

В эпоху, когда независимость и эффективность судебной власти в Российской Федерации подвергаются серьёзным сомнениям, нахождение России в международном и, в частности, европейском правовом пространстве, является безусловным благом, отказ от которого недопустим ни по каким политическим, финансовым или идейным соображениям. Среди важнейших на сегодняшний день институтов европейского правового пространства можно назвать Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (*далее* — Конвенция) и стоящий на её страже Европейский Суд по правам человека (*далее* — Европейский Суд или Суд). Опыт показывает, что за 16-летнюю историю участия России в Совете Европы и 14-летнюю — в Конвенции, наши национальное законодательство и судебная практика претерпели множество изменений, которые позволили нам сделать шаг на пути к декларируемому Конституцией Российской Федерации (*далее* — Конституция) правовому государству.

Вместе с тем, процессы всеобщей глобализации и формирование принципиально нового миропорядка, складывающегося «в результате однонаправленного волеизъявления суверенных государств»³, ставят непростые теоретические и практические вопросы, требующие разрешения. Среди них всё очевиднее проявляются вероятность конфликта национального (в особенности, конституционного) и международного права и взаимоотношения между высшими национальными и наднациональными судебными учреждениями.

О ТРУДНОСТЯХ СОГЛАСОВАНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА И МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА В СФЕРЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И О ТОМ, КАК КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД РОССИИ ЕДВА НЕ СТАЛ РЕВИЗИОННОЙ ИНСТАНЦИЕЙ¹



П.Д. БЛОХИН²

пы и нормы, наоборот, будто бы где-то «затерялись».

Наконец, самые ожесточённые споры до сих пор связаны с толкованием термина «закон», использованного в части 4 статьи 15 и, как следствие, с местом норм международного права в иерархии источников права национального. Данной проблематике (соотношению норм международного права и национального законодательства) в разное время было посвящено множество исследований конституционалистов и юристов-международников, в особенности Г.В. Игнатенко⁴, Б.Л. Зимненко⁵.

Конституция Российской Федерации, признав в части четвёртой статьи 15 общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры в качестве составной части российской правовой системы и одновременно провозгласив приоритет норм международного договора над законом, поставила перед исследователями множество фундаментальных теоретических вопросов. Некоторые из них связаны с очевидным несовершенством формулировок и терминов, использованных в данной норме. Так, при первом приближении может показаться, что любые международные договоры Российской Федерации, вплоть до межведомственных соглашений, обладают высшей юридической силой по сравнению с нормами национального законодательства. Конституция РСФСР 1978 года (в редакции 1992 года) впервые закрепила приоритет общепризнанных принципов международного права перед национальным законодательством — ныне же такой приоритет усматривается комментаторами в отношении только лишь ратифицированных международных договоров Российской Федерации, а общепризнанные принци-

¹ Настоящая статья отражает исключительно позицию автора, выступающего в личном качестве, свободную от каких бы то ни было политических предпочтений.

² Блохин Павел Дмитриевич — аспирант факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», главный консультант аппарата судьи Конституционного Суда Российской Федерации (*примечание редакции*).

³ Доклад Председателя Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькина «Интеграция европейского конституционного пространства: вызовы и ответы» (<http://www.ksrf.ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3>).

⁴ *Игнатенко Г.В.* Международное право и внутригосударственное право: проблемы сопряжения и взаимодействия: сборник научных публикаций за 40 лет (1972–2011 годы). М., 2012. С. 416.

⁵ *Зимненко Б.Л.* Согласование норм внутригосударственного и международного права в правовой системе России // Московский журнал международного права. 2000. № 4. С. 94–103; *Зимненко Б.Л.* Соотношение международно-правовых и внутригосударственных норм в правовой системе России // Российский ежегодник международного права. 2001. С. 123–136.

В.С. Иваненко¹, В.С. Хижняк², С.Ю. Марочкина³, И.И. Лукашука⁴, а также других учёных. Наиболее остро в этом контексте стоит вопрос о соотношении норм международного права в сфере прав человека и норм Конституции. Строго говоря, острота этого вопроса до недавнего времени не была так ощутима и представляла собой лишь сугубо теоретический интерес. Не пытаясь разрешить этот многолетний спор, лишь обозначу вкратце те позиции, которые на настоящей момент представлены в литературе.

Наименее лояльный принципу абсолютного приоритета международного права подход Г.М. Даниленко состоит в том, что общепризнанные нормы международного права вообще не обладают приоритетом по отношению к внутригосударственным правовым актам⁵. Б.Л. Зимненко отмечает, что Конституция обладает более высокой юридической силой, нежели источники международного права, ставшие частью правовой системы страны⁶. Существует также мнение, что

«<...> в российской правовой системе международный договор, устанавливающий не соответствующее закону правило поведения, можно поместить между федеральными и федеральными конституционными законами»⁷.

Более распространённым на настоящий момент следует признать буквальное толкование статьи 15 Конституции, включающее в круг актов, уступающих по своей силе нормам международного права, все иные нормативные правовые акты помимо Конституции, обладающей в системе российского права абсолютным верховенством:

«<...> международные договоры являются составной частью правовой системы государства, а в рамках этой системы нет актов, которые по своей юридической силе стояли бы выше Конституции»⁸.

С другой стороны, существует полярное мнение, высказанное Т.Н. Нешатаевой, о полном приоритете общепризнанных принципов международного права:

«<...> в качестве *jus cogens*⁹ самого высокого уровня над всеми иными нормами как международного, так и национального происхождения, включая принципы Конституции»¹⁰.

Наконец, особенно интересным для целей настоящей статьи представляется утверждение И.И. Лукашука о том, что общепризнанные нормы международного права, затрагивающие права и основные свободы человека, имеют «особый статус» и в силу статьи 17 Конституции, гарантирующей международно-правовой стандарт защиты таких прав и свобод, обладают, по крайней мере, не меньшей силой, чем нормы Конституции¹¹. Эту позицию полностью разделяет Т.Г. Морщакова, указывая, что положение статьи 17 Конституции

«<...> нельзя истолковать иначе как предусматривающее такое положение, при котором Конституция, защищая, признавая и гарантируя права и свободы, следует международно-правовым стандартам»¹².

Однако это бесспорное утверждение, само по себе, ещё не даёт ответа на вопрос о том, как быть, если равные по своей силе нормы «конституционного порядка» находятся в противоречии.

Такое противоречие, по мнению отдельных авторов, обнаруживается в случае, когда два авторитетных судебных органа — Европейский Суд по правам человека и Конституционный Суд Российской Федерации (*далее* — Конституционный Суд), решая одну и ту же правовую проблему, приходят к взаимоисключающим выводам.

В некоторых случаях такой конфликт с неизбежностью заставляет нас выбирать, какому решению должно отдать предпочтение. И здесь возможны различные мнения, в определённой степени зависящие от ответа на поставленный выше вопрос о соотношении Конвенции и Конституции. Так, видится, что представлению о безусловном приоритете Конвенции соответствует вполне обоснованное представление о необходимости исполнять все постановления Европейского Суда, принятые в пределах его компетенции, как в части индивидуальных мер, так и мер общего характера (Т.Г. Морщакова, А.И. Ковлер).

В.Д. Зорькин, признавая высшую силу Конституции и, в то же время, говоря о том, что «Конвенция занимает особое место по сравнению с традиционными нормами международного права»¹³, настаивает на том, что

¹ Иваненко В.С. Конституции государств-участников СНГ и международное право: некоторые проблемные вопросы их соотношения // Правоведение. 2002. № 1. С. 159–173; Иваненко В.С. Право международных договоров России в Российской правовой системе // Российский ежегодник международного права. 2006. С. 51–68.

² Хижняк В.С. Конституционные принципы взаимодействия национального права России и международного права // Конституционное и муниципальное право. 2003. № 3. С. 12–15; Хижняк В.С. Взаимодействие национального права России и международного права // Современное право. 2002. № 7. С. 33–36.

³ Марочкин С.Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. Тюмень, 1998; Марочкин С.Ю. Соотношение юридической силы норм международного и внутригосударственного права в правовой системе Российской Федерации // Российский журнал международного права. 1997. № 2. С. 34–52.

⁴ Лукашук И.И. Нормы международного права в правовой системе России. М.: Спарк, 1997; Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. С. 115–128.

⁵ Даниленко Г.М. Применение международного права во внутренней правовой системе России: практика Конституционного Суда // Государство и право. 1995. № 11. С. 123.

⁶ Цит. по: Иодковский Э.В. Соотношение юрисдикций Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека и их влияние на гражданское судопроизводство // Актуальные проблемы российского права. 2012. № 1.

⁷ Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под общей редакцией Л.В. Лазарева. М., 2009.

⁸ Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под редакцией В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. М., 2010 (<http://kommentarii.org/konstitutc/index.html>).

⁹ *Jus cogens* — общее международное право (лат.).

¹⁰ Цит. по: Морщакова Т.Г. Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 1. С. 6.

¹¹ Там же.

¹² Морщакова Т. Применение международного права в конституционном правосудии: итоги и перспективы // Конституционное правосудие. Выпуск № 4(14) 2001 — 5(15) 2002.

¹³ Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М., 2011. С. 93

«<...> пределом нашей уступчивости является защита нашего суверенитета, наших национальных институтов и наших национальных интересов».

Признавая определённую привлекательность этого подхода (несмотря на сложность его практического воплощения), автор полагает, что такими интересами для России в исключительных случаях могут являться, например, защита семьи в её традиционном понимании, православного христианства как системообразующей религии, наконец, тех ценностей, которые прямо названы в преамбуле Конституции и которыми Европа до поры до времени предпочитает пренебрегать. Такому «социально-культурно-детерминированному» подходу к юрисдикции Европейского Суда противостоит позиция А.И. Ковлера, который предостерегает от попыток ««заковать» права человека в традиционные ценности в культурной особенности каждого государства» и считает необходимым избегать «культурного или религиозного релятивизма применительно к абсолютным правам»¹. Что же касается аргумента о необходимости защиты суверенитета, то судья Конституционного Суда в отставке А.Л. Кононов замечает:

«<...> многократное, как заклинание, не имеющее конкретного смысла, обращение к понятию суверенитета, отягощённому спорными правовыми проблемами, оправдывающему умаление или ограничение политических прав во имя интересов государства или якобы публичного интереса, не только проявляет слабость аргументации юридического решения, но и обнаруживает полную девальвацию этих понятий, противоречит всей концепции прав и свобод, несовместимой с идеологией суверенной государственности и уж во всяком случае не являющейся равнозначной ценностью»².

