

В. Л. Вольфсон

О МОДАЛЬНОСТИ ДОЛЖНОГО. RATIO DECIDENDI ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Присоединение России к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и признание обязательной силы толкований Конвенции в решениях Европейского Суда по правам человека по спорам с участием России сделали неизбежной задачу выяснить место «юриспруденции» Европейского Суда в системе российского права. Ответ на этот вопрос, который ищет и автор работы, интересен уже тем, что оказывается не столько важным в практическом смысле, сколько имеющим принципиальное значение для разрешения актуальных теоретических проблем, стоящих перед доктриной российского права и составляющих ныне детерминанты его развития в будущие десятилетия.

Ключевые слова: Европейская конвенция, Европейский Суд по правам человека, прецедентное право, правовая позиция, делегирование правотворческой компетенции, общепризнанные принципы и нормы международного права.

Vladimir L. Wolfson

THE MODALITY OF THE DUTY: RATIO DECIDENDI OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE RUSSIA LEGAL SYSTEM

Since Russia's adhesion to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, with a concomitant recognition of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to give binding interpretation of the Convention in judgments of cases to which Russia is a party, the nation's legal science has remained in dispute over the rank that the 'jurisprudence' of the European Court thereby attained in the hierarchy of Russian law sources. An outcome of the discussion, as discovered by the author of this article, may offer ironically little practical value, but may have significant power to cope with urgent theoretical challenges which the Russian legal doctrine faces today and which determine its development in the coming decades.

Keywords: The European Convention on Human Rights, European Court on Human Rights, case law, legal view, delegation of law-making authority, commonly recognized rules and principles of international law.

С тех пор как в силу Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ (далее — ФЗ-54)¹ Россия признает, в оговоренных в нем случаях, обязательность толкований

Вольфсон Владимир Леонович — кандидат юридических наук, доцент, Институт управления Санкт-Петербургского экономического университета, Российская Федерация, 191002, Санкт-Петербург; vwolfson@mail.ru

Wolfson Vladimir Leonovich — candidate of legal sciences, associate professor, Institute of Management of St. Petersburg University of Economics, St. Petersburg, 191002, Russian Federation; vwolfson@mail.ru

¹ Федеральный закон от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней». <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=18263> — ИПБ Консультант. — Имеется в виду абз. 7 ст. 1 этого Закона: «Российская Федерация в соответствии со статьей 46 Конвенции признает *ipse facto* без специального соглашения юрисдикцию Европейского Суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов».

Конвенции по защите прав человека² Европейским Судом,³ в российской науке обсуждается место в нашей правовой системе его *ratio decidendi*, правоприменительных силлогизмов, транслирующих содержание Конвенции. Энергию полемике не может не сообщать многозначительная для нее среда: в ней воцаряется новая эпоха разделения властей, которую автор именуется в своих работах правоприменительным феодализмом. Признаком ее — важнейший среди прочих — закрепление за судебной властью привилегии правовых позиций, т. е. узурпации догмы права самоназначенными и потому нелегитимными схемами ее означивания.⁴ Так что сказать о том, какие высоты в российском праве занял корпус «юриспруденции» ЕСПЧ,⁵ становится делом почти политическим. Соблазн велик, но, несмотря на то что моя собственная позиция не сводима ни к одной из мне известных, имелась и причина уклониться от участия в споре: исход его почти не имеет практического значения, ведь даже те, кто не признает источником права какие-либо решения Европейского Суда, кроме тех, что приняты по делам против России, и не принимает безоговорочно обязательность его толкований, согласны с тем, что игнорирование его доктрин бессмысленно, так как ЕСПЧ последователен в применении собственных прецедентов.⁶ Аргументация Конституционного Суда (далее — КС) постоянно опирается на акты ЕСПЧ, имплицитно отождествляя их с общепризнанными принципами и нормами международного права (далее — ОПН МП) и эксплицитно обязывая учитывать его толкования тогда, когда они из этих принципов и норм «исходят».

О необходимости учитывать «правовые позиции» и практику ЕСПЧ, а порой, без двусмысленностей, им следовать напоминают судам и постановления российских «арёпагов»: уж они-то, наделенные сверхъестественной способностью конвертировать в источник права любой *ratio*, под именем «единообразной практики» или «правовых позиций», знают толк в модальности должного.⁷ Тем не менее постановка вопроса

² Конвенция о защите прав человека и основных свобод (с изм., внесенными 13 мая 2004 г.; далее — Конвенция).

³ Европейский Суд по правам человека (далее — Европейский Суд, Суд, или ЕСПЧ).

⁴ Подробно принцип верификационной автономии догмы позитивного права, *ex definitio* исключаящий любые схемы его означивания, если их применение не следует из иерархически заданного порядка, изложен в работе «Язык догмы: обход невозможен» (Мир юридической науки. 2012. № 6. С. 8–19. <http://wolfson.ru/forum/viewtopic.php?t=15329>).

⁵ Так, справедливо, в сущности, характеризуют его акты бывший судья ЕСПЧ от России А. И. Ковлер и другие российские правоведы (см.: Ковлер А. И. Европейское право прав человека и Конвенция России // Семинар «Международные стандарты прав человека и уголовное правосудие». М., 2007. С. 5–12. http://sartracc.ru/Pub_inter/russiamanual.pdf) или, например, В. А. Анишина и Г. А. Гаджиев, делая поспешную оговорку после столь же поспешного объявления этой юриспруденции прецедентом (Абросимова Е. Б., Анишина В. П., Гаджиев Г. А., Ермошин Г. Т., Сафонов В. Е. Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / под ред. В. В. Ершова. М., 2006. С. 149–150).

⁶ В свою очередь, Конституционный Суд опирается в своих мотивациях на решения ЕСПЧ, вынесенные в отношении других стран. Среди наиболее известных таких его актов — Постановления от 27 июня 2000 г. № 11-П, от 12 марта 2001 г. № 4-П, от 30 июля 2001 г. № 13-П, от 5 февраля 2007 г. № 2-П, от 21 января 2010 г. № 1-П, Определение от 4 декабря 2003 г. № 508-О.

⁷ См., напр., абз. 3 п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», абз. 3 преамбулы и абз. 5 п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц», подп. «в» п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении».

