
ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

НЕКОТОРЫЕ ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ИТОГИ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ РОССИИ С ЕВРОПЕЙСКИМ СОЮЗОМ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

© 2017 г. Алексей Станиславович Исполинов¹

Аннотация: в настоящей статье автор рассматривает влияние, которое оказало на Российскую доктрину международного права и международного правосудия уже почти 20-летнее участие России в работе Европейского Суда по правам человека. Автор отмечает, что Российская доктрина адаптировала свои подходы, исходя из опыта общения с практикой ЕСПЧ.

Abstract: in the present article, the author considers an influence on the development of the Russian doctrine of international law and international justice affected by the 20 years of Russia's participation in the activities of the Council of Europe in general and of the European Court of human rights in particular. The author argues that the Russian doctrine adjusted its approaches due to the experience gained from the practice of the European Court of human rights.

Ключевые слова: ЕСПЧ, европейский консенсус, международные договоры.

Key words: European Court of human rights, European consensus, international treaties.

Отмеченное в 2016 г. 20-летие вступления России в Совет Европы стало хорошим поводом порассуждать и о тех уроках, полученных в ходе взаимодействия России с созданным в рамках Совета Европы Европейским Судом по правам человека (далее — ЕСПЧ), который на сегодня наравне с Судом ЕС считается одним из авторитетных международных судов. В принципе первый и, наверное, главный урок состоит в том, что деятельность любого международного суда (и ЕСПЧ здесь — не исключение) есть непрекращающееся взаимодействие и диалог этого суда с создавшими его государствами. Такое взаимодействие происходит в форме решений, которые выносит суд, с одной стороны, и ответной реакции государств на эти решения — с другой.

Признание Россией юрисдикции ЕСПЧ стало, по сути, первым опытом масштабного регулярного участия России в судебных разбирательствах в постоянно действующем международном суде. Подтверждением приверженности России верховенству права является ее участие (п. 3 ст. 46 Конституции РФ 1993 г.). Международно-правовая включенность России в деятельность ЕСПЧ² содействует обеспечению международной законности и правопорядка. Участие России в Совете Европы помимо обязательной юрисдикции ЕСПЧ предусматривало также и прямой доступ в суд частных заявителей.

Практика выявления особенностей международного правосудия и судебного толкования международных договоров является поистине бесценной и требует самого вдумчивого доктринального осмысления, так как затрагивает такие серьезные вопросы, как роль международных судов в развитии международного права в целом и права международных договоров в частности, место решений судов среди источников международного права, а также соотношение международного права и национальных норм.

Вначале хотелось бы напомнить, что к моменту присоединения России к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее — ЕКПЧ) ЕСПЧ уже прошел весьма серьезную эволюцию. Изначально он создавался как суд для рассмотрения споров между государствами. При этом для признания обязательной юрисдикции ЕСПЧ требовалось отдельное факультативное согласие государств. Такое же отдельное согласие нужно было для признания прав частных лиц обращаться с жалобами на государства. Основной задачей существовавшей в Совете Европы до 1998 г. Комиссии по правам человека было достижение мирового соглашения между заявителем и государством, а отбраковка неприемлемых жалоб на их пути в ЕСПЧ изначально виделась занятием вторичным. Реалии оказались другими, так как в отсутствие каких-либо межгосударственных споров Комиссии и Суду пришлось заниматься именно жалобами частных лиц. Объяснение этому простое, учитывая специфику того времени. История ратификации Конвенции показывает крайне настороженное отношение государств как к самой Конвенции, так и к праву частных лиц обращаться с жалобой на

¹Заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, кандидат юридических наук, доцент (E-mail: ispolinov@inbox.ru).

Alexey Ispolinov, head of International Law of the department of the law faculty of Moscow state University M.V. Lomonosov, PhD in Law, associate Professor (E-mail: ispolinov@inbox.ru).

²European Court of Human Rights, Annual Report 2015. P. 199.

государство в Международный суд. Некоторые государства, в частности Великобритания, ратифицировали Конвенцию на несколько лет, чтобы посмотреть, как она действует. Франция ратифицировала Конвенцию лишь в 1974 г., признала обязательную юрисдикцию Суда в 1979 г., а право частных лиц на обращение в Суд — только в 1985 г. В этих условиях Комиссия, опасаясь ответной негативной реакции государств и их выхода из Конвенции, занимала крайне жесткий подход, пропуская в Суд лишь единичные жалобы, — до ЕСПЧ доходило менее 1% полученных Комиссией жалоб. В силу этих обстоятельств Суд действовал тогда на непостоянной основе, а судьи приезжали в Страсбург лишь периодически для разрешения дел. При этом в некоторые годы Суд не выносил ни одного решения.