Последний же существующий вариант, отражающий представления о совершенно подчинённом положении Конвенции в российской системе права (и, как следствие, толкующих её постановлений Европейского Суда), позволил бы отказываться от исполнения всякого без исключения постановления Европейского Суда по мотивам несоответствия спорного правового акта Конституции. Именно этот подход лёг в основу законопроекта, анализу которого посвящена первая часть настоящей работы. Впрочем, действительным предметом этой статьи, не имеющей характера экспертного заключения, является отнюдь не сам законопроект, но те правовые конструкции, которые разработаны его автором и положены в его основу и которые при наличии соответствующей политической воли могут быть в нужный момент вновь извлечены на свет Божий.

Во второй, теоретической части работы делается попытка обобщить и проанализировать существующие в отечественной науке представления о природе и последствиях возможных противоречий в практике Конституционного Суда и Европейского Суда, об исполнении постановлений Европейского Суда, требующих проведения мероприятий общего характера, о сопутствующих проблемах ограничения прав человека.

2. Законопроект члена Совета Федерации А.П. Торшина: предыстория вопроса и реакция профессионального сообщества

16 июня 2011 года в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации были зарегистрированы два связанных законопроекта (№ 564315-5 и № 564346-5), предполагающие внесение изменений в целый ряд федеральных и федеральных конституционных законов. Инициатором этих законопроектов выступил член Совета Федерации А.П. Торшин. Концепция законопроектов такова: Конституционный Суд фактически получает право пересмотра постановлений Европейского Суда по правам человека и лишения их юридической силы путём признания соответствующим Конституции закона, ранее признанного Европейским Судом не совместимым с Конвенцией о защите прав человека и основных свобод. Тем самым, допускается возможность неисполнения национальными властями таких постановлений как в части индивидуальных мер (например, пересмотр дела), так и мер общего характера (внесение изменений в федеральное законодательство). Кроме того, законопроектом уточняются критерии приемлемости жалобы для рассмотрения её по существу Европейским Судом.

Прежде чем перейти к анализу указанных документов, представляется уместным вкратце изложить обстоятельства, ставшие, по мнению многих наблюдателей, причиной столь решительного шага российского сенатора, и сказать несколько слов о реакции государственных органов и научной общественности.

Одним из относительно недавних постановлений Европейского Суда, вызвавших недовольство со стороны российских, и в первую очередь, московских городских властей, стало постановление по делу «Алексеев против России» [*Alekseyev v. Russia*] (жалобы № 4916/07, 25924/08, 14599/09) 2010 года. Суд подтвердил, что права гражданина Алексеева и других были нарушены властями, многократно запрещавшими проведение гей-активистами шествий и пикетирований, и обязал государство-ответчика выплатить компенсацию в сумме 30 000 евро.

Огромный резонанс в юридическом сообществе вызвало дело «Константин Маркин против России» [*Konstantin Markin v. Russia*] (жалоба № 30078/06). В своём постановлении по этому делу Суд указал на то, что он не обнаружил целей и разумных оснований для установления различий в правовом регулировании права мужчин и женщин военнослужащих на отпуск по уходу за ребёнком, следовательно, российский законодатель вышел за пределы свободы усмотрения. Особенностью данного постановления стало то, что в нём весьма непрофессионально и неуместно подверглось критике Определение Конституционного Суда Российской Федерации, вынесенное ранее по этому же вопросу. Кроме того, в постановлении недвусмысленно рекомендовалось внести изменения в действующее законодательство. Вскоре после этого, Президент Российской Федерации Дмитрий Медведев, выразил озабоченность взаимоотношениями Европейского Суда и России, напомнив о независимости и суверенности национальной правовой системы. Вероятно, последней каплей стало постановление по делу «Республиканская Партия против России» [*Republican Party of Russia v. Russia*] (жа-

¹ Выступление судьи Европейского Суда по правам человека А.И. Ковлера на Четвёртых Сенатских чтениях «Правовое государство и права человека» (<http://www.ksrf.ru/Info/Reading/Pages/PerformanceKovler.aspx>).

² Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 04.12.2007 № 797-О-О.

лоба № 12976/07), вступившее в силу в июле минувшего года. Страсбургский Суд постановил, что при отказе в регистрации этой партии власти России нарушили право на свободу собраний и объединений.

Между тем, 22 марта 2012 года Большая Палата Европейского Суда огласила окончательное постановление по делу «Константин Маркин против России», которое обернулось существенно большими затратами для государственной казны: вместо первоначальных 200 евро (за услуги переводчика и почтовые расходы) заявителю была присуждена компенсация общей суммой более 6000 евро. Но интереснее, конечно, другое: Европейский Суд своим новым постановлением смог несколько сгладить конфликт с Конституционным Судом, отказавшись от критики решения последнего, предложив более подробную аргументацию собственного решения и устранив требования по изменению национального законодательства¹.

Видные российские учёные, специалисты по процессуальному, конституционному и международному праву с самого начала выражали своё крайне негативное отношение к «законопроекту Торшина» и отметили его несоответствие целому ряду положений Конституции. Судья Конституционного Суда в отставке Т.Г. Морщакова полагает, что для того, чтобы отказаться от юрисдикции Европейского Суда, необходимо не только денонсировать Конвенцию, но и заменить собственную Конституцию, которая в статье 17 устанавливает требование о соблюдении международных стандартов защиты прав человека². Как отмечает в своём экспертном заключении федеральный судья в отставке С.А. Пашин, авторами законопроекта, по сути, предлагается устранить непосредственное действие и применение судами на территории Российской Федерации положений Европейской конвенции³.

С критикой так же выступили известные российские юристы и правозащитники. Неоднозначно высказались об идее Уполномоченный по правам человека Владимир Лукин, Советник Президента Российской Федерации Михаил Федотов и другие.

Свою озабоченность выразили многие зарубежные специалисты, в том числе и представители самого европейского сообщества. Генеральный секретарь Совета Европы Турбьёрн Ягланд заметил, что данное решение «может иметь серьёзные последствия и для Российской Федерации, и для Совета Европы»⁴. Судья Европейского Суда от России в отставке А.И. Ковлер выразил свою позицию более ясно:

«<...> Участие в международных конвенциях — это не бакалейная лавка, где на весах можно отметить долю исполнения или неисполнения международных обязательств»⁵.

Интересно то, что отрицательный отзыв поступил со стороны самого Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. Конституционный Суд, очевидно, свою официальную позицию сможет выразить только в случае, если законопроект «пройдёт» (что теперь уже маловероятно), и впоследствии в отношении него будет подана конституционная жалоба (запрос). Председатель Конституционного Суда В.Д. Зорькин, ссылаясь на то, что законопроект с рассмотрения ещё не снят, отказался комментировать его⁶. Примечательно, что Секретариат Конституционного Суда в своей аналитической записке, весьма далёкой от соглашательского одобрения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (*далее* — Высший Арбитражный Суд), назвал множество недостатков законопроекта⁷. Автор полностью разделяет те опасения, которые в ней изложены.

В любом случае, каким бы ни было будущее этой инициативы или других подобных инициатив, они заслуживают широкого обсуждения, справедливой критики и демонстрации того, что мимо пристального внимания юридического сообщества в лице учёных, адвокатов, судей, чиновников подобная идея не пройдёт. Масштабная дискуссия, развернувшаяся на страницах прессы в ушедшем году, и по мере сил резюмированная автором статьи на страницах настоящего журнала, — бесспорное тому доказательство.

3.1. Эффективные средства правовой защиты и нарушение права на обращение в межгосударственные органы по защите прав человека

В своём законопроекте А.П. Торшин предлагает на законодательном уровне закрепить понятие «исчерпание внутригосударственных средств правовой защиты». Для этого предусматривается внесение изменений в федеральные конституционные законы «О судебной системе», «Об арбитражных судах» и «О судах общей юрисдикции». Согласно замыслу автора, граждане Российской Федерации смогут обращаться в Европейский Суд, только когда по их делу будет вынесен вступивший в законную силу судебный акт Верховного Суда (*далее* — Верховный Суд) или Высшего Арбитражного Суда и производство по делу будет окончено. Такую инициативу Торшин обосновывает ситуацией, связанной с огромным массивом жалоб, поступающих из России, и ссылается на слова Генерального секретаря Совета Европы Турбьёрна Ягланда о том, что окончательные решения должны приниматься в кассационном порядке верховной судебной инстанцией федерального уровня⁸.

Прежде всего, возникает вопрос о терминологическом инструментарии этой нормы. В частности, не понятен смысл оговорки об «окончании производства по делу».

¹ Страсбург смягчил конфликт с Конституционным судом (<http://www.ksrf.ru/Presssrv/Smi/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=2865>).

² См.: Эксперты комментируют законопроект Торшина (<http://www.novayagazeta.ru/data/2011/068/02.html>).

³ См.: Отзыв на проект федерального закона «О внесении изменений в статью 415 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и статью 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» члена «НЭПС» С.А. Пашина от 29 июня 2011 года. Из архива автора.

⁴ Совет Европы предостерегает Россию от игнорирования решений Европейского Суда (<http://news.bcm.ru/world/2011/7/03/160246/1>).

⁵ Бирюкова Л., Костенко Н., Химичашивили П. Страсбург не указ // Ведомости. 24 июня 2011 года.

⁶ <http://kommersant.ru/doc/1802908/print>

⁷ <http://www.kommersant.ru/doc/1669512/print>

⁸ «Александр Торшин: Своей новой практикой Страсбургский суд, выходя за рамки Европейской конвенции, вторгается в сферу государственного суверенитета России» (<http://www.torshin.ru/news/1/774/>).