о месте решений ЕСПЧ в российском внутреннем праве сулит теоретические перспективы, значимые и сами по себе, и как подходы к частностям вне пределов и в разной мере удаленные от поставленной проблемы. Если бы российское правоправедение не научилось быть бескорыстным к выгодам своих трудов, его бы не существовало.

Первый же из вопросов, возникающих при определении места решений ЕСПЧ в российской системе права, имеет непосредственное отношение к принципиальной теме правоприменительного феодализма. Бытует мнение, будто признание для России «обязательности юрисдикции Суда по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней» в абз. 7 ст. 1 ФЗ-54 следует читать едва ли не как официальное объявление о промульгации в ней прецедентного права,⁸ — и ведь в самом деле привилегия артикулировать закон в юрисдикции, где он по определению объективен, есть одна из основных инсигний феодальной судебной власти, а та на пике своего реванша.⁹ В дискуссии, которая предсказуемо развернулась вокруг этого мнения, в ход идут аргументы, опирающиеся на воззрения ее участников на предмет уместности в российском праве прецедентов,¹⁰ — что, с моей точки зрения, не приблизит к истине и не удалит от нее

⁸ Этого мнения, в частности, придерживается П. А. Лаптев, бывший уполномоченный РФ при ЕСПЧ (см.: *Лаптев П. А.* 1) Прецеденты Европейского Суда по правам человека и российская судебная практика // Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации: Избранные права. М., 2002. С. 43–44; 2) Правовая система России и европейские правовые стандарты // Отечественные записки. 2003. № 2. С. 145–147).

Осторожные возражения представлены в трудах М. И. Марченко и В. А. Канашевского (см.: *Марченко М. И.* Юридическая природа и характер решений Европейского суда по правам человека // Государство и право. 2006. № 2. С. 11–19; *Канашевский В. А.* Прецедентная практика Европейского суда по правам человека как регулятор гражданских отношений в Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 4. С. 122–126).

⁹ Замена описания на более доступное может стоить ему какой угодно грамотности, но только не политической. Вот пример (дословный): «В течение многих лет российские судьи соотносят свои решения с постановлениями Пленума Верховного Суда Российской Федерации или с постановлениями Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, которые хотя и не носят явного прецедентного характера, но близко приближаются к тому, поскольку дают толкование норм материального и процессуального права на основе анализа и обобщения материалов судебной практики» (*Марковицева Е. В.* Проблемы влияния решения Европейского суда по правам человека на российское правосудие // Российская Федерация в Европе: правовые аспекты сотрудничества России с европейскими организациями. Сб. статей / под ред. Д. Раушнинга и В. Н. Русиновой. М., 2008. С. 86).

¹⁰ *Зверев Д. В.* Новые источники гражданского процессуального права в свете Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Европейская интеграция и развитие цивилистического процесса в России. М., 2006. С. 22; *Деменева А. В.* Юридические последствия постановлений Европейского суда по правам человека для Российской Федерации. Екатеринбург, 2004. С. 28. http://sutuyajnik.ru/rus/library/sborniki/demeneva_LLM_dissertation.pdf; *Мкртумян А. Ю.* Влияние решений Европейского суда по правам человека на развитие гражданского права России // Вестник Тверского государственного университета. Сер. «Право». 2009. № 22. С. 48–57; <http://www.whitecase.nichost.ru/articles/humanrights2.pdf>. — В. В. Ершов и Е. А. Ершова, в своих трудах последовательно возражая как против адаптации прецедента в систему источников российского права, так и против того, чтобы признание правовой силы толкований ЕСПЧ расценивалось в качестве таковой адаптации, не выходят за рамки позиции, увязывающей возможность признания правовой силы заимствованного источника с его статусом в юрисдикции происхождения. Это побуждает их обращать внимание как на некорректность квалификации актов ЕСПЧ в качестве прецедентов, так и на поиск таких моделей их заимствования в российское право, которые были бы совместимы с доктринальными и легальными положениями о системе его источников. В итоге делается вывод: решения ЕСПЧ входят в российское право как прецеденты толкования (см., напр.: *Ершов В. В.* Прецеденты толкования Европейского

именно в этом споре; иными словами, отвода эти аргументы заслуживают, как я думаю, не потому, что прецеденты не следовало бы считать несовместимыми с нашей правовой системой: автор этой работы безусловно считает их ей чуждыми, а насильственную инъекцию их в нее — политической над ней пыткой. Дело в другом. Озадачивают попытки изыскания связи между признанием источником права какого-либо правоположения в юрисдикции его возникновения и тем же признанием во внешней для него юрисдикции, если таковая, как российская, строит свои отношения с юрисдикцией заимствования, международной или национальной, на принципе импорта, а не воспроизводства инкорпорированных норм: именно так следовало бы, на мой взгляд, описывать принцип, закрепленный в п. 4 ст. 15 Конституции. Правовые системы, поддерживающие связи с юрисдикционным окружением на принципе импорта, не испытывают на себе зависимости от других правовых систем в признании источником права ни какого-либо правоположения в отдельности, ни какого-либо типа правоположений: все потому, что заимствованная норма никогда ими не производится — она именно импортируется, то есть имплантируется в нее *ad hoc*, для конкретного случая. В обычной схеме это происходит путем привязки к международному или национальному правопорядку, который и сертифицирует силу соответствующего правоположения, генерируя все юридически значимые смыслы, связанные с местом этого положения в системе данного правопорядка, в том числе определяя его выбор в качестве применимого, а также соотношение его правовой силы с иными источниками. И в этом, общем, случае в российском, импортирующем правопорядке никогда не ставится вопрос о том, соглашаться или не соглашаться с признанием такого правоположения источником права в данной юрисдикции, — с признанием, явившимся следствием системных принципов юрисдикции происхождения, которая и дает ответы на все эти вопросы. Импортирующей юрисдикции, — собственно, ее судам, — при условии, что вопрос о выборе юрисдикции-экспортера разрешен, остается тест на содержательное соответствие инкорпорированной нормы превосходящим ее по силе конституционным нормам (в случае источника международного права) и, в случае источника национальной юрисдикции, — вкупе с конституционными, также императивным нормам своего частного права.¹¹ Но никогда адаптация в юрисдикции применения не может увязываться с признанием за заимствованным положением правовой силы, вообще какого-либо статуса в системных терминах данной юрисдикции, если эта сила и этот статус уже сообщены ему системными ресурсами юрисдикции происхождения. Ни та, ни другая юрисдикция не активируют эти смыслы для заимствующего правопорядка: последний лишь устанавливает связь с правопорядком заимствования, который и выполняет эту работу. Мы видим, что никакого взаимодействия систем не происходит: системные принципы юрисдикции, вбирающей в себя норму *ad hoc*, не подвергаются перестройке. Последнее происходит тогда, когда

