

ПРАВОВАЯ ЖИЗНЬ: НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ, КОММЕНТАРИИ И ОБЗОРЫ

УДК 342

Диалог Санкт-Петербург — Страсбург: о конфликте между Конституционным судом Российской Федерации и Европейским судом по правам человека*

Р. А. ван дер Пол¹, Л. В. ван дер Пол²

¹ Судья апелляционного суда Арнем-Лейварден,
Нидерланды, 6800, Арнем, Валбургстраат, 2-4

² Юрист, специалист коммерческого права,
Нидерланды, 5346KE, Осс, Хет Ейланд, 36

Для цитирования: ван дер Пол, Рут А., ван дер Пол, Людмила В. 2019. «Диалог Санкт-Петербург — Страсбург: о конфликте между Конституционным судом Российской Федерации и Европейским судом по правам человека». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 4: 781–795. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2019.411>

Статья имеет обзорный характер, выраженный авторами по изложению не простой ситуации в отношениях между Конституционным Судом Российской Федерации и Европейским Судом по правам человека и предназначена для широкого круга читателей, как для членов научного сообщества, так и для юристов, студентов и всех, кому интересен вопрос о не простых отношениях, сложившихся по определенной причине между Конституционным Судом и ЕСПЧ. Отношения между КС РФ и ЕСПЧ были значительно подкислены после того, как КС РФ указал в деле Константина Маркина против России, что в некоторых случаях он не будет применять постановления из Страсбурга. В этой статье такое решение ставится в контексте того, как международное право влияет на российскую правовую систему в сфере конституционного права. Утверждается мнение, что КС РФ следовало бы отказаться от «последнего слова» и, при необходимости, вступить в конструктивный диалог с ЕСПЧ. В статье показаны постановления КС РФ и ЕСПЧ, которые по мнению авторов послужили причиной возникновения не простой «подкисленной» ситуации в отношениях между судами и процитированы их мотивационные основы. Определенное значение имеет более раннее Постановление КС РФ от 25.01.2001 № 1-П, которым установлено, что Российская Федерация признала

* Публикуется в авторской редакции.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2019

юрисдикцию ЕСПЧ и обязалась привести правоприменительную практику в том числе судебную практику в полное соответствие с обязательствами Российской Федерации, подчеркиваются приоритет международных договоров и особенно важная роль Европейской Конвенции по защите прав человека и основных свобод в российской правовой системе. При этом особенно интересными, по мнению авторов, являются: Определение КС РФ от 15.01.2009 № 187-О-О, Постановление от 06.12.2013 № 27-П, Постановление ЕСПЧ от 07.10.2010 по делу «Константин Маркин против России», Постановление КС РФ от 14.07.2015 № 21-П, которые, по мнению авторов, стали поводами для непонимания в отношениях между судами. Кроме того, в статье показаны подходы некоторых европейских судов по схожей ситуации, а также мнения некоторых европейских и российских юристов о значимости суверенитета относительно исполнения постановлений ЕСПЧ и о важности обсуждений по возникающим разногласиям между конституционными судами и ЕСПЧ. В сущности авторами изложены позиции о необходимости диалога между КС РФ и ЕСПЧ, предлагается обратить внимание на Протокол № 16 Конвенции, который существенно упростит исполнение постановлений ЕСПЧ и о важности убедительного разъяснения КС РФ его нового подхода выраженного в Постановлении № 21-П в сравнении с его более ранним Постановлением № 1-П.

Ключевые слова: Конституционный суд Российской Федерации, Европейский суд по правам человека, Константин Маркин, неисполнение постановлений, конфликт, суверенитет, диалог, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Протокол № 16.

1. Введение. В этой статье речь идет о напряжении в отношениях между Конституционным Судом Российской Федерации (далее — КС РФ) и Европейским Судом по правам человека (далее — ЕСПЧ), которое возникло после того, как КС РФ указал, что в некоторых случаях он не будет учитывать постановления ЕСПЧ. Внимание будет уделено месту международного права в России, взглядам Председателя Конституционного Суда Валерия Дмитриевича Зорькина и важности постоянного прагматичного диалога между национальными судами государств-членов международного сообщества и ЕСПЧ, вместо фактического использования «последнего слова». Но сначала это.

2. «К беззаконию». Осенью 2016 г. правительство Литвы решило отказать всем судьям КС РФ в доступе в страну. В Вильюсе их участия в профессиональных международных встречах больше не было. Причиной такого решения была «опасность для национальной безопасности и общественного порядка Литовской Республики» (Зорькин 2010) Между тем, следует отметить, что члены ряда зарубежных Конституционных судов — участники Конгресса ВККП, выразили согласованное мнение о недопустимости недопуска делегации КС РФ на Конгресс. Валерий Зорькин в своей статье от 2 октября 2017 г. с названием «На пути к беззаконию» выразил мнение об обвинении Литвой КС РФ в «компроментации авторитета Европейского Суда по правам человека», объявлении его «беспрецедентно дискредитированным», и приравнивании диалога с его судьями к диалогу с «лицами, которые принимали решения по поводу Холокоста». При этом он отметил европейскую критику относительно игнорирования судами России некоторых постановлений ЕСПЧ. На литовское обвинение в том, что КС РФ пытается пойти на компромис с Страсбургским судом, Валерий Зорькин ответил бесспорным аргументом, что КС РФ всегда точно и конкретно объясняет, почему в некоторых случаях исполнение по-

становлений ЕСПЧ противоречит «букве и духу» основного закона государства — Конституции Российской Федерации. Рассматриваемые вопросы выводят далеко за рамки коллизии в Литве на Конгрессе по конституционному правосудию.