Предполагается, что производство в суде той или иной инстанции оканчивается со вступлением в законную силу конкретного судебного акта (решения, апелляционного определения и т.д.), поэтому не может быть такой ситуации, когда судебный акт уже вступил в законную силу, а производство по делу ещё не окончено. Какого-либо специального института «окончания» производства по делу российское процессуальное законодательство не предусматривает. Если же имеется в виду «окончательное судебное решение», то следует учесть, что «после рассмотрения дела в двух инстанциях (первой и апелляционной), одной из которых является суд достаточно высокого (апелляционного) уровня, приговор [решение по гражданскому делу] становится окончательным с точки зрения установления фактических обстоятельств дела»¹. Если применить сказанное к терминологии, используемой в законопроекте, то получится абсурдный вывод, что в Европейский Суд можно будет идти с жалобой только в случае, когда Верховным Судом вынесено вступившее в силу апелляционное решение. Более вероятно, что речь идёт об окончательном решении с точки зрения статьи 35 Конвенции. При этом следует помнить, что вступивший в законную силу судебный акт, разрешающий дело по существу не обязательно является окончательным по смыслу Конвенции. Определение того, какое решение считать окончательным и какую судебную процедуру считать эффективным средством правовой защиты, подлежащим исчерпанию, в каждом конкретном случае относится к усмотрению самого Европейского Суда².

Далее нужно заметить, что приведённая выше цитата является неточной: на самом деле господин Ягланд говорил о том, что высший общедоинформальный суд должен принимать окончательный судебный акт по делу, но не о том, чтобы это было кассационное решение³. Неясно, исходил ли автор законопроекта, интерпретируя слова Генерального секретаря, из процессуального законодательства, действовавшего на июнь 2011 года, или учитывал масштабные изменения, вступающие в силу с начала 2013 года.

Ранее как по гражданским, так и по уголовным делам, которые в качестве первой инстанции разрешали районные суды, Верховный Суд кассационной инстанцией в принципе не мог быть — максимум, он мог выступить лишь в качестве второй и третьей надзорной инстанции (в лице одной из судебных коллегий и Президиума, соответственно). Теперь, после существенного изменения системы пересмотра решений в судах общей юрисдикции (произошедшего в связи с принятием Федерального конституционного закона о судах общей юрисдикции и внесением изменений в Гражданский процессуальный кодекс и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации) кассационная жалоба может быть подана в судебную коллегию Верховного Суда на решение районного суда, вынесенное им по первой инстанции и обжалованное ранее (так же в кассаци-

онном порядке) в президиум верховного суда субъекта Российской Федерации (пункт 3 части второй статьи 377 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, пункт 2 части второй статьи 401.3 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации). Ту же цепочку может пройти и решение мирового судьи, принимаемое им по первой инстанции и обжалуемое в апелляционном порядке в районный суд. В итоге, как справедливо отмечается в литературе, «вместо ранее существовавших трёх надзорных инстанций появилось несколько кассационных инстанций (!), являющихся по дискреционным полномочиям надзорными»⁴ и одна собственно надзорная.

Что же касается системы арбитражных судов, то общеизвестно, что Высший Арбитражный Суд вовсе не является кассационной инстанцией для нижестоящих судов, а рассматривает дела по первой инстанции или в порядке надзора в Президиуме.

В законопроекте оговорка о кассационной инстанции, конечно, отсутствует, следовательно, имеется в виду, что необходим акт Верховного Суда, действующего в качестве суда последней, надзорной инстанции: иное противоречило бы самой идее законопроекта. Между тем, в силу множества редакционных неточностей, содержащихся в обновлённых Гражданском процессуальном кодексе и Уголовно-процессуальном кодексе, некоторые категории судебных актов, принимаемых определёнными инстанциями, становятся неприкасаемыми (такая ситуация может сложиться, например, с апелляционным приговором, вынесенным судебной коллегией Верховного Суда, который не может обжаловаться ни в кассационном, ни в надзорном порядке). Учитывая подобные изменения в процессуальном законодательстве, нельзя не согласиться с тем, что «буквальное прочтение законопроекта с этой точки зрения приводит к заключению, что заявители по обширной категории дел, которая не будет подлежать надзорному рассмотрению, не вправе обращаться в Европейский Суд»⁵.

Как было сказано выше, Европейский Суд сам признаёт ту или иную процедуру судебного оспаривания в качестве эффективного или неэффективного средства правовой защиты. Одно из важнейших положений содержится в статье 32 Конвенции:

«<...> в случае спора относительно компетенции Суда по конкретному делу, вопрос решает сам Суд».

Более того, в исключительных случаях Европейский Суд может принять к рассмотрению жалобу, когда внутригосударственные средства не были исчерпаны вовсе. Это происходит в случае, если Суд приходит к мнению, что формально существующие средства защиты неэффективны или недоступны заявителю. Следовательно, федеральный законодатель, осуществив предлагаемое

¹ Борисова Е.А., Головки Л.В., Ковтун Н.Н. и др. Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / Под общей редакцией Н.А. Колоколова. М., 2011.

² См., например, решение Европейского Суда от 25 июня 2009 года по жалобе Галины Васильевны Ковалёвой [Galina Vasilyevna Kovaleva] (жалоба № 6025/09), поданной против России.

³ См.: http://www.coe.int/web/secretary-general/speeches-2011/-/asset_publisher/MatH8vZAwKzL/content/first-petersburg-international-legal-forum?jsessionid=11B1DBF5755A222968DF47DA655061EC

⁴ Борисова Е.А., Головки Л.В., Ковтун Н.Н. и др. Указ. соч.

⁵ Исасва М., Сергеева И., Сучкова М. Россия и Европейский суд: реформы или конфронтация? Комментарий к проблеме исчерпания внутригосударственных средств правовой защиты при обращении в Европейский суд по правам человека в контексте реформы порядка обжалования решений судов общей юрисдикции, а также отдельных положений законопроекта А.П. Торшина // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 10. С. 18–21; № 11. С. 26–30.

правовое регулирование, тем самым вторгся бы в компетенцию самого Суда.

В силу сложившейся к настоящему моменту практики Европейского Суда, окончательным судебным актом по смыслу положений Европейской конвенции считается решение суда кассационной инстанции¹, а судебный надзор за вступившими в законную силу решениями признаётся экстраординарным средством правовой защиты. Сам Европейский Суд неоднократно указывал на то, что обращение к нему возможно после прохождения кассационной инстанции, поскольку надзорная инстанция (за исключением Высшего Арбитражного Суда) по ряду причин не может считаться эффективным средством правовой защиты². Следовательно, срок, в течение которого возможна подача жалобы в Европейский Суд, исчисляется с момента вступления в силу кассационного решения. Если же граждане будут отсчитывать этот срок от решения суда надзорной инстанции, то срок этот попросту истечёт.

Внесение изменений, подобных предложенным в законопроекте, будет возможно только после проведения «полноценной реформы надзорного производства, а значит, и системы судебных инстанций в целом»³. Между тем, относительно нынешнего вектора этой реформы в литературе высказываются весьма удручающие предположения, а именно, что со вступлением в силу поправок в Гражданский процессуальный кодекс и УПК Российской Федерации, не только надзорное производство не станет эффективным средством правовой защиты, но и кассация по ряду признаков перестанет рассматриваться в качестве таковой⁴.

Принимая во внимание всё сказанное, считаем, что законопроектом нарушается конституционное право граждан на доступ к суду и, в частности, право на обращения в межгосударственные органы по защите прав и свобод (статья 46 Конституции).

3.2. Нарушение права на пересмотр судебного решения, а так же принципов самостоятельности и независимости судебной власти

Законопроектом предлагается следующий механизм. Предположим, что Европейский Суд в своём решении указал на то, что нарушение права заявителя связано с дефектом законодательного регулирования. Российский суд начинает пересмотр своего решения в связи с новым обстоятельством, коим является постановление Европейского Суда. Обратим внимание на то, что Уголовно-процессуальный кодекс (в статье 413) прямо называет применение федерального закона, не соответствующего положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод, нарушением Конвенции, то есть новым обстоятельством.

В ходе рассмотрения дела суд может прийти к выводу о том, что норма противоречит не только Кон-

венции, но и Конституции, но может к такому выводу и не прийти. В первом случае, согласно тексту законопроекта, суд обязан обратиться в федеральный орган конституционной юстиции, который, естественно, свободен в своём решении: дисквалифицировать норму или не дисквалифицировать. Если Конституционный Суд соглашается с выводами Европейского Суда и признает норму неконституционной, то пересмотр дела заявителя продолжается, если нет — прекращается.

Если же, напротив, суд сочтёт закон соответствующим Конституции, при том, что ранее Европейский Суд уже установил его несоответствие Конвенции, то он опять-таки должен обратиться к помощи специализированного органа конституционного контроля, поскольку постановление Европейского Суда препятствует применению этого закона. При этом такое долженствование вытекает из формулировки «обращается с запросом», что равносильно сочетанию «обязан обратиться», но не «может обратиться». Выходит, что в любом случае, вне зависимости от собственного мнения о конституционности или неконституционности закона, суд должен обратиться в Конституционный Суд, чтобы тот сказал последнее слово.

Сразу же возникает вопрос: чем в процессуальном смысле станет такое решение Конституционного Суда, если новым обстоятельством, служащим основанием для пересмотра дела, является постановление Европейского Суда? В лучшем случае — неким юридическим фактом, подтверждающим наличие этого нового обстоятельства либо констатирующим его отсутствие (что, само по себе, слабо укладывается в строгие рамки процессуального законодательства), а в худшем — командой суду исполнять или не исполнять требования процессуального закона, прямо вытекающие из Конституции и международных обязательств России.

В силу части 2 статьи 55 Конституции, в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина. За годы участия России в Конвенции сложился устойчивый правовой режим защиты прав граждан путём пересмотра судебных актов на основании постановлений Европейского Суда: сегодня, имея такое постановление, гражданин вправе обоснованно ожидать и требовать от национальных властей и исполнения этого постановления. Как следует из прецедентной практики Европейского Суда, без надлежащего механизма исполнения судебного акта (в том числе и постановления самого Европейского Суда), не может считаться завершённым и механизм правосудия, а право на судебную защиту становится иллюзорным.

«В правовой системе Российской Федерации право на пересмотр судебного решения гарантируется применительно не только к уголовным делам, но и делам, возникающим из гражданских и административных правоотношений»⁵.

¹ Имеется в виду её прежняя, «дореформенная» версия.

² Решение Европейского суда по правам человека по делу «Л.Ф. Тумилевич против Российской Федерации» от 22 июня 1999 г. // Журнал российского права. 2000. № 9. С. 58–61.

³ Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. Указ. соч.

⁴ Исаева М., Сергеева И., Сучкова М. Россия и Европейский суд: реформы или конфронтация? Указ. соч.

⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25.12.2001 № 17-П.

