание редакции).

⁷ Schmitt, *op. cit.*, p. 50.

⁸ Мартин Лафлин [Martin Loughlin] — современный британский юрист-ученый, специалист в различных отраслях публичного права, профессор Лондонской школы экономики и политических наук (примечание редакции).

⁹ Martin Loughlin. The Idea of Public Law. 2003. Oxford, Oxford University Press, p. 112.

¹⁰ Carl Schmitt. The Concept of the Political [1932]. Trans G. Schwab. 1996, Chicago, University of Chicago Press.

¹¹ Loughlin, *op. cit.*, p. 155—156.

¹² Jacques Rancière. Hatred of Democracy. Trans Steve Corcoran. 2006. London, Verso.

¹³ Жак Рансьер [Jacques Rancière] — известный современный французский философ левого толка, почетный профессор эстетики и политики на философском факультете Университета Париж-VIII и приглашенный профессор ряда американских университетов (примечание редакции).

¹⁴ Rancière, *ibid.*, p. 53.

¹⁵ Rancière, *ibid.*, p. 52.

¹⁶ Жалоба № 46726/99, постановление Европейского Суда от 9 апреля 2002 г.

¹⁷ Жалоба № 58278/00, постановление Палаты Европейского Суда (Первая Секция) от 17 июня 2004 г.; постановление Большой Палаты Европейского Суда от 16 марта 2006 г.

на территории фламандскоговорящего административного района, они не могли избирать франкоговорящих представителей в законодательное собрание региона, в который входит их район, и как избранные представители они не могли бы участвовать в работе этого законодательного собрания, тогда как фламандскоговорящие избиратели и избранные представители в тех же городах могли. Жалоба заявителей в пунктах, касающихся статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции и статьи 14 Конвенции, была отклонена. Европейский Суд установил (в пункте 57 постановления по указанному делу), что:

«система не представляется неразумной, если надлежит принимать во внимание намерения, которые она отражает, и рамки свободы усмотрения государства-ответчика внутри парламентской системы Бельгии — рамки, которые весьма широки, поскольку речь идет о незавершенной и переходной системе. Одним из последствий такого положения дел для языковых меньшинств является то, что они должны голосовать за тех кандидатов, которые готовы и желают использовать язык их региона. Сходное требование существует при организации выборов в большом числе других государств. Как показывает опыт, при такой ситуации не обязательно существует угроза интересам этих языковых меньшинств».

Пятеро из восемнадцати судей на пленарном заседании Европейского Суда заявили свои особые мнения.

Европейский Суд подтвердил право на обращение в Суд с индивидуальной или групповой жалобой и воспользовался возможностью разъяснить значение положений статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции. Большинство судей признало (в пункте 47 постановления по указанному делу), что:

«поскольку в статье 3 Протокола № 1 к Конвенции закрепляется принцип, характеризующий такую систему, то в структуре Конвенции данная статья соответственно приобретает основополагающее значение».

Европейский Суд также отметил (в пункте 49 постановления по указанному делу):

«Кроме того, *travaux préparatoires* часто ссылаются на выражения “политическая свобода”, “политические права”, “политические права и свободы личности”, “право на свободные выборы” и “право быть избранным”».

А также, что «обсуждалась идея — только, чтобы от нее в конце концов отказаться — изъятия предмета спора из юрисдикции Европейского Суда».

Европейский Суд далее (в пункте 51 постановления по указанному делу) вовлекся в важное истолкование и расширение формулировок статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции с тем, чтобы включить в статью:

«понятие субъективных прав участия в политическом процессе: “права голоса” и “права баллотироваться в качестве кандидата на выборах органа законодательной власти” (см., в частности, решение Европейского Суда от 30 мая 1975 г. по вопросу о приемлемости для дальнейшего рассмотрения по существу жалоб № 6745 и 6746/76, дело “W, X, Y и Z против Бельгии” [*W, X, Y and Z v. Belgium*], там же, том 18, с. 244)».

В статье 3 Протокола № 1 к Конвенции ничего не говорится об ограничении этих прав, и Европейский Суд суммировал их в одном месте в пункте 52 постановления по указанному делу, которое впоследствии повторялось в каждом деле, касающемся статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции:

«Права, о которых идет речь по настоящему делу, не имеют абсолютного характера. Поскольку статья 3 Протокола № 1 к Конвенции признаёт их, при этом не закрепляя их в четких формулировках, и тем более не определяя их, то существует возможность для имплицитных ограничений. <...> В своих правовых системах Договаривающиеся Государства поставили право голоса и право баллотироваться в качестве кандидата на выборах в зависимость от условий, которые в принципе не исключаются положениями статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции (Collected Edition of the «Travaux Préparatoires», vol. III, p. 264, vol. IV, p. 24). В данной области Договаривающиеся Государства располагают свободой усмотрения в широких рамках, но именно Европейский Суд в последней инстанции определяет, были ли соблюдены требования Протокола № 1 к Конвенции; Суд должен удостовериться в том, что данные условия не урезают права, о которых идет речь по делу, до такой степени, что умаляется сама суть этих прав, и они утрачивают свою эффективность. Суд должен удостовериться в том, что данные условия преследуют законную цель и что используемые при этом государством средства не являются соразмерными. <...> В частности, такие условия не должны препятствовать свободному волеизъявлению народа при выборе законодательной власти».

Это последнее предложение поэтому подчеркивает наиболее важное, точно выраженное содержание статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, как она, в конце концов, попала в текст Протокола № 1 к Конвенции.

Это статья, которая наиболее тесно связана с политическими соображениями, касающимися прав человека, а не просто с соображениями, касающимися личных прав, и это было признано Европейским Судом в пункте 54 постановления по указанному делу:

«В целях применения статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции любая избирательная система должна оцениваться в свете политического развития соответствующей страны, и поэтому определенные ее черты, недопустимые в рамках одной системы, могут быть соответственно оправданы в другой системе, по крайней мере, при том условии, что действующая система предусматривает условия, которые обеспечивают “свободное волеизъявление народа при выборе законодательной власти”».

Все эти принципы были повторены Европейским Судом в постановлении по делу «Подколзина против Латвии» [*Podkolzina v. Latvia*] со ссылками на некоторые более свежие постановления Европейского Суда по делам «Гитонас и другие заявители против Греции»² [*Gitonas and Others v. Greece*], «Ахмед и другие заявители против Соединенного Королевства»³ [*Ahmed and Others v. the United Kingdom*] и «Лабита против Италии»⁴ [*Labita v. Italy*]. Заявительницей по данному делу выступала гражданка Латвии, представительница русскоговорящего меньшинства в Латвии. Она была внесена в список кандидатов от Партии народного согласия, баллотирующихся на выборах в наци-

¹ Жалоба № 9267/81, постановление Европейского Суда от 2 марта 1987 г., серия «А», № 113.

² Постановление Европейского Суда от 1 июля 1997 г., Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека [*Reports of Judgments and Decisions*] 1997-IV, стр. 1233—1234, § 39.

³ Постановление Европейского Суда от 2 сентября 1998 г., Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека [*Reports of Judgments and Decisions*] 1998-VI, стр. 2384, § 75.

⁴ Жалоба № 26772/95, постановление Большой Палаты Европейского Суда от 6 апреля 2000 г., § 201, Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека ECHR 2000-IV.

ональный парламент — Сейм [*Saeima*] 3 октября 1998 г. Одним из требований, предъявлявшихся к кандидату на выборах в парламент, было знание государственного языка, латышского. У Подколзиной имелось свидетельство о компетентном знании латышского языка, выданное соответствующим государственным органом. Однако в последний момент — не оставляя ей времени на обжалование — другое подразделение этого же государственного органа решило, что ее знание латышского языка было недостаточным. Европейский Суд согласился с доводами государства-ответчика, что «обязанность кандидата в депутаты парламента понимать латышский язык и говорить на нем оправдывается необходимостью обеспечить надлежащее функционирование парламента, в котором латышский язык является единственным рабочим языком. Государство-ответчик подчеркивало, в частности, что цель возложения такого требования состояла в том, чтобы депутаты парламента могли бы активно участвовать в его деятельности и эффективно отстаивать интересы своих избирателей» (пункты 34, 35 постановления по указанному делу).

Однако государство-ответчик обязано было продемонстрировать Европейскому Суду, что решение об исключении заявительницы из списка кандидатов в депутаты было мерой пропорциональной преследовавшейся при этом цели. Европейский Суд вновь подтвердил, что в соответствии с целями Конвенции требуется, чтобы ее положения толковались бы и применялись бы таким образом, чтобы содержащиеся в этих положениях условия были бы «не теоретическими и иллюзорными, но практическими и эффективными»¹. В частности, право человека баллотироваться в качестве кандидата на выборах «стало бы всего лишь иллюзорным, если кандидат в любой момент мог бы быть произвольным образом лишен этого права» (пункт 35 постановления по указанному делу).

Следовательно, продолжил Европейский Суд:

«...» хотя верно, что теоретически государства располагают свободой усмотрения в широких рамках при закреплении требований, предъявляемых к кандидату на выборах, тот принцип, что права должны быть эффективны, требует, чтобы сам вывод о несоответствии того или иного кандидата установленным требованиям сам должен удовлетворять ряду критериев, закрепленных с тем, чтобы избежать произвола в принятии таких решений. В частности, такие решения должен принимать орган, обеспечивающий минимально необходимые гарантии беспристрастного подхода. Аналогичным образом, возможности такого органа осуществлять свои полномочия по усмотрению не должны быть чересчур широкими; его усмотрение должно быть ограничено с достаточной четкостью в законодательстве страны. Наконец, порядок вынесения решений по вопросам несоответствия кандидатов установленным требованиям должен обеспечивать вынесение справедливых и объективных решений и не допускать злоупотреблений полномочиями со стороны соответствующих властей».

Это были принципы, которые были применены Палатой Европейского Суда (первой инстанцией) при рассмотрении дела «Жданок против Латвии» в июне 2004 г.

Обстоятельства, при которых право гражданина баллотироваться в качестве кандидата на выборах может быть ограничено

В нескольких случаях в 1970-е годы от функционировавшей в то время Европейской комиссии по правам человека требовалось рассмотреть вопрос о том, составляло ли решение властей о лишении лица права голосовать или баллотироваться в качестве кандидата на выборах ввиду какой-либо прошлой деятельности лица нарушение требований статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции. Практически по всем этим делам Комиссия по правам человека приходила к выводу, что подобные действия властей не составляли нарушения Конвенции. Таким образом, по делам «X. против Нидерландов» [*X. v. the Netherlands*]² и «X. против Бельгии» [*X. v. Belgium*]³ Комиссия отклонила жалобы двух лиц, которые после Второй мировой войны были осуждены в судебном порядке за сотрудничество с противником и «антигражданское поведение», и бессрочно лишила их права голоса. В частности, Комиссия по правам человека сочла, что:

«цель законодательства, лишаящего лиц, осужденных за государственную измену, определенных политических прав, а более конкретно — права голоса, состоит в том, чтобы обеспечить такую ситуацию, чтобы лица, которые серьезно нарушили — в военный период — свое право на участие в публичной жизни своей страны, в будущем были бы лишены возможности злоупотреблять своими политическими правами в ущерб безопасности государства и незыблемости устоев демократического общества».

Кроме того, в своем решении по делу «Ван Вамбек против Бельгии» [*Van Wambeke v. Belgium*]⁴ Комиссия по правам человека по тем же основаниям объявила неприемлемой для дальнейшего рассмотрения по существу жалобу, поданную бывшим военным служащим войск СС нацистской Германии, который в 1945 году был осужден в судебном порядке; заявитель по данному делу жаловался на то, что в 1989 году его лишили возможности принять участие в выборах в Европейский парламент.

Наконец, в своем решении по делу «Глимервейн и Хагенбек против Нидерландов» [*Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*]⁵ Комиссия по правам человека объявила неприемлемой для дальнейшего рассмотрения по существу две жалобы, касавшиеся отказа властей дать возможность заявителям — которые были руководителями запрещенной организации расистской и ксенофобской направленности — баллотироваться в качестве кандидатов на выборах.

Дело «Жданок против Латвии»

Татьяна Жданок родилась в 1950 году в русскоговорящей семье в г. Риге. Несколько поколений ее семьи жили в г. Риге, и после восстановления независимости Латвии она имела полное право получить гражданство Латвии — право, которое ей пришлось отстаивать в судах, поскольку власти Латвии после восстановления независимости страны незаконно лишили ее этого права. Она вступила в Коммунистическую

¹ См., например, постановление Европейского Суда от 13 мая 1980 г. по делу «Артико против Италии» [*Artico v. Italy*], серия «А», № 37, стр. 15—16, § 33; постановление Европейского Суда от 30 января 1998 г. по делу «Объединенная коммунистическая партия Турции и другие заявители против Турции» [*United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*], Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека [*Reports of Judgments and Decisions*] 1998-I, стр. 18—19, § 33; постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Шассану против Франции» [*Chassagnou and Others v. France*], жалобы № 25088/94, 28331/95 и 28443/95, § 100, Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека ECHR 1999-III.

