

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И СУВЕРЕНИТЕТ В РОССИИ (ПРОБЛЕМАТИКА ЕСПЧ)

228

ВНУТРЕННЯЯ ПОЛИТИКА / ОБЩЕСТВО

В начале ноября 2013 г. в Конституционном суде РФ (далее – КС или КС РФ) состоялось заседание в рамках известного дела Константина Маркина, поводом для которого стал запрос Президиума Ленинградского областного военного суда (далее – ЛОВС). Формально запрос касается проверки конституционности пунктов 3 и 4 части четвертой статьи 392 во взаимосвязи со статьей 11 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК). Однако совершенно очевидно, что сами по себе приведенные нормы ГПК, как отметили практически все выступающие на заседании в КС, никак не противоречат Конституции РФ, поскольку лишь содержат самостоятельные основания для пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам – решения КС РФ (п. 3 ч. 4 ст. 392) и постановления Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) (п. 4 ч. 4 ст. 392). Суть запроса лежит в его мотивировке.

Марат ДАВЛЕТБАЕВ, партнер юридической фирмы Threefold Legal Advisors (Москва).
Антон ПЕТРОВ, директор Центра европейского права (Санкт-Петербург).*

**Авторы выражают свою признательность д.ю.н., проф., судье Конституционного суда РФ в отставке Т.Г.Морицаковой, чьи ценные комментарии были использованы при подготовке статьи.*

Запрос был призван внести ясность в вопрос об исполнимости постановлений ЕСПЧ в случаях, когда они входят в существенное противоречие с решением КС, вынесенным по тому же делу, и, таким образом, вытекал из неспособности ЛОВС решить правовой вопрос в рамках «судебной вертикали» без указующих и направляющих предписаний КС РФ. Речь здесь может идти как о пересмотре конкретного дела, так и об обязательности исполнения Россией так называемых «мер общего характера» – т.е. деятельности по изменению своего законодательства и правоприменительной практики, с тем чтобы предотвратить повторение нарушений, установленных ЕСПЧ в конкретном постановлении. Таким образом, несмотря на то что в резолютивной части постановления КС, скорее всего¹, подтвердит отсутствие противоречий между указанными нормами ГПК и Конституцией РФ, правовое значение может иметь *obiter dictum* – т.е. то, что КС скажет «попутно», обращаясь к мотивировке запроса. Если КС укажет на то, что постановления ЕСПЧ при определенных условиях можно не исполнять, то это может создать юридический прецедент, в результате которого российские граждане могут в значительной степени потерять возможность влиять на российскую правовую действительность через Совет Европы. В результате может получиться так, что эта действительность будет меняться, только если российские власти сочтут это нужным.

Вопрос был поднят как никогда кстати. Совсем недавно ЕСПЧ коммуницировал жалобу нескольких граждан США, которым было отказано в усыновлении детей-сирот из России в связи с принятием так называемого «антимэгнистского» закона². По словам адвоката заявителей, этим законом Россия нарушила статью 8 Конвенции, гарантирующую право на уважение частной и семейной жизни³. Кроме того, известно, что в Суд также направлена жалоба участниц группы Pussy Riot, где в качестве одного из доводов заявительницы говорят о применении церковного закона для квалификации их деяния как уголовного⁴. Коммуницированы жалобы представителей ЛГБТ-сообщества, ставящие под вопрос соответствие Конвенции недавно введенного в региональное законодательство понятия «пропаганда

1. На момент написания статьи постановление еще не было вынесено (*прим. ред.*).

2. <http://www.novayagazeta.ru/society/56502.html>

3. Там же.

4. <http://pravo.ru/news/view/74825/>

гомосексуализма», на горизонте – аналогичная жалоба в отношении федерального закона. На постановления, вынесенные по этим делам, России, возможно, тоже придется реагировать.