Относительно отдельных гарантий реализации этого права в уголовном судопроизводстве Конституционный Суд прямо указывал, что

«<...> в качестве дополнительного способа обеспечения правосудности судебных решений применяется пересмотр судебных решений, вступивших в законную силу, который осуществляется в порядке надзора и в процедуре возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств. По своему назначению и содержанию этот способ, используемый в случаях, когда неприменимы или исчерпаны все другие средства процессуально-правовой защиты, призван гарантировать справедливость судебных актов как необходимое условие судебной защиты прав и свобод человека и гражданина <...>»¹.

При этом Конституционный Суд отмечает, что

«<...> устанавливая порядок возобновления дел по вновь открывшимся обстоятельствам, федеральный законодатель может вводить только такие ограничения гарантий судебной защиты <...>, которые обусловлены защитой конституционных ценностей, перечисленных в статье 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации»².

Таким образом, предложенный в «законопроекте Торшина» механизм, блокирующий пересмотр ошибочно судебного решения при наличии к тому достаточных оснований, неправомерно ограничивает конституционное право каждого на судебную защиту (если исходить из того, что право на судебную защиту вообще может быть ограничено правомерно³), и в частности, право на пересмотр судебного решения, а кроме того, делает бессмысленным обращение в межгосударственные органы по защите прав и свобод⁴.

В соответствии с частью четвертой статьи 15 Конституции и с требованиями процессуального законодательства, в случае противоречия между нормами закона и нормами международного права, приоритет в применении отдаётся последним. Выбор применимых норм относится к компетенции суда, рассматривающего дело, и не может быть поставлен под сомнение Конституционным Судом. В Постановлении Пленума Верховного Суда особо подчёркивается, что неправильное применение нормы международного права может иметь место в случаях, когда судом не была применена норма международного права, подлежащая применению в силу части четвертой статьи 15 Конституции, что, в свою очередь, является основанием для изменения или отмены судебного решения вышестоящей инстанцией⁵.

В этой связи чрезвычайно важна правовая позиция самого Конституционного Суда:

«Конституционный Суд Российской Федерации не вправе рассматривать вопрос о том, действительно ли внутренний закон Российской Федерации противоречит международному законодательству; существует ли несоответствие между международно-правовым актом и подлежащим применению арбитражным судом внутренним законом. Проверка постановления Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на соответствие принципу, закреплённому статьёй 15 (часть 4) Конституции Российской Федерации, а также международно-правовым нормам может быть осуществлена только в порядке, предусмотренном арбитражным процессуальным законодательством»⁶.

Идея, положенная в основу законопроекта, о том, что суды обязаны приостанавливать дело и обращаться с запросом в Конституционный Суд в подобной ситуации, сама по себе представляется несостоятельной. В статье 101 Федерального конституционного закона о Конституционном Суде (как в действующей редакции, так и в редакции, предложенной А.П. Торшиным) сказано, что такой запрос необходим в случае, когда суд приходит к выводу (в том числе благодаря решению Европейского Суда) о несоответствии Конституции закона, подлежащего применению им в рассматриваемом деле. В силу же части четвертой 4 статьи 15 Конституции, закон, противоречащий международному договору (что ранее было установлено постановлением Европейского Суда), применению как раз не подлежит. Поэтому, в силу статьи 102 Федерального конституционного закона, такой запрос суда был бы недопустимым. Иной подход парализовал бы действие названной конституционной нормы о непосредственном действии международных норм и об их приоритете в правоприменении.

Исходя из изложенного, представляется, что в результате принятия предлагаемого законопроекта были бы нарушены требования самостоятельности и независимости судебной власти (статья 120 Конституции, статья 5 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации») в той мере, в какой независимость и самостоятельность должны иметь место внутри самой ветви власти, а не только в её взаимоотношениях с другими властями.

3.3. Нарушение принципов правовой определённости, равенства всех перед законом и судом и верховенства права

По мнению автора статьи ситуация, когда Конституционный Суд фактически приобретает полномочие по

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16.05.2007 № 6-П.

² Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 09.04.2002 № 28-О.

³ В одном из ранних своих решений Конституционный Суд указал следующее: «Согласно Конституции Российской Федерации это право не может быть ограничено. Допустимые ограничения конституционных прав в соответствии со статьёй 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации могут быть введены законодателем только в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Право на судебную защиту ни в каком случае не может вступить в противоречие с данными целями и, следовательно, не подлежит ограничению. Именно поэтому право на судебную защиту отнесено согласно статье 56 (часть 3) Конституции Российской Федерации к таким правам и свободам, которые не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах» (Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 03.05.1995 № 4-П).

⁴ См.: Отзыв на проект федерального закона «О внесении изменений в статью 415 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и статью 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» члена НЭПС С.А. Пашина от 29 июня 2011 года. Из архива автора.

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.10.2003 № 5.

⁶ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 04.12.1997 № 139-О.

дисквалификации решений международных судебных учреждений и одновременно превращается в вышестоящую инстанцию по отношению к другим судам, противоречит конвенционному и конституционному принципу правовой определённости. К слову, этот принцип признаётся Конституционным Судом в качестве универсального и общеобязательного, относящегося к основам конституционного строя¹. Требование правовой определённости предполагает, что судебные решения, по общему правилу, должны оставаться окончательными. Правовая определённость предполагает уважение принципа *res judicata*, то есть принципа недопустимости повторного рассмотрения однажды решённого дела². Это означает, что пересмотр может осуществляться лишь в целях исправления грубых судебных ошибок или ошибок при отправлении правосудия и несправедливости при отправлении правосудия, а не ради просто повторного рассмотрения дела³. Согласно прецедентной практике Европейского Суда отступление от принципа правовой определённости может быть оправдано только обстоятельствами существенного и непреодолимого характера.

Производство же в Конституционном Суде в предложенном механизме является, по большому счёту, пересмотром постановления, вынесенного Европейским Судом, «на другой лад» (хотя прямо в тексте законопроекта о пересмотре речь, конечно, не идёт). Предположение суда о соответствии или несоответствии Конституции нормативного акта, ранее признанного Европейским Судом несовместимым с Конвенцией, едва ли можно классифицировать как грубую судебную ошибку или несправедливость при отправлении правосудия последним и считать основанием для пересмотра его решения Конституционным Судом.

Важно отметить, что инициатором пересмотра постановления Европейского Суда в предлагаемой процедуре становится не одна из сторон по делу, то есть заинтересованное лицо, а некий третий субъект — российский суд. Такая процедура в чём-то напоминает надзор по прежнему Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР, который неоднократно признавался Европейским Судом неэффективным средством правовой защиты (см. решение по вопросу о приемлемости для рассмотрения по существу жалобы № 47033/9947033/99 по делу «Тумилович против России» [*Tumilovich v. Russia*]). Тем более недопустимо в абстрактных интересах конституционной законности представлять государственным органам право инициировать новый судебный процесс без волеизъявления заинтересованных лиц и при том заведомо рискуя поставить в неблагоприятное положение одного из этих лиц — адресата более раннего решения, вынесенного в его пользу.

Во-вторых, как указывают и Конституционный Суд, и Европейский Суд по правам человека, неограниченное или значительно протяжённое по времени обжалование судебных решений также не совместимы с принципом

правовой определённости⁴. Предложенный законопроект делает суммарные сроки производства по делам чрезмерными. Реальный срок рассмотрения жалоб против России в самом Европейском Суде составляет в среднем 4 года и 2 месяца⁵. Что касается сроков рассмотрения дела по существу и вынесения российским Конституционным Судом окончательного решения, то они также не установлены даже ориентировочно. Федеральный закон «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» на конституционное судопроизводство не распространяется. Специальная процедура приоритетного (вне очереди) рассмотрения тех или иных дел не предусмотрена. В итоге, с момента регистрации в Секретариате обращения до оглашения итогового решения теоретически может пройти и два и три года. К этому следует прибавить время, которое пройдёт с даты возбуждения рассмотрения дела ввиду новых обстоятельств и до его приостановления, а затем с момента возобновления судом производства и до его окончания. Производство по делам с участием Конституционного Суда уже становилось предметом обжалования в Европейский Суд, при этом по состоянию на 2007 год в двух случаях имело место предполагаемое нарушение требования о разумных сроках разбирательства. Интересными представляются выводы, сделанные Европейским Судом в 2007 году по делу «Шнейдерман против России» [*Shneyderman v. Russia*] (жалоба № 36045/02). Суд установил промедление примерно в 15 месяцев, вызванное приостановлением производства по делу и ожиданием решения Конституционного Суда. Далее однако, Суд указал, что он не вправе определять причины задержки в ходе подготовки решения Конституционного Суда, поскольку обязанность организовывать национальное судопроизводство так, чтобы исполнялись требования о разумных сроках, лежит на государстве, на котором, в конечном счёте, также лежит и ответственность за это промедление.

С учётом этих обстоятельств, считаем, что предложенная процедура нарушает принцип правовой определённости, который является частью нормативного содержания конституционного принципа верховенства права⁶. Следовательно, анализируемый законопроект противоречит статьям 1, 4, 15, 17, 46 Конституции.

Помимо всего прочего, изменения предлагается внести только в Уголовно-процессуальный кодекс и Арбитражный процессуальный кодекс. Получается, что автор законопроекта не нашёл в Гражданском процессуальном кодексе (видимо в старой редакции) аналогичного основания для пересмотра по новым (вновь открывшимся) обстоятельствам. Между тем, мы склонны присоединиться к тем специалистам, которые такое основание выявляют путём толкования более общего понятия — отмены постановления государственного органа, послужившего основанием для принятия решения судом.

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27.03.2012 № 8-П.

² См. хрестоматийное в данном контексте постановление Европейского Суда от 28 октября 1999 года по делу «Брумареку против Румынии» [*Brumarescu v. Romania*] (жалоба № 28342/95).

³ Пересмотр судебных актов в гражданском, арбитражном и уголовном судопроизводстве (аналитический обзор нормативно-правовых документов). 2-е издание, переработанное и дополненное / Под общей редакцией Т.Г. Морщаковой. М., 2009.

⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 05.02.2007 № 2-П.

⁵ <http://european-court.ru/procedura-rassmotreniya-zhalob-v-evropejskom-sude/#III>

⁶ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14.07.2005 № 9-П.