² Жалоба № 6573/74, решение Комиссии по правам человека от 19 декабря 1974 г., Сборник решений и докладов Комиссии по правам человека DR 1, стр. 88.

³ Жалоба № 8701/79, решение Комиссии по правам человека от 3 декабря 1979 г., Сборник решений и докладов Комиссии по правам человека DR 18, стр. 250.

⁴ Жалоба № 16692/90, решение Комиссии по правам человека от 12 апреля 1991 г.

⁵ Жалобы № 8348/78 и 8406/78, решение Комиссии по правам человека от 11 октября 1979 г., Сборник решений и докладов Комиссии по правам человека DR 18, стр. 187.

партию в 1971 году и преподавала математику в Латвийском государственном университете до 1990 года. В период с 1990 по 1993 год она была избранным депутатом Верховного Совета Латвии, а в период с 1989 по 1994 год она была избранной депутатом Рижской городской думы.

Власти Латвии никогда не отрицали того факта, что после восстановления независимости Латвии в 1991 году Татьяна Жданок прекратила свое членство в Коммунистической партии. Она основала политические партии, представляющие интересы этнических русских, и выступала в этих партиях лидером; недавний пример — партия «За права человека в единой Латвии», на платформе которой она и стала депутатом Европейского парламента¹. Она была не только выборным политическим деятелем, но работала также как правозащитник, основав Латвийский комитет по правам человека (Международная федерация по правам человека) и сотрудничая во многих случаях с Советом Европы, Организацией по безопасности и сотрудничеству в Европе и другими организациями с тем, чтобы найти мирное разрешение проблем современной Латвии. Не было никаких свидетельств тому, что она когда-либо высказывалась или действовала в ущерб независимости Латвии либо против конституционного строя страны.

13 января 1994 г. парламент Латвии принял новый, ограничивающий избирательные права закон — Закон «О выборах в городские думы, районные и волостные советы», а 25 мая 1995 г. был принят Закон «О выборах в Сейм». В обоих законах предусматривалось, что следующие категории лиц не вправе баллотироваться в качестве кандидатов на выборах:

«<...> лица, которые активно участвовали после 13 января 1991 г. в деятельности КПСС (КПЛ), Интернационального фронта трудящихся Латвийской ССР, Объединенного совета трудовых коллективов, Республиканского совета ветеранов войны и труда или Вселатвийского комитета общественного спасения, или в деятельности их региональных комитетов <...>».

25 января 1997 г. партия Татьяны Жданок — «Движение за социальную справедливость и равные права в Латвии» — представила свой список десяти кандидатов на предстоявших 9 марта 1997 г. выборах в местные органы власти. Жданок была в числе этих кандидатов. В соответствии с требованиями Закона «О выборах в городские думы, районные и волостные советы» она проставила свою подпись в списке, приложив к нему письменное заявление, указывавшее, что она являлась одним из тех лиц, на которых распространялись новые ограничения. В письме, направленном в тот же день, она уведомила избирательную комиссию г. Риги, что она являлась членом Коммунистической партии Латвии (*далее* — КПЛ), состоявшим на учете в организации КПЛ района Плавниекс в г. Риге, а также что она была членом ревизионной комиссии Центрального комитета КПЛ до 10 сентября 1991 г., даты официального роспуска КПЛ. Однако, как утверждала она в письме, упомянутые ограничения не распространялись на нее, поскольку они противоречили статьям 2 и 25 Международного пакта о гражданских и политических правах, ратифицированного Латвией. На тот момент Латвия еще не ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод.

Избирательная комиссия г. Риги зарегистрировала список кандидатов на выборах, представленный Татьяной Жданок, молчаливо согласившись с ее доводами.

На выборах кандидаты из этого списка получили четыре из шестидесяти депутатских мест в Рижской городской думе. Жданок была одной из избранных депутатов.

Выборы в парламент страны были запланированы на 3 октября 1998 г., и Жданок последовала точно той же процедуре, как и в 1997 году. На этот раз Центральная избирательная комиссия приостановила процедуру регистрации списка кандидатов на выборах на том основании, что кандидатура заявительницы не соответствовала требованиям Закона 1995 года. Не желая ставить под угрозу регистрацию всего списка кандидатов, заявительница отозвала свою кандидатуру, после чего список сразу же был зарегистрирован.

Центральная избирательная комиссия обратилась к Генеральному прокурору Латвии с просьбой проверить законность избрания заявительницы в Рижскую городскую думу. Однако, в августе 1998 г. Генеральная прокуратура установила, что Жданок не совершила никаких деяний, которые квалифицируются Уголовным кодексом Латвии как уголовно наказуемые. В решении Генеральной прокуратуры указывалось, что, хотя заявительница и предоставила в избирательную комиссию г. Риги ложную информацию, касающуюся ее участия в деятельности КПЛ, ничто не свидетельствовало о том, что она сделала это с конкретным умыслом на то, чтобы ввести комиссию в заблуждение. В действительности в заявлении Жданок точно указывалась форма ее работы в КПЛ. Тем не менее в январе 1999 г. Генеральная прокуратура обратилась в суд с заявлением об установлении факта «активного членства» заявительницы в КПЛ. После серии обжалований в судах в декабре 1999 г. Жданок была лишена права занимать выборный пост и потеряла свое место депутата Рижской городской думы. Следует напомнить, что с марта 1997 г. она безупречно исполняла свои обязанности на выборном посту. В январе 2000 г. Жданок обратилась в Страсбургский Суд с жалобой на действия властей.

Ныне Жданок является депутатом Европейского парламента², одной из девяти депутатов Европейского парламента, избранных в июне 2004 г. после присоединения Латвии к Европейскому союзу 1 мая 2004 г.³, и она является членом коалиции Партии зеленых и Европейского свободно-го альянса. Попытка правительства Латвии в январе 2004 г. воспрепятствовать ей — путем внесения изменений в Закон 1995 года «О выборах в Сейм» — баллотироваться на выборах была сорвана: против внесения изменений проголосовало на два депутата больше, чем за внесение изменений.

Постановление Палаты Европейского Суда по делу «Жданок против Латвии»

Большинство судей Палаты Европейского Суда (постановление было вынесено пятью голосами «за» во главе с Председателем Палаты, г-ном Розакисом, и двумя голосами «против») сконцентрировалось на вопросе о пропорциональности оспариваемой по делу меры властей Латвии. Палата установила (пункт 87 постановления Палаты Европейского Суда по указанному делу), что такая ограничительная мера могла «<...> выполнять двойную функцию и может быть рассмотрена двояко: как карательная мера, то есть как наказание за антигражданское поведение в прошлом, но также как и превентивная мера, применяемая в ситуации, когда поведение заявителя в настоящее время может представлять опасность для демократии и когда его избрание может создать непосредственную угрозу конституционному строю государства».

¹ Информацию по данному вопросу [на английском языке] см. по адресу в Интернете: <http://www.pctv1.lv/> (в последний раз автором просмотрено 17 мая 2007 г.).

² Информацию по данному вопросу [на английском языке] см. по адресу в Интернете: <http://www.europarl.europa.eu/members/public/geoSearch/view.do?country=LV&partNumber=1&language=EN&id=28619> (в последний раз автором просмотрено 17 мая 2007 г.).

³ Информацию по данному вопросу [на английском языке] см. по адресу в Интернете: <http://www.guardian.co.uk/eu/country/0,14489,1195417,00.html> (в последний раз автором просмотрено 17 мая 2007 г.).

Что касается вопроса о наказании, то, как установила Палата, это было законной целью государства; но при этом — вообще говоря — мера, о которой идет речь по делу, должна быть временной, чтобы считаться пропорциональной. По мнению Европейского Суда, на самом деле ограничительная мера имела постоянный характер, поскольку ее применение не ограничивалось никакими сроками и могло продолжаться до того момента, когда соответствующий не был бы отменен. Дела, рассмотренные Комиссией по правам человека в 1970-е годы, к данному делу отношения не имели, так как заявители по тем делам были осуждены в судебном порядке за совершение особо опасных преступлений, таких как военные преступления или государственная измена; в настоящем же деле, напротив, деятельность Жданок не дала никаких оснований для применения уголовных санкций.

Что касается вопроса о превентивном характере меры, то Европейский Суд установил: состоя членом организаций Компартии или участвуя активно в их деятельности в период времени, фигурирующий по делу, Жданок со всей разумностью не могла предвидеть неблагоприятных последствий, которые для нее в связи с этим могли возникнуть в будущем. Соответственно, ее нельзя было обвинить в активном участии в деятельности противозаконного объединения.

Европейский Суд не исключал той возможности, что ограничительная мера могла быть оправданной и пропорциональной преследуемой государством цели в первые годы после восстановления независимости Латвии (пункт 92 постановления Палаты Европейского Суда по указанному делу), и согласился с тем, что ограждение законодательного органа страны от лиц, которые занимали посты в правящем органе прежнего режима и которые также активно поддерживали попытки свергнуть новый демократический строй, могло быть законным и сбалансированным решением вопроса; при этом не было необходимости изучать личные действия заявителя. Такая мера была бы вполне совместимой с концепцией «демократии, способной защитить себя», на которую ссылались государство-ответчик.

По прошествии определенного времени, однако, это основание уже не было достаточным для применения такой превентивной меры: возникала необходимость установить, продолжали ли другие факторы — в частности личное участие человека в событиях, исследуемых по делу, — оправдывать лишение этого человека права баллотироваться в качестве кандидата на выборах.

Ввиду негибкости государства-ответчика Европейский Суд сам решил проверить, давали ли действия Жданок более чем десятилетней давности по-прежнему достаточные основания для лишения ее права баллотироваться в качестве кандидата на выборах в парламент. Европейский Суд отметил, что ее никогда не осуждали в уголовном порядке за совершение какого-либо преступления в связи с ее деятельностью в КПЛ. Во-вторых, в августе 1991 г. специальной комиссии Верховного Совета Латвии было поручено расследовать причастность определенных депутатов ко второму государственному перевороту в Латвии; по результатам расследования пятнадцать депутатов лишились своих депутатских мандатов, но Жданок среди этих лиц не было. Европейский Суд поэтому пришел к выводу, что никакого серьезно неправомерного поведения с ее стороны доказано не было. Ни одно из доказательств, представленных в Суд государством-ответчиком, не свидетельствовало о том, что она сама совершала какие-либо конкретные действия, направленные на свержение Латвийской Республики или на восстановление прежнего режима (пункт 94 постановления Палаты Европейского Суда по указанному делу).

Европейский Суд был поражен (пункт 95 постановления Палаты Европейского Суда по указанному делу) тем обстоятельством, что ограничительная мера, о которой шла речь по делу, не была закреплена в избирательном законодательстве до 1995 года и вообще не существовала в период предыдущих выборов в 1993 году. При этом Европейский Суд задался вопросом: почему парламент (если он считал, что бывшие активные члены КПСС и КПЛ были так опасны для демократии) не закрепил соответствующее положение в 1993 году — не более двух лет спустя после событий, фигурирующих в деле, — но прождал до следующих выборов.

Европейский Суд отметил, что власти Латвии были озабочены главным образом существованием в обществе лиц, защищающих и распространяющих идеи, которые диаметрально противоположны официальной политике латвийского государства и которые непопулярны среди большей части населения страны. Однако, указал Суд, не может быть демократии без плюрализма. Напротив — суть демократии состоит в том, чтобы разрешалось предлагать и обсуждать самые различные политические проекты, включая и такие, которыми ставится под сомнение имеющаяся в стране организация государственной власти и которые оскорбляют, возмущают или беспокоят какую-то часть населения страны. В таком своем подходе Суд исходил из двух важных дел по жалобам против Турции: дело «Партия свободы и демократии против Турции» [*Fredom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*]¹ и дело «Партия «Рефах партиси» (Партия благоденствия) и другие заявители против Турции» [*Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*]². По делу «Жданок против Латвии» не имелось доказательств, дававших Европейскому Суду возможность прийти к заключению, либо что деятельность Жданок была противоположной деятельности по своему характеру законной и демократической, либо что ее деятельность противоречила фундаментальным принципам демократии.

Европейский Суд пришел к заключению, что бессрочное лишение Жданок права баллотироваться в качестве кандидата на выборах в латвийский парламент в связи с ее деятельностью в рамках КПЛ после 13 января 1991 г. не было мерой государства пропорциональной законным целям, которые оно преследовало, что государство урезало ее пассивные избирательные права в такой степени, что была подорвана сама их суть, и что необходимость такой меры в демократическом обществе не была установлена. Соответственно, по делу было допущено нарушение требований статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции.