Применительно к самому делу Константина Маркина, ЛОВС рассматривает требование Маркина признать незаконным отказ в предоставлении ему отпуска по уходу за ребенком. Отказ в предоставлении отпуска обжаловался в российских судах общей юрисдикции, в КС и затем в ЕСПЧ. КС признать право Маркина на отпуск отказался, ссылаясь на оперативную необходимость дискриминации мужчин в отношении отпусков по уходу за ребенком в Вооруженных силах, а также на укорененность такой дискриминации (гендерных ролей) в российской культуре, которую сам КС призван защищать по Конституции (здесь КС очень широко толкует защиту материнства и детства). Первая Секция ЕСПЧ, приняв к рассмотрению жалобу Маркина, приняла противоположное решение и при этом, во-первых, в необычно жесткой форме раскритиковала решение КС, указав на его несоответствие не только нормам, но и принципам, на которых базируется Конвенция, а во-вторых, потребовала принятия специальных мер по устранению несоответствий во внутреннем законодательстве (п. 67 Постановления).

Постановление вызвало недовольство российских официальных лиц, в том числе и Председателя КС Валерия Зорькина. Отмечалось, что возмущение было связано не столько с решением по существу, сколько с жесткостью критики в отношении акта КС⁵. Зорькин заявил, что ЕСПЧ нарушает суверенитет Российской Федерации⁶, а Дмитрий Медведев (тогда занимавший пост Президента России) не нашел у ЕСПЧ полномочий по принятию решений, меняющих внутреннее российское законодательство⁷. Вскоре в «Российской газете» была опубликована нашумевшая статья Валерия Зорькина под названием «Предел уступчивости», где были изложены политико-правовые аргументы, оправдывающие неисполнение Российской Федерацией постановлений ЕСПЧ полностью или в части, если они «затрагивают национальный суверенитет»⁸. Представители

5. <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/2525>

6. <http://ria.ru/justice/20101119/298284142.html>

7. <http://ria.ru/politics/20101211/307384165.html>

8. <http://www.rg.ru/2010/10/29/zorkin.html>

Российской Федерации в ЕСПЧ потребовали пересмотра решения Первой секции в Большой палате, однако Большая палата подтвердила выводы Первой секции.

Вернемся к «Пределу уступчивости». Следует отметить, что эта статья была опубликована не в профессиональном юридическом издании, а в общероссийском политическом ежедневнике «Российская газета», однако на нее уже ссылаются как на доктринальный источник⁹. Аргументация, представленная в этой статье, до сих пор не получила надлежащего обсуждения, и тем не менее многими практиками она была воспринята как должное, а статья в целом – как никем не опровергнутый аргумент. В частности, складывается впечатление, что без оговорок воспринят и приведенный Зорькиным пример неуступчивости суверенитета, воплощенный, по его словам, в решении Конституционного суда ФРГ 2004 г. по делу Гёргиюлю (к нему мы вернемся чуть ниже). При этом статья Зорькина была, в сущности, прямым ответом на критику со стороны Первой секции определения КС по делу Маркина. Сравним качество аргументации той и другой стороны.

Негативную оценку Первой секции получили следующие два аргумента КС: во-первых, аргумент об особой социальной роли женщин в воспитании детей и, во-вторых, аргумент, который один из экспертов в области прав человека обозначил в комментарии как «floodgates»¹⁰, т.е. ссылающийся на возможность ситуации, когда все военнослужащие, наделенные оспариваемым правом, одновременно им воспользуются. В отношении первого аргумента ЕСПЧ отметил, что он не подкреплён какими-либо фактическими данными, которые демонстрировали бы реальную оперативную необходимость проводить различия между мужчинами и женщинами в интересах службы, а утверждение об особой социальной роли женщины в воспитании детей, в сущности, охарактеризовал как предрассудок, которому нет места в европейской системе прав человека. Что касается необходимости привести фактические данные, демонстрирующие оперативную необходимость, Суд сослался на свое решение по делу *Smith and Grady v. United Kingdom*, в котором речь шла о дискриминации военнослужащих по признаку сексуальной ориентации. Британское военное ведомство ссылалось на то, что

9. <http://www.cikrf.ru/about/library/journal/2011/n4/Sitnikova.pdf>

10. <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/2525>

присутствие лиц гомосексуальной ориентации в вооруженных силах подрывало их оперативную эффективность, однако Суд потребовал от Великобритании фактов, подтверждающих это утверждение. Как и в деле против Великобритании, Российская Федерация не имела никаких точных данных по данному вопросу и опиралась лишь на предположения.