3.4. Необходимость принятия мер общего характера на основании постановлений Европейского Суда и нарушение общеправового принципа соблюдения договоров

Конституция в части четвёртой статьи 15 устанавливает, что в случае противоречия между нормами международного права и национального законодательства, применяются положения международного права. То же провозглашают и процессуальные кодексы. Аналогичная формулировка содержится в Законе о международных договорах Российской Федерации. Кроме того, в силу части первой статьи 17 Конституции, в Российской Федерации гарантируются права и свободы согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. Статья 27 Венской конвенции о праве международных договоров указывает на то, что участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора.

Европейская конвенция вступила в силу для России 5 мая 1998 года. Согласно пункту 1 статьи 32 Конвенции, все вопросы её толкования и применения относятся к компетенции Европейского Суда. Согласно пункту 1 статьи 46 Конвенции, стороны договора, то есть государства, обязуются исполнять принятые по их делам решения. Пункт 2 этой статьи относит надзор за исполнением постановлений Суда к компетенции Комитета министров.

Следовательно, на первый взгляд кажется совершенно очевидным, что любая конструкция, предусматривающая возможность отказа от исполнения окончательного постановления Европейского Суда, несостоятельна с правовой точки зрения.

Между тем, довольно часто ставится под сомнение полномочие Европейского Суда признавать «структурной (системной) проблемой» положения национального законодательства и рекомендовать в дополнение к индивидуальным мерам (обязанность исполнения которых представляется нам безусловной) также принятие мер общего характера, поскольку в самой Конвенции такое полномочие Суда прямо не закреплено. Выражаясь более простым языком, вопрос состоит в том, вправе ли Европейский Суд признавать конкретную норму закона (или комплекс правовых норм) причиной нарушений прав человека и потому не совместимой с Конвенцией и рекомендовать её изменение или отмену¹.

Представляется, что под такую практику можно подвести надлежащую правовую основу при условии соблюдения как минимум двух условий:

- 1) речь идёт о так называемом «пилотном постановлении»;
- 2) национальные власти свободны в выборе конкретных мер по исправлению структурной проблемы.

Интересно, что первое постановление Европейского Суда по делу «Константин Маркин против России» в полной мере ни одному из этих критериев не отвечало, что вызвало его справедливую критику. Поскольку данное постановление не являлось пилотным, судья Европейского Суда в отставке А.И. Ковлер в своём особом мнении предположил, что решение по этому «изолированному делу» не налагает на российские власти обязательств по изменению законодательства. А формулирование конкретных требований и указание на то, какие именно изменения в законодательстве следует внести, не согласовались с принципом субсидиарности². Поэтому судебный активизм, проявленный в первом постановлении Европейского Суда по делу «Константин Маркин против России», вполне заслуживает порицания, что было впоследствии учтено в постановлении Большой Палаты.

Как отметил Суд ещё в 1979 году в деле «Винтерверп против Нидерландов», само национальное законодательство должно соответствовать Конвенции и отвечать общим принципам, выраженным или подразумеваемым в ней³. Правовая основа для принятия решений, выявляющих системные проблемы, включает в себя Резолюцию Комитета министров Совета Европы от 12 мая 2004 Res. (2004)3 и Рекомендации от 12 мая 2004 года Rec (2004)5 и Rec (2004)6. Этими актами подтверждается, что

«<...> развивающаяся прецедентная практика Суда, несомненно, может иметь последствия в отношении закона, который изначально соответствовал Конвенции или который не был предметом предварительного контроля»⁴.

И хотя предложение закрепить непосредственно в тексте Конвенции институт пилотных постановлений не было поддержано экспертами правительств государств — членом Совета Европы, они же пришли к выводу, что этой процедуре «можно следовать без какой-либо необходимости внесения изменений в Конвенцию», отталкиваясь от положений её 46 статьи⁵.

Несмотря на сомнения в прочности такой правовой базы и в необходимости придания судопроизводству в Европейском Суде характера «конституционной жалобы», выраженные как государствами — членами Совета Европы, так и самими судьями⁶, после дела «Брониовский против Польши» Европейский Суд принял и продолжает принимать множество пилотных постановлений («Сейдович против Италии», «Хуттен-Чапска против Польши» и др.) И эти сомнения заслуживали бы отдельного анализа, если бы не тот факт, что уже на протяжении многих лет, без всяких пилотных постановлений национальные власти стран Совета Европы самостоятельно и добровольно принимают всевозможные меры общего характера там, где они объективно необходимы для исполнения постановлений Европейского Суда. Как видно из Списка мер общего характера [List of General measures], составленного Комитетом экспер-

¹ Общими мерами, в зависимости от ситуации, могут быть также совершенствование административных процедур, изменение судебной практики и др.

² Зорькин В.Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия: Новые вызовы и перспективы // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 5.

³ [Winterwerp v. the Netherlands] (жалоба № 6301/73), решение от 24 октября 1979 года.

⁴ Рекомендация Комитета министров Совета Европы Rec. (2004)5 государствам / Перевод А.Л. Буркова (http://sutyajnik.ru/rus/echr/recomm/rec2004_5_rus.htm).

⁵ См.: Терехов К.И. Пилотные постановления, выносимые Европейским судом по правам человека: введение в системный анализ явления // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 4.

⁶ Об этом см.: Ковлер А.И. Новые тенденции в практике Европейского Суда по правам человека: «пилотные постановления» о «структурных проблемах» // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2006. № 5.

тов по совершенствованию процедуры защиты прав человека, из более чем 400 общих мер, принятых государствами на основании постановлений Суда по состоянию на 2006 год, около 260 реализованы в форме изменений законодательства¹.

Представляется, что российская правовая система не должна стать в этом смысле исключением. Как пишет В.Д. Зорькин, комментируя постановление Конституционного Суда от 5 февраля 2007 года № 2-П,

«...» в данном постановлении впервые была обозначена обязательность применения и учёта постановлений Европейского Суда по конкретным делам не только в правоприменительной практике, но и в законодательном регулировании; следовательно, было дано обоснование генерализации позиций Европейского Суда от конкретных дел к мерам общего нормативного характера².

Более того, в пункте 11 постановления Пленума Верховного Суда от 10 октября 2003 г. № 5-П «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» указывается на необходимость принятия властями мер общего характера с целью предупреждения возможных нарушений в будущем.

Из всего сказанного следует, что законодательный отказ от исполнения любого постановления Европейского Суда (даже в части мер общего характера) по названным в проекте закона мотивам, противоречит Основному закону страны и её международным обязательствам.

4.1. Устранение из российской правовой системы норм, признанных несовместимыми с Европейской конвенцией, и участие в этом процессе Конституционного Суда

В отечественной литературе высказывалось уже по меньшей мере два или три предложения относительно механизма дисквалификации правовой нормы, признанной Европейским Судом несовместимой с Конвенцией, с участием в этом процессе Конституционного Суда³.

Во-первых, предлагалось расширить компетенцию Конституционного Суда путём предоставления ему полномочия оценивать нормативно-правовые акты на предмет их соответствия Конвенции и иным международным актам о правах человека⁴. Очевидно, что такие нововведения станут реальными лишь в результате масштабных изменений в конституционном законодательстве. Кроме того, пока не вполне ясно, как данная функция будет корреспондировать монопольному праву Европейского Суда давать официальное толкование Конвенции и как будут соотноситься

между собой (в случае возникновения прямого противоречия) акты двух судов с частично дублирующей друг друга компетенцией. На настоящий момент сохраняет свою силу следующая позиция Конституционного Суда: «сам по себе факт несоответствия закона вступившему в силу международному договору Российской Федерации не является основанием для принятия Конституционным Судом Российской Федерации запроса к рассмотрению. Согласно статье 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» Конституционный Суд Российской Федерации разрешает дела о соответствии федеральных законов и иных нормативных актов Конституции Российской Федерации⁵. Из этого Конституционный Суд заключил, что непосредственная проверка соответствия закона международному договору не относится к его компетенции.

Во-вторых, учёные неоднократно указывали на возможность обращения в федеральный орган конституционного контроля или в конституционные (уставные) суды субъектов (как в порядке абстрактного, так и в порядке конкретного нормоконтроля) с жалобой или запросом о проверке конституционности нормы по мотивам установленного постановлением Европейского Суда противоречия этой нормы Конвенции⁶.

Более того, уже достаточно давно Т.Г. Морщакова высказала столь же смелое, сколь и простое предположение о том, что Европейский Суд вправе самостоятельно обращаться с запросом в Конституционный Суд для дальнейшей дисквалификации последним сомнительного нормативного акта. Обосновывается такое допущение следующим: законодательство не ограничивает круг судов, обладающих правом обращения в Конституционный Суд. Следовательно, Конституционному Суду ничто не мешает принять подобный запрос к рассмотрению и вынести решение по существу, параллельно включив в толкование части четвёртой статьи 125 Конституции, которое охватывало бы межгосударственные правозащитные судебные органы⁷.

При всей перспективности всех этих предложений следует учесть, что формально Конституционный Суд свободен в принятии тех или иных решений: он не связан доводами заявителя (статья 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»), судьи Конституционного Суда независимы и руководствуются только Конституцией Российской Федерации и соответствующим Законом (статья 29 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Его решение о неконституционности нормы не может быть полностью предопределено сомнением Европейского Суда в «конвенционности» этой же нормы. Следовательно, для законодателя может открыться легальная возможность непринятия мер общего характера, необходимость которых вытекает из по-

¹ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Documents/MGindex_en.asp

² Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М., 2011.

³ Естественно, речь идёт о ситуациях, когда эту «святую» обязанность не исполняет сам орган, принявший акт, явившийся предметом проверки.

⁴ Овсепян Ж.И. Статус общепризнанных принципов и норм международного права в конституционно-правовой системе России // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 7.

⁵ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 04.12.1997 № 139-О.

⁶ Султанов А.Р. Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М., 2012.

⁷ Морщакова Т.Г. Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия. Указ. соч.

становления Европейского Суда. Это породит вопрос о «самодостаточности» постановлений Европейского Суда и подсознательное ощущение их необязательности, подобно тому, как это было в первое время после принятия статьи 80 Закона о Конституционном Суде в новой редакции, обязавшей компетентные органы во исполнение постановления Конституционного Суда отменять или изменять уже итак дисквалифицированные им нормы¹.