3. Международное право и Конституционный суд РФ. Россия относится к так называемым монистическим странам с точки зрения подхода к международному праву. Это значит, что ратифицированные Россией международные договоры — неотъемлемая часть российского законодательства. Нидерланды также принадлежат к «монистическим» странам: ст. 94 Конституции Нидерланды обязывает суд отменить национальные правила, если их применение противоречит международному праву. Таким образом, нидерландский судья применяет нормы международных договоров как национальное законодательство (Thomassen 2009). Монистический характер выражается Россией в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, которая гласит, что международные договоры выходят за рамки национального законодательства (см. об этом: Bowring 2013; Butler 2003, 619–622). Россия является членом Совета Европы с 1996 г., и после ратификации в 1998 г. Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция) ее нормы стали частью российского законодательства. Такой значительный юридический факт также подчеркивается постановлениями Верховного суда РФ о важности применения Конвенции российскими судами. Эти «авторитетные резолюции» имеют обязательную силу в судах и предназначены для прочного закрепления Конвенцией общепризнанных принципов и норм международного права в российском праве. Без сомнения, Постановление ЕСПЧ (по делу Бурдова, по делу Богданова и др.) применяется в российском правовом порядке.

Например, КС РФ так изложил позицию ЕСПЧ в Постановлении КС РФ от 25.01.2001 № 1-П (далее — Постановление № 1-П)¹: «Конвенция о защите прав человека и основных свобод ратифицирована Российской Федерацией, вступила в силу на ее территории и, следовательно, является составной частью ее правовой системы. При этом Российская Федерация признала юрисдикцию Европейского суда по правам человека и обязалась привести правоприменительную, в том числе судебную, практику в полное соответствие с обязательствами Российской Федерации, вытекающими из участия в Конвенции и Протоколах к ней. Следовательно, оспариваемое положение п. 2 ст. 1070 ГК РФ должно рассматриваться и применяться в непротиворечивом нормативном единстве с требованиями Конвенции о защите прав и основных свобод. Иное расходилось бы с его действительным конституционно-правовым смыслом, выявленным в настоящем Постановлении, и привело бы вопреки требованиям ст. 15 (ч. 4) Конституции РФ и воле федерального законодателя, ратифицировавшего Конвенцию, к блокированию ее действия на территории РФ».

В Постановлении № 1-П КС РФ подтвердил правовые позиции, укрепляющие авторитетное мнение ЕСПЧ. В рамках выполнения пилотного Постановления ЕСПЧ от 15.01.2009 по делу «Бурдов против России» (№ 2), а также 255 постановлений ЕСПЧ, входящих в группу дел «Тимофеев», были приняты федеральные законы о компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок, которыми создано внутри-

¹ Здесь и далее все ссылки на российские нормативные и правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 10 марта, 2019. <http://www.consultant.ru>.

государственное средство правовой защиты от нарушений права, связанных с несоблюдением разумных сроков исполнения судебного акта, предусматривающее обращение взыскания на средства бюджетов бюджетной системы РФ.

В результате принятия указанных федеральных законов, их применения с учетом практики ЕСПЧ и разъяснений, изложенных в Постановлении Пленума Верховного суда РФ и Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 23.12.2010 № 30/64 «О некоторых вопросах, возникших при рассмотрении дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок», удалось добиться существенного сокращения жалоб рассматриваемой категории в российские суды и в ЕСПЧ, а также фактического переноса бремени защиты прав граждан на национальный уровень. Это значит, что в системе российского законодательства укрепляется принцип особой значимости международных договоров, а национальное право пополняется средствами, содержащими общепризнанные принципы и нормы прав человека и основных свобод, указанные в п. 4 ст. 15 Конституции РФ.

Сила правовых позиций ЕСПЧ также содержится в принципе «*pacta sunt servanda*», который составляет сущность трактата научного исследования значительного нидерландского юриста и гуманиста Hugo de Groot (Grotius) «*Mare Liberum*» о фундаментальной основе договора, который он написал в начале XVII в. (Groot 2009), и который также выражен в ст. 26 и 27 Венской конвенции. Следует отметить ст. 46 Конвенции, которая обязывает Договаривающиеся стороны исполнять постановления ЕСПЧ в которых они являются сторонами. Там, похоже, нет противоречий. И все же.

4. Причина для беспокойства: дело Маркина и др. Возможно, отношения между КС РФ и ЕСПЧ были значительно подкислены с момента вынесения КС РФ Постановления от 06.12.2013 № 27-П (далее — № 27-П) по делу Константина Маркина. Между тем, интересно обратить внимание на Определение КС РФ от 15.01.2009 № 187-О-О (далее — Определение № 187-О-О) и Постановление ЕСПЧ от 07.10.2010 по делу «Константин Маркин против России» (далее — Постановление ЕСПЧ от 07.10.2010).

В Определении № 187-О-О КС РФ отказал гражданину Маркину Константину в принятии к рассмотрению жалоб на нарушение его конституционных прав на государственное пособие для граждан имеющих детей. Решениями российских судов отпуск по уходу за ребенком был не положен российскому офицеру-мужчине, а отпуск для женщин-офицеров был открыт. Что это было?

ЕСПЧ в первой секции рассмотрел жалобу Константина Маркина об отказе национальных властей в предоставлении ему родительского отпуска по уходу за ребенком из-за его мужского пола, установил нарушение норм Конвенции и вынес постановление по этому делу, имеющее характер резкой критики. При этом важно отметить, ЕСПЧ принял жалобу к рассмотрению отклонив довод государства-ответчика о том, что решение национальных властей о предоставлении отпуска по уходу за ребенком и финансовой помощи означало, что заявитель утратил статус жертвы. Прямое признание нарушения Конвенции отсутствовало. Решение также не могло рассматриваться как признание по существу, поскольку оно содержало ссылку на сложное семейное и финансовое положение заявителя, а не на основания предусмотренного законодательством права или признания нарушения его