Кроме того, ЕСПЧ подверг критике замечание КС о том, что у мужчин-военнослужащих, которым требуется время для ухода за ребенком, всегда есть возможность уволиться из рядов вооруженных сил – аргумент по своей природе характерный для мировоззрения американского капитализма начала XX в., отрицающего какие-либо обязанности работодателя перед работником за пределами выплаты заработной платы.

Что касается «Предела уступчивости», то в ней автор делает ставку на целый ряд политических аргументов. Статья начинается с рассуждения о противоречивых последствиях глобализации, о международном экономическом кризисе и о многообразии культурных кодов в мире. Далее Зорькин обращается к существу «диалога» между ЕСПЧ и российским КС, где КС выступает, с одной стороны, как равный партнер ЕСПЧ в надзоре за исполнением прав граждан России, а с другой – как посредник, «адаптируя подходы и позиции ЕСПЧ к реалиям нашей сегодняшней жизни». Партнерский, двусторонний характер отношений с ЕСПЧ Зорькин иллюстрирует тем, что КС активно ссылается на практику ЕСПЧ, а ЕСПЧ, в свою очередь, «достаточно часто в своих решениях по России ссылался на наши решения». Этот пример, конечно, выглядит крайне спорно, поскольку ЕСПЧ приводит решения КС в качестве фактического обстоятельства, а не правового источника. Однако ЕСПЧ, по логике Зорькина, нарушил это равенство, вторгшись в сферу деятельности КС и оспорив его статус высшей судебной инстанции. Далее автор отметил, что «лучшее знание национальными властями своего общества и его потребностей означает, что эти власти в принципе занимают приоритетное положение, в отличие от международных судов, для оценки того, в чем состоит публичный интерес» и что «в связи с этим беспрецедентным является вывод ЕСПЧ» о том, что «рассматриваемое российское законодательство не является совместимым с Конвенцией и обнаруживает широко распространенную в правовом механизме проблему, касающуюся значительного числа людей». Наконец, Зорькин отметил, что параллельно, «через несколько лет раздумий», ЕСПЧ

начал рассмотрение жалобы объединенной оппозиции относительно выборов 2003 г. и предложил представить, что жалоба будет удовлетворена. Не будет ли это, по словам Зорькина, «использоваться для раскачивания российского общества по сценариям оранжевых, тюльпановых и прочих конструируемых „революций“ и будет ли это способствовать укреплению процесса, в котором, как никогда в последние годы, конструктивно выстраиваются отношения России с лидерами ведущих европейских государств?» Последний довод, со всей очевидностью, не является юридическим и носит явно политический характер.

К числу политических также, безусловно, относится аргумент против применимости к делу Маркина позиции ЕСПЧ по делу *Smith and Grady v. United Kingdom*, в котором речь шла о дискриминации геев в Вооруженных силах Великобритании. Зорькин поставил под сомнение авторитетность этого прецедента, причем его аргументацию следует дать в виде полной цитаты:

«Разумеется, в Российской Федерации, как и в любой современной стране, сексуальные меньшинства находятся под защитой принципа юридического равенства... Однако увлеченность современных европейских юристов защитой прав и свобод лиц с нетрадиционной ориентацией приобрела гротескные формы. Иногда этот гротеск может переродиться в трагедию, как это недавно произошло в Сербии, когда неприятие гей-парада в традиционно православной стране вылилось в массовые беспорядки. Проще всего эти беспорядки списать на экстремизм неких националистических и фашистских сил. А что если это реальное возмущение большинства граждан конкретной страны, которая протестует против действий меньшинства? Действий, которые ломают культурный, нравственный, религиозный код. В связи с этим как оценивать недавнее решение Европейского суда о неправомерности запрета гей-парадов в Москве? Не приведет ли это к повторению событий по сербскому сценарию уже в России?»