Утверждаю, что постановление Палаты Европейского Суда вполне соответствовало как сложившейся прецедентной практике Комиссии по правам человека и Европейского Суда, так и принципам, лежащим в основе этой практики, в особенности что касается утверждения наиважнейшей составляющей статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции — положения о «свободном волеизъявлении народа при выборе законодательной власти». Достаточное число латвийских избирателей со всей очевидностью желали избрать Жданок в парламент; и не было никакого достаточного основания для того, чтобы не разрешать им сделать это.

Обращение властей Латвии в Большую Палату Европейского Суда

17 сентября 2004 г. власти Латвии обратились в Европейский Суд с ходатайством о передаче дела на рассмотрение Большой Палаты, и слушание по делу состоялось 1 июня 2005 г. Если во время слушания дела в Палате Европейского Суда разбирательство фокусировалось на вопросах права, то

¹ Жалоба № 23885/94, § 39, Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека ECHR 1999-VIII.

² Жалобы № 41340/98, 41342/98, 41343/98 и 41344/98, § 86, Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека ECHR 2003-II.

Большая Палата заслушала доводы Уполномоченного Латвийской Республики при Европейском Суде по правам человека, которые были в огромной мере более политического свойства. Жданок сравнили с Милошевичем, и Суду было заявлено, что она должна нести ответственность за преступления, совершенные СССР. Необычно много судей задавали вопросы подобно тому, не извинялась ли Жданок публично за ее прежнее членство в Коммунистической партии.

Государство-ответчик прежде всего утверждало, что Палата Европейского Суда неправильно истолковала степень свободы усмотрения государства при регламентации прав человека, а затем действовала вопреки субсидиарному характеру Конвенции, нарушила принцип суверенитета государства и превратила Европейский Суд в дополнительную судебную инстанцию, вышестоящую по отношению к судебным инстанциям, существующим в Высоких Договаривающихся Государствах. По утверждениям государства-ответчика, Палата Европейского Суда при этом заняла место национальных органов власти в процессе установления фактов посредством дачи своей оценки деятельности Жданок с тем, чтобы установить, представляла ли или представляет ли она непосредственную угрозу национальной безопасности и демократической системе правления государством, интерпретируя и применяя национальное законодательство таким образом, чтобы исправить предполагаемое нарушение ее права баллотироваться в качестве кандидата на выборах после того, как на нее было возложено ограничение.

Постановление Большой Палаты было вынесено 16 марта 2006 г. Без сомнения, по чисто случайному совпадению 16 марта является и днем, когда ветераны Латвийского легиона — вооруженного формирования, вскормленного немцами, — которые сражались вместе с немцами во Второй мировой войне, ежегодно проводят свой парад¹. Этот парад считается русской общиной Латвии крайне провокационным.

Кроме того, латвийские юристы из Секретариата Европейского Суда указали, что для применения положений статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции сформулирован совершенно новый критерий. Сие содержалось в пункте 115 постановления по указанному делу, в котором говорилось:

«<...> Европейский Суд делает следующие выводы относительно критерия, подлежащего применению при рассмотрении вопроса о соответствии мер государства требованиям статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции:

(а) Статья 3 Протокола № 1 к Конвенции схожа с другими положениями Конвенции, защищающими различные формы гражданских и политических прав, такими, как, например, статья 10 Конвенции, охраняющая право на свободное выражение мнения, или статья 11 Конвенции, гарантирующая право на свободу объединения, включая право лица на объединение с другими путем членства в партии. Несомненно, между всеми этими положениями существует связь, а именно — необходимость гарантировать уважение к плюрализму мнений в демократическом обществе через осуществление гражданских и политических свобод. К тому же Конвенцию и Протоколы к ней следует рассматривать как единое целое. Однако когда предметом рассмотрения в Европейском Суде становится акт вмешательства в осуществление прав, предусмотренных статьей 3 Протокола № 1 к Конвенции, Европейский Суд не должен автоматически придерживаться тех же критериев, что применяются в отношении вмешательства, допускаемого в соответствии со вторыми пунктами статей 8—11 Конвенции, и он не должен в обязательном порядке обосновывать свои выводы принципами, вытекающими из применения статей 8—11

Конвенции. В силу значимости статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции для установленного в государстве правопорядка, это положение Конвенции сформулировано в выражениях, сильно отличающихся от формулировок статей 8—11 Конвенции. *Статья 3 Протокола № 1 к Конвенции сформулирована в коллективистских и общих выражениях, хотя она была истолкована Европейским Судом как подразумевающая также конкретные личные права* [курсив мой. — Автор]. Критерии, подлежащие применению при установлении соответствия действий государства требованиям статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, должны быть поэтому менее строгими, нежели применяемые в контексте статей 8—11 Конвенции.

(b) Понятие «подразумеваемых ограничений» в контексте статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции является наиболее важным для определения значимости целей, преследуемых ограничениями прав, гарантированных данным положением Конвенции. Учитывая, что статья 3 Конвенции не ограничена конкретным перечнем «законных целей», подобных перечисленным в статьях 8—11 Конвенции, государства — участники Конвенции таким образом вольны полагаться на какую-либо цель, не содержащуюся в данном перечне, чтобы оправдать то или иное ограничение прав, при условии, что соответствие данной цели принципу верховенства права и общим целям Конвенции доказано в конкретных обстоятельствах дела.

(c) Понятие «подразумеваемых ограничений» в контексте статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции также означает, что Европейский Суд не применяет традиционные критерии проверок «необходимости» или «наущной общественной потребности», используемые в контексте статей 8—11. Определяя соответствие действий государства статье 3 Протокола № 1 к Конвенции, Европейский Суд остановился преимущественно на двух критериях: не имел ли место произвол или отсутствие пропорциональности и не противоречило ли ограничение праву людей на свободное выражение мнения. В этой связи всегда подчеркивалась широкая свобода усмотрения, которой наделены государства — участники Конвенции. Также Европейский Суд особо выделил необходимость оценивать любое избирательное законодательство в свете политической эволюции соответствующей страны, поскольку результат, представляющийся неприемлемым в контексте одной системы, может быть оправдан в контексте другой (см., среди прочих, вышеупомянутые дела «Матье-Мозн и Клерфейт против Бельгии» [Mathieu-Mohin v. Belgium] и «Подколзина против Латвии» [Podkolzina v. Latvia], *ibid.*).

(d) *Необходимость индивидуализации той или иной законодательной меры, расцениваемой лицом как нарушение Конвенции, и степень такой индивидуализации, где этого требует Конвенция, зависят от обстоятельств каждого конкретного дела, а именно от характера, вида, продолжительности и последствий оспариваемого ограничения, установленного законом. Для того чтобы ограничительная мера считалась соответствующей требованиям статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, может оказаться достаточной меньшая степень индивидуализации, в противоположность ситуациям, касающимся предполагаемого нарушения статей 8—11 Конвенции* [курсив мой. — Автор].

(e) Что касается права лица баллотироваться на выборах, то есть так называемого «пассивного» аспекта прав, гарантированных статьей 3 Протокола № 1 к Конвенции, то Европейский Суд был даже более осторожен в своей оценке ограничений в данном контексте, нежели когда ему надлежало рассмотреть ограничения права голоса, то есть так называемого «активного» элемента прав, предусмотренных статьей 3 Протокола № 1 к Конвенции. В ранее цитированном постановлении по делу «Мельниченко против Украины»¹ [Melnyuchenko v. Ukraine]

¹ Информацию по данному вопросу [на английском языке] см. по адресу в Интернете: http://www.ce-review.org/authorarchives/amber_archive/amber25old.html (в последний раз автором просмотрено 17 мая 2007 г.).

(§ 57) Европейский Суд отметил, что на право баллотироваться на выборах в парламент могут быть наложены более строгие требования, нежели на право голоса. Фактически, в то время как критерий проверки правомерности ограничений в контексте «активного» аспекта статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции всегда содержал более широкую оценку пропорциональности установленных законом норм, лишаящих какое-либо лицо или определенную группу права голоса, критерий, применяемый Европейским Судом в контексте «пассивного» аспекта статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, в значительной степени ограничен проверкой наличия или отсутствия произвола в государственных процедурах, ведущих к лишению лица права выдвигать свою кандидатуру на выборах <...>.

Большая Палата 13 голосами «за» и 4 голосами «против» постановила, что по делу не было допущено никакого нарушения требований статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции.

Далее большинство судей сочло: мнение властей Латвии, что «даже сегодня» членство Жданок в КПЛ и ее оппозиция распаду СССР до сих пор служат основанием для лишения ее права баллотироваться на выборах в национальный парламент, «может считаться соответствующим требованиям» статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции. Более того, ограничение «не было признано произвольной или непропорциональной мерой государства». И несмотря на то, что ограничительная мера «едва ли может быть расценена приемлемой» в странах с более устойчивыми демократическими системами, «тем не менее, в Латвии такая мера является приемлемой <...>». Следует обратить внимание на использование большинством судей странной своей условностью формулировки. Кроме того, Европейский Суд указал: «Нынешнее или прежнее поведение заявительницы не является существенным критерием» на том основании, что ограничение было возложено ввиду ее членства в КПЛ в 1991 году. Таким образом, безупречный послужной список Жданок в качестве защитника демократии и прав человека в независимой Латвии был полностью проигнорирован.

Утверждаю, что один из заключительных пунктов (135) постановления большинства судей выявил противоречие, лежащее в сердцевине их отмены постановления Палаты Суда. Европейский Суд сделал в этом пункте следующее выдающееся заявление:

«Необходимо отметить, что Конституционный суд признал в своем постановлении от 30 августа 2000 г., что латвийский парламент должен установить временной предел на данное ограничение. Тем не менее, в свете данного предупреждения, очевидно, что даже если на сегодняшний день нельзя считать, что Латвия превысила пределы свободы своего усмотрения в контексте статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, латвийский парламент должен будет подвергать данное узаконенное ограничение постоянной проверке с тем, чтобы как можно скорее снять его. Такие выводы представляются более оправданными ввиду большей стабильности, наблюдающейся в Латвии на сегодняшний день, среди прочего, по причине ее полной интегрированности в Европу (см. выше, пункт 51 настоящего постановления). Следовательно, неспособность законодательной власти Латвии сделать активные шаги в этом направлении может привести к другому постановлению Европейского Суда».

То есть получается так, что, с одной стороны, ограничительная мера, примененная в отношении Жданок, была в пределах свободы усмотрения властей Латвии, с другой же стороны,

эта мера должна быть отменена как можно скорее. Тогда зачем ее быстро отменять, если она в любом случае не нарушала требований статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции?

Если латвийский Закон 1995 года, похоже, был принят специально для того, чтобы устранить Жданок из политического процесса в Латвии и удерживать ее вне политики, — действительно, Уполномоченный Латвийской Республики при Европейском Суде по правам человека в своем выступлении в Палате Суда заявила, что данный Закон был задуман с целью покарать Жданок — тогда большинство судей Большой Палаты, похоже, сделали всё возможное, дабы гарантировать, чтобы она не могла вернуться в политику, несмотря на свои весьма критические ремарки по поводу ограничительной меры.

В своем особом мнении — весьма критическом по отношению к мнению большинства судей — судья Розакис (в дополнение к тому, что он сделал ряд важных замечаний по поводу природы представительной демократии) указал на главный вопрос, лежащий в основе спора:

«<...> В пункте 115 постановления Европейский Суд указывает, что «статья 3 <...> сформулирована в коллективистских и общих выражениях, хотя она была истолкована Судом как подразумевающая также конкретные личные права». Это предложение, хотя оно в конечном итоге не имеет кардинального влияния на дальнейшие выводы Суда (предложение, которое следует дальше в этом же пункте, показывает, что этот вывод просто отражается на критериях, которые надлежит применять для установления факта соблюдения требований статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, и не представляет собой полное отрицание сути этой статьи как предусматривающей личное право), является неуместным обобщением, которое противоречит не только истории разработки Протокола № 1 к Конвенции и предшествовавшему прецедентному праву Суда, но также и букве самого настоящего постановления, пункт 102 которого в менее двусмысленных, но все-таки открытых для толкования выражениях гласит, что «Суд установил, что данная норма Конвенции также подразумевает личные права, включая право голоса и право баллотироваться на выборах».

Я считаю, что независимо от того, является ли статья 3 Протокола № 1 к Конвенции «сформулированной в коллективистских и общих выражениях», совершенно очевидно, что эта статья не просто подразумевает личное право, но и в действительности предусматривает такое. Цель авторов Протокола № 1 к Конвенции состояла в том, чтобы обогатить содержание Конвенции включением в нее политического права, не отличающегося ничем от других личных прав человека, содержащихся в первоначальном тексте Конвенции. Конвенция утверждает — без исключений — личные права, носители которых без какой-либо дискриминации имеют право требовать их исполнения в своих отношениях *vis-à-vis*² с государствами — участниками Конвенции и учреждениями Конвенции. Поэтому вне зависимости от других своих возможных назначений статья 3 Протокола № 1 к Конвенции действительно предоставляет конкретное личное право, которое качественно не отличается от любого другого права, предусмотренного Конвенцией».