права на равное обращение. «Несмотря на меры, принятые национальными властями по урегулированию личной ситуации заявителя, Европейский Суд находит нецелесообразным исключение жалобы из списка дел, подлежащих рассмотрению. Оспариваемое законодательство остается в силе, и данная жалоба затрагивает важный вопрос общего интереса — предполагаемую дискриминацию мужского военного персонала в отношении права на отпуск по уходу за ребенком, — который еще не рассматривался Европейским Судом. Таким образом, соблюдение прав человека требует продолжения рассмотрения жалобы по существу с целью уяснения, обеспечения и развития стандартов защиты в соответствии с Конвенцией. <...> Соответственно, в то время как государства не имеют обязанности с точки зрения ст. 8 Конвенции создавать систему отпусков по уходу за ребенком, но в случае ее создания она должна соответствовать ст. 14 Конвенции. Заявителю было отказано в отпуске по уходу за ребенком по двум основаниям: его пола и статуса военнослужащего. Что касается первого из этих оснований, Европейский Суд не убежден доводом Конституционного Суда о том, что различное обращение с мужским и женским персоналом вооруженных сил было оправданно особой социальной ролью матерей в воспитании детей. В отличие от послеродового отпуска и связанных с ним пособий, которые прежде всего имеют целью обеспечить восстановление сил матери после родов и вскармливания, отпуска по уходу за ребенком и соответствующие пособия относятся к последующему периоду и имеют целью присутствие родителя дома для личного ухода за ребенком. В этот момент воспитания ребенка оба родителя находятся в “аналогичном положении”. Кроме того, правовая ситуация в отношении пособий в связи с родительскими отпусками претерпела изменения после Постановления Европейского Суда от 27.03.1998 по делу “Петрович против Австрии”, в котором за государством-ответчиком были признаны широкие пределы усмотрения в отсутствие европейского консенсуса по данному вопросу. С тех пор общество перешло к более равноправному распределению обязанностей между мужчинами и женщинами в воспитании детей, о чем свидетельствует тот факт, что законодательство абсолютного большинства государств-участников в настоящее время предусматривает возможность получения отпуска по уходу за ребенком матерями и отцами. Таким образом, Россия не может ссылаться на отсутствие общего стандарта, оправдывающего различие в обращении. Что касается второго основания, статуса военнослужащего, который имел заявитель, Европейский Суд полагает, что военнослужащие мужчины и женщины находятся в аналогичной ситуации в своих отношениях с детьми, и требуются весьма веские основания, чтобы оправдать различие в обращении в связи с их отношениями по отношению к новорожденным детям. Цель ограничения прав военнослужащих — защита национальной безопасности путем обеспечения оперативной эффективности армии — несомненно, являлась законной. Что касается ее соразмерности, Европейский Суд не убежден доводом Конституционного Суда о том, что разрешение использования военнослужащими отпуска по уходу за ребенком отрицательно скажется на обороноспособности и оперативной эффективности вооруженных сил. Это утверждение не имеет доказательной основы. Вместо этого Конституционный Суд основал свое определение на чистом предположении, не пытаясь подтвердить его действительность путем проверки на основании статистических данных или сопоставления интереса в поддержании оперативной эф-

фективности и конкурирующего интереса защиты военнослужащих от дискриминации в сфере семейной жизни и содействия интересам детей. Тот факт, что в вооруженных силах женщины не настолько многочисленны, как мужчины, не может оправдать создание неудобств для последних, а довод о том, что военнослужащие, желающие осуществлять личный уход за своими детьми, имеют возможность выйти в отставку, является особенно удивительным с учетом сложностей, с которыми они были бы вынуждены столкнуться в применении военной квалификации и опыта в гражданской жизни. Соответственно, основания, приведенные Конституционным Судом, обеспечивают недостаточное оправдание для более значительных ограничений, установленных для военнослужащих; различие в обращении не могло считаться разумно и объективно обоснованным и составляло дискриминацию по признаку пола. <...> Установление факта нарушения Конвенции само по себе является достаточной справедливой компенсацией причиненного морального вреда. <...> Государство-ответчик обязано внести изменения в законодательство с целью прекращения дискриминации мужского персонала вооруженных сил в отношении права на отпуск по уходу за ребенком».

Большая Палата ЕСПЧ в которую по просьбе России было передано дело Маркина, не так открыто выразила требования. В своем Постановлении от 22.03.2012 она подтвердила более раннее Постановление ЕСПЧ от 07.10.2010 в котором уже были установлены нарушения национальными властями требований ст. 14 во взаимосвязи ее со ст. 8 Конвенции. Вооружившись решением Большой Палаты ЕСПЧ, Маркин снова обратился к российскому судье с просьбой применить Постановление ЕСПЧ. Тем не менее, Ленинградский окружной военный суд решил вновь передать дело в КС РФ, поскольку он посчитал, что обнаружилась неопределенность в соответствии положения ст. 11 и п. 3 и 4 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ Конституции РФ.

КС РФ установил, что жалобы К. А. Маркина были признаны не отвечающими критерию допустимости и отказывая в принятии этих жалоб к рассмотрению, КС РФ, исходил из того, что недопущение совмещения военнослужащими мужского пола, проходящими военную службу по контракту, исполнения служебных обязанностей и отпуска по уходу за ребенком для воспитания малолетних детей обусловлено спецификой правового статуса военнослужащих и согласуется как с добровольным характером заключения контракта о прохождении военной службы, так и с конституционно значимыми целями ограничения прав и свобод человека и гражданина (ст. 55, ч. 3 Конституции РФ), — не усмотрел нарушения конституционных прав заявителя в его конкретном деле, а также, имея в виду весьма ограниченное участие российских женщин в осуществлении военной службы и особую, связанную с материнством, социальную роль женщины в обществе, констатировал отсутствие нарушения принципа равенства прав и свобод человека и гражданина в контексте равноправия мужчин и женщин. В сущности из Постановления от 06.12.2013 № 27-П (далее — Постановление № 27-П) довольно прагматично следует, что если законодательные положения российского законодательства, оспариваемые ЕСПЧ, соответствуют Конституции РФ, КС РФ будет определять в пределах своей юрисдикции, какие конституционные возможности есть для осуществления Постановления ЕСПЧ. Это подход, который напоминает подход немецкого *BVerfG* относительно конституционности постановлений Суда Европейского Союза (*CoJEU*) и ЕСПЧ.