Как политический аргумент, это высказывание, во-первых, оправдывает так называемую «тиранию большинства», о которой писал Джон Стюарт Милль в своей работе «О свободе»¹¹ и Алексис де Токвиль в книге

11. Милль Дж. О свободе / Пер. с англ. А. Фридмана // Наука и жизнь, 1993. № 11. С. 10-15; № 12. С. 21-26

«Демократия в Америке»¹², а также Джеймс Мэдисон в «Федералисте» («страшнее всего для республики то, что большинство не станет уважать права меньшинства»)¹³. Во-вторых, при его прочтении нельзя не вспомнить знаменитое высказывание Геббельса о концлагерях в качестве меры защиты евреев от гнева немецкого народа¹⁴, а также известное письмо еврейских интеллигентов во главе с И. Эренбургом к Сталину, написанное во время так называемого «дела врачей» с просьбой спасти евреев от «справедливого гнева русского народа» путем их депортации на окраины Советского Союза¹⁵. Уроки, которые человечество выстрадало в ходе Второй мировой войны, закрепленные, в том числе, и в Конвенции, кажется, не усвоены до конца. Ведь исходя даже из самой Конституции РФ, руководствуясь ее ст. 18, т.е. оценивая свою деятельность через призму прав человека, власти следует не запрещать гей-парады, а прилагать усилия для выполнения своей основной функции – обеспечения безопасности меньшинства перед лицом большинства.

Однако, прежде чем делать выводы, нам следует перейти к правовой стороне «Предела уступчивости». Председатель КС предлагает несколько вариантов реагирования на «недружественное» постановление ЕСПЧ по делу Маркина: полностью отказаться от механизма защиты прав граждан России через Конвенцию, полностью подчиниться ЕСПЧ и отказаться от суверенитета, или «третий сценарий», «основанный на реальных юридических прецедентах». В качестве такового Зорькин предлагает решение Федерального конституционного суда Германии (ФКС) по делу Гёргиюлю, которое ФКС принял уже после соответствующего постановления ЕСПЧ и указал, что «основной закон имеет целью интеграцию Германии в правовое сообщество мирных свободных государств, но он не предусматривает отказа от суверенитета, закрепленного, прежде всего, в немецкой Конституции. Следовательно, не противоречит цели приверженности международному праву, если законодатель, в порядке исключения, не соблюдает право международных договоров при условии, что это является

12. Алексис де Токвиль / Демократия в Америке: Пер. с франц./ Предисл. Гарольда Дж. Ласки. М.: Прогресс, 1992.

13. Федералист: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. М., 1994. С. 348.

14. Nathan Stoltzfus, *Resistance of the Heart: Intermarriage and the Rosenstrasse Protest in Nazi Germany*, Rutgers 2001, at 67.

15. <http://www.newswe.com/index.php?go=Pages&in=view&cid=2929>

единственно возможным способом избежать нарушения основополагающих конституционных принципов».

Нужно признать, что ФКС действительно высказался довольно жестко и последствия такой позиции могут быть весьма далеко идущими. Однако обратим внимание на фразы «в порядке исключения» и «при условии, что это является единственно возможным способом». Совершенно очевидно, что понять истинное значение решения ФКС невозможно, не обратившись к контексту и к фактам дела.

Фактические обстоятельства дела Гёргиюлю и оценку, которую им дал в свое время ФКС, приводит в своей статье, озаглавленной «ЕСПЧ и национальная юрисдикция – Дело Гёргиюлю», профессор Гертруда Люббе-Вольф¹⁶. Профессор Люббе-Вольф является судьей ФКС и заседала во Втором сенате ФКС, когда это отделение выносило рассматриваемое решение. Г-н Гёргиюлю – биологический отец ребенка, живущего в приемной семье. Ребенок родился в августе 1999 г., и мать отказалась от него. Гёргиюлю узнал о существовании сына в октябре того же года и обратился в немецкие органы власти, а затем и в суды, чтобы вернуть его. После нескольких лет судебной тяжбы дело попало в ЕСПЧ, который в феврале 2004 г. обнаружил в действиях немецких властей нарушение права Гёргиюлю на семейную жизнь и отметил, что заявителю должно быть, как минимум, предоставлено право видеться с ребенком время от времени. Действуя в соответствии с этим решением, немецкий районный суд определил Гёргиюлю доступ к ребенку на два часа каждую субботу, однако земельный суд отменил это решение районного суда, заявив, что постановление ЕСПЧ является обязательным для Германии как для государства, но не отдельного суда, который руководствуется только законом. Гёргиюлю обжаловал это решение в ФКС, который подтвердил решение районного суда, а также поддержал выводы ЕСПЧ. То, что «вызвало некоторый испуг не только в Германии», содержалось в мотивировочной части – ФКС отметил, что в деле имеется некоторый конфликт между Конституцией и Конвенцией, и указал, что внутренние суды должны «принимать во внимание» (а не «имплементировать», «исполнять») постановление ЕСПЧ.