Россия присоединилась к Конвенции тогда, когда ЕСПЧ уже вступил в пору “зрелости”, приобрел авторитет и признанную во всем мире репутацию. Изменилось отношение государств как к Конвенции в целом, так и к ЕСПЧ в частности. Для всех участников Конвенции вариант выхода из нее становился все более иллюзорным, учитывая очевидные репутационные, политические и иные издержки для реализации такого сценария. Так, например, ЕС требовал от всех государств, желающих получить статус кандидата на вступление в ЕС, стать участником Конвенции и признать юрисдикцию ЕСПЧ. В свою очередь сам ЕСПЧ к моменту присоединения к России уже приобрел обязательную юрисдикцию по жалобам частных лиц и успел создать собственные изощренные доктрины толкования и применения норм Конвенции. Главное состоит в том, что на момент присоединения к Конвенции Россия приняла соответствующий объем юрисдикции Суда и сложившуюся практику применения им норм Конвенции в формате юридического факта. Большой состав участников Конвенции, авторитет Суда объективно способствовали принятию действующего формата юрисдикции Суда. Поэтому Россия, присоединяясь к Конвенции, в режиме международного обязательства приняла правила, установленные ранее без ее участия, уже в параметрах действующего юридического факта. Полученный урок состоит в том, что возможности государств повлиять на суд максимальны при создании ими этого суда, а также в самом начале его деятельности и постепенно убывают с ростом числа государств-участников и авторитета самого суда.

1. Прецедент и нормотворчество в ЕСПЧ

Следующий юридический факт позитива предметного взаимодействия России с ЕСПЧ состоит в необходимости переосмыслить роль и значение

прецедента в деятельности международных судов. В отличие от системы общего права, которая следует правилу *stare decisis* (буквально — стоять на решенном), подразумевающему нормативную силу ранее вынесенных судами решений при рассмотрении аналогичных дел, в доктрине международного права превалирует точка зрения о том, что в международном праве это правило не получило того признания, которое есть в англосаксонской системе права. Однако практика современных международных судов, которой следует и ЕСПЧ, со всей очевидностью показывает, что судебные решения, будучи обязательными для сторон спора, де-факто являются прецедентами для самих международных судов при вынесении ими последующих решений, не обладая, однако, для них нормативной силой³.

В решении по делу *Cossey* ЕСПЧ указал, что “Суд не связан своими предыдущими решениями... Тем не менее, он обычно следует своим собственным прецедентам и применяет их в интересах правовой определенности и развития устойчивой практики применения Конвенции... это не лишает Суд права отойти от своего раннего решения, если Суд убежден, что присутствуют убедительные причины для этого”⁴, т.е., признавая необходимость следовать устоявшейся практике толкования и применения Конвенции, Суд, тем не менее, оставляет за собой право отходить от собственных предыдущих решений, если на то есть «убедительные причины» (*cogent reasons*). По мнению ЕСПЧ, причины изменения практики суда можно счесть убедительными, если есть необходимость привести толкование положений Конвенции в соответствие с сегодняшними потребностями общества. Например, в своем постановлении по делу *Scoppola-2* ЕСПЧ отошел от своей более чем 40-летней практики, признав, что ст. 7 Европейской конвенции также подразумевает применение к осужденному более мягкого наказания, чем существовавшее на момент совершения преступления (принцип уголовного права, известный как *lex mitior*), хотя в тексте самой ст. 7 об этом нет ни слова. Суд в п. 104 своего решения снова повторил, что он “формально не обязан следовать своим предыдущим решениям, но в интересах правовой определенности, предсказуемости и равенства перед законом Суд без убедительных причин не должен отходить от *прецедентов* (курсив мой. — А.И.), установленных в предыдущих делах”⁵. Этот подход

³См. по этому поводу: *Guillaume G.* The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators // *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 2. 2011. No. 1. P. 5–23.

⁴ЕCHR, *Cossey v United Kingdom*, Judgment, App no 10843/84, (A/184), [1990].

⁵ЕCHR, *Scoppola v Italy* (№ 2), Judgment (Grand Chamber) September 17, 2009.

ЕСПЧ был затем воспринят другими международными судами и трибуналами (Международный трибунал по бывшей Югославии, Орган по рассмотрению споров ВТО).

Для самого же ЕСПЧ проблема прецедентного характера своих решений является более чем насущной в силу того, что все 47 судей Суда разбиты на пять секций (мини-судов), где они выносят решения по существу жалобы либо в составе палаты из семи судей, либо комитета из трех судей. Несмотря на то что ЕСПЧ стремится к скоординированной практике, судьи из разных секций могут выносить различные решения по одним и тем же вопросам (можно посоветовать почитать весьма откровенные п. 70–77 решения Большой палаты по делу *Sergey Zolotukhin v. Russia*⁶, где с сожалением констатируется наличие 3 (!) различных подходов Суда к толкованию принципа *non bis in idem*. Возможность обжалования решения палаты в Большую Палату не снимает проблему полностью из-за крайне высокой селективности Большой Палаты при принятии апелляций (в 2015 г. Большая палата получила 135 апелляционных жалоб на решения палат, из них было принято к рассмотрению только 15⁷).