Что же касается самой Жданок, то судья Розакис указал:

«<...> Даже если мы приемлем, <...> что в условиях перехода Латвии к демократии и при том, что Латвией прилагались усилия по освобождению от своего недавнего прошлого, такая суровая мера могла бы быть оправдана в период первых трудных лет адаптации к новому строю и во имя консолидации общества на демократической основе, тем не менее вве-

¹ Жалоба № 17707/02, постановление Европейского Суда от 19 октября 2004 г.

² *vis-à-vis* (франц.) — друг против друга; лицом к лицу; напротив (примечание редакции).

денные ограничения до сих пор не отменены, и это несмотря на тот факт, что за прошедшее время Латвия стала государством — членом НАТО и, что более важно, — Европейского Союза. Нас сейчас отделяют одиннадцать лет от дня принятия Закона, запрещавшего заявителю баллотироваться на выборах, пятнадцать лет — от событий, приведших к заведомо обнародованию Закона, пять лет — от постановления Конституционного суда и почти два года — от времени избрания заявителя в Европейский Парламент».

Автор настоящей статьи почтительно разделяет точку зрения г-на Розакиса, что решение большинства судей (а также новый критерий для применения положений статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, который так полюбился юристам Секретариата Европейского Суда) является не только «двусмысленным» и «невразумительным», но и подрывает обширную устоявшуюся прецедентную практику Европейского Суда, равно как и наносит удар принципу, лежащему в основе положений статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, и принципу, который состоит в том, что право, о котором идет речь, является не правом лишь самого кандидата, а правом избирателей. Об этом будет еще раз сказано в заключении к настоящей статье.

Недавно рассмотренное дело по жалобе против Турции

30 января 2007 г. Европейский Суд вынес постановление по делу «Йумак и Саадак против Турции» [*Yumak and Sadak v. Turkey*]¹. В этом деле заявители утверждали, что установленный национальным законодательством 10-процентный порог для прохождения в парламент при выборах нарушает свободное волеизъявление народа при выборе законодательной власти. Заявители доказывали, что высокий национальный 10-процентный порог для прохождения партий в парламент делал представительство населения в парламенте весьма несправедливым и вел к кризису легитимности правительства, поскольку парламенту надлежит быть свободной трибуной любой демократии. Ясно, что — указали заявители — парламент, состав которого отражал только около 55 процентов поданных избирателями голосов, был неспособен обеспечить представительную легитимность, на которой зиждется любая демократия.

Дело рассматривалось Палатой Второй Секции Европейского Суда. Можно отметить, что никто из судей этой Палаты, за исключением нового Председателя Европейского Суда, судьи Коста, не заседал в Большой Палате при рассмотрении дела «Жданок против Латвии». Европейский Суд рассмотрел свои прецеденты, изложенные выше, за исключением постановления Большой Палаты по делу «Жданок против Латвии», и отметил (в пункте 73 постановления по указанному делу), что 10-процентный порог для прохождения партий в парламент Турции является самым высоким в Европе и что:

«<...> после выборов 3 ноября 2002 г. избирательная система, о которой идет речь по делу и в которой установлен высокий порог для прохождения партий в парламент без предоставления какой-либо возможности уравновешивающего маневрирования, привела к тому, что в Турции наименее представительный парламент со времени введения многопартийной системы в 1946 году (см. выше, пункт 13 настоящего постановления). В конкретном выражении получается, что

45,3 процента электората (около 14,5 миллиона избирателей) совершенно не представлены в парламенте».

Тем не менее Европейский Суд заявил, что (пункт 76 указанного постановления):

«<...> Суд должен согласиться с тем, что в настоящем деле турецкие власти (как судебные, так и законодательные) — а также турецкие политические деятели — лучше всего могут оценить свой выбор пригодной избирательной системы, и Суд не может предложить какое-либо идеальное решение, которое могло бы исправить нынешние недостатки турецкой избирательной системы».

Таким образом, по мнению Европейского Суда, власти Турции не вышли за рамки своей широкой свободы усмотрения в деле регламентации прав человека, что касается статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, несмотря на то, что в Турции был установлен высокий порог для прохождения партий в парламент, на что и жаловались заявители.

Конечно же, по этому делу речь не шла о возложении ограничений на кандидата в депутаты, посему у Европейского Суда не было нужды ссылаться на свое постановление по делу «Жданок против Латвии». Но что важно в данном случае это то, что государствам была вновь предоставлена не только «широкая» свобода усмотрения в деле регламентации прав человека по делам, касающимся демократии, но и фактически свобода усмотрения без каких-либо эффективных ограничений.

Заключение

Принцип, который поставлен под угрозу в постановлении Большой Палаты по делу «Жданок против Латвии», состоит в том, что «пассивное» избирательное право — право баллотироваться на выборах в качестве кандидата — является не правом лишь самого кандидата, а правом избирателей. Предоставить государству свободу усмотрения в тех рамках, которые, похоже, ныне становятся нормой для Европейского Суда, означает опасность отвержения цели статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции. По иронии истории, Европейский Суд может посредством своей прецедентной практики сделать в этой сфере то, что не удалось сделать Соединенному Королевству в 1949—1951 гг.

Судья Розакис хорошо это изложил в своем особом мнении по делу «Жданок против Латвии»:

«В системе устойчивого демократического правления критерий права баллотироваться на выборах не может определяться тем, что тот или иной политический деятель высказывает идеи, которые кажутся неприемлемыми для главной составляющей политического спектра общества, или лояльными по отношению к утвердившейся идеологии государства и общества, но тем, что эти идеи действительно отражают интересы даже очень небольшого сегмента общества. Соответственно, если политический деятель лишен возможности представлять в выборном органе часть идей общества, то от этого страдает не только он — страдает также его электорат, страдает демократия».

Это также и точка зрения, высказанная Жаком Рансьером. Демократия — это именно то, что нарушает безмятежное спокойствие институтов власти и приносит в них смятение.

Перевод с английского языка.

© Журнал «Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека»

¹ Жалоба № 10226/03.

Abstract

This article reviews some recent judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR) in relation to Article 3 of Protocol 1 to the European Convention on Human Rights (ECHR). It first explores the provenance of this rather oddly worded provision, starting with Article 21 of the Universal Declaration on Human Rights of 1948 (UDHR), and the rather fraught negotiations which took place in the first years of the Council of Europe. This is then set against some of the arguments as to the meaning and content of the concept of «democracy». Following an analysis of the case-law as it has developed over the years, the article looks in more detail at two recent cases of the ECtHR. In *Ždanoka v. Latvia* (Grand Chamber judgment of 16 March 2006)², the Court, in a judgment described by the leading dissent (Judge Rozakis) as «dubious» and «obscure», has allowed the State a practically unlimited margin of appreciation. A similar trend can be observed in *Yumak and Sadak v. Turkey* (judgment of 30 January 2007).³

This article argues that, in these judgments, the ECtHR appears to be forgetting a fundamental principle underlying the right to pluralistic democracy, which is that the «passive» right to stand as a candidate in elections is not the right of the candidate, but of the electors. Unless there is a very good reason indeed, the electors should be able to elect the candidate of their choice. Otherwise, how can there be free elections?

Introduction

The primary self-declared aims of the Council of Europe — the «three pillars» — are «to protect human rights, pluralist democracy and the rule of law».⁴ The concept of a democratic society has been said to prevail throughout the ECHR⁵, and «is acknowledged as a fundamental feature of the European public order».⁶ The phrase «democratic society» appears in Articles 6 (right to a fair trial), 8 (right to respect for family and private life), 9 (freedom of thought, conscience and religion), 10 (freedom of expression), 11 (freedom of assembly and association), and Article 2 of Protocol 4 (freedom

NEGATING PLURALIST DEMOCRACY: THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS FORGETS THE RIGHTS OF THE ELECTORS



PROFESSOR BILL
BOWRING¹

of movement). The phrase «necessary in a democratic society» in Articles 8—11 is the foundation of the principle of proportionality which has been developed in the case-law of the ECtHR — that interferences with the substantive rights are only permitted to the extent that they are «necessary in a democratic society» in pursuit of particular legitimate aims.⁷ It is truly a golden thread running through the ECHR and the jurisprudence of the ECtHR.

Without proper attention to the meaning and effect of democracy, the whole edifice of the Council of Europe is liable to collapse. At the same time, the very notion of «democracy» is highly contentious.

Article 3 of Protocol 1 states as follows:

Article 3. Right to free elections

The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.

The Origins of the Council of Europe, and Sources for Human Rights

Ian Brownlie and Guy Goodwin-Gill have correctly stated that the Council of Europe is «<...> an organization created in 1949 as a sort of social and ideological counterpart to the military aspects of European co-operation represented by the North Atlantic Treaty Organisation. [It] was inspired partly by interest in the promotion of European unity, and partly by the political desire for solidarity in the face of the ideology of Communism».⁸ In other words, the Western European states wished to demonstrate that they were as serious about the «first generation», civil and political rights, as the USSR and its allies undoubtedly were with regard to the «second generation» social and economic rights. After all, the «Communist» states guaranteed the rights to work, social security, health care, education and so on not only in their constitutions but in practice.

The Council of Europe had its origins in May 1948, when 1000 delegates met at the Hague Conference⁹. This has been called «The Congress of Europe». A series of resolutions was adopted at the end of the Congress. These called, amongst other things, for the

¹ Barrister, Gray's Inn; Professor of Law, School of Law, Birkbeck College, University of London; Chair of the European Human Rights Advocacy Centre; President of the European Association of Lawyers for Democracy and Human Rights; member of the Council of Liberty (National Council for Civil Liberties); International Secretary of the Haldane Society of Socialist Lawyers.

² Application no. 58278/00, 16 March 2006; this was my own case, in which I represented the applicant for more than 6 years.

³ Application no. 10226/03, 30 January 2007.

⁴ At <http://www.coe.int/T/E/Com/about_coe/> (last accessed 16 May 2007).

⁵ *Oberschlick v. Austria*, No. 11662/85, Series A, No. 204, judgment of 23 May 1991, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV, § 58.

⁶ Philip Leach. *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. 2nd ed. 2005, Oxford: Oxford University Press, p. 161.

⁷ Leach, *ibid.*, p. 163.

⁸ Ian Brownlie and Guy Goodwin-Gill. *Basic Documents on Human Rights*. 5th ed. 2006, Oxford: Oxford University Press, p. 609.

⁹ At <http://www.coe.int/T/E/Com/About_Coe/1000delegates.asp> (last accessed 16 May 2007).

creation of an economic and political union to guarantee security, economic independence and social progress; for the establishment of a consultative assembly elected by national parliaments; for the drafting of a European charter of human rights; and for the setting up of a court to enforce its judgments. The last of these was the most revolutionary. There was no precedent in international law for an international court with the power to interfere in the internal affairs of its member states, and to render obligatory judgments.

The Congress also revealed some stark differences in approach. These divided unconditional supporters of a European federation (for example, France and Belgium) from those states that preferred straight-forward inter-governmental co-operation, such as the United Kingdom, the Republic of Ireland and the Scandinavian countries.

On 27 and 28 January 1949, the five ministers for foreign affairs of the Brussels Treaty countries, meeting in Brussels, reached a compromise. This was for a Council of Europe consisting of a ministerial committee, to meet in private; and a consultative body, to meet in public. In order to satisfy the United Kingdom and its allies, the Assembly was to be purely consultative in nature, with decision-making powers vested in the Committee of Ministers. In order to satisfy the federalists, members of the Assembly were to be independent of their governments, with full voting freedom. The United Kingdom had demanded that they be appointed by their governments. This important aspect of the compromise was soon to be reviewed and, from 1951 onwards, parliaments alone were to choose their representatives.¹

The Statute of the Council of Europe² opened for signature³ on 5 May 1949⁴, defines «democracy» in the Preamble:

«Reaffirming their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy.»

As a definition, this is not very satisfactory at all. Yet as a statement of commitment to an ideal, however defined, it could not be clearer.

Article 21 of the Universal Declaration of Human Rights

Negotiations for the Convention drew on the 1948 Universal Declaration of Human Rights⁵ as the primary source, on which all the Western European states, as members of the United Nations, were bound to agree. This reliance was especially so with regard to enshrining the principle of «pluralist democracy» in Article 21. This provides as follows:

- «1. Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives.
2. Everyone has the right to equal access to public service in his country.
3. The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage

and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.»