суда по правам человека // Российское правосудие. 2007. № 1 (9). С. 31; Ершова В. А. Правовая природа постановлений Европейского Суда по правам человека // Трудовое право. 2009. № 2. <http://www.top-personal.ru/lawissue.html?1665> — Онлайн-версия журнала «Управление персоналом»; Антология научной мысли. М., 2008. С. 592–602). В целом, идею квалифицировать акты ЕСПЧ как «прецеденты толкования», восходящую к высказываниям А. Б. Венгерова (см.: Венгеров А. Б. 1) О прецеденте толкования правовой нормы // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 6. М., 1966. С. 3; 2) Теория государства и права. 3-е изд. М., 2000. С. 353), многие, кажется, нашли очень удачной.

¹¹ Статья 1192 ГК. С оговоркой о том, что соответствие принципам публичного правопорядка охватывается соответствием положениям конституционного права.

система не абсорбирует стороннее право, а, напротив, подчиняет себя привлекаемому режиму. В этом случае система должна прийти в движение и неизбежно производить новые смыслы.

В редких — относительно первой схемы, но исторически общеизвестных — случаях заимствующая система импортирует нормы и целые законы без установления канала связи с правопорядком происхождения, причем иногда эти законы вовсе не наделены в своем правопорядке правовой силой либо утратили ее, да и правопорядок уже может оказаться мертвым.¹² И юрисдикция-импортер успешно и, что важно, без всякой внешней помощи, сама справляется с задачей активации или реанимации нужного ей правового режима. И то, и другое вовсе не подразумевает какого-либо внутрисистемного производства права за счет использования ресурсов этой юрисдикции. Такую схему с полным основанием следует считать разновидностью импорта — с применением, так сказать, сборки. Проходится и пограничный контроль в виде тестирования заимствования на соответствие стандартам внутренних императивных норм: даже разобранные детали подлежат осмотру при ввозе. Очередной раз отметим: проверке подлежит лишь содержание этих правоположений — насколько терпимо оно национальным правопорядком, построенным на этих стандартах, но не система их производства.

Сторонние нормы заимствуются *ad hoc*; система не приходит в колебание и не перестраивает своих осевых принципов. Импортированная норма всегда останется инородным телом в заимствующей юрисдикции. В сущности, это снова к вопросу о взаимодействии систем: семантика понятий (любая, в данном случае — юридическая), установленная одной системой, не может пересматриваться другой системой в случае их импорта в эту последнюю. Они заимствуются как вещи в себе: генетически и структурно непроницаемые и потому недоступные для интерпретации. Мы поэтому не случайно даже взяли для примера в том числе и заимствование норм национального частного права: ибо адаптационные фильтры и для данного случая всегда ограничены тестированием содержательной адаптивности импортируемой нормы. По этой причине никогда не возникнет сомнений в допустимости как основания решения российского суда произведенной иной национальной юрисдикцией прецедентной нормы, если таковая, в силу коллизионной привязки, представляет собой подлежащее применению положение национального права; не должно быть этих сомнений и тогда, когда применима норма международного права.

Необходимые и достаточные вопросы о правовой силе решений Европейского Суда на территории России заключаются поэтому в следующем. Во-первых, наделены решения ЕСПЧ правовой силой в юрисдикции своего происхождения (и в данном случае — имеется ли ратифицирующий акт, ибо именно таковым, коль скоро речь идет о международной конвенциональной юрисдикции, должна осуществляться привязка российского правопорядка к данной юрисдикции) или же — самим российским правопорядком (и в этом случае нужно сослаться на федеральный закон или иной правовой акт, которым импортированы эти правоположения в российскую систему права). Во-вторых, необходимо установить масштабы заимствования — объемы импорта. В-третьих, надо понять, выдерживают ли акты ЕСПЧ цензы российских конституционных норм, императивных

¹² Чтобы не бахвалиться эрудицией, отберем первый и неотразимый пример — Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, которые никогда не действовали в юрисдикции происхождения, но были заимствованы другими правопорядками.

норм федерального законодательства и оговорки о национальном публичном порядке. Вопрос о том, устоит ли в нашей правовой системе признание юридической силы этих норм, если импорт осуществляется через канал ратификации, как показано выше, является лишним. Оставим без внимания частично третий из правильных вопросов, не потому что ответ был бы прост, а потому, что ему не найти место в данной работе: мы не сможем тут оценивать соответствие доктрин ЕСПЧ императивным нормам и российскому *ordre public*. Но зато конституционные параметры верховенства международного права нам следует не просто учитывать, а сразу же задать как исходные данные для решения двух оставшихся задач.

Обратимся к первой — о наделении правовой силой. Вариантов, как всем известно, два: международный источник либо преобладает над национальным правом в статусе соглашения, чью обязательность для себя Россия признала, либо имеет статус общепризнанных на международном уровне принципов и норм. Применительно к актам Европейского Суда это должно означать: либо его *ratio decidendi* нужно считать частью Конвенции, а может быть — полагать ее обладающей тем правовым содержанием, которое транслирует Европе ЕСПЧ, коль скоро тот действительно обладает такой компетенцией в силу ст. 32, либо эти решения являются общепризнанными принципами и нормами международного права. Займемся первой версией: твердость в логике не оправдывает ненужных трат текста и времени.

Считать постановления Суда частью Конвенции прямо предлагает, например, Ф. Абдуллаев.¹³ Его мнение подвергнуто справедливой, с формальной точки зрения, критике И. В. Рехтиной, которая указывает на то, что государства — участники Конвенции присоединились именно к ней,¹⁴ а не к толкующим ее решениям, каким бы авторитетом они ни обладали. В то же время, очевидно, что, поскольку Конвенция истолкована Судом, она только в этом толковании и существует; неистолкованные положения существуют автономно, но те, что применялись уже ЕСПЧ, — нет. Данный вывод, который мы делаем из ст. 32, впрочем, основан не на ошибочном, на наш взгляд, и распространенном, в том числе среди судей КС, ее понимании как утверждающей за толкованиями ЕСПЧ статус «официальных».¹⁵ В действительности (лучше видной в оригинале, чем в том, что называют переводом)¹⁶ ст. 32 говорит о том, что именно ЕСПЧ (а не другой орган в Совете Европы) будет обладать полномочиями по толкованию Конвенции в перечисленных в ней

¹³ Абдуллаев Ф. Значение прецедента Европейского суда по правам человека в практике Конституционного Суда Азербайджанской Республики // Материалы VIII Международного форума по конституционному правосудию «Имплементация решений Европейского суда по правам человека в практике конституционных судов Европы». М., 9–10 декабря 2005 г. М., 2005.