Таким образом, решения ЕСПЧ, будучи обязательными только для сторон спора, де-факто являются прецедентами для самого Суда при вынесении последующих решений, при этом не обладая, однако, нормативной силой для палат Суда. На чем же основывается сила решения? Представляется, что речь идет об аргументационной силе решений: у каждого решения должен быть свой набор аргументов, опровергнуть которые можно только новыми. Сегодняшняя практика ЕСПЧ показывает, как воспринимаются новые подходы Суда к толкованию Конвенции. Можно выделить несколько факторов, которые влияют на восприятие конкретного решения при рассмотрении последующих подобных дел. Во-первых, кем принято решение – палатой или Большой палатой Суда. Понятно, что вес решений Большой палаты заведомо больше. Во-вторых, каким большинством принято решение (значительным либо минимальным). Минимальное большинство дает основание достаточно скептически относиться к решению, особенно если на стороне меньшинства выступают авторитетные судьи, написавшие аргументированные особые мнения. Скепсис к таким решениям очень хорошо выразил Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин в одной из своих статей: «насколько может быть “единственно верным” мнение

Большой палаты, чьи голоса разделились в отношении 10 на 7?»⁸.

Другим доктринальным уроком нормотворчества и креативности ЕСПЧ является то, что степень нормотворчества Суда и его креативность в толковании положений международного договора прямо пропорциональны трем параметрам. Во-первых, времени, которое прошло с момента разработки договора. Европейская конвенция была принята в 1950 г., и всем понятно, что за это время жизнь общества изменилась, и Суд вынужден это принимать во внимание. Во-вторых, сложности внесения поправок и изменений в международный договор, применяемый и толкуемый Судом. Процесс внесения поправок в Европейскую конвенцию очень затруднен и требует ратификации всеми 47 государствами – членами Совета Европы. Суд в этом случае может стать более гибким инструментом для своевременного и адекватного реагирования на изменяющуюся ситуацию. В-третьих, нормотворчество Суда прямо зависит от количества участников договора. Так, чем больше участников, тем сложнее достичь среди них консенсуса по изменению договора, чтобы либо ограничить юрисдикцию Суда, либо внести в текст договора поправки, чтобы изменить толкование, данное Судом. При этом возможность совместных действий государств по предотвращению или снижению нежелательного нормотворчества и креативности судов обратно пропорциональна тем же самым факторам.

В небольших по численности региональных экономических объединениях государства вполне способны найти между собой компромисс в этих вопросах, особенно оказавшись перед лицом чрезмерно агрессивного толкования норм международных соглашений международными судами и трибуналами. Однако и недавний опыт Совета Европы показывает, что такого компромисса могут достигнуть даже 47 совершенно различных стран, если действия и практика даже такого авторитетного суда, как ЕСПЧ, начинают вызывать беспокойство большинства из них. Так, в тексте Брайтонской декларации о реформе ЕСПЧ появилась фраза о том, что изменение устоявшейся практики ЕСПЧ не должно осуществляться палатами Суда, которые в этом случае должны передавать дело для разрешения в Большую палату. Процедурные вопросы такой уступки юрисдикции в пользу Большой палаты будут решены в Протоколе № 15, который сейчас проходит процедуру ратификации

⁶ См.: ECHR, *Sergey Zolotukhin v. Russia* (Application no. 14939/03) Grand Chamber Judgment, 10 February 2009.

⁷ См.: European Court of Human Rights, Annual Report 2015. P. 63.

⁸ Зорькин В.Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия на современном этапе: новые перспективы // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 5. С. 6.

в странах — участницах Конвенции. Уникальность этого Протокола состоит в том, что он станет первым за всю 60-летнюю историю Суда изменением Конвенции, не расширяющим, а сужающим полномочия ЕСПЧ.

2. Европейская конвенция и право международных договоров

Неоспоримо, что еще одним уроком стало новое понимание динамики развития права международных договоров, которое регулируется не только Венской конвенцией о праве международных договоров, но и международными обычаями, не вошедшими в текст этой Конвенции. Так, например, известно, что возможность изменения международного договора последующей практикой государств не была включена в текст Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.⁹ Тем не менее это не означает, что такая возможность отсутствует в принципе. Она есть, и она регулируется обычными нормами международного права. Сама преамбула Венской конвенции говорит о том, что в ней кодифицированы определенные нормы, однако вопросы, которые не нашли решения в положениях настоящей Конвенции, будут регулироваться нормами международного обычного права.

ЕСПЧ в своих решениях несколько раз признавал изменение Конвенции такой последующей практикой государств-участников. Так, в 1989 г. в решении по делу *Ocalan v. Turkey* Суд заявил, что п. 1 ст. 2 Европейской конвенции (где говорится,

что “никто не может быть лишен жизни иначе как во исполнение смертного приговора, вынесенного судом”) уже не должен применяться, так как был удален из Конвенции последующей практикой государств — членов Совета Европы: “Такое заметное развитие может быть расценено как сигнализирующее о намерении сторон Конвенции отменить или, как минимум, модифицировать второе предложение п. 1 ст. 2 Конвенции”¹⁰.

Затем уже в постановлении Палаты по делу *Al Saadoon* ЕСПЧ пришёл к выводу, что последующая практика применения ст. 2 Конвенции позволяет прийти к выводу о ее молчаливом изменении государствами в части запрета смертной казни во всех случаях, включая военное время¹¹.