Постановление КС РФ было раскритиковано российскими юристами. Резкая критика исходила от юриста Кирилла Коротеева. По его мнению, Конституция РФ не предусматривает абсолютного иерархического приоритета решений КС РФ в отношении международных договоров и постановлений международного суда, общепринятая норма международного права «*pacta sunt servanda*» все еще существует. Конфликта, по мнению Коротеева, нет.

«Конфликта между Конституционным Судом РФ и Европейском Судом по правам человека действительно нет, есть лишь нарушения Конвенции, правомерно установленные последним. Отметим, Правительство России на слушаниях дела в Большой Палате вполне разумно не выдвигало аргументов о «вмешательстве во внутренние дела» или «нарушении суверенитета»: они были бы отклонены» (Коротеев 2014).

В Постановлении КС РФ от 14.07.2015 № 21-П (далее — Постановление № 21-П) КС РФ указал, что суд обязан разрешать гражданские дела на основании Конституции РФ, международных договоров Российской Федерации, федеральных законов, иных нормативных правовых актов органов государственной власти и нормативных правовых актов органов местного самоуправления. Если международным договором РФ установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены законом, суд при разрешении гражданского дела применяет правила международного договора. К новым обстоятельствам, являющимся основанием для пересмотра судебных постановлений, вступивших в законную силу, относится, в частности, установление ЕСПЧ нарушения положений Конвенции при рассмотрении судом конкретного дела, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в ЕСПЧ.

По мнению группы депутатов Государственной Думы РФ, обратившихся в КС РФ в порядке ст. 125 Конституции РФ, указанные законоположения не соответствуют Конституции, ее ст. 15 (ч. 1, 2 и 4) и 79, поскольку фактически обязывают Россию, ее органы законодательной, исполнительной и судебной власти, к безусловному исполнению постановлений ЕСПЧ и впоследствии была создана возможность для российской исполнительной и судебной власти обращаться в КС РФ с вопросами о соответствии постановлений ЕСПЧ Конституции РФ. Фактически эта норма была применена КС РФ относительно Постановления ЕСПЧ по Анчугову и Гладкову против России (Appl. No. 11157/04 and 15162/05), которое было признано как противоречащее Конституции РФ и, таким образом, считающееся неосуществимым, а затем КС РФ в своем Постановлении от 17.01.2017 по делу ЮКОС против России постановил, что несовместимость с Конституцией РФ невозможна для исполнения Постановления ЕСПЧ. К примеру — немецкий BVerfG никогда не заходил так далеко. Такой подход КС РФ вызвал большую критику со стороны Европы и парламентские дебаты о том какой суд является высшим когда речь идет о толковании Конвенции, и за кем «последнее слово» в международном праве. Следует отметить, что в то же время ЕСПЧ установил в Постановлении по делу Херст против Великобритании (Appl. No. 74025/01) нарушение ст. 1 Протокола № 1 Конвенции, а КС РФ в своем Постановлении № 21-П установил, что мнение ЕСПЧ не согласуется со ст. 32, п. 3 Конституции РФ. Российский адвокат М. Ю. Осипов убедительно объясняет в своем комментарии по обжалованию постановлений

КС РФ: «...ибо в Конституционном Суде сидят не боги, а люди, которые могут принять ошибочное правовое решение» (Осипов 2016).

Следует обратить внимание на некоторые позиции по исполнению постановлений ЕСПЧ. В 2014 г. на рассмотрении в Государственной Думе РФ находились два законопроекта разработанные федеральными органами исполнительной власти с учетом выводов ЕСПЧ, содержащихся в постановлениях от 22.03.2012 по делу «Константин Маркин против Российской Федерации», и от 18.04.2013 по делу «Агеевы против Российской Федерации»². В 2015 г. с рассмотрения в Государственной Думе снят законопроект, подготовленный с учетом позиции ЕСПЧ, указанной в Постановлении от 22.03.2012 по делу «Константин Маркин против Российской Федерации». Что стало причиной? Между тем рассмотрение второго законопроекта разработанного с учетом выводов ЕСПЧ, указанных в Постановлении по делу «Агеевы против Российской Федерации» продолжено в Государственной Думе.

КС РФ прямо выразил свою позицию относительно ЕСПЧ в Постановлении № 21-П «Хотя интерпретационная правоприменительная практика самого Европейского Суда по правам человека по тому или иному вопросу, накапливаемая в течение сравнительно длительного периода, может со временем изменяться, тем не менее его постановления, как представляется, должны обеспечивать более высокий — по сравнению с национальным регулированием — уровень защиты прав и свобод человека и гражданина. Однако неоднозначность такого предположения обнаруживается на примере дела “Константин Маркин против России”, по поводу которого в 2010 г. возник конфликт толкований между КС РФ и ЕСПЧ в вопросе о наличии или отсутствии дискриминации по гендерному признаку вследствие лишения мужчин-военнослужащих возможности получить трехгодичный отпуск по уходу за ребенком, предоставляемый женщинам-военнослужащим» (*подчеркивание авторами*).

5. Суверенитет. Понятие «суверенитет» играет решающую роль в российском политическом дискурсе, и важную, что касается правовых дебатов во многих публикациях В. Д. Зорькина. Статья, которая появилась 29 октября 2010 г. в «Российской газете» под названием «Предел уступчивости», подчеркнула юридическую значимость термина «суверенитет»:

«Принципы государственного суверенитета и верховенства Конституции в правовой системе России относятся к основам ее конституционного строя. Конвенция как международный договор России является составной частью ее правовой системы, но она не выше Конституции. Конституция в ст. 15 устанавливает приоритет международного договора над положениями закона, но не над положениями Конституции. Монополия на истолкование положений Конституции и выявление конституционного смысла закона принадлежит Конституционному суду. И поэтому истолкование Конституции, данное высшим судебным органом государства, не может быть преодолено путем толкования Конвенции, поскольку ее юридическая сила все-таки юридическую силу Конституции не превосходит... Каждое решение Европейского суда — это не только юридический, но и политический акт. Когда такие решения принимаются во благо защиты прав и свобод граждан и развития нашей страны, Россия всегда будет

² Доклад о результатах мониторинга правоприменения в Российской Федерации. www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi.