Charlotte Steinorth reminds us that the UDHR, as with the other UN human rights instruments promulgated during the Cold War, were designed to be — they had to be — acceptable to a variety of political systems. It should be noted that the right to political participation as set out in Article 21 of the UDHR, refers to the «will of the people» as the basis of governmental authority and provides for equal and universal suffrage. She points out that this has often been read by Western commentators as expressing the essence of liberal democracy. «While the article laid down the principle of popular sovereignty, its lack of specification as to the requirement of pluralism significantly reduced the right's liberal democratic meaning, making it applicable to a diversity of political systems».⁶

Gregory Fox and Brad Roth make a similar point: «Article 21 of the UDHR, in a manner strikingly dissimilar to that of the document's other Articles and that of the ICCPR, speaks not merely of the individual right to take part in government, but also of the principle that '[t]he will of the people shall be the basis of the authority of government'».⁷ Asbjørn Eide also has noted⁸ that the statement in Article 21 that

«the will of the people shall be the basis of authority of the government <...> goes beyond the conceptions held by most adherents of the social contract in the 18th century, which required only that the government had the consent of the governed. Only a select few were held to be suited to participate in the exercise of authority. Article 21 implies a right for all to participate, directly or through freely chosen representatives, in the exercise of government, and equal rights for all of access to public service. It consolidates, therefore, the notion of freedom with and through participation.»

The «inclusive list» in Article 21 — periodic, equal, universal, direct (or through representatives) and secret suffrage — «were present in the constitutions of China, France, the USSR and Yugoslavia», as Johannes Morsink notes.⁹ This is how the draft article appeared in the Draft Outline of International Bill of Human Rights prepared by John P. Humphrey. The Third Session of the UN Commission on Human Rights, which took place in May — June 1948, was responsible for the fifth stage of drafting of the UDHR. A series of joint proposals from the United Kingdom and India cut down almost all the drafts to their bare minimum.¹⁰ As a result, «democratic details» in the draft were cut, leaving three short paragraphs: «Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through his freely chosen representatives»; «Everyone has the right of access to public employment in his country»; and «Everyone has the right to a government which conforms to the will of the people». The phrase «the will of the people» was almost lost, but saved by Rene Cassin; and the United Kingdom delegation insisted that the provision for secrecy be taken out, because this could not be permitted in the colonies.¹¹

¹ At <http://www.coe.int/T/E/Com/About_Coe/Parliamentary_assembly.asp> (last accessed 16 May 2007).

² At <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm>> (last accessed 16 May 2007).

³ The 10 states which signed it on that day were Belgium, Denmark, France, Ireland, Italy, Luxembourg, Netherlands, Norway, Sweden and the United Kingdom.

⁴ It came into force, following 7 ratifications, on 3 August 1949.

⁵ At <<http://www.unhcr.ch/udhr/lang/eng.htm>> (last accessed 16 May 2007).

⁶ Charlotte Steinorth. «Democratisation and International Law in the 21st Century: Whither the democratic entitlement?» at <www.bisa.ac.uk/2006/pps/steinorth.pdf> (last accessed 16 May 2007).

⁷ Gregory Fox and Brad Roth. «Democracy and international law». 27 *Review of International Studies* 327—352 (2001). P. 335.

⁸ Asbjørn Eide. «Making Human Rights Universal: Achievements and Prospects». At <www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5710/h06/asbjorneide.doc> (last accessed 16 May 2007).

⁹ Johannes Morsink. *The Universal Declaration on Human Rights. Origins, Drafting and Intent*. 1999, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, p. 59.

¹⁰ Morsink, *ibid.*, p. 11.

¹¹ Morsink, *ibid.*, p. 59.

It is therefore highly noteworthy that, as Susan Waltz points out, «<...> on the text that eventually became Article 21, some twenty-eight voices joined the debate in the Third Committee, which put much of the detail back in, including delegates from Belgium, Uruguay, the United States, Greece, Brazil, Venezuela, Iraq, China, Haiti, Cuba, Sweden, the former Soviet Union, Lebanon, Philippines, and Saudi Arabia».¹

Furthermore, Article 29's reference to a «democratic society» reinforces the democratic rights set forth in Article 21²:

«(1) Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible.

(2) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.

(3) These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations.»

The fact of the (nascent) Cold war, and the involvement of so many states, is perhaps the reason that the word «democracy» does not appear in Article 21. As Fox and Roth have argued³, «No generally agreed definition has yet emerged, though most international actors using the term appear, at a minimum, to refer to the familiar pairing of free and fair elections and certain “countermajoritarian” political rights. Elections, as the procedural embodiment of “popular sovereignty”, are particularly emphasised,⁴ though the UN Human Rights Commission included elections as only one of a long list of “rights of democratic governance”».⁵

Indeed, Article 21 of the Declaration states that «[t]he will of the people shall be the basis of the authority of government,» and that «this will shall be expressed in periodic and genuine elections».⁶ Implicitly, then, Article 21 links governmental legitimacy to respect for the popular will. Yet this linkage does not appear in the subsequent, and legally binding, International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Article 25 of the Covenant speaks of the right to participate in public affairs — including the right to genuine and periodic elections — but it does not purport to condition governmental authority on respect for the will of the people. The language of Article 25 was intentionally drafted broadly enough to accommodate the wide range of governmental systems in place among the initial parties to the Covenant.⁷ As a result, even Soviet-bloc states felt free to ratify the Covenant. From their perspective, communist states satisfied the requirements of Article 25 by affording

voters access to various participatory mechanisms as well as an opportunity to ratify their leadership in periodic, albeit single-party, elections.⁸ Thus, the cost of consensus was language broad enough to obscure sharp differences among states on the nature of their commitment to democratic rule. The differences between the two articulations in the Universal Declaration and ICCPR are for this reason interesting. Brad Roth explains that:

«Article 21 of the Declaration can be read syllogistically to mean that the basis of governmental authority is such popular will as has been expressed in the elections, whereas non-liberal regimes would prefer it to mean that the popular will is (in some abstract sense) the basis of — and therefore expressed by — governmental authority, and is also expressed in elections. The Covenant version simplifies the matter by leaving undefined the relationship, if any, not only between authority and elections, but also between authority and participation».⁹

Most significant, however, is the fact that Article 21 says a great deal more than Article 3 of Protocol to the ECHR. This is no doubt because of the fact that the «small states» and others to which Waltz refers were able to prevent the United Kingdom from achieving the «minimalist» version it desired.

The Drafting Process in the Council of Europe

The work of drafting the ECHR occupied the Committee of Ministers (meeting in secret) and the Consultative Assembly (meeting in public) from 11 May 1949 until 20 March 1952. The ECHR itself was opened for signature in Rome, 4 November 1950, while the First Protocol was opened for signature in Paris on 20 March 1952. The proceedings, so far as they were public, are published in the 8 volumes of the «Travaux préparatoires».¹⁰

The reason why the ECHR was followed so soon by an additional Protocol is of vital importance to the argument of this article. Once again the United Kingdom played a malign role. Or at least started well — in one of the first hearings Sir David Maxwell-Fyfe, one of the United Kingdom's representatives on the Consultative Assembly,¹¹ referred to the «<...> fundamental principles of democracy which the contracting states must respect. It includes <...> the right to organise political opposition, with the implication of the right to nominate opposition candidates at elections».¹² Given the recent cases, those words now read somewhat ironically. The Rapporteur, Mr P.-H. Teitgen of France, added that the right should include a duty by governments «<...> to take no action which will interfere with the right to organise a political opposition».¹³

¹ Susan Waltz. «Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights». 23 *Human Rights Quarterly* 44—72 (2001), p. 55.

² Mary Ann Glendon. «The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights». 2 *Northwestern University Journal of International Human Rights* 5 (2004). At <<http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v2/5>> (last accessed 16 May 2007).

³ Gregory Fox and Brad Roth, *op. cit.*, p. 331.

⁴ Kurt Herndl. «The Case-Law of the Commission as Regards the Right to Free Elections (Article 3 of Protocol 1)», in *The Birth of European Human Rights Law*. Michele de Salvia and Marti E. Villiger (eds.) Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998 («the right of an individual to take part in elections is quintessential for any democratic society and any democratic State.»)

⁵ This non-exclusive list refers to (a) the rights to freedom of opinion and expression, of thought, conscience and religion, and of peaceful association and assembly; (b) the right to freedom to seek, receive and impart information and ideas through any media; (c) the rule of law; (d) the right of universal and equal suffrage, as well as free voting procedures and periodic and free elections; (e) the right to political participation; (f) transparent and accountable government institutions; (g) the right of citizens to choose their government system through constitutional or other democratic means; and (h) equal access to public service. Promotion of the Right to Democracy, Comm. HR Res. 1999/57 (27 April 1999) (approved by a vote of 51—0—2).

⁶ Andrew K. Coleman and Jackson N. Maogoto. «Democracy's Global Quest: A Noble Crusade Wrapped in Dirty Reality?». September 3, 2003. *ExpressO Preprint Series*. Working Paper 42. <<http://law.bepress.com/expresso/eps/42>> (last accessed 16 May 2007).

⁷ See Henry J. Steiner. «Political Participation as a Human Right». 1 *Harvard Human Rights Year Book* 77 (1988), 87—88, 90, 93.

⁸ Steiner, *ibid.*, p. 91 (noting that an amendment requiring a pluralist political party system was withdrawn as a concession to the Soviet Union).

⁹ Cited in Steiner, *ibid.*, p. 93.

¹⁰ Council of Europe. *Collected edition of the «Travaux préparatoires» of the European Convention on Human Rights* in eight volumes (1975—1985) Dordrecht: Martinus Nijhoff.

¹¹ As Lord Kilmuir, he became Lord Chancellor in a later Conservative administration; he became Chairman of Committee on Legal and Administrative Questions of the Consultative Assembly.

¹² Council of Europe. *Collected edition of the «Travaux préparatoires» of the European Convention on Human Rights* in eight volumes. *Op. cit.*, Volume 1 *Preparatory Commission of the Council of Europe, Committee of Ministers, Consultative Assembly (11 May — 8 September 1949)*, p. 118.

¹³ *Travaux préparatoires*, vol. 1, p. 168.

All the UN human rights texts embody a commitment to a democratic form of government, and reflect four ideas, according to A. W. Brian Simpson. The first is that government should be based on the will of the people. The second is that all appropriately qualified citizens should be able to participate in the government of their country. The third is that the will of the people should be ascertained through periodic elections. The fourth is that elections should be free elections, with universal suffrage and a secret ballot.¹ The UK was committed to the UDHR.

It was not, however, in favour of implementing these principles in the ECHR. As Marston points out, after the failure of attempts to find a suitable practising barrister to serve as the «qualified personage» to be a member of a committee responsible for drawing up a draft Convention, Sir Oscar Dowson, lately senior legal adviser in the Home Office and retired for about two years, was nominated to represent the United Kingdom². The evolution of the United Kingdom's position can be seen in Dowson's statement at the sitting of the Committee of Experts on 2 February 1950: «The UK Government desires the deletion of that part of this article which includes the undertakings regarding machinery of elections and the right of political opposition». He continued:

«It may be explained that the proposals in this article relating to those matters, are of a constitutional and political character, and in the view of the United Kingdom Government are not appropriate for inclusion within the proposed Convention. The practical difficulties which would be raised by the inclusion of such an article are numerous. The following may be mentioned:

a) The impossibility of reaching agreement on what precisely are the fundamental principles of democracy <...>»³

Despite this, the draft Report of 16 March 1950 of the Committee of Experts contained an appendix with the following: «To take no arbitrary action which will interfere with the right of criticism and the right to organise a political opposition».⁴ This was plainly a matter of great controversy. On 4 August 1950, at the 5th session of the Committee of Ministers, the Irish delegate proposed an amendment as follows: «A clause should be included providing that no arbitrary action will be taken which would interfere with the right of a democratic political opposition to criticise and organise a political opposition on democratic lines».⁵ This was not the view of the United Kingdom.

On 16 August 1950, at the second session of the Consultative Assembly, following the work of the Committee of Ministers, Mr Teitgen expressed his outrage at the draft Convention proposed by the Committee of Ministers, very much in the form in which it was opened for signature in November 1950.

«The Convention with which we are now faced seems to be less liberal even than the very restrictive Statute of the Council

of Europe <...> they linked very closely together <...> the fundamental individual freedoms and the basic principles of political democracy <...> [he referred to the Preamble, as set out above]. So, in the opinion of our Governments, these three fundamental ideas, individual freedom, democracy and the rule of law, are three aspects of one reality. And now today, we are being asked to guarantee individual freedoms without guaranteeing democracy and the fundamental principles of its institutions! And upon what is the argument based? Upon a theoretically possible separation between the two — utter nonsense!».⁶

He pointed out that just such a separation was put into practice — on the other side of the Iron Curtain. Debates in the Consultative Assembly were correspondingly stormy.⁷

Simpson points out that the failure of the Ministers to incorporate the three rights caused great irritation, and it was known that Britain had led the opposition to their inclusion.⁸ This was the result of a Cabinet decision of 24 October 1950. Following that decision the Foreign Office prepared a brief for Ernest Davies, the Parliamentary Under-Secretary of State, who was to attend the meeting of the Committee of Ministers in Rome. The brief pointed out that three new «rights» (Articles 10: right to property, 11: right to education, and 17: safeguarding of democratic institutions) had been proposed by the Assembly and that Davies should take the line that the Committee of Ministers had been satisfied with the previous draft and that there was no good reason for the Ministers to change their views.⁹

On 15 November 1950 the Lord Chancellor, Lord Jowitt made a statement in the House of Lords, in which he made it clear that Britain was one of the opposing countries over the clause on democracy.¹⁰

The Sixth Session of the Committee of Ministers (CoM), which took place on 3 — 4 November 1950, reported on 15 November 1950.¹¹ The CoM had not been able to come to a unanimous agreement on a number of amendments. The Report published for the first time the letter of the Chairman of the Committee on Legal and Administrative Affairs to the CoM, sent on 24 June 1950, making reference to Article 21 of the UDHR.¹² When this was debated at the 19th Sitting on 16 August 1950, Mr Norton wondered whether any Convention which did not guarantee the right to free elections or prohibit totalitarian interference with legitimate criticism by a democratic opposition could justly be called a Convention on Human Rights.¹³ Mr Teitgen added that he was astonished to see that the Ministers had eliminated the principle of safeguarding political rights from the Convention.