В недавнем постановлении Большой палаты по делу *Hassan v UK* ЕСПЧ еще раз подтвердил свое отношение к теме изменения международного договора последующей практикой даже не всех, а лишь части государств-участников, заявив буквально следующее:

“101. В отношении критериев, установленных ст. 31 3 (b) Венской конвенции (о праве международных договоров 1969 г. — *Прим. авт.*), Суд ранее отмечал, что практика части государств-участников Конвенции, сложившаяся уже после ее ратификации, может быть расценена как создающая соглашение между ними не только в отношении толкования, но и модификации текста Конвенции ...”¹².

Схожая ситуация была с пилотными решениями ЕСПЧ, которые первоначально имели под собой весьма слабую нормативную базу в виде не имеющей юридической силы резолюции Комитета министров от 12 мая 2004 г.¹³ Несмотря на крайне оживленную дискуссию о правомерности таких пилотных решений ЕСПЧ, государства в итоге восприняли эту практику Суда. В Брайтонской декларации 2012 г. о реформе Суда страны — члены Совета Европы высоко оценили практику пилотных решений ЕСПЧ¹⁴. С точки зрения права международных договоров это

⁹Проект конвенции, разработанный Комиссией международного права ООН (далее — КМП), содержал ст. 38, которая была единогласно принята членами КМП и звучала следующим образом: “Договор может быть изменен последующей практикой его применения, которая устанавливает согласие сторон договора на изменение его положений”. Однако на межгосударственной конференции 1968–1969 гг. эта статья оказалась единственным положением разработанного КМП проекта конвенции о праве международных договоров, которое было полностью исключено государствами из финального текста Конвенции. В этом отношении некий свет на те далекие события проливает статья Г. И. Тункина, опубликованная в “European Journal of International Law” в неизменном виде без редакторских правок уже после его смерти в 1993 г. Г. И. Тункин, который был членом КМП в 1957–1967 гг., в этой статье писал, что гордится тем, что он всегда выступал в поддержку ст. 38 проекта конвенции, и сожалел, что она была исключена государствами из финального текста Конвенции. Крайне интересно именно сейчас читать его мнение о том, что КМП в этом вопросе зашла слишком далеко и просто испугала государства своим подходом к вопросу модификации договоров последующей практикой государств. При этом он считал, что государства не отказали в принципиальном существовании самой возможности такого варианта изменения договора, они просто не захотели этим заниматься.

¹⁰ЕCHR, *Ocalan v. Turkey* (Grand Chamber Judgment), para 163.

¹¹См.: ECHR, *Al-Saadoon and Mufdhi v United Kingdom*, App no 61498/08 (ECtHR, para 120).

¹²ЕCHR, *Hassan v United Kingdom* App no 29750/09, Grand Chamber Judgement, 16 September 2014.

¹³См.: Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem, adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004 // http://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dd190

¹⁴См.: Brighton Declaration of High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. April 20, 2012 // http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf

также можно квалифицировать как изменение Европейской конвенции последующей практикой государств, которая придала столь необходимую легитимность пилотным решениям ЕСПЧ¹⁵.

Другой аспект права международных договоров, который оказался затронут практикой ЕСПЧ, касается материальных и процессуальных прав, предоставляемых Конвенцией частным лицам. Кроме международных соглашений о правах человека целый ряд материальных и процессуальных прав также предоставляется другими международными соглашениями, например заключаемыми государствами договорами о защите иностранных инвестиций. Наличие таких прав также стало предметом горячих доктринальных споров в отношении принципиальной возможности государств эти права отозвать или ограничить¹⁶. Практика Совета Европы и ЕСПЧ показывает, что это все в конечном итоге зависит от того, о каких правах идет речь. Если мы говорим о неотчуждаемых правах, таких как право на жизнь или запрет пыток, то такие возможности у государств на сегодня сведены к нулю, так как эти права, по мнению международных судов, относятся к категории императивных норм (норм *jus cogens*), и их изменение возможно только через появление новой императивной нормы¹⁷. Если же речь идет о других материальных или тем более процессуальных правах, то возможность их изменить не в лучшую для частных лиц сторону у государств — участников Европейской Конвенции остается. За недавними примерами далеко ходить не надо. Например, Протокол № 14 к Конвенции ввел новый критерий приемлемости жалоб в виде малозначительности ущерба, а Протокол № 15 предусматривает сокращение срока подачи жалоб с шести месяцев до четырех. По сути это не что иное, как ограничение прав третьих лиц государствами, которые имеют исключительное право создавать, изменять и прекращать международные договоры.