¹⁴ Рехтина И. В. Постановления Европейского суда по правам человека в правоприменительной деятельности // Советник юриста. 2011. № 5. — Цит. по: <http://www.s-yu.ru/articles/2011/5/5201.html>.

¹⁵ Эбзеев Б. С. Глобализация, европейский консенсус и рецепция Россией европейских гуманитарных стандартов: механизмы и пределы // Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства. Сб. науч. трудов. Казань, 2007. С. 78; Бондарь С. Н. Конвенционная юрисдикция Европейского суда по правам человека в соотношении с компетенцией Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2006. № 6; Султанов А. Р. Об общепризнанных принципах международного права и применении судами Постановлений Европейского суда по правам человека // Международное публичное и частное право. 2008. № 6. — Цит. по: <http://www.allpravo.ru/library/doc117p0/instrum7109/item7110.html> — Портал «Все о праве». 2008.

¹⁶ The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47. — В распространенной русской версии: «В ведении Суда находятся все вопросы, касающиеся

случаях разбирательств. Само по себе это еще несколько не означает компетенцию трансляции права (взамен содержания права), т. е. обретения правотворческой привилегии: толкование положений права — не только долг судебной власти, но и миссия, которая в демократических юрисдикциях никакой иной ветви власти не доверяется. Если бы не прецедентная сила решений Европейского Суда, не было бы никаких оснований говорить о единичности юридического бытия истолкованных Судом положений Конвенции: ведь другой состав судей ЕСПЧ обладает все той же юрисдикцией — дающей ему полномочия в том числе приходиться к иному толкованию Конвенции, не считай он себя связанным предшествующим. Однако прецедентная сила юриспруденции ЕСПЧ является фактом, в подтверждениях которого читатель этой работы не нуждается, хотя вспомнит множество решений, где Суд раз за разом клонировал в мотивировочной части выдержки из соответствующих доктрин, а затем неуклонно основывал на них свои выводы. Фактом, но не правилом, не принципом права. Этот факт уже учитывается в новейших поправках Конвенции — 14-й Протокол, к примеру, в целях отсева жалоб-клонов, особенно, конечно, русского происхождения, содержит его косвенное признание: комитеты судей теперь вправе объявить жалобу приемлемой и одновременно вынести постановление по ее существу, «если лежащий в основе дела вопрос (цитируем мы еще не самый худший перевод важнейшего для нашего права акта. — В. В.), касающийся толкования или применения положений настоящей Конвенции либо Протоколов к ней, уже является предметом прочно утвердившихся норм прецедентного права Суда».¹⁷ Но как бы далеко ни зашли эти нормы в прочности самоутверждения, ни в одном из правовых актов юрисдикции, основанной на Уставе Европы, — ни в самом Уставе, ни в Конвенции, ни в Регламенте суда — нет каких-либо указаний на формальную обязательность толкований для последующих решений ЕСПЧ. Юридически ничто не мешает ЕСПЧ принять постановление, которым он обрушит не только конкретную доктрину, наверняка кропотливо собранную из больших посылок по разрешению «лежащих в основе дела вопросов», но и, самое главное, — все представления о своем месте в правовой системе европейских стран. Исходить из такого предположения, конечно же, не следует: указать на отсутствие юридической связанности самих актов ЕСПЧ нам важно в тактических и сугубо исследовательских целях.

Пусть формально Ф. Абдуллаев не прав, предлагая считать нормативность толкований ЕСПЧ вполне самостоятельной; по существу же для восприятия правовой силы постановлений Суда национальными юрисдикциями, по сравнению с этим предложением, совсем ничто не изменится от того, если облечь его в другую формулу: «Можно утверждать, что положения Конвенции, получившие толкование в решениях Европейского Суда, обладают тем, и только тем содержанием, которым наделил их в этих решениях ЕСПЧ». Но ведь российский ФЗ-54 как ратифицирующий акт (акт, устанавливающий привязку к юрисдикции происхождения — к институциональному пространству, образованному самой Конвенцией, в данном случае), не щепетильничая, утверждает юри-

толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней, которые могут быть ему переданы в случаях, предусмотренных положениями статей 33, 34, 46 и 47».

¹⁷ Подпункт «b» п. 1 ст. 28 Конвенции в редакции Протокола № 14 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, вносящих изменения в контрольный механизм Конвенции. <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=28807;fld=134;dst=4294967295;rnd=0.945964079003368> (СПС «КонсультантПлюс»). Протокол вступил для России в силу 1 июня 2010 г.

дическую обязательность толкований (по делам, где Россия является ответчиком), тем самым не просто идя дальше Конвенции в продвижении меры обязательности постановлений Суда и, в сущности, преодолевая (пусть и неосязаемый практически, но всегда, так нам казалось, достойный того, чтобы его замечали) зазор между должным и не должным — правом и неправом, но и осуществляя вторую схему «импорта» стороннего правового режима — «импорт-сборку», в терминах этой работы: Россия самостоятельно наделила положения права модальностью, в своей юрисдикции ею не обладающие. Как уже говорилось выше, норма, подобная абз. 7 ст. 1 ФЗ-54, нимало не колеблет ни отрицания российской правовой системой прецедента, ни его в ней неадаптивности; не только потому, что, как замечает Е. А. Ершова, «ни один закон не может “решить” теоретический спор»,¹⁸ ибо помимо иммунитета доктрины против таких «решений» и в самой российской системе права ничто этим решением с места не сдвинулось и, как показано было выше, не могло сдвинуться.

