

От диалога к диспуту? Конституционное право vs. Европейской Конвенции по правам человека – на примере Российской Федерации

Маттиас Хартвиг*

* Маттиас Хартвиг – доктор права, работает референтом в Гейдельбергском Институте Макса Планка зарубежного публичного права и международного права, преподаёт в Университете г. Гейдельберг.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству Энгель Ферлаг и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Matthias Hartwig, Vom Dialog zum Disput? Verfassungsrecht vs. Europäische Menschenrechtskonvention – Der Fall der Russländischen Föderation** in: Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ) 44 (2017), 1, S. 1 - 23.

Содержание:

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| I. Соотношение международного права и национального права по Конституции Российской Федерации | 11322 |
| II. Первый конфликт между Конституционным судом РФ и ЕСПЧ: дело <i>Маркина</i> | 1134 |
| III. Реформа Закона о Конституционном Суде от 2 июня 2014 года | 141 |
| IV. Решение Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 года по вопросу о возобновлении производства по делу вследствие постановления ЕСПЧ | 1143 |
| 1. Конституционно-правовая аргументация - часть 1 | 1143 |
| 2. Параллели к правовому акту « <i>ultra vires</i> » (« <i>ausbrechender Rechtsakt</i> »; неправомочный акт, принятый с превышением полномочий - прим. <i>Дайджеста</i>)? | 1147 |
| 3. Конституционно-правовая аргументация - часть 2 | 150 |
| V. Реформа Закона о Конституционном Суде (ФКЗ о КС) от 14 декабря 2015 года | 1153 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Объект реформы ФКЗ о КС | 1153 |
| 2. Реакция Совета Европы | 1154 |
| 3. Критика | 1157 |
| VI. Судебная практика ЕСПЧ по вопросам избирательных прав заключённых лиц | 1159 |
| 1. Отсутствие у заявителей интереса, подлежащего правовой защите | 160 |
| 2. Отсутствие правовых масштабов | 161 |
| VII. Решение Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 года по вопросам избирательных прав заключённых (дело Анчугова и Гладкова) | 1163 |
| 1. Правовое положение в РФ | 1163 |
| 2. Аргументация КС РФ | 1164 |
| 3. Критика | 169 |
| VIII. Решение КС РФ от 15 ноября 2016 года относительно предоставления свиданий для членов семей осуждённых лиц | 175 |
| IX. Решение Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 года об исполнении постановления ЕСПЧ от 31 июля 2014 года о справедливом возмещении (ст. 41 ЕКПЧ) по делу ЮКОС | 176 |
| 1. Подоплёка дела ЮКОСа: судебное производство по делу на внутригосударственном уровне с 2004 года | 177 |
| 2. Обращение ЮКОСа в 2004 году в ЕСПЧ и принятое затем решение ЕСПЧ о допустимости жалобы от 29 января 2009 года | 179 |
| 3. Решение ЕСПЧ по делу ЮКОСа по существу от 20 сентября 2011 года | 180 |
| 4. Решение ЕСПЧ от 31 июля 2014 года относительно справедливой компенсации по делу ЮКОСа | 11822 |
| 5. Оценка решений ЕСПЧ по делу ЮКОСа | 18383 |
| 6. Обоснование решения Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 года об исполнении решения ЕСПЧ о компенсации по делу ЮКОСа | 1911 |
| Особые мнения судьи Ярославцева и судьи Арановского | 11944 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------|------|
| 7. Оценка решения Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 года | 1195 |
| X. Заключение | 201 |

В последнее время национальные органы государств-участников Европейской Конвенции по правам человека (ЕКПЧ) в возрастающей мере выдвигают возражения против имплементации решений Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ). Своеобразный тон этому задали Федеральный Конституционный Суд ФРГ (ФКС) своим постановлением, принятым в 2004 году по делу *Гёргюлю (Görgülü)*, которое имело значительно более далеко идущие последствия, чем это предполагал Суд.¹ Это постановление ФКС стало эпохальным судебным решением, на которое ориентировались многие другие конституционные суды, не в последнюю очередь также и российский. Другим примером ясного дистанцирования национального органа от решений ЕСПЧ является решение Палаты Общин (*House of Commons*) об отказе в имплементации в британский правовой порядок решения ЕСПЧ по делу *Хёрст (Hirst)*, вынесенного в 2005 году против Великобритании.²

Российская Федерация (РФ) отличалась наличием особенных трудностей с (имплементацией) ЕКПЧ. Это связано уже с тем, что большинство дел, которые рассматриваются Европейским Судом по правам человека, приходятся на эту страну и до настоящего времени никакое другое государство не осуждалось так же часто, как РФ.³ Это, однако, не значит,