безукоснительно их соблюдать. Но когда те или иные решения Страсбургского суда сомнительны с точки зрения сути самой Европейской конвенции о правах человека и тем более прямым образом затрагивают национальный суверенитет, основополагающие конституционные принципы, Россия вправе выработать защитный механизм от таких решений. Именно через призму Конституции должна решаться и проблема соотношения постановлений КС и ЕСПЧ. Если нам навязывают внешнее «дирижирование» правовой ситуацией в стране, игнорируя историческую, культурную, социальную ситуацию, то таких «дирижеров» надо поправлять. Иногда самым решительным образом. Но ясно и то, что в непростое время глобальных изменений Россия не может и не имеет права выйти из европейского правового поля. Так же как и другие европейские государства, Россия должна бороться и за сохранение своего суверенитета, и за бережное отношение к Европейской конвенции, защиту ее от неадекватных, сомнительных решений».

Впоследствии В. Д. Зорькин не отказался от своей критики относительно постановлений Страсбургского суда, что, по сути, отвергает принцип приоритета международного права над национальным законодательством. Он характеризовал идеи некоторых юристов которые заметили связь между национальным и международным правом как *radical monism* (радикальный монизм — это значит, что суд обязан прямо исполнять Постановления ЕСПЧ) — стремление завершать порядок государственного суверенитета. Он тоже поддерживает критику других стран Европейского союза относительно исполнения некоторых постановлений ЕСПЧ (Spijkerboer 2012; Philips of Worth Matravers 2014), например в Великобритании и Германии, которые, по его мнению, не соответствуют основным принципам их национального права (Зорькин 2010; 2017). Этот предмет также исследовал и изложил в своей статье профессор Б. Боуринг (Bowring 2015b; см. кроме того: Bowring 2009; 2015a).

В Постановлении № 21-П основное внимание уделено конституционности закона о ратификации Конвенции и соответствующих законов. КС РФ исследовал также так называемое *solange* правосудия — постановления Конституционного суда Германии относительно постановлений вынесенных Судом ЕС в делах *Gorgolu v. UK* и *Hirst v. UK*. При этом, следует отметить принцип государственного суверенитета, который высоко оценил В. Д. Зорькин, противоположностью которого является следующее. Российское законодательство остается полностью суверенным чтобы выйти из Совета Европы, но пока есть обязательства, вытекающие из Конвенции, и которые не могут быть предметом *cherry picking* (Philips of Worth Matravers 2014). Так же следует отметить, что невыполнение постановлений ЕСПЧ подрывает как авторитет ЕСПЧ, так и международное уважение к Российской Федерации, создавая прецедент, не заслуживающий последующих действий.

6. Прагматизм в Европе: диалог между судами. Критика В. Д. Зорькина, касающаяся некоторых аспектов взаимосвязи между национальным и международным правом, отрицает, что в условиях все более глобализированного правопорядка традиционные различия между ними недостаточны. Профессор Марк Лот отмечает в этом контексте многочисленные гибридные формы и промежуточные категории, называемые «транснациональным правом», что не соответствует традиционному образу. Примером такого права выступают законы Европейского союза, в том числе Конвенция. Это значит, что очевидная связь между законом и государством не-

прочна, и, поскольку это касается правового порядка, укрепление возможно только путем признания многоуровневой структуры права (Loth 2014). Следовательно, для определения притиворечивых норм и согласованности толкования в разных правовых порядках требуется диалог между национальными и международными судами. В своем докладе в 2011 г. бывшая судья Конституционного суда Германии Г. Любе-Вольф подчеркнула, что исключительно национальная перспектива (приоритет национальных принципов и норм) неадекватна: от судов, таких как ЕСПЧ и Европейский Суд (далее — Суд ЕС), которые занимаются столь многими юрисдикциями и различными правовыми культурами, нельзя ожидать безупречной работы. Они так же несовершенны, как национальные суды. Исходя из этого она делает вывод: «That is why transnational courts, just like national ones, need open discussion and criticism of what they do. That is why dialogue is important, why it is useful and not just crypto-tourism for delegations and individual judges to meet at conferences and exchange views» (Luebbe-Wolff 2011). Именно поэтому в Европе происходит прагматичный диалог. Вот три примера, два из которых интересны в сравнительном аспекте в связи с постановлениями КС РФ и мнением его председателя.

Прежде всего рассмотрим позиции Конституционного суда Германии (далее — КС Германии) и Суда ЕС. С одной стороны, КС Германии оставляет за Судом ЕС право «последнего слова» при реализации прецедентного права, а с другой — он гарантирует, что КС Германии не использует эту возможность. Такое поведение противоречит диалогу и возможности влияния международного права. Например, КС Германии постановил в актах *solange*³, что он не признает верховенство и прямое действие правопорядка Суда ЕС, пока *solange* не предлагает столь же хорошую защиту основных прав, как Конституция Германии. Таким образом, КС Германии действительно демонстрирует позицию «последнего слова» о совместимости законодательства Суда ЕС с немецким правопорядком, но, вопреки предположению В. Д. Зорькина, это только позиция КС Германии, но не завершающее его действие по отношению к Суду ЕС (Loth 2015; Waele 2010).