3. Европейский консенсус в практике ЕСПЧ

Практика ЕСПЧ по эволюционному толкованию Конвенции стала серьезным вызовом для отечественных исследователей, которые стали все более активно анализировать именно эту сторону деятельности Суда¹⁸. ЕСПЧ рассматривает Конвенцию как живой инструмент, при толковании которого надо ориентироваться не на первоначальные намерения государств, а на сегодняшние условия жизни общества¹⁹. В качестве наиболее красочных примеров такой практики можно привести практику Суда о наделении юридических лиц правами, предусмотренными Конвенцией, толкование ст. 8 Конвенции (уважение частной и семейной жизни) как предусматривающей защиту деловой репутации компании, предоставление мужчинам равного права на отпуск по уходу за ребенком. При таком подходе и без того тонкая грань между толкованием и нормотворчеством становится вообще эфемерной. Пришло понимание, что у любого международного суда есть известная степень свободы усмотрения или толкования. В силу этого современные международные суды не только толкуют и применяют право, но и создают нормы права. Они могут называть это расширительным толкованием, но на деле это может быть созданием новой нормы, прямо не предусмотренной текстом Конвенции.

Для расширительного (эволютивного) толкования Конвенции ЕСПЧ использует разработанную им концепцию “европейского консенсуса”. Рассматривая Конвенцию в качестве “живого инструмента”, ЕСПЧ оперирует ссылкой на последующую практику государств-участников как для обоснования более современного толкования положений Конвенции, так и для признания того, что Конвенция была этой практикой государств модифицирована. В этих целях Суд использует сравнительный анализ практики государств для установления “европейского консенсуса” в отношении того или иного вопроса. Под консенсусом ЕСПЧ понимает общее

¹⁵ *Fyrnys M.* Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights // *German Law Journal*. Vol. 12. 2011. No. 5. P. 1252.

¹⁶ *Roberts A.* Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights // *Harvard International Law Journal*. Vol. 56. 2015. P. 353–417.

¹⁷ Так, в 2001 г. ЕСПЧ в своем решении по делу *Al-Adsani* признал запрет пыток в качестве нормы *Jus Cogens*. ECHR, case *Al-Adsani v United Kingdom* Appl. No. 35763/97, ECtHR, 21 November 2001, para 55, 34 EHRR 11, 2002. К такому же выводу пришел МБТЮ в решении по делу *Furundzija. Prosecutor v Furundzija*, Case no. IT-95-17/1-T10, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998, para 153.

¹⁸ Среди наиболее заметных работ по этой проблематике можно упомянуть: *Ковлер А. И.* Эволютивное толкование Европейской конвенции по правам человека: возможности и пределы. Европейский Суд по правам человека как субъект толкования права // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2016. № 3 (58). С. 92–100; *Туманов В. А.* Европейский Суд по правам человека: очерк организации и деятельности. М., 2001; *Автономов А. С.* Конституционное и международное правосудие // *Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства* (Вып. XI). Сб. науч. трудов. Казань, 2016. С. 48–58.

¹⁹ См.: ECHR, *Tyrer v United Kingdom*, App no 5856/72, 25 April 1978, para 31.

молчаливое соглашение большинства стран — членов Совета Европы в виде единообразной или близкой практики при решении той или иной проблемы. Анализ решений ЕСПЧ показывает, что ЕСПЧ выделяет три фактора, подтверждающих наличие такого консенсуса: а) нормативный консенсус — схожее внутреннее или региональное законодательство либо участие большинства стран — членов Совета Европы в одном и том же международном договоре; б) согласие экспертного сообщества; в) поддержка европейского общественного мнения²⁰. Если такой консенсус, по мнению Суда, сложился, то это означает обязательность выведенного на его основе нового толкования Конвенции для всех стран — участниц Конвенции, даже для тех государств, кто активно выступает против такой практики. Таким образом, ЕСПЧ выступает в очень непростой роли, накладывающей особую ответственность: он берет на себя право провозглашать, что практикой большинства государств — участников Европейской конвенции произошло молчаливое изменение того или иного положения Конвенции или принятого толкования норм Конвенции. При этом определение порога участвующих в такой практике или поддерживающих эту практику государств, равно как и точное описание этой практики, остается исключительно за ЕСПЧ. Вместе с тем ЕСПЧ в основном использует ссылку на практику государств — участников Конвенции для обоснования и некоего прикрытия своего расширительного толкования, а также для повышения легитимности своих иногда радикальных решений. Сам же ЕСПЧ предпочитает не говорить о том, что он модифицирует Конвенцию своими решениями, избегая обвинений в судебном нормотворчестве. В практикуемой ЕСПЧ конструкции европейского консенсуса за государствами безусловно остается право создавать, отменять и изменять нормы Конвенции через последующую практику, а сам Суд лишь фиксирует сделанные государствами изменения.

Подход Суда можно проиллюстрировать на примере уже упомянутого выше и широко известного в России решения ЕСПЧ по делу К. Маркина²¹. В этом решении Суд заявил, что в недавнем прошлом он не считал нарушением Конвенции различия между мужчинами и женщинами, касающиеся отпуска по уходу за детьми. В этом отношении государствам-членам была предоставлена

весьма широкая свобода усмотрения по данному вопросу (*margin of appreciation*), в силу того что на национальном уровне последний решался достаточно разнообразно, чтобы найти какой-нибудь общий знаменатель. Однако, проведя анализ практики в 33 странах Совета Европы, Суд в деле Маркина установил, что в 28 из них на законодательном уровне уже установлено безусловное равное право на отпуск по уходу за детьми для мужчин и для женщин, что дало основание Суду признать наличие европейского консенсуса по означенному вопросу, который с этого момента становится обязательным стандартом для всех 47 государств Совета Европы²².