¹ Этому предшествовало решение ЕСПЧ по делу *Гёргюлю против Германии*, №. 74969/01, 26. Februar 2004 = EuGRZ 2004, 700; заявитель по данному делу, решённому в его пользу, обратился в ФКС с жалобой в связи с ненадлежащим исполнением постановления ЕСПЧ, решение по которой ФКС принял 14. октября 2004 года, BVerfGE 111, 307-332 = EuGRZ 2004, 741; по данному вопросу см. более подробно Hans-Joachim Cremer, Zur Bindungswirkung von EGMR- Urteilen / Anmerkung zum Görgülü-Beschluss des BVerfG vom 14.10.2004, EuGRZ 2004, с. 683-700.

² Решение Палаты Общин не является юридически обязательным. Оно было принято подавляющим большинством голосов (234 за, 22 против) http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmhansrd/cm110210/debtext/110210-0004.htm#column_584. Указание на информацию по делу *Хёрст* см. ниже, сноска 55.

³ Согласно статистическим данным за 2016 год, из 228 вынесенных против России решений в 222 случаях было констатировано как минимум одно нарушение Конвенции

что можно говорить о принципиальном нежелании России принять систему европейской защиты права человека. В частности, Конституционный Суд РФ в многочисленных своих решениях снова и снова обращался к Европейской конвенции о защите прав человека. Например, в 2009 году он признал неприемлемым применение смертной казни, сославшись при этом на политические заверения, сделанные Россией при присоединении к ЕМРК.⁴ В 2010 году Суд постановил, что возобновление производства должно было допускаться также и по гражданским процессам, которые завершились принятием решения, которое впоследствии было признано ЕСПЧ несоответствующим Конвенции.⁵

Но также и за пределами подобных особенно значимых процессов Конституционный Суд в своей судебной практике регулярно делал ссылки на судебную практику ЕСПЧ. Однако, такое положительное в принципе отношение Конституционного Суда не могло предотвратить, что против Российской Федерации в ЕСПЧ регулярно подавалось большое число жалоб и что имплементация решений ЕСПЧ Российской Федерацией оставалась неудовлетворительной.⁶

I. Соотношение международного права и национального права по Конституции Российской Федерации

Одна из центральных целей российского конституционного законодателя в 1993 году заключалась в том, чтобы в данном документе закрепить

(64 раза Россия осуждалась за нарушение ст. 3, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение). Более подробно см. Analysis of Statistics of the European Court of Human Rights 2016, <http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=reports&c>

⁴ Решение КС РФ от 18 ноября 2009 года, № 1344-О-3,

⁵ Решение КС РФ от 26 февраля 2010 года, № 4 Р-2010. На тот момент времени российское право предусматривало лишь возможность возобновление производства по уголовным делам (ст. 413 абз. 4 Уголовно-процессуального Кодекса) - и по экономическим спорам (ст. 311 абз. 3 Арбитражного Процессуального Кодекса).

⁶ См. Документ Парламентской Ассамблеи Совета Европы (ПАСЕ), ПАСЕ (Parliamentary Assembly of the Council of Europe), Doc. 13864, 9.9.2015, de Vries Report, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=22005>. Полный текст этого доклада во французской редакции см. в: RUDH 2014-2015, с. 387 и далее (Россия, с. 407-413 [пункты 62-87]).

принцип приверженности конституции нормам международного права (Конституция РФ - как документ, «дружественный» по отношению к международному праву). В то время, как более ранние советские конституции, если они вообще упоминали международное право, рассматривали международное право в лучшем случае как определённый ориентир для внешней политики, российская Конституция 1993 года - также как и другие конституции, принятые в рамках коренного перелома в Восточной Европе - впервые определила место и ранг международного права в российском правовом порядке. В соответствии со ст. 15 абз. 4 Конституции общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры являются составной частью российской правовой системы. При коллизии между обычным законом и договором, ратифицированным Российской Федерацией, применяются правила последнего. В ст. 17 Конституции РФ провозглашается, что основные права и свободы человека гарантируются согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с принципами, закреплёнными в Конституции. Таким образом, нормы международного права занимают важное место также при защите основных прав в рамках российского правового порядка. Наконец, исходя из принципа приверженности международному праву, контроль конституционности международных договоров ограничивается такими договорами, которые ещё не вступили в силу с тем, чтобы избежать противоречий между связанностью международно-правовым обязательством и запретом внутригосударственной имплементации ввиду неконституционности.