16. <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/12-2006/seite1.html>

Люббе-Вольф пишет, что интерпретация решения «как отрицающего обязательную силу решений ЕСПЧ, подающего плохой пример и порождающего контрпродуктивные последствия для других государств» в корне неверна. Во-первых, Люббе-Вольф отмечает исключительность того конфликта, к которому обращался в решении ФКС, – речь только и исключительно о ситуации, когда права одного человека, защищенные как Конституцией, так и Конвенцией (в данном случае Гёргиюлю), входят в противоречие с правами других людей (в данном случае, приемных родителей его сына), которым по Конституции Германии также полагается защита. Таким образом, речь идет о ситуации, когда права одного человека вступают в противоречие с правами другого. Во-вторых, ФКС писал мотивировочную часть с учетом положений немецкого права, где ратифицированные международные договоры занимают позицию федерального закона – в противовес тем государствам, где они равны по силе федеральному конституционному закону (Австрия) или даже занимают позицию рядом с Конституцией (предположительно, Россия). В-третьих, ФКС прямо указал, что приоритет Конституции перед Конвенцией существует только с позиций национального правоприменения, а с точки зрения международного права Германия в таких случаях считается нарушившей свое международное обязательство и, что самое главное, обязана поменять свое внутреннее законодательство, чтобы избежать конфликта в будущем. При этом немецкие суды и иные правоприменители обязаны интерпретировать действующее внутреннее законодательство Германии так, чтобы свести возможность конфликта с положениями Конвенции (в толковании ЕСПЧ) к нулю. Таким образом, решение ФКС по делу Гёргиюлю не только не представляет собой пример «вольного» отношения государств-участников Конвенции к своим международным обязательствам, а скорее наоборот – в очередной раз показывает значимость ее положений и практики ЕСПЧ, даже несмотря на то, что статус Конвенции во внутреннем германском праве соответствует лишь уровню федерального закона.

Дело Гёргиюлю, даже в той части, которая гипотетически говорит о приоритете Основного закона ФРГ перед Конвенцией, по всем показателям не может быть применено к делу Константина Маркина и подобным ему делам. Особенно важно, что исключение, о котором говорит немецкий ФКС, делается только в случае, когда Конституция сильнее, шире, чем Конвенция,

защищает то, что является во всех цивилизованных европейских странах базовой и высшей ценностью – права человека, и это хорошо увязывается с положением Конвенции о том, что ничто в ней не может приводить к снижению уровня гарантий, достигнутых в национальной правовой системе (ст. 53). Но даже в этом случае речь идет лишь о выборе права для рядового правоприменителя, тогда как государство все равно остается связано обязательством изменить свое внутреннее законодательство, с тем чтобы избежать конфликта в будущем.

Это возвращает нас к вопросу, заданному выше: какова природа конфликта позиций ЕСПЧ и КС в деле Маркина? Получается, что в деле Маркина только ЕСПЧ выступает в защиту прав российского гражданина, а КС призывает отказать ему в такой защите, отдавая предпочтение не подтвержденным фактами интересам государственных институтов и неким традиционным гендерным ролям, принятым в российском обществе. В «Пределе уступчивости» Зорькина этот подход КС представлен в еще более политизированном свете, делающем иллюзорной защиту прав любой отдельной личности, ведь ее права и интересы всегда можно представить противостоящими большинству – политическому, культурному, национальному, а любые акты международных судебных органов – как вмешательство в сферу суверенных прав российского государства. Характерно в этой связи также высказывание Полномочного представителя Президента России в Конституционном суде М.В. Кротова, прозвучавшее на заседании КС: «Постановления Европейского суда как составной элемент российской правовой системы существуют и применяются в российском правовом пространстве в той мере, в какой Конституционный суд Российской Федерации считает, что они не противоречат основополагающим конституционным положениям и *наиболее адекватно отвечают национальным интересам российского общества и государства*, не нарушая интересы мирового сообщества» (курсив наш. – *Авт.*). Такая позиция противоречит российской Конституции, ее статьям 2, 17 и 55, ч. 3 и является, по сути, «ящиком Пандоры», из которого можно достать приоритетную перед правами человека защиту любых социальных явлений, в частности культурного кода, господствующих взглядов, учения и любых иных не охваченных российской Конституцией ценностей. Как далеко можно зайти в этом поиске?