В то же время, возможна и другая логика. Если допустить преюдициальное значение постановлений Европейского Суда в части признания им нормы закона причиной нарушения конвенционных прав лица в конкретном деле, то Конституционный Суд оказывается связанным выводами Европейского Суда. При этом следует, вероятно, говорить о «преюдициальности толкования»² или же понимать преюдициальность так, как Т.Г. Морщакова понимает её применительно к решениям самого Конституционного Суда,

«<...> когда как бы видоизменяется само понятие факта, который должен признаваться другими судами установленным без нового его исследования»³.

Означает ли эта связанность, что Конституционный Суд лишён возможности принять постановление, расходящееся с постановлением Европейского Суда — весьма спорный вопрос. Именно поэтому, как представляется, А.Р. Султанов весьма осторожно делает вывод о том, что «порой нарушение Конвенции является одновременно и нарушением норм Конституции»⁴ и что дисквалификация нормы закона на основе постановления Европейского Суда уже Конституционным Судом возможна, лишь если эта норма не соответствует Конституции⁵.

Кроме того, возможно возражение тезису о том, что коль скоро Конституция отдаёт приоритет в применении международному договору в случае его коллизии с законом, то

«<...> если федеральный закон противоречит Европейской конвенции, он автоматически начинает противоречить положениям части четвёртой статьи 15, части первой статьи 17, статьи 18 Конституции Российской Федерации. Следовательно, любое признание Европейским Судом по правам человека несоответствия федерального закона Российской Федерации Европейской конвенции одновременно означает фактическое удостоверение его неконституционности»⁶.

Следуя такой логике можно прийти и к другому ошибочному умозаключению. Часть пятая статьи 76 Конституции

содержит ту же логическую конструкцию, что и часть четвёртая статьи 15 Конституции, а именно — в случае противоречия между федеральным законом и иным актом, изданным в Российской Федерации, действует федеральный закон. Но тогда это с неизбежностью должно значить, что если некий указ Президента противоречит федеральному закону, то такой указ автоматически является не только незаконным, но и неконституционным, так как данное противоречие противоречит статье 76 Конституции. Ясно также, что никто кроме Конституционного Суда «удостоверять» неконституционность нормы ни фактически, ни юридически, не вправе. Но гораздо более дискуссионным представляется нам обратное утверждение, о том, что

«<...> нарушение норм Конституции, по сути, есть синхронное отклонение от регионального международного договора»⁷.

По большому счёту, обе рассматриваемые нормы (статья 15 и статья 76 Конституции) являются ничем иным как средством разрешения возможных правовых коллизий для целей правоприменения. Следовательно, если постановлением Европейского Суда установлено нарушение прав человека в связи с дефектностью норм российского законодательства, «это не влечёт их автоматической дисквалификации, но порождает обязанность правоприменителя использовать нормы международного права, имеющие приоритет, а не нормы, противоречащие Конвенции (часть четвёртая статьи 15 Конституции, часть четвёртая статьи 11 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, статья 7 Гражданского кодекса Российской Федерации)»⁸. На это указывает и ряд правовых позиций Конституционного Суда, о которых упоминалось выше. Надо признать, что выполнить это не так просто: нормы Конвенции (как и нормы Конституции) обладают высокой степенью абстрактности и применять их на практике взамен норм, признанных недействительными, судам может быть весьма затруднительно. Это дополнительная причина, по которой соответствующие правоприменительные органы должны всеми доступными средствами обращать внимание «завезавшегося» законодателя на то, что проблема существует и требует скорейшего разрешения. Так, Верховный Суд указывает следующее:

«<...> если при судебном рассмотрении дела были выявлены обстоятельства, которые способствовали нарушению прав и свобод граждан, гарантированных Конвенцией, суд вправе вынести частное определение (или постановление), в котором обращается внимание соответствующих организаций и должностных лиц на обстоятельства и факты нарушения указанных прав и свобод, требующие принятия необходимых мер»⁹.

¹ Морщакова Т.Г. ...И суда нет. Диагноз доктора Морщаковой // Новая газета. 19.07.2004.

² Султанов А.Р. Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М., 2012.

³ Морщакова Т.Г. Разграничение компетенции между Конституционным Судом и другими судами Российской Федерации // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1996. № 6.

⁴ Султанов А.Р. Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М., 2012.

⁵ Султанов А.Р. Правовые последствия постановлений Европейского суда по правам человека // Журнал российского права. 2011. № 9.

⁶ Пасонов С.А. Научно-правовое заключение на проект Федерального закона № 564315-5 «О внесении изменений в статью 415 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и статью 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» (<http://www.neps.ru/node/1781>).

⁷ Афанасьев С.Ф. Право на справедливое судебное разбирательство: теоретико-практическое исследование влияния Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод на российское гражданское судопроизводство. Автореферат диссертации на соискание учёной степени доктора юридических наук. 12.00.15. Саратов, 2010.

⁸ Султанов А.Р. Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М., 2012.

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

Всё сказанное не отрицает глубокого потенциала для гармонизации отечественного законодательства и международного права, заложенного в конституционном правосудии. О том, что такой потенциал необходимо реализовывать, неоднократно высказывался В.Д. Зорькин, предлагавший наделить Конституционный Суд

«<...> полномочием по запросам субъектов, определённых в законе (парламент, высшие суды), определять необходимость принятия мер общего характера по результатам вынесения постановления Европейского Суда и формулировать конкретное содержание таких мер»¹

или сформировать на базе Конституционного Суда научно-экспертную площадку для обсуждения подобных мер².

4.2. Объективная природа противоречий между постановлениями Конституционного Суда и Европейского Суда и их сосуществование в едином правовом поле

Далее речь пойдёт о принципиально иной ситуации, а именно — когда Европейский Суд подвергает сомнению состоявшееся ранее решение Конституционного Суда и требует принятия мер общего характера. Сенатор Торшин в одной из своих работ указывает следующее:

«<...> приоритет международного договора установлен над положениями закона, но не над положениями Конституции. Следовательно, международный договор не должен противоречить Конституции»³.

Такое противоречие обнаруживается, по мнению Торшина, в случае, когда Европейский Суд даёт толкование нормы того или иного закона противоположное конституционному.

Представляется однако, что вероятность прямого столкновения между текстами Конституции и Конвенции стремится к нулю: как отмечают специалисты, каталог или перечень прав, предоставляемый двумя этими актами примерно одинаков:

«<...> конституционный, закреплённый в российской Конституции каталог прав и свобод человека и гражданина практически идентичен, полностью корреспондирует тому, что признаётся европейским и мировым сообществом <...>»⁴.

Впрочем, и несовпадение каталогов прав не было бы противоречием, поскольку на этот случай и в Конвенции и в Конституции существует страховка. Первая говорит о том, 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» (статья 53). Вторая содержит аналогичное положение о том, что

«<...> перечисление в Конституции Российской Федерации основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина» (часть первая статьи 55 Конституции).

Таким образом, ситуация, когда Конвенция гарантирует защиту какого-либо законного интереса, а Конституция, наоборот, прямо его отрицает, вряд ли возможна, но при этом допустимо, что один из актов потенциально предусматривает более высокий стандарт защиты прав человека.

Совсем другое дело — расхождение между толкованием Конвенции и толкованием Конституции, данными компетентными судами в ходе нормоконтроля. Это позволяет ответить на вопрос о том, насколько то или иное законоположение совместимо с буквой и духом Конституции и Конвенции. Именно в ходе такого толкования устанавливается, затрагивается ли в принципе оспариваемой нормой какое-либо общепризнанное право; затем происходит выявление объёма основных прав, то есть выяснение того, идёт ли речь о естественных (имманентных) пределах права или о его ограничениях⁵, и лишь после этого происходит то, что можно назвать «взвешиванием», «балансированием» или «тестом на пропорциональность»⁶. При этом, разные суды используют при оценке содержания оспариваемой нормы разные аналитические инструментарий и руководствуются разными представлениями о том, какой смысл заложен в той или иной норме Конституции или Конвенции.

Рассуждая о необходимости согласования Конституционным Судом собственной практики с прецедентной практикой Европейского Суда, Т.Г. Морщакова подчёркивает, что

«<...> используемый в конституционном судебном контроле масштаб Конституции изначально включает международно-правовую составляющую — именно как критерий оценки внутреннего регулирования <...>»⁷.

С этим утверждением нельзя не согласиться. Однако национальные судебные органы не обладают правом давать официальное толкование Европейской конвенции, а Европейский Суд — национальной конституции. Кроме того, известно, что российский Конституционный Суд, при всей его старательности, иногда ограничивается лишь ссылками на нормы международного права — статьи Конвенции и прецеденты Европейского Суда, по-

¹ Зорькин В.Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия: новые вызовы и перспективы. Указ. соч.

² Зорькин В.Д. Конституционно-правовые проблемы российской судебной системы. Выступление на Всероссийском съезде судей. Москва. 18 декабря 2012 года.

³ <http://www.torshin.ru/news/1/750/>

⁴ Морщакова Т. Применение международного права в конституционном правосудии: итоги и перспективы // Конституционное правосудие. Выпуск 4(14) 2001 — 5(15) 2002.

⁵ Об этом см.: Краснов М.А. Ограничение прав человека или поиск их естественных пределов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 2.

⁶ Об этом см.: Шлик Берхард. Пропорциональность. К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2 (87).

⁷ Морщакова Т.Г. Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия. Указ. соч.

ложения пактов о правах, рекомендации Международной организации труда и других «правозащитных» актов, без подробного обоснования их применимости (релевантности) и без самостоятельного казуального истолкования. То же можно сказать о некоторых ссылках Европейского Суда на нормы нашей Конституции и решения нашего Конституционного Суда. Наконец, Конституционный Суд может «выйти на лёд», по которому ещё не довелось пройти и оставить свои следы Европейскому Суду по правам человека. Дело «Константин Маркин против России» показало, что возможно и открытое несогласие одного большинства уважаемых судей с другим большинством. В результате, очевидно, что противоречие во мнениях двух высоких судебных инстанций — совершенно нормальное, многопричинное явление, хотя и исключительно редкое.

Является ли это противоречие неразрешимым и требует ли оно выбирать «меньшее из двух зол» — поступиться обязательством Российской Федерации исполнять решения межгосударственного органа по защите прав человека или проигнорировать окончательное, общеобязательное и непреодолимое решение органа конституционного правосудия? Представляется, что нет.