Второй пример касается взаимосвязи между КС Германии и ЕСПЧ. В 2004 г. КС Германии обозначил ряд фундаментальных позиций в своих постановлениях относительно влияния ЕСПЧ в деле *Gorgulu*, в котором отец хотел общаться со своим ребенком, усыновленным другими людьми. Получив отказ от немецких судей (включая КС Германии), он обратился в ЕСПЧ, который пришел к выводу, что ст. 8 Конвенции была нарушена. Немецкий апелляционный судья отказался принять решение из Страсбурга, поскольку, по его мнению, постановление ЕСПЧ не имеет обязательной силы для германского суда. Отец снова обратился в КС Германии, который постановил, что ЕСПЧ является частью правовой системы Германии, в национальное законодательство которой должны быть включены решения ЕСПЧ, поэтому он обязателен для немецкого судьи (ст. 46 Конвенции установлен принцип обязательности силы и исполнения постановлений ЕСПЧ), но всегда с открытой дверью для «уважительного инакомыслия» из Karlsruhe в направлении Straatsburg (Hoffmeister, Frank 2006).

³ BVerfG 29 mei 1974, BVerfG 37, 271 (Solange I) en BVerfG 22 oktober 1986, BVerfG 73, 339 (Solange II); BVerfG 12 oktober 1993, BVerfG 89, 155 (Maastricht); BVerfG 21 juni 2016, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 (OMT).

Следующий пример — дела *Al-Khawaja v. UK* и *Tahery v. UK*. В Англии использовалось так называемое понятие «услышать доказательства». Гарантии на применение такого подхода в соответствии с английским Законом об уголовном судопроизводстве 2003 г. разрешены только в исключительных ситуациях. Тем не менее ЕСПЧ постановил, что имело место нарушение п. 3 ст. 6 Конвенции. Это привело к значительному судебному протесту, и даже Верховный суд Великобритании выразил обоснованное нападение на Постановление ЕСПЧ по делам *Al-Khawaja v. UK* и *Tahery v. UK*, и призвал не следовать такому решению. По просьбе британского правительства дела были переданы в Большую палату ЕСПЧ, которая, обсудив критику Верховного суда, пришла к выводу о том, что в указанных делах ст. 6 Конвенции не была нарушена. Британский судья сэра Н. Братца назвал это своим конкурирующим мнением и примером того, как должен работать диалог между ЕСПЧ и национальными судами. В публикации от 2012 г. он выразил мнение о ценности конструктивного взаимодействия между обоими судами и призвал национальных судов к диалогу между национальными судами и ЕСПЧ, хотя формальных способов в то время было все еще недостаточно (Bratza 2012).

7. Итак: диалог между Санкт-Петербургом и Страсбургом? Возможно ли Конституционному Суду отказаться от «последнего слова» и, когда это необходимо, вступить в диалог с ЕСПЧ? Исходя из мнений Валерия Зорькина о «суверенитете» и «радикальном монизме», подход Конституционного Суда к решению такого значительного вопроса по защите прав и свобод российских граждан не очень конструктивен, но есть надежда.

В своем выступлении 17 мая 2016 г. Валерий Зорькин подчеркнул, что Конституционный Суд также хотел бы вступить в диалог с ЕСПЧ:

«Взаимодействие европейских и конституционных правовых порядков невозможно в условиях подчинения, только диалог между различными правовыми системами является основой их надлежащего баланса. Конституционный Суд Российской Федерации готов действовать в духе сотрудничества и диалога с Европейским Судом по правам человека. И мы рассматриваем эту конференцию как важный этап такого диалога, который ведет к соглашению» (Зорькин 2016).

Если готовность к диалогу серьезная, подписание и ратификацию Протокола № 16 (далее — Протокол) не следует откладывать⁴. Это хорошо, поскольку формальный подход будет больше доступен в отличие от позиции выраженной в Постановлении № 21-П. Протокол открывает возможность высшим судам государственных запрашивать консультативное заключение от ЕСПЧ по вопросам относительно толкования и применения Конвенции (п. 1 ст. 1) по делам находящимся в производстве суда (ст. 1 п. 2). Согласно пояснительному Докладу⁵ к Протоколу, эта возможность должна быть «конституционной ролью». При этом важно отметить информацию Совета Европы⁶, согласно которой Протокол подписан двадцати двумя государствами-членами и ратифицирован десятью государствами-членами.

⁴ Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental freedoms, CETS No. 214, 2 October 2012, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=r4eYsw4i.

⁵ Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ITA.pdf.

⁶ www.coe.int.

Российская Федерация пока не входит в это сообщество и пока нет оснований для оптимизма в существующем российском политическом контексте для эффективного диалога.

С другой стороны, Конвенция является неотъемлемой частью российского законодательства и является значительной частью учебного плана для нового поколения юристов и судей. Каждый миллиметр Конвенции профессионально применяется адвокатами (Burkov 2017), как в национальных судах, так и в ЕСПЧ. Это значит, что достигаются успехи в укреплении правовых способов защиты прав российских граждан и основных свобод. Хорошим примером является Постановление по делу Хорошенко / России (Appl. No. 41418/04) о праве на длительное посещение лиц, осужденных на пожизненное заключение, право, которое до недавнего времени не имело действия в России.

Между тем, возникает вопрос, почему КС РФ существенно поменял свою позицию после рассмотрения дела Бурдова, Богданова и других, (Постановление № 1-П), которая противоположна позиции выраженной в Постановлении № 21-П относительно исполнения в России постановлений ЕСПЧ. КС РФ обязан убедительно разъяснить мотивацию в своих новых решениях не только на основании ст. 6 Конвенции, но и с учетом основополагающих принципов правосудия Российской Федерации.