При очевидных плюсах у такого подхода к вопросу изменения Европейской конвенции есть несколько серьезных изъянов. Во-первых, это — игнорирование активно протестующего меньшинства стран — участниц Конвенции, что расходится с основополагающим правилом, требующим согласия государств на обязательность для них нормы международного права; во-вторых, отмечаемая многими исследователями небедительность и нечеткость критериев для установления такого консенсуса²³. В-третьих, такое изменение договора минует какой-либо парламентский контроль, который есть при процессе ратификации официальных поправок к Конвенции, что снижает легитимность судебного решения и может негативно влиять на восприятие такого решения государствами; в-четвертых, резкий отход от первоначального текста Конвенции или от устоявшейся практики самого Суда подрывает правовую определенность, предсказуемость и ценность таковой²⁴; в-пятых, применительно к какому тексту в этом случае должен признаваться и применяться принцип *pacta sunt servanda* государством, которое активно возражает против такого подхода ЕСПЧ — к первоначальному тексту, на который это государство дало свое согласие, или же к тексту, который, по мнению ЕСПЧ, оказался молчаливо изменен практикой большинства государств — участников Конвенции, несмотря на активные возражения этого государства?

²²См.: ECHR, ECHR, Applications no. 30078/06, Konstantin Markin v. Russia, Judgment of 22 March 2012, paras 29–30, 49.

²³Так, Э. Полгари считает самой главной проблемой ЕСПЧ при установлении европейского консенсуса непрозрачность метода правового сравнения и его содержательная необоснованность (см.: Полгари Э. Указ. соч. С. 110).

²⁴См.: Dzehtsiarou K. European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights // German Law Journal. Vol. 12. No. 10. P. 1735.

²⁰См.: Helfer L. Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights // Cornell International Law Journal. Vol. 26. 1993. P. 139; Полгари Э. Страсбургский суд и европейский консенсус // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3. С. 109

²¹См.: ECHR, ECHR, Applications no. 30078/06, Konstantin Markin v. Russia, Judgment of 22 March 2012.

Именно эти вышеуказанные соображения о рисках европейского консенсуса в решениях ЕСПЧ и стали причиной растущей обеспокоенности со стороны ряда конституционных судов стран — членов Совета Европы, которые были вынуждены в своих решениях как предусмотреть некие “красные линии”, за которые не может заходить ЕСПЧ, так и зарезервировать за собой право активно участвовать наравне с ЕСПЧ в обсуждении вопросов европейского консенсуса, т.е. в толковании положений Конвенции²⁵.

Применительно к России можно отметить, что целый ряд недавних решений ЕСПЧ вызвал, как минимум, непонимание российской стороны (решение по делу ЮКОС²⁶, решения по делам *Catan*²⁷ (дело о школах в Приднестровье), упомянутое выше решение по делу *Маркина*, а также решение по делу *Анчугов и Гладков против России*²⁸). В этой ситуации Конституционный Суд РФ показательно сформулировал свое отношение к вопросу как о действии решений международных судов в правовом порядке Российской Федерации, так и о взаимодействии внутреннего права России и международного права.

4. Вопросы действия решений ЕСПЧ в правовом порядке России

Громкий резонанс вызвало упомянутое выше Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П²⁹, в котором Суд дал

свое понимание проблемы исполнения решений ЕСПЧ, вынесенных в отношении России.

Изложенная в этом Постановлении логика Конституционного Суда РФ такова. Любые решения ЕСПЧ в адрес России должны рассматриваться как составная часть российской правовой системы. При этом участие России в международных договорах не должно (а) приводить к нарушению прав человека и (б) не должно создавать угрозу основам конституционного строя. Правила международного договора, если они нарушают конституционные положения, имеющие особо важное для России значение, не могут и не должны применяться в ее правовой системе. Это означает, что ни сама Европейская конвенция, ни решения ЕСПЧ, содержащие оценки национального законодательства либо касающиеся необходимости изменения его положений, не должны отменять приоритета Конституции и могут быть реализованы только при соблюдении этого условия.

По мнению Конституционного Суда РФ, только он уполномочен осуществлять конституционный контроль за не вступившими в силу международными договорами. Сама по себе Европейская конвенция не противоречит Конституции, но это не означает, что заведомо исключено появление решений ЕСПЧ, которые могут ей противоречить, из чего следует принципиально важный вывод Конституционного Суда: в том случае, если исполнение решения ЕСПЧ приведет к нарушению принципов и норм Конституции, то Россия может в порядке исключения отступить от выполнения возлагаемых на нее обязательств, когда означенное отступление является единственно возможным способом избежать такого нарушения (абз. 4 п. 2.2 Постановления). При этом речь идет не о действительности или недействительности для России Европейской конвенции в целом, но лишь о невозможности соблюдения обязательства о применении ее нормы в толковании, приданном ЕСПЧ в рамках конкретного решения.