И здесь у российских граждан могут возникнуть и свои вопросы. Почему их не защищает российский КС, а защищает только международная судебная инстанция за пределами нашей страны? Почему наш российский Конституционный суд, кроме того, препятствует этой защите? Раскол с возникшим после окончания Второй мировой войны цивилизованным международно-правовым пространством, ставящим во главу угла приоритет интересов личности, может очень быстро привести к тому, что российское государство останется один на один со своим многонациональным народом, который в отсутствие права может потребовать иной справедливости.

Напомним, что, согласно ст. 2 Конституции РФ, именно человек, его права и свободы, являются высшей ценностью, а согласно ст. 18 Конституции, права человека являются непосредственно действующими и определяют смысл, содержание и применение законов. Наконец, согласно ч. 3 ст. 17 Конституции, границей осуществления прав одного человека являются только права и свободы другого человека. Обеспечение прав и свобод не может быть ограничено ссылками на национальный суверенитет, так как их защита – согласно международным договорам и общепризнанным принципам и нормам международного права – трансграничная задача, что подтверждено не только тем, что Россия при подписании Конвенции признала без всяких оговорок юрисдикцию Страсбурга и его толкование Конвенции, но и выраженным в российской Конституции (ст. 17, ч. 1) обязательством государства обеспечивать права и свободы человека в России по международному стандарту. В этом как раз и был реализован ее суверенитет – Россия впервые подтвердила, что российский народ не будет дискриминирован в правах по сравнению с теми их гарантиями, которые признаются необходимыми в современном демократическом обществе. Статья 53 Конвенции, в свою очередь, предусматривает, что «ничто в настоящей Конвенции не может быть истолковано как ограничение или умаление любого из прав человека и основных свобод, которые могут обеспечиваться законодательством любой Высокой Договаривающейся Стороны или любым иным соглашением, в котором она участвует». В этой связи единственным возможным способом решения конфликта двух противоречащих по сути решений будет применение того решения, которое гарантирует более высокий уровень защиты прав личности. Именно это вытекает из концепции

«объединенных суверенитетов»¹⁷ – концепции, хорошо известной современному международному праву и мировой науке в этой области, правда, скорее как идея гармонизации внутригосударственного права с активно развивающимися в XX и XXI вв. на межгосударственном и наднациональном уровне правовыми стандартами, в том числе в области защиты прав человека¹⁸.

17. См., например: Закон. 2012. Май, № 5. С. 30.

18. См., например, Mads Andenas, Camilla Baasch Andersen, *Theory and Practice of Harmonisation*, Edward Elgar Pub, 2012, стр. xi. Примечательно, что Анатолий Ковлер, не присоединившийся к большинству судей в ходе рассмотрения дела Маркина в Первой секции, высказался в том же духе: «Суверенисты никак не хотят сходить с проторенной колеи государственного суверенитета. Никто в здравом уме не станет оспаривать важность этой проблемы. Но ведь есть еще и суверенитет личности, не в смысле „разгула индивидуализма“, которым нас часто пугают, а в смысле верховенства прав отдельного человека, как это закреплено в ст. 2 Конституции РФ: „Человек, его права и свободы являются высшей ценностью“. Аксиомой современного международного права стало признание международной правосубъектности индивида, правда, отличной от правосубъектности государства. Нет безальтернативного выбора между этатизмом и антропоцентризмом, в идеале сильное государство – гарант свободы личности. Неужели и это надо вновь обсуждать?» (Закон. 2012. Май, № 5. С. 22).