Библиография

- Зорькин, Валерий Д. 2010. «Предел уступчивости». *Российская газета. Федеральный выпуск*. № 246 (5325). 29 июня, 2010. <https://rg.ru/2010/10/29/zorkin.html>.
- Зорькин, Валерий Д. 2016. «Выступление Председателя Конституционного суда РФ: Конституционная юстиция на переходном этапе исторического развития России». *Конституционный суд РФ*. 17 мая, 2016. <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=75>.
- Зорькин, Валерий Д. 2017. «На пути к беззаконию?» *Российская газета. Федеральный выпуск*. № 222 (7388). 2 октября, 2017. <https://rg.ru/2017/10/02/zorkin-zapad-podmenil-mezhdunarodnoe-pravo-mifologizaciej-spravedlivosti.html>.
- Осипов, Михаил Ю. 2016. «О некоторых проблемах разрешения коллизий между Конституцией РФ и решениями Европейского суда по правам человека». *Актуальные проблемы российского права* 63: 55–60.
- Bowring, Bill. 2009. “Russia and Human Rights: Incompatible Opposites?”. *Göttingen Journal of International Law* 1 (2): 257–278.
- Bowring, Bill. 2013. “Human Rights in the Yeltsin era”. *Law, rights and ideology in Russia: Landmarks in the destiny of a great power*, ed. B. Bowring. Abingdon: Routledge: 140–173.
- Bowring, Bill. 2015a. “The Russian Federation and the Strasbourg Court: The Illegitimacy of Sovereignty?”, *The UK and European Human Rights. A Strained Relationship?* Eds K. S. Ziegler, E. Wicks and L. Hodson. London: Hart Publishing: 415–438. <https://www.researchgate.net/publication/291828943>.
- Bowring, Bill. 2015b. “Voices from the Field: what’s in a word? ‘sovereignty’ in the Constitutional Court of the Russian Federation”. *Russian Journal of Communication* 7 (3): 328–336.
- Bratza, Nicolas. 2012. *Dialogue between judges*. Strasbourg. January 2012. https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2012_ENG.pdf.
- Burkov, Anton. 2017. “The Use of European Human Rights Law in Russian Courts”. *Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect (European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation)*, eds L. Malksoo, W. Benedek. Cambridge: Cambridge University Press: 59–92.
- Butler, William E. 2013. *Russian Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Dyson, Lord. 2011. *What is wrong with human rights?* Hatfield: Hertfordshire University. https://www.supremecourt.uk/docs/speech_111103.pdf.

- Groot, Hugo de, Eyffinger, Arthur. 2009. *De vrije zee, een uiteenzetting over het recht van de Nederlanders om handel te drijven in Oost-Indie*. Den Haag: Jongbloed Juridische Boekhandel.
- Hoffmeister, Frank. 2006. "Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic law". *International Journal of Constitutional Law* 4 (4): 722–731. <https://doi.org/10.1093/icon/mol033>.
- Корогеев, Кирилл. 2014. «Конфликт, которого нет: комментарий к решению Европейского суда по делу "Маркин против России"». *РосЕвроСуд*. 28 января, 2014. <https://roseurosud.org/espch/kommentariy-po-delu-markin-protiv-rossii>.
- Loth, Marc A. 2014. *De Hoge Raad in dialoog: Over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde*. Tilburg: Tilburg University.
- Loth, Marc A. 2015. "De hoogste nationale rechter en de Europese hoven: naar een systeem van checks-and-balances tussen gerechten?" *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 4: 124–129.
- Luebbe-Wolff, Gertrude. 2011. "Who has the last word? National and Transnational Courts — Conflict and Cooperation". *Yearbook of European Law* 30 (1): 86–99. <https://doi.org/10.1093/yel/yer012>.
- Philips of Worth Matravers, Lord. 2014. "European Human Rights — A Force for Good or a Threat to Democracy?" *The Dickson Poon School of Law, King's College London*. June 17, 2014. <https://www.kcl.ac.uk/.../Lord-Phillips-European-Human-Rights>.
- Spijkerboer, Thomas. 2012. "Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens". *Nederlands Juristenblad* 2012: 254–262.
- Thomassen, Wilhelmina M. F. 2009. "The European Convention on Human Rights (ECHR) and the position of the national judge". *Highest Courts and the Internationalization of Law*, eds S. Muller, M. Loth. The Hague: Hague Academic Press: 115–119.
- Waele, Henry C. F. J. A. de. 2010. "Karlsruhe über Alles — Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgende het Duitse Bundesverfassungsgericht". *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2: 51–61.

Статья поступила в редакцию 18 марта 2019 г.;
рекомендована в печать 27 августа 2019 г.

Контактная информация:

Ruth Arne van der Pol — судья апелляционного суда; r.van.der.pol@rechtspraak.nl
 Людмила Валентиновна ван дер Пол — юрист, специалист коммерческого права;
liudmilavalentinovnavanderpol@gmail.com

Dialogue St. Petersburg — Strasbourg: on the conflict between the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of Human Rights

R. A. van der Pol¹, L. V. van der Pol²

¹ Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden,
Walburgstraat 2-4, 6800 CD Arnhem, the Netherlands

² Jurist, specialist commercial law,
Het Eiland, 36, 5346KE, Oss, the Netherlands

For citation: van der Pol, Ruth A., van der Pol, Liudmila V. 2019. "Dialogue St. Petersburg — Strasbourg: on the conflict between the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of Human Rights". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 4: 781–795. (In Russian) <https://doi.org/10.21638/spbu14.2019.411>

This paper reflects the authors' opinion on the growing tension in the relationship between the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of Human Rights (ECtHR). It aims at informing a broad circle of interested readers, scholars, jurists and students about the origins of the difficult relations between the Constitutional Court and ECtHR. Relations between both courts significantly soured after the Constitutional Court delivered its

famous Markin judgment, ruling that under certain circumstances it may not recognize judgments from Strasbourg. This paper places this decision in the context of the manner in which international law influences the Russian legal system according to the Russian Constitution. The authors argue that it would substantially credit the Constitutional Court if it would give up on the use of the so-called 'last word' and, in line with other European High Courts, would engage in a constructive dialogue with Strasbourg. The paper also illustrates the tense relations between the two highest courts with references to recent judgments of the constitutional Court and places them in light of the Constitutional Court's earlier ruling in the Bogdanov and others v. Russia case of 2001 where it loyally acknowledged that the Convention is part of Russia's domestic legal system, accepted the jurisdiction of the Strasbourg Court and began to render its case-law enforcement practice, including judicial, in full conformity with the obligations from Russia's participation in the Convention and the protocols thereto. Furthermore, the authors highlight the approaches of several European courts in similar situations as well as the opinions of various European and Russian lawyers on the significance of sovereignty and importance of discussion on differences that arise between the Russian Constitutional Court and ECtHR. In this respect the authors point to Protocol No. 16 of the Convention, which creates for the highest Courts of the member states of the Council of Europe the possibility to ask the Strasbourg Court for an 'advisory opinion.' According to the explanatory report, protocol No. 16 is meant to foster dialogue between courts and enhance the Strasbourg court's constitutional role.