At the meeting of the Consultative Assembly on 8 December 1951, Mr Teitgen outlined the sorry history of what had happened.¹⁴ On 25 August 1950, the Consultative Assembly had decided to add to the Committee of Ministers' text the

¹ A. W. Brian Simpson. *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 757

² Geoffrey Marston. «The United Kingdom's Part in the Preparation of the European Convention on Human Rights, 1950». 41 *International and Comparative Law Quarterly* 4 (1993), pp. 796—826, at p. 807. As Marston notes C. M. Le Quesne of the United Nations Division of the Foreign Office minuted on 21 December 1949: «I doubt whether a barrister could be expected to neglect his practice in order to serve as our unpaid representative on this Committee. On the other hand, even if it were decided to offer a salary I doubt whether we should be able to offer one big enough to compensate a man of any eminence for the work which he would be compelled to refuse» (*ibid.*). Dowson had earlier been rejected as a possible candidate to represent the United Kingdom at the Commission of Human Rights in New York (FO 371172814 [UNE 30361161961]).

³ *Travaux préparatoires*, vol. 3. *Committee of Experts (2 February — 10 March 1950)*, p. 182.

⁴ *Travaux préparatoires*, vol. 4. *Committee of Experts — Committee of Ministers conference of Senior Officials (30 March — 17 June 1950)*, p. 54.

⁵ *Travaux préparatoires*, vol. 5. *Legal Committee, Ad Hoc Joint Committee, Committee of Ministers, Consultative Assembly (23 June — 28 August 1950)*, p. 60.

⁶ *Travaux préparatoires*, vol. 5, p. 288.

⁷ *Travaux préparatoires*, vol. 6. *Consultative Assembly*.

⁸ Simpson, *op. cit.*, p. 769.

⁹ Marston, *op. cit.*, p. 821.

¹⁰ Simpson, *op. cit.*, p. 770.

¹¹ *Travaux préparatoires*, vol. 7. *Standing Committee of the Consultative Assembly, Consultative Assembly, Committee of Experts, Committee of Ministers, Legal Committee (3 November 1950 — 15 May 1951)*.

¹² *Travaux préparatoires*, vol. 7, p. 158.

¹³ *Travaux préparatoires*, vol. 7, p. 158.

¹⁴ *Travaux préparatoires*, vol. 8. *Consultative Assembly, Committee of Experts, Committee of Ministers, Legal Committee, Advisers to the Ministers (1 October 1951 — 20 March 1952)*.

three fundamental rights now to be found in the First Protocol. On 4 November 1950, the Ministers had signed a Convention in Rome which did not include these rights. Feeling the strong criticism from the Assembly, the Ministers let it be known that they would study the possibility of a protocol. The Committee of Ministers adopted the Protocol on 3 August 1951.

Thus, the guarantees for democracy were left for the First Protocol, along with the rights to property and to education.

The Contested Notion of Democracy

What is meant by the word «democracy»? Charlotte Steinorth has reminded us that the right to political participation provided for in the First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms together with the civil and political rights guaranteed by the Convention itself, have been consistently interpreted by the Convention's organs in the light of liberal democratic standards of governance.¹ «Democracy», according to the European Court for Human Rights² «thus appears to be the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it». Steinorth adds that in addition to the requirement of multiparty democracy expressed in the European Convention, state practice within the Council of Europe and the European Community system has supported a regional norm of democratic governance.

As to the links between democracy and the Convention, the Court has made the following observations in *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* (judgment of 30 January 1998)³:

«Democracy is without doubt a fundamental feature of the European public order <...> That is apparent, firstly, from the Preamble to the Convention, which establishes a very clear connection between the Convention and democracy by stating that the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms are best ensured on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of human rights <...> The Preamble goes on to affirm that European countries have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law. The Court has observed that in that common heritage are to be found the underlying values of the Convention <...>; it has pointed out several times that the Convention was designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society <...>»

However, the very word «democracy» is extraordinarily elastic, and contested. Everyone agrees that «democracy» is a good thing, but there is little agreement as to what exactly it is. At the inception of the Council of Europe it was, as noted above, defined negatively. It was everything that was not the «totalitarian» systems of the «communist» states. The

proliferation of scare-quotes in this paragraph simply indicates that none of these terms is quite what it seems. The significance of this interplay of simulacra will be laid bare later in this article. Indeed, Gunnar Beck has noted that for the Strasbourg Court, as other courts, «<...>many judicial trade-offs between conflicting rights involve judgments about the meaning, legitimate limits and security requirements of democratic government». He cites the judgment in *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*⁴, where the Court held (at para 80), that «the hallmarks» of a democratic society include «pluralism, tolerance and broadmindedness». Beck comments that

«None of these attributes can be said to be incontrovertible attributes of the core meaning of democracy; indeed none are democratic values on a classical view of democracy. The Court here in fact assumes a historically highly contingent conception of liberal democracy where the requirements of majority rule are tampered by a high degree of social liberalism, perhaps even permissiveness».⁵

A recent definition of «democracy» asserts that «<...> it is rather democracy's status as rule *by* the people and *for* the people that is the distinctive core of the democrat's faith».⁶ However, the question which has haunted this very faith was most savagely posed by Carl Schmitt before he became the official Nazi ideologist. Analysing the «crisis of contemporary parliamentarism», he argued that this crisis was «<...> in its depths, the inescapable contradiction of liberal individualism and democratic homogeneity».⁷ This is point made by many critics of Rousseau⁸ and of Mill: how on their terms can democracy be enacted save in a homogenous ethnic community?

Pointing, as do many contemporary critics, to the fact that government is not the business of open debate but that «<...> what representatives of the big capitalist interests agree to in the smallest committees is more important for the fate of millions of people, perhaps, than any political decision», he declared that the «actual circumstances of parliamentary business, openness and discussion have become an empty and trivial formality».⁹

In a recent and highly sophisticated attempt to reconcile these tensions, Martin Loughlin argues that «<...> democracy cannot be understood in terms of some unmediated notion of popular will. The aspirations of the multitude inevitably conflict, which is precisely why the practice of politics has emerged. The aggregation of interests and opinions implicit in the concept of a democratic will can be recognised only when absorbed into some representative form».¹⁰ While he engages — in a complimentary fashion — with Schmitt's notion of the «political»¹¹ as «resting on its own distinctions», that is, between friend and enemy¹², his formulation plainly does not take account of Schmitt's criticism. Furthermore, in a recent influential work Jacques Rancière¹³ condemns representation as from the start in the French and American revolutions as «<...>the exact contrary of democracy»¹⁴. Indeed, «there is, strictly speaking, no such thing

¹ Charlotte Steinorth. «Democratisation and International Law in the 21st Century: Whither the democratic entitlement?». BISA Annual Conference. December 2006. University of Cork. At <<http://www.bisa.ac.uk/2006/ppts/steinorth.pdf>> (last accessed 16 May 2007).

² *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, application No. 19392/92, judgment of 30.01.1998, § 45. Reports of Judgments and Decisions 1998-I.

³ Reports of Judgments and Decisions 1998-I pp. 21–22, § 45, quoted in *Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, § 47, ECHR 2002-II).

⁴ Applications nos. 31417/96 and 32377/96, judgment of 27 September 1999.

⁵ Gunnar Beck. *The Normative and Conceptual Contestability of Human Rights*. 2007. Unpublished draft with the author.

⁶ Geoffrey Brennan and Loren Lomasky. «Toward a Democratic Morality» chapter 9 in David Estlund (ed.). *Democracy*. 2002, Blackwell Readings in Philosophy, Oxford: Blackwell, pp. 237–266, p. 237.

⁷ Carl Schmitt. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Trans. Ellen Kennedy 1988. Cambridge, Mass: The MIT Press, p. 17 — preface to the 1926 Second Edition.

⁸ Jean-Jacques Rousseau. *The Social Contract* [1762]. Trans. Maurice Cranston. 1968, Harmondsworth: Penguin.

⁹ Schmitt, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰ Martin Loughlin. *The Idea of Public Law*. 2003. Oxford: Oxford University Press, p. 112.

¹¹ Carl Schmitt. *The Concept of the Political* [1932]. Trans G. Schwab. 1996, Chicago: University of Chicago Press.

¹² Loughlin, *op. cit.*, p. 155–156.

¹³ Jacques Rancière. *Hatred of Democracy*. Trans Steve Corcoran. 2006. London: Verso.

¹⁴ Rancière, *ibid.*, p. 53.

as democratic government. Government is always exercised by the minority over the majority <...>¹.

The recent cases which are analysed later in this article exemplify the ECtHR's attempt to resolve the circumstances of an eruption of representatives who threaten this rule of the minority.

The Court's Interpretation and Extension of Article 3 of Protocol 1

So far, this article has shown first, that the content of Article 3 of Protocol 1 (P1-3) is a pale shadow of what was originally intended, and only narrowly survived the attempts of the United Kingdom to keep it out altogether; and second, that its content in the actual form in which it survived, is not immediately apparent.

There have to date been some 46 judgments on P1-3. I have represented the applicants in two of more recent judgments, *Podkolzina v. Latvia*², and, over a period of six years, *Ždanoka v. Latvia*³

The Court was first confronted with the need for authoritative interpretation of P1-3 in 1987 in the case of *Mathieu-Mohin and Clerfayt*⁴, a case which started in 1981. The two applicants were French-speaking Belgian nationals who complained that as voters living in municipalities in a Flemish language administrative district, they could not elect French-speaking representatives to the regional assembly under which their district came and, as elected representatives, that they could not sit in that assembly, whereas Dutch-speaking voters and elected representatives in the same municipalities could. Their complaints under Article P1-3 and Article 14 were dismissed. The Court held (para 57) that

«The system does not appear unreasonable if regard is had to the intentions it reflects and to the respondent State's margin of appreciation within the Belgian parliamentary system — a margin that is all the greater as the system is incomplete and provisional. One of the consequences for the linguistic minorities is that they must vote for candidates willing and able to use the language of their region. A similar requirement is found in the organisation of elections in a good many States. Experience shows that such a situation does not necessarily threaten the interests of the minorities.»

Five judges of the 18 in the Plenary Court dissented.

The Court confirmed the right of individual or group petition, and took the opportunity of explaining the meaning of P1-3. The majority acknowledged (para 47) that

«Since it enshrines a characteristic principle of democracy, Article 3 of Protocol No. 1 (P1-3) is accordingly of prime importance in the Convention system.»

The Court also noted (para 49) that

«The travaux préparatoires also frequently refer to «political freedom», «political rights», «the political rights and liberties of the individual», «the right to free elections» and «the right of election.»

And that «the idea was canvassed — only to be finally abandoned — of withholding the subject from the Court's jurisdiction».

The Court next (para 51) engaged in an important interpretation and extension of the words of P1-3, to include:

[the] concept of subjective rights of participation — the «right to vote» and the «right to stand for election to the legislature» (see in particular the decision of 30 May 1975 on the admissibility of applications nos. 6745—6746/76, *W, X, Y and Z v. Belgium*, op. cit., vol. 18, p. 244).

P1-3 says nothing about limitations to these rights, and the Court summarised them in a passage (para 52) which has been repeated in every subsequent case under the article:

«The rights in question are not absolute. Since Article 3 (P1-3) recognises them without setting them forth in express terms, let alone defining them, there is room for implied limitations <...> In their internal legal orders the Contracting States make the rights to vote and to stand for election subject to conditions which are not in principle precluded under Article 3 (P1-3) (Collected Edition of the «Travaux Préparatoires», vol. III, p. 264, and vol. IV, p. 24). They have a wide margin of appreciation in this sphere, but it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Protocol No. 1 (P1) have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate <...>. In particular, such conditions must not thwart «the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.»

This last sentence therefore emphasised the most important express content of the article as it at last found its way into the First Protocol.