Л.В. Лазарев, рассуждая о таком свойстве решений Конституционного Суда, как их окончательность, высказывает важнейшую мысль:

«Если же гипотетически представить, что установленное Европейским Судом нарушение положения Конвенции при рассмотрении судом в России конкретного дела будет связано с применением федерального закона, не соответствующего положениям Конвенции, но признанного ранее Конституционным Судом не противоречащим Конституции, а наше государство сочтёт необходимым изменить или отменить этот закон, исходя из решения Европейского Суда, то это также не влечёт за собой необходимость пересмотра постановления Конституционного Суда по данному закону, так как в случае отмены закона указанное постановление становится беспредметным. В случае же изменения закона также нет оснований для пересмотра постановления Конституционного Суда, ибо изменённый закон при обращении о проверке его конституционности является иным, новым предметом рассмотрения»¹.

Ситуация усложняется только в том случае, когда Конституционный Суд, отказывая в рассмотрении дела или констатируя конституционность нормы, в мотивировочной части решения даёт ей толкование, которым избранный законодателем вариант правового регулирования признаётся единственно допустимым. Такая правовая позиция может затруднить исполнение постановления Европейского Суда в части принятия общих мер. Однако подобная категоричность по понятным причинам характерна в основном для случаев признания нормы неконституционной и констатации нарушения прав человека, а не наоборот. Поэтому нам представляется совершенно неоспоримым тот факт, что признание Конституционным Судом обоснованности ограничения того или ино-

го конституционного права на основании части третьей статьи 55 Конституции, не препятствует законодателю в дальнейшем изменить избранный им ранее баланс интересов и в дальнейшем устранить или смягчить такое ограничение.

Следовательно, если Европейским Судом соблюдаются два основных требования, вытекающих из принципа субсидиарности, упомянутых выше, то даже при наличии противоречия с более ранним решением Конституционного Суда (особенно определением) уже нельзя говорить о том, что это постановление Европейского Суда обладает «признаками неисполнимости»².

Что же касается тезиса о необходимости целенаправленного пересмотра Конституционным Судом собственного решения на основании акта Европейского Суда³ как нового обстоятельства, то статья 79 Закона о Конституционном Суде такую возможность на сегодняшний день исключает. Если подобные изменения со временем будут внесены, какие-либо существенные препятствия на пути полной унификации практики двух судов окончательно исчезнут.

А.Р. Султанов в качестве эпиграфа к одной из цитированных выше работ избрал слова С.Н. Егорова о том, что «правовая система не должна содержать противоречивых (взаимоисключающих) норм». Представляется, что это утверждение — тот далёкий идеал, к которому нашей и любой другой правовой системе следует стремиться. Между тем, в нынешней правовой действительности существование взаимоисключающих норм неизбежно — особенно, если речь идёт о «судебных нормах». Яркий пример — противоречащие друг другу толкования Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда одних и тех же норм гражданского, налогового, административного права. Однако если эту проблему, как пишут в прессе⁴, намерены решить очень просто — объединив два суда в один, то применительно к Конституционному Суду и Европейскому Суду дело обстоит намного сложнее...

Резюмируя всё сказанное в этом разделе, можно утверждать, что настоящая проблема состоит не в самом сосуществовании двух не вполне сочетающихся друг с другом судебных актов, а в возможности исполнения (особенно, в части общих мер) одного из этих актов без ущерба для тех ценностей, которые защищает другое.

4.3. Проблема ограничений прав и свобод в контексте обязательства Российской Федерации исполнять решения Европейского Суда

Представляется, что результат, как в случае признания нормы неконституционной, так и не совместимой с Конвенцией, должен быть единым — как минимум, восстановление нарушенных прав гражданина, а в лучшем случае — также устранение дефектной (с точки зрения Конституционного Суда или Европейского Суда) нормы из правового пространства Российской Федерации

¹ Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2003. С. 117.

² Маарин С. Решения Европейского суда и российская правовая система (<http://ksrf.ru/Press-srv/Smi/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=2289>).

³ Коротев К. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации (московский период) // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 4 (71).

⁴ http://www.ng.ru/politics/2012-10-31/1_femida.html

с целью защиты прав и свобод неопределённого круга лиц на будущее. Иными словами, должно исполняться то решение, которое исходит из более высокого стандарта защиты прав и свобод. Такая позиция является отнюдь не новой и разделяется многими авторами:

«<...> юридическая конструкция, согласно которой в деле защиты прав человека Конституция имеет приоритет перед Конвенцией в случаях, когда она полнее обеспечивает защиту этих прав, имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Однако отсюда ещё не следует, что толкование Конституции Конституционным Судом всегда имеет приоритет перед толкованием Конвенции Европейским Судом по правам человека»¹.

Но такой теоретический подход при ближайшем рассмотрении оказывается пригодным только для тех случаев, когда спорная норма закона опосредует противостоящие друг другу отношения гражданина и государства, свободной личности и репрессивного аппарата власти. При рассмотрении подобных споров конституционно-правового характера, Конституционный Суд задействует особый правоограничительный и одновременно правозащитный механизм, содержащийся в части 3 статьи 55 Конституции (так называемая генеральная клауза). Тогда действительно следует исходить из максимально полного обеспечения прав и свобод, которые, согласно Конституции, являются высшей ценностью и определяют смысл и содержание законотворческой и правоприменительной деятельности. Это важнейшее положение Основного закона не позволяет нам выбирать, какое решение исполнить, а какое — проигнорировать².

По мнению многих исследователей, между этими двумя конструкциями, одна из которых называет права человека высшей ценностью, а другая — предусматривает механизм ограничения этих прав во имя целого ряда иных ценностей, обнаруживается логическое противоречие. Действительно, может ли высшая ценность ограничиваться во имя «более низких» ценностей?

Выход из этого противоречия находит судья Т.Г. Морщакова в своей статье, неоднократно здесь цитировавшейся:

«<...> оправдать перечисленными целями вводимые ограничения прав и свобод возможно только в той мере, в которой достижение этих целей опосредованно обеспечивает именно защиту прав и свобод — в ином контексте такое ограничение расхолилось бы с признанием личности высшей среди защищаемых Конституцией ценностей <...> Расширение предусмотренных конституцией оснований ограничения прав и свобод через признание перечисленных в ч. 3 ст. 55 Конституции целей в качестве ценностей, конкурирующих с высшей

ценностью человеческой личности, не соответствует букве и духу Конституции»³.

Такой «гуманистический» подход особенно близок к либертарному пониманию конституционной модели прав и свобод и их ограничений, разделяемому В.В. Лапаевой, но весьма далёк от существующей ныне практики конституционного правосудия и самого Европейского Суда⁴.

Однако эта позиция встречается с обратным представлением. Судья Н.С. Бондарь в особом мнении к решению Конституционного Суда по «делу об исполнительском иммунитете» утверждает:

«<...> указанная конституционная норма (часть 3 статьи 55) по своему смыслу и назначению в системе конституционного регулирования не может быть автоматически распространена на отношения, возникающие между равноправными участниками гражданского оборота»,

поскольку эта норма призвана опосредовать отношения

«<...> между государством и индивидом при решении вопроса об ограничительном регулировании прав последнего»⁵.

Гораздо более рельефно эта идея вырисовывается в работах С.В. Пчелинцева, который полагает, что «определяющими целями возможных ограничений прав и свобод граждан чаще всего являются общественные интересы (в широком смысле), важной (а чаще всего, несомненно, приоритетной) составляющей которых являются интересы государственной и общественной безопасности»⁶. Такой подход в большой степени отражает и существующую практику зарубежных судов.

Особенно ценным с практической точки зрения оказывается подход судьи Г.А. Гаджиева, трактующего сферу применения нормы части третьей статьи 55 Конституции максимально широко: требования пропорциональности (и все иные критерии правомерности ограничения права), выводимые из этой нормы, должны уважаться при балансировании любых интересов вне зависимости от характера спора: будь то конфликт между правом военнослужащего на отпуск по уходу за ребёнком и интересами обороноспособности государства, или между правом собственности одного и правом на жилище и на достойный уровень жизни другого. При этом, не всякий интерес из числа перечисленных в статье 55 Конституции может оправдать ограничение того или иного права:

«Эта статья завершает перечень прав и свобод, и поэтому предусмотренный ею порядок и режим законодательных ограничений носит универсальный характер. В ней содержится исчерпывающий пере-

¹ Лапаева В.В. Проблема соотношения юридической силы Конституции Российской Федерации и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (<http://www.igpran.ru/public/publiconsite/LapaevaVV.DeloMarkina.pdf>).

² В третий раз подчеркнём, что в своих рассуждениях автор статьи исходит из того, что Европейский Суд уважает принцип субсидиарности и оставляет национальным властям достаточно широкую свободу усмотрения при реализации мероприятий, направленных на решение структурной проблемы.

³ Морщакова Т.Г. Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия. Указ. соч.

⁴ Лапаева В.В. Критерии ограничения прав человека с позиций либертарной концепции правопонимания // Журнал российского права. 2006. № 4.

⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14.05.2012 № 11-П.

⁶ Пчелинцев С. Нормы международного права и Конституция Российской Федерации о целях ограничения прав и свобод граждан // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2 (55).

чень тех целей, которые могут оправдать введение ограничений всех прав и свобод человека и гражданина. Универсальный характер указанного перечня не означает, что любое из основных прав и свобод, гарантируемых Конституцией Российской Федерации, может быть ограничено, ориентируясь на все шесть целей, перечисленных в части 3 её статьи 55. Что-то из этих шести целей может быть соотносимо с тем или иным основным правом, а какие-то цели, если их иметь в виду при введении ограничений, могут привести к умалению права (часть 2 статьи 55 Конституции Российской Федерации)¹.

Представляется, что именно такой подход в наибольшей степени соответствует правоограничительному механизму, который заложен в Конвенции и который не носит универсального характера, а применительно к тому или иному праву устанавливает тот или иной интерес, защита которого может оправдать ограничение этого права². Правда, признав это, мы рискуем поставить под сомнение всю прецедентную практику Конституционного Суда, который в своей деятельности использует часть третью статьи 55 Конституции в её буквальном значении.