Keywords: Constitutional Court, European Court of Human Rights, Konstantin Markin, non-enforcement judgments ECtHR, conflict, dialogue, protocol no. 16.

References

- Bowring, Bill. 2009. "Russia and Human Rights: Incompatible Opposites?" *Göttingen Journal of International Law* 1 (2): 257–278.
- Bowring, Bill. 2013. "Human Rights in the Yeltsin era". *Law, rights and ideology in Russia: Landmarks in the destiny of a great power*, ed. B. Bowring. Abingdon, Routledge: 140–173.
- Bowring, Bill. 2015a. "The Russian Federation and the Strasbourg Court: The Illegitimacy of Sovereignty?" *The UK and European Human Rights. A Strained Relationship?* Eds K. S. Ziegler, E. Wicks, L. Hodson. London, Hart Publ.: 415–438. <https://www.researchgate.net/publication/291828943>.
- Bowring, Bill. 2015b. "Voices from the Field: what's in a word? "sovereignty" in the Constitutional Court of the Russian Federation". *Russian Journal of Communication* 7 (3): 328–336.
- Bratza, Nicolas. 2012. *Dialogue between judges*. Strasbourg, January 2012. https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2012_ENG.pdf.
- Burkov, Anton. 2017. "The Use of European Human Rights Law in Russian Courts". *Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect (European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation)*, eds L. Malksoo, W. Benedek. Cambridge, Cambridge University Press: 59–92.
- Butler, William E. 2013. *Russian Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Dyson, Lord. 2011. "What is wrong with human rights?" Hatfield, Hertfordshire University. https://www.supremecourt.uk/docs/speech_111103.pdf.
- Groot, Hugo de, Eyffinger, Arthur. 2009. *De vrije zee, een uiteenzetting over het recht van de Nederlanders om handel te drijven in Oost-Indie*. Den Haag, Jongbloed Juridische Boekhandel.
- Hoffmeister, Frank. 2006. "Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic law". *International Journal of Constitutional Law* 4 (4): 722–731. <https://doi.org/10.1093/icon/mol033>.
- Koroteev, Kirill. 2014. "The conflict which never was. Commentary on the decision of the European Court in 'Markin vs. Russia'". *RosEvroSud*. January 28, 2014. <http://roseurosud.org/evropejskij-sud-po-pravam-cheloveka/stati-i-knigi-o-evropejskom-sude-/51-kommentarie-po-delu-markin-protiv-rossii>. (In Russian)
- Loth, Marc A. 2014. *De Hoge Raad in dialoog: Over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde*. Tilburg, Tilburg University Publ.

- Loth, Marc A. 2015. "De hoogste nationale rechter en de Europese hoven: naar een systeem van checks-and-balances tussen gerechten?" *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 4: 124–129.
- Luebbe-Wolff, Gertrude. 2011. "Who has the last word? National and Transnational Courts — Conflict and Cooperation". *Yearbook of European Law* 30 (1): 86–99. <https://doi.org/10.1093/yel/yer012>.
- Osipov, Mikhail Y. 2016. "On several problems related to allowing collisions between the Constitution of the RF and decisions of the European Court of human Rights". *Aktualnye problemy rossiiskogo prava* 63: 55–60. (In Russian)
- Philips of Worth Matravers, Lord. 2014. "European Human Rights — A Force for Good or a Threat to Democracy?" *The Dickson Poon School of Law, King's College London*, June 17, 2014.
- Spijkerboer, Thomas. 2012. "Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens". *Nederlands Juristenblad* 2012: 254–262.
- Thomassen, Wilhelmina M. F. 2009. "The European Convention on Human Rights (ECHR) and the position of the national judge". *Highest Courts and the Internationalization of Law*, eds S. Muller, M. Loth. The Hague, Hague Academic Press: 115–119.
- Waele, Henry C. F. J. A. de. 2010. "Karlsruhe über Alles — Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgende het Duitse Bundesverfassungsgericht". *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2: 51–61.
- Zorkin, Valerii D. 2010. "The limit of compromise". *Rossiiskaja gazeta. Federalnyi vypusk* 246 (5325). June 29, 2010. <https://rg.ru/2010/10/29/zorkin.html>. (In Russian)
- Zorkin, Valerii D. 2016. "Performance of the President of the CC RF: Constitutional Justice in the Translation Phase of the Historical Development of Russia". *Konstitutsionnyi sud RF* May 17, 2016. <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=75>. (In Russian)
- Zorkin, Valerii D. 2017. "On the road to lawlessness". *Rossiiskaja gazeta. Federalnyi vypusk* 222 (7388). October 2, 2017. <https://rg.ru/2017/10/02/zorkin-zapad-podmenil-mezhdunarodnoe-pravo-mifologizacii-spravedlivosti.html>. (In Russian)

Received: March 18, 2019
 Accepted: August 27, 2019

Authors' information:

Ruth A. van der Pol — Judge at the Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden, the Department of Commercial law; r.van.der.pol@rechtspraak.nl
Liudmila V. van der Pol — Jurist, specialist commercial law; liudmilavalentinovnavanderpol@gmail.com