This is the article which is most closely connected to political and not simply individual human rights consideration, and this was recognised by the Court in para 54:

«For the purposes of Article 3 of Protocol No. 1 (P1-3), any electoral system must be assessed in the light of the political evolution of the country concerned; features that would be unacceptable in the context of one system may accordingly be justified in the context of another, at least so long as the chosen system provides for conditions which will ensure the «free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.»

All of these principles were repeated by the Court in *Podkolzina*, referring to some of the more recent judgments *Gitonas and Others v. Greece*⁵, *Ahmed and Others v. the United Kingdom*⁶; and *Labita v. Italy*.⁷ The applicant is a Latvian citizen and a member of the Russian-speaking minority in Latvia. Her name appeared on the list of candidates for the National Harmony party for the elections to the national parliament (*Saeima*) of 3 October 1998. A requirement of eligibility to stand as a candidate in the elections was knowledge of the State language, Latvian. She had a certificate of competence from an appropriate state body. At the last moment, leaving her no time to appeal, another branch of the same body decided that her knowledge of Latvian was inadequate. The Court accepted the Government's submission that «the obligation for a candidate to understand and speak Latvian is warranted by the need to ensure the proper functioning of Parliament, in which Latvian is the sole working language. They emphasised in particular that the aim of this requirement was to enable MPs to take an active part

¹ Rancière, *ibid.*, p. 52.

² Application no. 46726/99, judgment of 9 April 2002.

³ Application no. 58278/00, judgment of the Chamber (First Section) of 17 June 2004, judgment of the Grand Chamber of 16 March 2006.

⁴ Application no. 9267/81, judgment of 2 March 1987, Series A no. 113.

⁵ Judgment of 1 July 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV, pp. 1233—1234, § 39.

⁶ Judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2384, § 75.

⁷ Application no. 26772/95, Grand Chamber judgment of 6 April 2000, § 201, ECHR 2000-IV.

in the work of the House and effectively defend their electors' interests». (para 34, 35).

However, the Government was obliged to show that the decision to remove the applicant's name from the list of candidates was proportionate to the aim pursued. The Court reiterated that the object and purpose of the Convention required its provisions to be interpreted and applied in such a way as to make their stipulations «not theoretical or illusory but practical and effective».¹ In particular the right to stand as a candidate in an election «would only be illusory if one could be arbitrarily deprived of it at any moment» (para 35).

Consequently, the Court continued:

«<...> while it is true that States have a wide margin of appreciation when establishing eligibility conditions in the abstract, the principle that rights must be effective requires the finding that this or that candidate has failed to satisfy them to comply with a number of criteria framed to prevent arbitrary decisions. In particular, such a finding must be reached by a body which can provide a minimum of guarantees of its impartiality. Similarly, the discretion enjoyed by the body concerned must not be exorbitantly wide; it must be circumscribed, with sufficient precision, by the provisions of domestic law. Lastly, the procedure for ruling a candidate ineligible must be such as to guarantee a fair and objective decision and prevent any abuse of power on the part of the relevant authority.»

These were the principles applied by the Chamber (First Instance) in *Ždanoka v. Latvia* in June 2004.

Circumstances in Which an Individual's Right to Stand as a Candidate can be Restricted

On several occasions in the 1970s, the former European Commission of Human Rights was required to consider whether the decision to withdraw an individual's right to vote or to stand on account of her previous activities constituted a violation of P1-3. In practically all those cases, the Commission found that it did not. Thus, in the cases of *X. v. the Netherlands*² and *X. v. Belgium*³ it rejected applications from two persons who had been convicted following the Second World War of collaboration with the enemy or «uncitizenlike conduct» and permanently deprived of the right to vote. In particular, the Commission considered that:

«the purpose of legislation depriving persons convicted of treason of certain political rights and, more specifically, the right to vote [was] to ensure that persons who [had] seriously abused, in wartime, their right to participate in the public life of their country are prevented in future from abusing their political rights in a manner prejudicial to the security of the state or the foundations of a democratic society.»

Furthermore, in the case of *Van Wambeke v. Belgium*⁴, the Commission declared inadmissible, on the same grounds, an application from a former member of the *Waffen-SS*, convicted of treason in 1945, who complained that he had been unable to take part in the elections to the European Parliament in 1989.

Finally, in the case of *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*⁵, the Commission declared inadmissible two applications concerning the refusal to allow the applicants, who were the leaders of a proscribed organisation with racist and xenophobic traits, to stand for election.

Ždanoka v. Latvia

Tatyana Ždanoka was born into a Russian-speaking family in Riga in 1950. Her family lived in Latvia for several generations, and following independence she was entitled to Latvian citizenship as a right — a right which she was obliged to vindicate in the courts, having been wrongfully denied by the Latvian Government following independence. She joined the Communist Party in 1971, and taught mathematics at Riga University until 1990. From 1990 until 1993 she was an elected Deputy in the Supreme Council of Latvia, and from 1989 to 1994 she was an elected Member of the Riga Municipal Chamber.

The Latvian Government never contradicted the fact that, following Latvian independence in 1991, she ceased to be a member of the Communist Party. She founded and led political parties representing ethnic Russians, most recently the party «For Human Rights in a United Latvia», on whose platform she became an MEP.⁶ She was not only an elected politician, but worked as a human rights activist, founding the Latvian Committee for Human Rights (FIDH) and working on many occasions with the Council of Europe, OSCE and other bodies to promote peaceful resolution of the problems of contemporary Latvia. There was no evidence whatsoever that she had ever spoken or acted against Latvian independence or constitutionality.

On 13 January 1994, the Latvian parliament enacted a new restrictive law, the Municipal Elections Act, followed on 25 May 1995 by the Parliamentary Elections Act. Both provided that the following may not stand as a candidate for elections:

«<...> persons who actively participated after 13 January 1991 in the CPSU (CPL), the Internationalist Front of Workers of the Latvian SSR, the United Council of Labour Collectives, the Organisation of War and Labour Veterans or the Latvian Committee of Public Safety, or in their regional committees <...>»

On 25 January 1997 Ždanoka's party, the «Movement for Social Justice and Equal Rights in Latvia» submitted its list of ten candidates for the forthcoming municipal elections of 9 March 1997. She was one of those candidates. In line with the requirements of the Municipal Elections Act, she signed the list and attached a written statement confirming that she was not one of the persons referred to in the new restriction. In a letter sent on the same day she informed the Electoral Commission that she had been a member of the CPL's Pļavnieki branch and of its Central Committee for Supervision and Audit until 10 September 1991, the date of the CPL's official dissolution. However, she argued that the restrictions mentioned above were not applicable to her, since they were contrary to Articles 2 and 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights, ratified by Latvia. Latvia had not yet ratified the ECHR.

The Riga Electoral Commission registered the list submitted by Ždanoka, implicitly accepting her argument. At the elections this list obtained four of the sixty seats on Riga City Council. Ždanoka was one of those elected.

Parliamentary elections were due to take place on 3 October 1998, and Ždanoka followed exactly the same procedure as in 1997. This time the Central Electoral Commission suspended registration of the list on the ground that her candidacy did not meet the requirements of the 1995 Act. Not wishing to jeopardise the

¹ See, for example, *Artico v. Italy*, judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, pp. 15–16, § 33; *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998, Reports 1998-I, pp. 18–19, § 33; and *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 100, ECHR 1999-III.

² Application no. 6573/74, Commission decision of 19 December 1974, DR 1, p. 88.

³ Application no. 8701/79, Commission decision of 3 December 1979, DR 18, p. 250.

⁴ Application no. 16692/90, Commission decision of 12 April 1991.

⁵ Applications nos. 8348/78 and 8406/78, Commission decision of 11 October 1979, DR 18, p. 187.

⁶ English web-site at <http://www.pctv.lv/> (last accessed 17 May 2007).

entire list's prospects of being registered, the applicant withdrew her candidacy, after which the list was immediately registered.

The Central Electoral Commission asked the State Procurator General to examine the legitimacy of the applicant's election to the Riga City Council. However, the Procurator General's Office found in August 1998 that Ždanoka had not committed any action defined as an offence in the Criminal Code. The decision stated that, although she had provided false information to the Riga Electoral Commission regarding her participation in the CPL, there was nothing to prove that she had done so with the specific objective of misleading the Commission. Indeed, her application had stated precisely the form of her activity in the CPL. Nevertheless, in January 1999, the Prosecutor applied for a finding that she had been an «active member». Following a series of appeals, in December 1999 Ždanoka was disqualified from electoral office and lost her seat as a member of Riga City Council. It will be recalled that she had served blamelessly since March 1997. She applied to the Strasbourg Court in January 2000.

Ždanoka is now a Member of the European Parliament¹, one of nine MEPs elected in June 2004 following Latvia's accession to the European Union on 1 May 2004², and is a member of Green/European Free Alliance group. An attempt by the Government in January 2004 to prevent her from standing, by amending the Parliamentary Elections Act of 1995, failed by two votes.

The Court's Chamber Judgment in *Ždanoka*

The majority of the Court (by five, led by its President, Mr Rozakis, to two) focused on proportionality. It held (at paragraph 87) that such a restriction might «...» serve a double function and may be analysed in two ways: as a punitive measure, i.e. as a sanction for having demonstrated uncitizenlike conduct in the past, but also as a preventative measure, where the applicant's current conduct is likely to endanger democracy and where his or her election could create an immediate threat to the State's constitutional system».

As to punishment, it held that this was a legitimate goal; but that generally speaking, the measure in question must remain temporary in order to be proportionate. In the Court's opinion, the restriction was indeed permanent, in that it was of indefinite duration and would continue until the relevant legislation is repealed. The cases decided by the Commission in the 1970s were not relevant, since the applicants had been convicted of particularly grievous criminal offences, such as war crimes or high treason; in contrast, in the present case, Ždanoka's activities had not given rise to any criminal penalties.

As to prevention, the Court held that in becoming involved or participating actively in those organisations during the period in question, Ždanoka could not reasonably have foreseen the adverse consequences that might arise in the future. Accordingly, she could not be accused of having been active in an illegal association.

The Court did not exclude the possibility that the restriction could have been justified and proportionate during the first years after the re-establishment of Latvia's independence (para 92), and accepted that to bar from the legislature persons who had held positions within the former regime's ruling body and who had also actively supported attempts to overthrow the new democratic system might be a legitimate and balanced solution, without it being necessary to look into the applicant's individual conduct; such a measure would be fully compatible with the concept of a «democracy capable of defending itself» relied on by the Government.

After a certain time, however, this ground was no longer sufficient to justify such prevention; it then became necessary

to establish whether other factors, particularly an individual's personal participation in the disputed events, continue to justify his or her ineligibility.

In the circumstances of Latvia's inflexibility, the Court felt able to examine whether Ždanoka's conduct more than ten years previously still constituted sufficient justification for barring her from standing in parliamentary elections. The Court noted that she had never been convicted of a criminal offence in connection with her activities within the CPL. Secondly, in August 1991 a special committee of the Supreme Council was instructed to investigate the participation of certain members of parliament in the second coup d'état in Latvia; Ždanoka was not one of the fifteen members of parliament who were removed from their seats following this investigation. The Court therefore concluded that no sufficiently serious misconduct on her part had been proven. None of the evidence produced by the Government proved that she herself committed specific acts aimed at destroying the Republic of Latvia or at restoring the former system (para 94).

The Court was struck (para 95) by the fact that the restriction was not inserted in the electoral law until 1995 and did not exist at the time of the previous elections in 1993. That being so, it questions why parliament, if it considered that former active members of the CPSU and the CPL were so dangerous for democracy, did not enact a similar provision in 1993 — scarcely two years after the events complained of — but waited until the following elections.

The Court noted that the Government's concerns lay mainly in the fact of defending and disseminating ideas which are diametrically opposed to the Latvian authorities' official policy and which are unpopular among a large proportion of the population. However, said the Court, there is no democracy without pluralism. On the contrary, it is the essence of democracy to allow diverse political projects to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organised and those which offend, shock or disturb a section of the population. In this it relied on two of the important Turkish cases, *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*³ and *Refah Partisi and Others v. Turkey*⁴. There was no evidence to enable the Court to conclude either that Ždanoka's activities were other than legal and democratic; nor that they were incompatible with fundamental democratic principles.

The Court concluded that the permanent disqualification from standing for election to the Latvian Parliament imposed on Ždanoka on account of her activities within the CPL after 13 January 1991 was not proportionate to the legitimate aims which it pursued, and curtailed her electoral rights to such an extent as to impair their very essence, and that its necessity in a democratic society had not been established. Accordingly, P1-3 had been violated.

It is submitted that the Chamber's judgment was consistent both with the accumulated case-law of the Commission and Court, and with the principles underlying them in particular vindication of the essential ingredient of P1-3, «the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature». A sufficient number of Latvian electors evidently wished to elect Ždanoka; and there was no good reason why they should not be permitted to do so.