Итак, становится видно, что ФЗ-54 одновременно является и ратифицирующим актом, устанавливающим канал связи с юрисдикцией, где заимствуемые положения наделяются силой, и федеральным законом, осуществляющим, так сказать, их «самовывоз». Россия импортировала в свою правовую систему юриспруденцию ЕСПЧ обоими описанными выше способами: как путем привязки к юрисдикции происхождения этих положений в виде ратификации, так и без такой привязки. Юрисдикция происхождения (Конвенция) наделяет импортируемые положения не тем юридическим значением, каким оно наделено внутренним российским правом; но и то, и другое значение Россией признано. Из этого следует, что единый текст ФЗ-54 в силу указанной здесь двойственности смыслов распадается функционально на два разных акта признания, причем различие это, как мы увидим, предопределяет и различное положение этих актов в правовой системе.

Для того и другого акта нам, следуя заданному выше алгоритму, нужно определить масштабы заимствования (объем импортированных правоположений). Этот вопрос очень простой, хотя почему-то и о нем идут споры в литературе.¹⁹ Российское право и в том, и в другом случае — один, собственно, и тот же легальный текст ФЗ-54, хотя и существующий, как мы видели, в двух разных функциях, — ограничивает импорт *ratio decidendi* (обязательность индивидуальных актов нас не интересует) решений ЕСПЧ теми толкованиями Конвенции, которые относятся к предполагаемым нарушениям ее положений со стороны только самой России, что ограничивает эти толкования спорами, где Россия является государством-ответчиком. Тем, кто пытается прочитать данное положение ФЗ-54 расширительно, можно посоветовать задуматься о причинах ссылки на

¹⁸ Отвечая тем, кто посчитал «старый теоретический спор о том, являются ли судебные акты источником права» решенным Федеральным законом о ратификации Конвенции (см.: Ершова Е. А. Правовая природа постановлений Европейского Суда по правам человека // Трудовое право. № 2. 2009. — Цит. по: <http://www.top-personal.ru/lawissue.html?1665> — Онлайн-версия журнала «Управление персоналом»).

¹⁹ Например, формальную обязательность для России решений ЕСПЧ по делам с участием других стран отстаивает А. Р. Султанов (см.: Султанов А. Р. Об общепризнанных принципах международного права и применении судами Постановлений Европейского суда по правам человека). Большинство, впрочем, согласно с тем, что решения в отношении других стран для России не обязательны (см.: Канашевский В. А. Прецедентная практика Европейского суда по правам человека как регулятор гражданских отношений в Российской Федерации. С. 122–126; Лаптев П. А. Правовая система России и европейские правовые стандарты // Отечественные записки. 2003. № 2. С. 145–147).

ст. 46 в начале текста обсуждаемой нормы (абз. 7 ст. 1): эта 46-я статья говорит именно о делах, где государство является стороной спора. Мы поспешим еще раз оговориться, что практическая значимость этого разделения, точно так же, как и между неформальным, но очевидным статусом юриспруденции Суда как единственного бытия положений Конвенции, ставшим предметом ее толкования, и формальной обязательностью постановлений Суда в силу двух схем инкорпорации, о которых речь шла выше, почти отсутствует²⁰ и что нас это нимало не заботит: у нас совсем другие цели в этом исследовании.

Поэтому, переходя к третьему его этапу, к ответу на вопрос о соответствии инкорпорируемой юриспруденции Европейского Суда российским конституционным нормам, мы будем вынуждены учесть еще одно членение обсуждаемого заимствования: помимо двух различных схем импорта, пути доктрин ЕСПЧ в нашу правовую систему еще распадаются на те, что могут вести в нее через непосредственное присутствие заимствуемых *ratio decidendi* в мотивациях решений по делам, где Россия является ответчиком, и на те, что проходят через споры с иными государствами. В последнем случае, как это должно быть ясно из предшествующего рассуждения, они могут проникнуть в российское право только тогда, когда воплощают ОПН МП. И, стало быть, аналитического усилия требует только тест на допуск во внутреннее российское право через пограничный юрисдикционный контроль правоположений, импортированных двумя определенными выше актами, на которые распадается единый текст ФЗ-54; последний должен пройти, соответственно двойственности текста, двойное тестирование, как текст ратификационного акта и как текст акта внутреннего законодательства.

Прежде всего, определимся с фильтрами допуска. Таковыми для целей нашего анализа являются: а) Конституция и б) ОПН МП, — как уже говорилось, в технических целях мы уклонимся от привлечения императивных норм и спекуляций об *ordre public*.

Приоритет конституционных норм перед правилами международных договоров для автора, как и для большинства правоведов, особенно в интересующей нас области,²¹ является самоочевидным следствием доктрины соотношения этих договоров с российской правовой системой как части и общего, закрепленного в первом предложении п. 4 ст. 15 Конституции. О своем подходе к содержательному соответствию Конституции и юриспруденции Суда я выскажусь в завершение данной работы. Но Конституция

²⁰ Выше уже приводились Постановления КС, в которых он ссылается на решения ЕСПЧ по спорам с участием других стран. Красноречивым свидетельством того, что КС не связывает себя в этом какими-либо ограничениями, заданными в ФЗ-54, является, по точному наблюдению Р. А. Касьянова, тот факт, что КС в том числе «ссылается на прецеденты ЕСПЧ по делам против третьих стран, решения по которым зачастую были приняты задолго до ратификации» Конвенции и признания юрисдикции ЕСПЧ (см.: *Интеграция России в европейское правовое пространство: некоторые аспекты применения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод // Российская Федерация в Европе: правовые аспекты сотрудничества России с европейскими организациями. Сб. статей / под ред. Д. Раушнинга и В. Н. Русиновой. М., 2008. С. 105–106*).

²¹ См., напр.: *Эбзеев К. С.* Конституция Российской Федерации: прямое действие и условие реализации // *Государство и право.* 2008. № 7. С. 8; *Талалаев С. А.* Два вопроса международного права в связи с Конституцией РФ // Там же. 1998. № 3. С. 66. — Абсолютно однозначен в мнении о превосходстве Конституции над Конвенцией Председатель КС В. Д. Зорькин (см., напр.: <http://pravo.ru/news/view/42556/> — Портал «Pravo.ru»). Однако бывают и обратные суждения (см., напр.: *Занина М. А.* Коллизии норм национального права и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод // *Российская юстиция.* 2005. № 11. С. 17–24).