Конституционный Суд РФ признает значимость деятельности ЕСПЧ по выявлению недостатков национального правового регулирования и по предложению путей к их устранению. При этом Конституционный Суд РФ настаивает, что взаимодействие европейского правового порядка и конституционного невозможно в условиях

²⁵ Наиболее активен в этом отношении Конституционный суд Италии, который еще в 2007 г. в своих решениях № 348 и 349 обязал нижестоящие суды обращаться к нему с запросами в случае коллизии между внутренней нормой и решением ЕСПЧ (см.: *F. Biondi Dal Monte, Fontanelli F. The Decisions No. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System // German Law Journal. Vol. 9. 2008. No. 7. P. 889–932; Polocino O. The European Court of Human Rights and the Italian Constitutional Court: No ‘Groovy Kind of Love’*).

²⁶ См.: ECHR, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v Russia App no 14902/04, Judgment (Just Satisfaction), 31 July 2014.

²⁷ См.: ECHR, *Catan and Others v. Moldova and Russia*, app. nos. 43370/04, 8252/05, and 18454/06, Grand chamber judgment, 19 October 2012.

²⁸ См.: ECHR, *Anchugov and Gladkov v. Russia*, Judgment of 4 July 2013.

²⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона “О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней”, пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона “О международных договорах Российской Федерации”, частей 1 и 4 статьи 11, пункта 4 части 4 статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации

и пункта 2 части 4 статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» от 14 июля 2015 г. // Собрание законодательства РФ. 2015. № 30. Ст. 4658.

субординации, поскольку только диалог между различными правовыми системами является основой их надлежащего равновесия. Именно от уважения ЕСПЧ национальной конституционной идентичности государств — участников Конвенции во многом зависит эффективность ее норм во внутригосударственном правопорядке. Возникающие конфликтные ситуации должны решаться путем конструктивного взаимодействия и диалога ЕСПЧ с высшими судами стран — членов Совета Европы.

Комментируя приведенные выше аргументы Конституционного Суда РФ, следует отметить, что он последовательно выстраивает свой собственный подход к международному праву в целом и к решениям международных судов в частности, начатый еще в Определении от 3 марта 2015 г.³⁰ С его точки зрения, Конституционный Суд РФ — это суд, обладающий монополией на толкование положений Конституции РФ, выступающий хранителем конституционных ценностей и осуществляющий контроль за соответствием Конституции всех норм национального правопорядка, включая применимые нормы международного права. Назвать этот подход строго дуалистическим сложно, так как Конституционный Суд РФ в рамках защиты национального правопорядка и конституционных ценностей заявляет о своем желании участвовать в процессе толкования норм Конвенции в виде диалога с ЕСПЧ.

Именно такой подход, который можно условно назвать оборонительно-наступательным, проявился полностью в недавнем Постановлении Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 г. № 12-П³¹. На наш взгляд, это Постановление по смыслу является не чем иным, как посланием от Конституционного Суда в адрес ЕСПЧ с заявкой на равноправное участие Конституционного Суда РФ в динамическом (эволютивном) толковании Европейским Судом положений Европейской конвенции.

В этом Постановлении Конституционный Суд РФ отвечал на запрос Министерства юстиции РФ по поводу возможности исполнения уже упомянутого выше решения ЕСПЧ по делу *“Анчугов и Гладков против России”*, в котором ЕСПЧ признал, что положения ч. 3 ст. 32 Конституции РФ (граждане, содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда, не имеют права избирать и быть избранными в органы государственной власти) нарушают ст. 3 Протокола № 1 к Европейской конвенции, гарантирующую право на участие в выборах. Как считает ЕСПЧ, бланковый запрет, установленный ст. 32 Конституции РФ, прямо противоречит сложившемуся европейскому консенсусу, требующему от стран — членов Совета Европы дифференцированного подхода к лишению заключенных их избирательных прав (решение ЕСПЧ по делу *Hirst*³²).

В своем Постановлении Конституционный Суд РФ определяет место Европейской конвенции в иерархии внутренних правовых актов, которая, по его мнению, в качестве международного договора Российской Федерации обладает в правоприменительном процессе большей юридической силой, чем федеральный закон, но не равной и не большей, чем юридическая сила Конституции РФ.

Затем Конституционный Суд РФ с сожалением констатирует, что вывод ЕСПЧ о том, что Россия нарушила ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции, “основан на истолковании ее положений, расходящемся с их смыслом, из которого исходили Совет Европы и Россия как сторона данного международного договора при его подписании и ратификации”. Он полагает, что практика ЕСПЧ в отношении ограничения избирательных прав заключенных является примером эволютивного толкования Конвенции Европейским Судом и на сегодняшний день не может быть признана устоявшейся (п. 4.3 Постановления Конституционного Суда РФ). Конституционный Суд не считает, что по этому поводу сложился европейский консенсус, поскольку в значительном числе государств осужденные (заключенные) либо полностью лишены избирательных прав, либо тем или иным образом ограничены в активном избирательном праве. При этом Конституционный Суд РФ ссылается на те же данные, что привел сам ЕСПЧ в решении по делу Анчугова и Гладкова: в 19 странах Совета Европы запрет на участие в выборах не установлен; семь стран автоматически лишают права избирать всех отбывающих наказание в виде лишения свободы; в 17 государствах принят смешанный подход, при котором лишение осужденных (заключенных) избирательных прав зависит от