Представляется, что наиболее сложный с правовой точки зрения вопрос состоит в том, как быть с теми делами, в основе которых лежит именно противостояние однопорядковых, частных интересов, не опосредованное никаким эфемерным «общим благом» (интересов биологического родителя, с одной стороны, и приёмного родителя, с другой; миноритарных акционеров и мажоритарных акционеров, работника и работодателя и т.п.) В таких ситуациях «более полная» защита прав одного неизбежно означает «менее полную» защиту прав другого (подходящий пример — дело «Гёргюлю против Германии» [*Görgülü v. Germany*]), по которому государство-ответчик прямо указало, что необходимо отдать предпочтение интересам ребёнка и оставить его приёмным родителям, а не интересам биологического отца, желающего воссоединиться со своим ребёнком³).

Приведём более свежий пример. Национальное законодательство может явным образом исходить из приоритета права женщины, выносившей и родившей ребёнка по договору суррогатного материнства, быть записанной в качестве его матери, по отношению к правам генетических родителей. Конституционный Суд, столкнувшись с этой проблемой, проявил большую деликатность и большую сдержанность, отметив, что

«<...> указанная модель правового регулирования, не будучи единственно возможной, не выходит за

пределы правотворческих полномочий федерального законодателя»⁴.

Представляется, что концептуально такое решение на сегодняшний день является единственно верным, особенно, учитывая, что сам Европейский Суд оставляет за национальным законодателем широкую свободу усмотрения в вопросах, связанных с репродуктивными технологиями, поскольку использование экстракорпорального оплодотворения затрагивает сложные биомедицинские и этические проблемы, в разрешении которых отсутствует единое мнение государств — участников Конвенции. Только в силу этих причин Большая палата Европейского Суда в своё время воздержалась от спора с Конституционным Судом Австрии. Однако в недалёком будущем, когда научные технологии продвинулись ещё дальше, а между европейскими государствами будет достигнут некоторый консенсус, подход Европейского Суда к правовому регулированию экстракорпорального оплодотворения и других репродуктивных технологий может измениться. И тогда усмотрение «отколовшихся» от тренда национальных властей будет поставлено в гораздо более тесные рамки.

Из этих рассуждений следует, что именно в случае правового спора второго рода (то есть спора, основанием которого служит конфликт нескольких частных интересов), несовместимость толкований основного закона страны и Конвенции, данными компетентными судами, рождает вопрос об исполнимости их решений. В этом случае Конституция не даёт нам дополнительных ориентиров кроме принципа *pacta sunt servanda*⁵, поскольку конституционные права человека не могут градуироваться как имеющие сравнительно большую или меньшую ценность. При отсутствии ясного механизма преодоления таких противоречий будет иметь значение то, на какой из ряда возможных парадигм, обозначенных в начале работы, стоит право той или иной страны.

4.5. Возможность признания норм Конституции не отвечающими требованиям Европейской конвенции

Но как обстояло бы дело, если бы Европейский Суд всё-таки обнаружил прямое противоречие самой национальной Конституции Европейской конвенции? Такая сомнительная попытка оспорить Основной закон уже предпринята в отношении его статьи 32, предусматривающей исключение из права избирать и быть избранными для лиц, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда⁶. К слову, по мнению некоторых авторов, в этой ситуации «возможным решением могло бы стать постановление Конституционного Суда, идущее не просто *contra legem*⁷, но *contra constitutionem*⁸»⁹.

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30.10.2003 № 15-П.

² Статья 18 Конвенции гласит: «Ограничения, допускаемые в настоящей Конвенции в отношении указанных прав и свобод, не должны применяться для иных целей, нежели те, для которых они были предусмотрены».

³ Жалоба № 74969/01, постановление Европейского Суда от 26 февраля 2004 года.

⁴ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15.05.2012 № 880-О.

⁵ *Pacta sunt servanda* (лат.) — договоры должны соблюдаться.

⁶ <http://sutyajnik.ru/documents/4186.html>

⁷ *Contra legem* — против закона (лат.).

⁸ *Contra constitutionem* — против Конституции (лат.).

⁹ <http://ehracmos.memo.ru/files/bulletin-ru-3.pdf>

Неясно, на чём основывается такое допущение, поскольку действующее правовое регулирование такую «возможность» категорически исключает, на что обращал внимание и сам Конституционный Суд¹. Подобный подход, лишаящий нашу Конституцию не только «неприкосновенности», но и вообще какой бы то ни было системообразующей функции, вероятно, основывается на представлении о том, что Конституция является никак не больше, чем «всего лишь одной из разновидностей законов»². Для юриста-международника это может быть так, для конституционалиста — скорее всего, иначе. Заметим, что один из судей Конституционного Суда, когда во время лекции у него спросили о том, какие нормы в тексте Конституции следовало бы заменить, ответил следующее: «Я клялся на тексте Основного закона, что буду защищать его <...>. И если я что-то в этом тексте не приветствую, то мне следует уйти в отставку».

Действительно, в деле «Хёрст против Соединённого Королевства (№ 2)» [*Hirst v. the United Kingdom, no. 2*]³ (жалоба № 74025/01) Большая Палата Европейского Суда констатировала факт нарушения Конвенции положением британского Закона о народном представительстве 1983 года. Сразу оговоримся, что постановление это было принято далеко не единодушно. По разным соображениям совпадающие или особые мнения выразили судьи Кафлиш, Тюлькенс, Загребельский, Вильдхабер, Коста, Лоренсен, Ковлер и Йебенс. Более того, как отмечается в литературе, данное постановление вызвало «крайне негативную реакцию в Великобритании (вплоть до очередных призывов выйти из Конвенции)»⁴. На настоящий момент (по прошествии семи лет), несмотря на многочисленные «напоминания» со стороны Совета Европы и на то, что Европейский Суд, по мнению господина Ягланда, оставил властям Соединённого Королевства достаточную свободу усмотрения⁵, это постановление Европейского Суда властями Соединённого Королевства так и не исполнено.

И всё это при том, что в системе неписаного (общего) права даже такой акт конституционного значения всё равно не является в полном смысле конституцией (или её частью) и не обладает какой-либо особой защитой. Более того, приняв Акт о правах человека 1998 года, британский Парламент прямо предусмотрел возможность проверки высшими судами основного (конституционного) законодательства страны на предмет соответствия Конвенции и вынесения так называемых «деклараций о несоответствии». Не обладая самостоятельным регулятивным значением и являясь скорее рекомендацией, своего рода «частным определением» суда, эти декларации, тем не менее, открывают дорогу для максимально ускоренной про-

цедуры внесения изменений в законодательство. Всё это свидетельствует, с одной стороны, о стремлении к конструктивному диалогу между судами и парламентами, но с другой — о неготовности учредительной власти смириться с узурпацией её функций властью судебной⁶.

Конституция Российской Федерации, принятая на всенародном голосовании гражданами, несомненно, обладает большей степенью легитимности, чем акт парламента, избранного народом, и ещё большей, чем акт международного суда, юрисдикция которого признана этим парламентом, или любого другого суда. Именно о недопустимости подмены народного волеизъявления судебным правотворчеством говорит в одном из своих особых мнений судья Гаджиев, утверждая, что принятие судом «актов, которые вносят поправки в решения законодателя путём самостоятельного изменения баланса ценностей в пользу тех или иных прав или интересов» неприемлемо, поскольку, «подчиняясь в известной мере субъективизму самих судей и их представлениям о должном, подобные действия суда выходят за пределы той компетенции, которая отведена им Конституцией Российской Федерации в системе разделения властей»⁷. При принятии акта в ходе референдума (на всенародном голосовании) подобный субъективизм априори отсутствует, ибо не может считаться субъективным решение, принятое демократическим большинством⁸.

Конечно, каждый судебный акт Конституционного Суда и Европейского Суда — это всегда «переоценка ценностей», «перебалансировка интересов». В этом и состоит реализация правоограничительных (и, одновременно, правозащитных) механизмов, заложенных в Конвенции и в части третьей 3 статьи 55 Конституции. Однако настроен этот механизм на оценку тех ограничений, которые предусматриваются законом. Может ли он быть применён к самой Конституции или к самой Конвенции? Представляется, что ответ отрицательный.

Следуя обозначенной выше логике, остаётся, казалось бы, только задаться риторическим вопросом: какова же легитимность постановления Европейского Суда, обязательность актов которого для Российской Федерации легитимирована волей парламента, когда-то легитимированного народом, что предполагает изменение нашей Конституции, принятой в результате прямого непосредственного народного волеизъявления?

Однако стоит признать, что такой подход встречает на своём пути множество контраргументов, отбрасы-

¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 01.10.2009 № 1053-О-О.

² Европейский Суд и Конституционный Суд Российской Федерации: конфликт толкований // Закон. 2012. № 5.

³ Перевод данного постановления, касающегося вопроса о правомерности лишения заключённых права голоса, был опубликован в № 8 нашего журнала за 2011 год (примечание редакции).

⁴ Зорькин В.Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия: новые вызовы и перспективы. Указ. соч.

⁵ <http://www.guardian.co.uk/politics/2012/dec/10/votes-for-prisoners-uk-delaying-tactics>

⁶ Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2011.

⁷ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 марта 2012 г. № 8-П.

⁸ Легитимность самой Конституции 1993 года некоторыми авторами ставится под сомнение (см.: <http://www.narodsobor.ru/view/publication/7093-koren-zla>) Однако говорить о «неконституционной Конституции» и, следовательно, о неконституционности всего последующего законодательства представляется нам бесполезным и деструктивным, тем более что международное сообщество, очевидно, подобного заблуждения не испытывает.

вать которые в сторону без должного внимания было бы несправедливо. В частности, в контексте этого подхода неясно, как быть с возможностью оценки судебными органами законов, принятых на референдуме (практика пока на этот вопрос ответа дать не может). Как уместить в канву рассуждений тот факт, что новая Конституция Российской Федерации может быть принята вовсе не на референдуме, а Конституционным Собранием (и здесь большой вопрос состоит в

том, из кого оно будет формироваться)? Существует также мнение, что международное право в области прав человека с точки зрения правовой теории является *lex specialis*¹ по отношению как к международному праву, так и к конституционному праву и потому, в силу правила о разрешении юридических коллизий, обладает приоритетом². Представляется, что эти вопросы достойны того, чтобы стать предметом дальнейшего, более профессионального исследования.

¹ *Lex specialis* (лат.) — специальный закон, специальная норма; при расхождении общего и специального закона действует специальный закон. *Lex specialis derogat generali* — специальный закон отменяет действие (для данного дела) общего закона; специальная норма имеет преимущество над общей (*примечание редакции*).

² Морщакова Т.Г. Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия. Указ. соч.