дает один очень простой, но веский практический довод сторонникам обязательности актов ЕСПЧ не пытаться обосновать эту обязательность ее мнимой (как было показано) нормативностью: Конституция исключает применение нормативных актов, официально и для всеобщего сведения не опубликованных, если те затрагивают права, свободы и обязанности человека и гражданина.²²

Мы также будем исходить из того, что ОПН МП обладают юридической силой, превосходящей внутреннее законодательство. Такое толкование ст. 15, несмотря на то что впрямую она говорит только о преобладании над внутренним правом юридической силы международных договоров и умалчивает об ОПН МП, поддерживается большинством российских ученых и опирается, прежде всего, на то, что главенствующее положение в этом правовом явлении занимают *jus cogens*, чья правовая сила не только не зависит от международных договоров, но и превышает ее. Впрочем, есть немало и других веских доводов в поддержку такого толкования.²³

Мы также убеждены, что нормы толкования ЕСПЧ должны соответствовать ОПН МП. Иерархичность системы источников права подразумевает, конечно, недопустимость не только семантического превышения конкретной нормы нижестоящего источника над положениями вышестоящего, но и присвоения нижестоящим источником компетенции по наделению правовой силой (назовем это аннексией нормоспособности) собственных семантически более объемных по отношению к вышестоящему источнику норм или таких же норм иных правовых актов, или пусть «правоположений», «юриспруденции»: поэтому делегирование нормотворческой компетенции может осуществляться делегирующим актом только в пределах неколлизионности по отношению к преобладающему над ним акту. Эта неколлизионность подразумевает в том числе не только содержательную конформность по отношению к вышестоящему источнику, но и соблюдение пределов собственно делегирующей компетенции. Так, например, источник не может делегировать нормоспособность в той области регулирования, нормоспособность в которой ему самому была делегирована вышестоящим источником, если только последним не была предоставлена соответствующая делегирующая компетенция; иными словами, легетимирована трансмиссия делегирования. Нарушением пределов делегирующей компетенции, конечно же, станет и делегирование нормоспособности в объеме, превышающем те пределы нормотворческой компетенции наделяемого этой нормоспособностью источника, которые задаются источником, вышестоящим по отношению к делегирующему. По этой причине, независимо от того, как определять соотношение юридической силы ОПН МП и международных договоров, ратифицированных Россией, т. е. даже если и допустить, что Конвенция преобладает над ОПН МП и в том числе даже над *jus cogens*, она не могла делегировать какому-либо иному источнику, низшему относительно ОПН МП, такую нормоспособность, которая при коллизии с ОПН МП могла бы иметь над ними верховенство, ибо такое делегирование как раз

²² Проект ФЗ «О порядке опубликования в Российской Федерации решений Европейского Суда по правам человека» был отклонен в 2003 г. (см. об этой проблеме также в работе В. Абдрашитовой, опубликованной недавно: Абдрашитова В. Прецедентный характер Европейского Суда по правам человека), а также у Ю. Берестнева в работе «Распространение решений Европейского суда по правам человека», обнародованной еще в 2001 г. (http://www.juristlib.ru/book_2415.html).

²³ Кузнецова О. А. Место общепризнанных принципов и норм в системе источников российского гражданского права // Вестник Тюменского государственного университета. 2009. № 2. С. 36–39.

и стало бы выходом за пределы делегирующей компетенции, вытекающей из иерархии источников российского права, как она очевидно следует из Конституции.

Сделанные в предыдущих двух абзацах выводы складываются в правовой режим, который влечет следующие смыслы для двух раскрытых выше способов «импорта» юриспруденции ЕСПЧ в нашу правовую систему, осуществленных ФЗ-54. При первом способе, т. е. путем ратификации, когда ФЗ-54 выступает только как ратификационный акт, он как таковой сам по себе не может тестироваться на несоответствие положениям Конституции и на возможность коллизии с ОПН МП, ибо в конституционном порядке России ратификация федеральным законом представляет основную форму выражения обязательности для нее международного договора.²⁴ Поэтому оцениваться на предмет соответствия Конституции и ОПН МП могут только ратифицированные ФЗ-54 положения самой Конвенции. Как было установлено выше, она не устанавливает компетенции Суда создавать обязательные для участвующих в ней государств нормы ее толкования, ибо не наделяет его решения прецедентной силой, что в случае осуществления, безусловно, было бы равнозначно такой обязательности, с учетом положения ст. 32 об исключительности компетенции Суда давать толкования. Тем не менее, даже не входя в обсуждение вопроса об иерархии принципов означивания легального текста в юрисдикции, образованной Конвенцией, можно утверждать, что содержательность, как динамическая категория, каких бы то ни было норм позитивного права в отличие от статичного и объективного содержания в принципе не может рассматриваться вне реальности этих норм правоприменительного воплощения,²⁵ и, в частности, в особенности это утверждение должно быть относимо к нормам Конвенции, поскольку в силу ст. 32 то, насколько догма Конвенции зависит от позиций правоприменителя, официально может определять только сам правоприменитель, Европейский Суд, а он однозначно придерживается прецедентного толкования. Можно в связи с этим утверждать, что положения ратифицированной Россией Конвенции, касающиеся компетенции ЕСПЧ, в том смысле, который этим положениям придается сложившейся правоприменительной практикой, формально не наделяя *ratio decidendi* его решения статусом норм права, по существу делают их «нормами толкования» Конвенции, т. е. не чем иным, как содержанием истолкованных ЕСПЧ ее положений; во всяком случае на переживаемом этапе развития конвенционной юрисдикции нет никаких поводов допускать, что в той мере, в какой положения Конвенции истолкованы актами Суда, они могли бы в этой юрисдикции, т. е. самим ЕСПЧ, наделяться каким-либо содержанием, отличным от того, которым они уже наделены в предшествующем решении. Между тем, как было показано выше, в конституционном пространстве России Конвенция не может делегировать постановлением Европейского Суда нормоспособность, юридически преобладающую над ОПН МП. Следовательно, в той мере, в какой Конвенция допускает разрешение этих,

²⁴ Федеральный закон «О международных договорах» от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ. <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=139785> (СПС «КонсультантПлюс»).

²⁵ Такой критерий конституционности оцениваемого акта прямо предусматривается в ст. 74 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»: КС должен принимать решение по делу, «оценивая как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему... сложившейся правоприменительной практикой». Такова последовательная позиция Конституционного Суда РФ. Из известных постановлений, принятых с учетом данного положения, см., например, Постановление от 25 апреля 1995 г. № 3-П.