³⁰См.: Определение Конституционного Суда РФ “По запросу Арбитражного суда Центрального округа о проверке конституционности пункта 4 Порядка применения освобождения от уплаты таможенных пошлин при ввозе отдельных категорий товаров на единую таможенную территорию Таможенного союза” от 3 марта 2015 г. // <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision190708.pdf>

³¹См.: постановление Конституционного Суда РФ «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу “Анчугов и Гладков против России” в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» от 19 апреля 2016 г. // <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision230222.pdf>

³²См.: ECHR. *Hirst v. the United Kingdom*, Application N74025/01, Judgment of 6 October 2005.

вида преступления и (или) срока лишения свободы, а в некоторых из них решение о лишении права избирать оставлено на усмотрение суда. Такой разброс позиций стран — участниц Конвенции делает аргументы ЕСПЧ в глазах Конституционного Суда РФ по меньшей мере неубедительными.

Из этого вытекает отсутствие обязанности Конституционного Суда РФ для толкования ст. 32 в свете решения ЕСПЧ. Для него принцип *acta sunt servanda* должен применяться к тому значению ст. 3 Протокола № 1, которое существовало на момент подписания Конвенции Россией, а не в том смысле, которое сейчас придает этому положению ЕСПЧ, равно как и у Конституционного Суда РФ отсутствует сама возможность хоть как-то примирить запрет, установленный ст. 32 Конституции, с решением ЕСПЧ. На предложение ЕСПЧ исполнить его решение через конституционное толкование Конституционный Суд отвечает, что такое толкование невозможно, так как было бы толкованием *contra legem*, т.е. против очевидной воли законодателя.

Следует отметить, что в российской доктрине международного права до сих пор не было единства по вопросу верховенства норм международного права. Значительная часть отечественных исследователей выступает за безусловный приоритет международных договоров над законами Российской Федерации (независимо от времени их принятия)³³, а ряд авторов доказывают идею о приоритете норм международного права над Конституцией³⁴. Мнения отечественных ученых в отношении позиции Конституционного Суда РФ также разделились. Так, П. Калиниченко пишет, что решения ЕСПЧ нельзя презюмировать как истину в конечной инстанции. Конституционный Суд должен интерпретировать ст. 1 Федерального закона “О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных

свобод и Протоколов к ней” от 30 мая 1998 г. в том русле, что она позволяет Конституционному Суду проводить проверку правильности понимания российских конституционных норм Страсбургским судом³⁵. Идею диалога Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ поддерживают А. Бланкенгель и И. Левин³⁶.

На наш взгляд, позицию Конституционного Суда РФ можно поддержать, видя в ней отражение очевидной глобальной тенденции последнего времени, а именно: все более активного участия национальных судов в формировании международного права. Высшие национальные суды могут и хотят быть составной частью действенного судебного контроля за создаваемыми государствами нормами договорными и обычными нормами международного права. И совсем необязательно это участие должно быть в форме жесткого и бескомпромиссного конфликта с международными судами. Скорее речь может идти о желании национальных судов, чтобы к ним прислушались международные суды либо при толковании существующих норм международного права, либо при создании новых норм. Именно для того, чтобы международные суды начали принимать во внимание мнение национальных судов, высшие национальные суды и создают доктрину пределов действия норм международного права и решений международных судов в национальном правовом порядке, в основе которого лежит их понимание конституционности норм международного права.

Подводя итоги, можно сказать, что вклад практики ЕСПЧ в развитие доктрины международного правосудия трудно переоценить. Участие России в деятельности ЕСПЧ позволяет не только скорректировать наше собственное восприятие отечественной доктрины международного права, но и активно влиять на процесс развития международного права в целом и международного правосудия в частности.

³³См.: Пунжин С. М. Правовая система России и международное право (Вариации на тему статьи С. В. Бахина) // Правоведение. 2010. № 2. С. 254; Осминин Б. Международные договоры в российской правовой системе (К 20-летию Федерального закона “О международных договорах Российской Федерации”) // Журнал рос. права. 2015. № 12. С. 126, 127.

³⁴См.: Иваненко В. С. Международные договоры, Конституция и правовая система Российской Федерации: эволюция соотношения и тенденции взаимодействия // Росс. ежегодник международного права. 2009. СПб., 2010. С. 31.

³⁵См.: Калиниченко П. К вопросу о коллизии между постановлениями ЕСПЧ Конституцией России в свете позиции Конституционного Суда РФ // Актуальные проблемы рос. права. 2016. № 2. С. 46.

³⁶См.: Бланкенгель А., Левин И. “В принципе нельзя, но можно!..” Конституционный Суд России и дело об обязательности решений Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 5 (108). С. 162.