Latvia's Appeal to the Grand Chamber

On 17 September 2004, the Government requested that the case be referred to the Grand Chamber, and a hearing took place on 1 June 2005. Whereas the oral hearing before the Chamber had concentrated on points of law, the Grand Chamber heard arguments from the Agent for Latvia which were very much more political. Ždanoka was compared with Milosevic, and it was submitted that she should bear responsibility for the crimes of the USSR. An unusual number of

¹ See <<http://www.europarl.europa.eu/members/public/geoSearch/view.do?country=LV&partNumber=1&language=EN&id=28619>> (last accessed 17 May 2007).

² See <<http://www.guardian.co.uk/eu/country/0,14489,1195417,00.html>> (last accessed 17 May 2007).

³ Application no. 23885/94, § 39, ECHR 1999-VIII.

⁴ Application nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 86, ECHR 2003-II.

judges intervened with questions such as whether she has ever publicly apologised for her previous membership of the Communist Party.

The Government argued first that the Chamber had misconstrued the extent of the margin of appreciation, and had then acted contrary to the subsidiary character of the Convention, violated the principle of the sovereignty of the State, and made the Court a further level of jurisdiction superimposed on those existing in the Contracting States. According to the Government, it did this by taking the place of the national authorities first, in fact-finding through evaluating Ždanoka's activities in order to establish whether she posed or poses an imminent danger to national security and democratic state system, and interpreting and applying domestic law so as to put right the alleged violation of her right to stand for election, following the restriction imposed on her.

The judgment was delivered on 16 March 2006. No doubt by complete coincidence, 16 March is also the date when each year veterans of the Latvian Legion, a force raised by the Germans and who fought alongside them in WWII, hold a march.¹ This march is regarded by Latvia's Russian community as highly provocative.

Furthermore, the Latvian lawyers from the Court's Registry indicated that a completely new test had been formulated for P1-3. This was contained in para 115, which stated:

«...» the Court reaches the following conclusions as to the test to be applied when examining compliance with Article 3 of Protocol No. 1:

(a) Article 3 of Protocol No. 1 is akin to other Convention provisions protecting various forms of civic and political rights such as, for example, Article 10 which secures the right to freedom of expression or Article 11 which guarantees the right to freedom of association including the individual's right to political association with others by way of party membership. There is undoubtedly a link between all of these provisions, namely the need to guarantee respect for pluralism of opinion in a democratic society through the exercise of civic and political freedoms. In addition, the Convention and the Protocols must be seen as a whole. However, where an interference with Article 3 of Protocol No. 1 is at issue the Court should not automatically adhere to the same criteria as those applied with regard to the interference permitted by the second paragraphs of Articles 8 to 11 of the Convention, and it should not necessarily base its conclusions under Article 3 of Protocol No. 1 on the principles derived from the application of Articles 8 — 11 of the Convention. Because of the relevance of Article 3 of Protocol No. 1 to the institutional order of the State, this provision is cast in very different terms from Articles 8 — 11. *Article 3 of Protocol No. 1 is phrased in collective and general terms, although it has been interpreted by the Court as also implying specific individual rights.* (My emphasis — BB) The standards to be applied for establishing compliance with Article 3 of Protocol No. 1 must therefore be considered to be less stringent than those applied under Articles 8 — 11 of the Convention.

(b) The concept of «implied limitations» under Article 3 of Protocol No. 1 is of major importance for the determination of the relevance of the aims pursued by the restrictions on the rights guaranteed by this provision. Given that Article 3 is not limited by a specific list of «legitimate aims» such as those enumerated in Articles 8 — 11, the Contracting States are therefore free to rely on an aim not contained in that list to justify a restriction, provided that the compatibility of that aim with the principle of the rule of law and the general objectives of the Convention is proved in the particular circumstances of a case.

(c) The «implied limitations» concept under Article 3 of Protocol No. 1 also means that the Court does not apply the traditional tests of «necessity» or «pressing social need» which are used in the context of Articles 8 — 11. In examining compliance with Article 3 of Protocol No. 1, the Court has focused mainly on two criteria: whether there has been

arbitrariness or a lack of proportionality, and whether the restriction has interfered with the free expression of the opinion of the people. In this connection, the wide margin of appreciation enjoyed by the Contracting States has always been underlined. In addition, the Court has stressed the need to assess any electoral legislation in the light of the political evolution of the country concerned, with the result that features unacceptable in the context of one system may be justified in the context of another (see, *inter alia*, the *Mathieu-Mohin* and *Podkolzina* cases, cited above, *ibid.*).

(d) *The need for individualisation of a legislative measure alleged by an individual to be in breach of the Convention, and the degree of that individualisation where it is required by the Convention, depend on the circumstances of each particular case, namely the nature, type, duration and consequences of the impugned statutory restriction. For a restrictive measure to comply with Article 3 of Protocol No. 1, a lesser degree of individualisation may be sufficient, in contrast to situations concerning an alleged breach of Articles 8 — 11 of the Convention.* (my emphasis — BB).

(e) As regards the right to stand as a candidate for election, i.e. the so-called «passive» aspect of the rights guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1, the Court has been even more cautious in its assessment of restrictions in that context than when it has been called upon to examine restrictions on the right to vote, i.e. the so-called «active» element of the rights under Article 3 of Protocol No. 1. In the *Melnychenko* judgment², the Court observed that stricter requirements may be imposed on eligibility to stand for election to Parliament than is the case for eligibility to vote. In fact, while the test relating to the «active» aspect of Article 3 of Protocol No. 1 has usually included a wider assessment of the proportionality of the statutory provisions disqualifying a person or a certain group of persons from the right to vote, the Court's test in relation to the «passive» aspect of the above provision has been limited largely to a check on the absence of arbitrariness in the domestic procedures leading to disqualification of an individual from standing as a candidate <...>

The Grand Chamber, by 13 to 4, held that there had been no violation of P1-3.

In the further view of the majority, Latvia's view that «even today» Ždanoka's membership of the CPL and opposition to the break-up of the USSR still warrant her exclusion from standing as a candidate to the national Parliament, «*can be considered* to be in line with the requirements» of P1-3. Furthermore, the restriction «has not been found to be arbitrary or disproportionate». And while the restriction «may scarcely be considered acceptable» in more settled countries, «it *may nonetheless be considered* acceptable in Latvia <...>» The use by the majority of curiously tentative language will have been noted. Moreover, the Court said, «The applicant's current or recent conduct is not a material consideration», for the reason that the restriction was based on her membership in 1991. Thus, her unblemished record of support for democracy and human rights in the independent Latvia counted for nothing.

It is submitted that one of the final paragraphs (135) of their judgment exposed a contradiction at the heart of their reversal of the Chamber. The Court made the following extraordinary pronouncement:

«It is to be noted that the Constitutional Court observed in its decision of 30 August 2000 that the Latvian Parliament should establish a time-limit on the restriction. In the light of this warning, even if today Latvia cannot be considered to have overstepped its wide margin of appreciation under [P1-3], it is nevertheless the case that the Latvian Parliament must keep the statutory restriction under constant review, with a view to bringing it to an early end. Such a conclusion seems all the more justified in view of the greater stability which Latvia now enjoys, *inter alia*, by reason of its full European integration. Hence, the failure by the Latvian legislature to take active steps in this connection may result in a different finding by the Court.»

¹ See <http://www.ce-review.org/authorarchives/amber_archive/amber25old.html> (last accessed 17 May 2007).

² Application no. 17707/02, judgment of 19 October 2004.

That is, on the one hand the restriction was within Latvia's margin of appreciation; on the other, it must be repealed as soon as possible. Why should it be swiftly repealed if it did not in any event violate P1-3?

If the Latvian Act of 1995 appeared to have been enacted specifically to place and keep Ždanoka out of Latvian politics — indeed, the Latvian agent in her speech to the Chamber stated that the Act had been designed to punish her — then the majority of the Grand Chamber appeared to have done everything possible to ensure that she could not return, despite their highly adverse remarks as to the restriction.

In his highly critical dissenting opinion, Judge Rozakis (in addition to making some highly relevant remarks as to the nature of representative democracy) put his finger on the underlying issue:

«<...> [in] paragraph 115 of the judgment the Court considers that «Article 3 <...> is phrased in collective and general terms, although it has been interpreted by the Court as also implying specific individual rights». This sentence, although it ultimately does not have a radical impact on the Court's further pronouncements (the sentence which follows in the same paragraph shows that this finding simply affects the standards to be applied for establishing compliance with Article 3, and does not constitute a complete negation of the Article's substance as containing an individual right), is an obscure generalisation which contradicts not only the drafting history of the Protocol and the previous case-law of the Court, but also the letter of the present judgment itself, paragraph 102 of which states in less dubious, but still open-ended, terms that «the Court has established that this provision also implies individual rights, including the right to vote and to stand for election».

I consider that, regardless of whether Article 3 of Protocol No. 1 is «phrased in collective and general terms», it is clear that this Article does not simply imply an individual right but actually provides for one. The drafters' aim was to enrich the Convention with a political right not differing from the other individual human rights contained in the original Convention. The Convention lays down, without exception, individual rights whose bearers are indiscriminately entitled to invoke them in their relations *vis-à-vis* the States parties and the Convention institutions. Hence, regardless of other possible functions, Article 3 *does* confer a specific individual right, which does not differ qualitatively from any other right provided for by the Convention.»

As to Ždanoka herself, he said:

«<...> even if we accept <...> that in the circumstances of Latvia's transition to democracy and its efforts to be disentangled from its recent past, such a harsh measure could have been justified during the first difficult years of adapting to the new regime and for the sake of democratic consolidation, the restrictions have nevertheless not been abolished to date, and this despite the fact that in the meantime Latvia has become a member State of NATO and, more importantly, of the European Union. We are now eleven years away from the date of the Act prohibiting the applicant from standing for election, fifteen years from the events which led to the belated promulgation of the Act, five years from the Constitutional Court's decision, and almost two years from the election of the applicant to the European Parliament.»

This author respectfully shares his view that the majority decision, and the new test with which the Registry lawyers were so pleased, is not only both «dubious» and «obscure», but undermines the extensive established jurisprudence of the Court, as well as striking at the heart of the principle underlying P1-3, and the principle that the right concerned is the right of the electors and not the candidate. This will be returned to in the conclusion.

The Recent Turkish Case

On 30 January 2007, the Court delivered judgment in *Yumak and Sadak v. Turkey*¹. In this case, the applicants alleged that the national electoral threshold of 10% for parliamentary elections interfered with the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. They argued that the high national threshold of 10% made representation very unfair and led to a crisis of legitimacy for the government, since parliament ought to be the free tribune of any democracy. Clearly, they said, a parliament whose composition reflected only about 55% of the votes cast was not capable of supplying the representative legitimacy on which any democracy is based.

The case was heard by the Second Section chamber. It may be noted that none of the judges, with the exception of the new President of the Court, Judge Costa, sat on the Grand Chamber in *Ždanoka*. The Court reviewed the jurisprudence as set out above, with the exception of the Grand Chamber judgment in *Ždanoka*, and noted that the 10% threshold is the highest in Europe, and that (para 73)

«<...> after the elections of 3 November 2002 the electoral system concerned, which has a high threshold without any possibility of a counterbalancing adjustment, produced in Turkey the least representative parliament since the introduction of the multi-party system in 1946 (see paragraph 13 above). In concrete terms, 45.3% of the electorate (about 14.5 million voters) is completely unrepresented in parliament».

Nevertheless, the Court said that (para 76)

«<...> it must accept that in the present case the Turkish authorities (both judicial and legislative) — but also Turkish politicians — are best placed to assess the choice of an appropriate electoral system, and it cannot propose an ideal solution which would correct the shortcomings of the Turkish electoral system».

Thus, Turkey had not overstepped its wide margin of appreciation with regard to P1-3, notwithstanding the high level of the threshold complained of.

Of course, this was not a case of a restriction on a candidate, so the Court had no need to cite *Ždanoka*. But what is significant is that once more States are being given not only a «wide» margin of appreciation in cases concerning democracy, but, in effect, a margin with no effective limits.

Conclusion

The principle at stake in *Ždanoka* is that the «passive» right to stand as a candidate in elections is the right of the electors and not the candidate. To give the state a margin of appreciation of the kind that now appears to be the norm for the ECtHR is to run the danger of negating the object and purpose of P1-3. Ironically, the Court may do through its jurisprudence what the United Kingdom failed to do in 1949 — 1951.

Judge Rozakis put this well in his dissent in *Ždanoka*:

«In a system of sound democratic governance the criterion of eligibility cannot be determined by whether a politician expresses ideas which seem to be acceptable to the mainstream of the political spectrum, or loyal to the established ideologies of the State and society, but by the real representativeness of his or her ideas *vis-à-vis* even a very small segment of society. Accordingly, if a politician is prevented from representing part of society's ideas, it is not only he or she who suffers; it is also the electorate which suffers, it is democracy which suffers.»

This is also the point made by Rancière. Democracy is precisely that which disrupts and unsettles the institutions of power.

¹ Application no. 10226/03.