пусть и сколь угодно гипотетических, коллизий в пользу *ratio decidendi* ЕСПЧ, она не соответствует Конституции.

Если же ФЗ-54 рассматривать как акт второй схемы «импорта» («импорта-сборки») — только как федеральный закон, который самостоятельно вводит сторонний правовой режим, не прибегая к каналу связи с соответствующей юрисдикцией, то он, в этом случае не выступая как ратифицирующий акт, сам по себе, конечно, должен оцениваться на предмет соответствия Конституции, ОПН МП и кодифицированному законодательству (при его наличии). И в своем категорическом утверждении «обязательности» решений ЕСПЧ для внутреннего права хотя и не предусматривающий, но и не исключающий возможности рассмотреть в своей норме абз. 7 ст. 1 имплицитное делегирование этим решениям юридической силы, преобладающей, в случае гипотетической коллизии, над ОПН МП, ФЗ-54, по изложенным выше причинам, не соответствует актам всех трех названных уровней, ибо ведь и кодифицированные источники устанавливают верховенство актов международного права. Причем, скажем, если так называемый «примат» именно ОПН МП (а не международно-правовых источников вообще) в отношении частного права следует только из толкования Конституции, пусть и достаточно консолидированного, то наше уголовное, административное и пенитенциарное законодательство основывается на ОПН МП в силу совершенно эксплицитных указаний п. 2 ст. 1 УК, п. 2 ст. 1.1 КоАП, п. 1 ст. 3 УИК.

Итак, хотя ФЗ-54 и предусматривает обязательность для России решений и толкований ЕСПЧ по делам, где она является ответчиком, данное его указание не может пониматься как допускающее верховенство над внутренним законом постановлений Европейского Суда, расходящихся с ОПН МП.

Как мне представляется, нынешнее видение КС места юриспруденции ЕСПЧ в российской правовой системе основано на приведенных и раскрытых в этой работе аргументах. Подтверждение находим в Постановлении от 5 февраля 2007 г. № 2-П, в единственном, по сути дела, акте, в котором это видение явно определено.²⁶ Приведа в этом рассуждении,²⁷ в качестве посылки дальнейшего, формулу абз. 7 ст. 1 ФЗ-54, КС указал: «Таким образом, решения Европейского Суда по правам человека — в той части, в какой ими, исходя из общепризнанных принципов и норм международного права, дается толкование содержания закрепленных в Конвенции прав и свобод, включая право на доступ к суду и справедливое правосудие, — являются составной частью российской правовой системы, а потому должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при

²⁶ Это Постановление, в котором Суд обогатил теорию конституционного правосудия «фигурой воздержания» от формального признания не соответствующими Конституции положений ГПК, в мотивировочной части фактически уличенных в этом несоответствии. КС, кроме того, и вполне предсказуемо, не мог не протестировать эти положения на предмет совместимости с доктринами ЕСПЧ (со столь же предсказуемо негативными результатами), а для этого сформулировал критерий, по которому должна определяться обязательность толкований Судом положений Конвенции.

²⁷ ФЗ-54, несмотря на приведенную в Постановлении цитату пресловутой нормы, был отнесен к актам ратификации. Мне ничего не известно о том, занимали ли судей КС при подготовке этого Постановления такие материи, как двойственность импортирующей функции зарубежного права в ФЗ-54, но я спешу категорически поддержать эту «фигуру воздержания»: как минимум КС, ограниченный предметом жалобы, вряд ли мог рассуждать о мере обязательности юриспруденции ЕСПЧ по смыслу самой Конвенции.

применении соответствующих норм права».²⁸ Как видим, в этом определении КС, во-первых, утвердил «примат» ОПН МП над положениями внутреннего законодательства; во-вторых, пусть и крайне деликатно, но отчетливо указал на недопустимость разрешения коллизий между ОПН МП и нормативными толкованиями ЕСПЧ в пользу последних; в-третьих, связал свой вывод только с теми делами, по которым Россия выступает ответчиком; в-четвертых, нашел, на наш взгляд, идеальную формулу для определения меры обязательности для России тех *ratio decidendi* ЕСПЧ, которые «исходят» из ОПН МП: они, хотя и оставаясь для российской законодательной и судебной власти, в силу указанных в этой работе доводов толкования Конвенции, по-прежнему формально не-обязательными, безусловно должны ими учитываться ввиду неумолимой приверженности ЕСПЧ к прецедентному праву.

Такая конструкция отношений норм толкования Европейского Суда с источниками внутреннего российского права в одной из англоязычных работ была представлена как непомерная дискриминация правотворчества ЕСПЧ, прежде всего в связи с тем, что именно те ОПН МП, которые должны быть, по указанию КС, восприняты толкованиями, способными к интеграции в российскую правовую систему, в понимании авторов суть не что иное, как принципы обычного права.²⁹ Тем самым в предмет диспута о месте правовых позиций ЕСПЧ в российской системе права вошел новый вопрос: прояснить происхождение ОПН МП — как юридического явления и как понятия, использованного КС. А. Р. Султанов прав, указывая, что «общепризнанные принципы и нормы действительно могут иметь обычное происхождение и существовать в виде обычаев, но они могут быть закреплены и в международных договорах и других документах»,³⁰ и приводя далее в качестве примеров таковых Всеобщую декларацию прав человека и собственно Европейскую конвенцию о защите прав человека. Но, если не оговорить превосходство ОПН МП над международными договорами, ссылка на те из этих соглашений, к которым Россия присоединилась, как на договор, содержание которого воплощало бы ОПН МП, оказывается неработоспособной, поскольку они в любом случае имели бы приоритет перед внутренним законодательством. И, однако, даже если принять верховенство международного договора над ОПН МП — что отрицается, следуя гораздо более серьезным исследованиям, и этой работой — и далее считать, что ОПН МП, во всяком случае, те, которые в данном контексте имел в виду КС, лежат вне

²⁸ См. абз. 2 п. 2.1 Постановления Конституционного Суда от 5 февраля 2007 г. № 2-П. <http://www.gk.ru/2007/02/14/ks-verdikt-dok.html> — Российская газета. 2007. 14 февр.

²⁹ Kirill Koroteev and Sergey Golubok. Judgment of the Russian Constitutional Court on Supervisory Review in Civil Proceedings: Denial of Justice, Denial of Europe / Human rights law review. 2007. Vol. 7. Number 3. P. 619–632 // <http://hrhr.oxfordjournals.org/content/vol7/issue3/index.dtl#ARTICLES>. — Перевод на русский язык размещен по адресу: <http://ehracmos.memo.ru/files/Koroteev-Golubok-HRLR.pdf>. — Дискриминации, по мнению авторов, кроме того, подверглась и модальность, определенная КС для выражения меры обязательности актов ЕСПЧ: указание на то, что интегрируемые решения ЕСПЧ «должны учитываться» российскими правотворческими и правоприменительными органами, которое действительно означает формальное отсутствие их обязательности, на языке российской судебной системы будто бы равнозначно сигналу «прочти и забудь, или даже забудь, не читая»; однако, какова бы ни была практика применения ею положений Конвенции, это совершенно не так: «учитываться» на этом языке значит «входить в предмет усмотрения при разрешении дела» и потому «получить оценку в мотивировочной части решения». Наглядный пример градаций этой модальности дает ст. 59 Семейного кодекса, определяющая, применительно к возрасту ребенка, меру связанности его мнением судебного решения.

³⁰ Султанов А. Р. Об общепризнанных принципах международного права и применении судами Постановлений Европейского суда по правам человека.

международных договоров, связывающих Россию, то и тогда, в самом деле, неясно, от чего общепризнанные принципы и нормы международного права не могут получить закрепление в международных договорах, а если могут, почему не может существовать договоров, в которых бы они были представлены, но к которым Россия не присоединилась, или каким образом положение Конституции о верховенстве международных договоров над правом собственного производства могло бы быть прочитано как исключяющее над ним же верховенство общепризнанных принципов и норм только потому, что они были бы выражены в нормах договоров, к которым Россия не присоединялась. В том, что Конституция вполне допускает первые две возможности, но, разумеется, не третью, убежден и сам КС,³¹ причем некоторые постановления, трактующие Конвенцию как воплощение ОПН МП, приняты до вступления в силу ФЗ-54.³² Уместно здесь еще раз отметить и то, что обсуждаемое правовое явление зачастую представляет собой *jus cogens* — императивные нормы международного права, правовое значение которых не зависит от закрепления в каком-либо договоре, а системное — вряд ли данным обстоятельством дискредитируется.

Значение ОПН МП не только может, но и должно, по умолчанию, обретаться самими актами ЕСПЧ как единственными в поле юрисдикции актами, толкующими важнейший «сборник» ОПН МП — Конвенцию о защите прав человека — по умолчанию, но не в тех случаях, которые были оговорены выше в этой работе и в Постановлении КС. Такое обретение, конечно, не происходит *ipso facto*, ведь авторитет не является вмененным атрибутом — его нужно заслужить и нельзя априорно приписать.³³ Впрочем, снова напомним себе о том, что для правоприменительной деятельности Суда этот статус не будет иметь значения: он будет следовать своим предшествующим доктринам невзирая на то, реинкарнированы ли они в общепризнанные догмы.

Не в этой работе, конечно, оценивать, пусть даже для целей иллюстрации, содержательную совместимость правотворчества ЕСПЧ с Конституцией, хотя тесты с отрицательными результатами известны, и не только применительно к российскому основному закону.³⁴ И более того, автор решительно поддерживает указание Председателя КС на системную неизбежность таких расхождений, коренящуюся в установке Европейского Суда на приложение универсальных стандартов к странам с абсолютно разной культурной родословной и геополитической судьбой.³⁵ Принцип субсидиарности,

³¹ Постановления Конституционного Суда РФ от 14 февраля 2002 г. № 4-П, от 17 ноября 1998 г. № 26-П; от 17 декабря 1996 г. № 20-П.

³² Постановление Конституционного Суда РФ от 16 марта 1998 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности статьи 44 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР и статьи 123 Гражданского процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами ряда граждан».

³³ Считать какие-либо нормы права общепризнанными — оценочное суждение, о котором поэтому нельзя говорить в терминах истинности или ложности: «общепризнанность» — неverifiedируемая категория. Поддержать такие суждения или возразить против них сложно ровно настолько, насколько разумно, именно в меру и в силу этой сложности, принимать критерием правильности оценки доминирующую в судебной практике позицию — как единственный юридически значимый показатель.

³⁴ Федеральный Конституционный Суд ФРГ в решениях от 14 октября 2004 г. и от 13 июля 2010 г. выработал доктрину конституционного иммунитета против актов ЕСПЧ, которую Председатель КС именует «германским прецедентом».

³⁵ Зорькин В. Д. Диалог Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека в контексте конституционного правопорядка. Доклад на XIII Международном Форуме по конституционному правосудию. СПб., 18–20 ноября 2010 г. <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=39>. — Впрочем, после Постановления ЕСПЧ «Маркин против

в том числе исключая указание ЕСПЧ государству-ответчику на конкретные меры устранения выявленного несоответствия положений его законодательства содержанию Конвенции, определенного в *ratio decidendi*, о приверженности которому заверяют первые лица Суда,³⁶ не исключает юриспруденцию, настаивающую на вторжении в российскую систему права, несмотря на иммунитет, уже предоставленный внутреннему праву КС подтверждением его соответствия Конституции. И проблема будет только обостряться из-за твердого намерения ЕСПЧ следовать практике пилотных постановлений в отношении России: то, что ныне представляет собой отечественная законотворческая продукция, не оставляет другого выбора. Так тоталитарность Конвенции, даже в самом своем названии провозгласившей единение прав и свобод человечества, которое куда более разнородно, чем хотелось бы ее составителям, неумолимо втягивается в противоборство с юрисдикцией, дразнящей тех, кто должен надзирать за достаточностью соответствия этой мнимой общности, неразличимостью необщности и недостаточности.

Статья поступила в редакцию 20 сентября 2013 г.

России» 7 октября 2010 г., которое вступило в прямую коллизию с Определением Конституционного Суда от 15 января 2009 г. № 187-О-О, кому как не Председателю пришлось взять на себя операцию по переоценке «общечеловечности» столь наглядно не совпавших ценностей.

³⁶ Вильдхабер Л. Место Европейского суда по правам человека в европейском конституционном ландшафте // Конституционное правосудие на рубеже веков: Материалы международной конференции, посвященной 10-летию Конституционного Суда Российской Федерации. М., 2002. С. 92–98. <http://www.concourt.am/hr/ccl/vestnik/2.16-2002/vildxaber.htm>