Если Конституция, с одной стороны, и проявляет, таким образом, весьма дружественное отношение к международному праву, она остаётся, тем не менее, как это следует из ст. 15 абз. 1 Конституции РФ, высшей нормой и как таковая имеет приоритет также и в отношении международного права. В этом смысле её место сравнимо с положением германского Основного Закона в германском правовом порядке. Однако, это может поднимать вопросы при определении соотношения конституции и международного права. Заложенное в различии правовых порядков противостояние (конфликт) должен преодолеваться в диалоге между наиболее важными актёрами при толковании и применении соответствующего правового порядка, а именно между ЕСПЧ, с одной стороны, и (национальными) конституционными судами, с другой. Диалог между ЕСПЧ и Конституционным Судом РФ, между тем, принял, однако, характер диспута, который отнюдь не безобиден для материи, о которой собственно идёт речь, а именно для защиты прав человека.

II. Первый конфликт между Конституционным судом РФ и ЕСПЧ: дело *Маркина*

1. Решение КС РФ от 15 января 2009 года и решения ЕСПЧ от 7 октября 2010 года (Палата) и от 22 марта 2012 года (Большая Палата)

Первое серьёзное столкновение между ЕСПЧ и Конституционным Судом РФ произошло в связи с «делом *Маркина*». Предметом рассмотрения в данном деле были нормы российского законодательства, в соответствии с которыми военнослужащие мужского пола - в отличие от военнослужащих женского пола - не имели право требовать предоставления им отпуска по уходу за ребёнком. Конституционный Суд РФ в начале 2009 года признал это законодательное регулирование соответствующим конституции.⁷ Конституционный Суд РФ обосновал правомерность такого правового регулирования, подчеркнув особую роль женщины как матери. Он увидел в данной норме не ущемление интересов или дискриминацию мужчин, а предоставление льготы для женщин, которые, как правило, должны исполнять «шпагат» между профессиональной деятельностью и семейными обязанностями. По мнению Конституционного Суда, если предоставление подобной привилегии действительно рассматривать как нарушение принципа запрета дискриминации, то, исходя из необходимости поддержания готовности к военной обороне, устранение данного нарушения могло бы состоять исключительно в отмене данной привилегии.

В противоположность этому, при оценке рассматриваемого регулирования ЕСПЧ констатировал нарушение запрета дискриминации.⁸ В решении Палаты (2010 год), в частности, подчёркивалось, что РФ не привела достаточно доказательств тому, что обороноспособность страны понизится в случае, если отпуска по уходу за ребёнком будет предоставляться также и отцам детей (пункт 57 решения). Кроме того, по мнению ЕСПЧ, приверженность к устаревшему пониманию разделения труда в рамках семьи, а именно: между женщиной как главной воспитательницей ребёнка и мужчиной как основным кормильцем в семье не может служить достаточным обоснованием неравного подхода и соответственно различия в обращении (пункт 58). Особенно

⁷ Решение КС РФ от 15 января 2009 года, № 187-О-О, фрагменты которого Большая Палата ЕСПЧ дословно воспроизвела в пункте 34 своего решения по делу *Маркина* (см. ниже, сноска 8)

⁸ ЕСПЧ *Константин Марки против России*, № 30078/06, вслед за решением Палаты от 7 октября 2010 года, Большая Палата в целом подтвердила его своим решением от 22 марта 2012 года.

примечательным обоснование решения палаты ЕСПЧ по делу *Маркина* делает то обстоятельство, что оно принято в отход от прежней судебной практики, касающейся допустимой дифференциации при регулировании вопросов воспитания, которая была подтверждена в 1998 году в решении *Петрович против Австрии (Petrovic v. Austria)*.⁹ ЕСПЧ оправдывал это отклонение изменившейся точкой зрения и представлений о роли соответственно матерей и отцов. К сожалению, ЕСПЧ не привёл более точного доказательства и аргументов в пользу этого своего заключения, что было бы особенно уместным уже хотя бы по той причине, что между решением *Петрович против Австрии* и решением Палаты по делу *Маркин против России* прошло всего только двенадцать лет.

Данное решение вызвало в Российской Федерации - и, в частности, также и у председателя Конституционного Суда – определённое раздражение. В адрес ЕСПЧ раздавались упрёки в том, что он не внял аргументам российской стороны. В частности, как подчёркивал и сам председатель Конституционного Суда РФ в одной из газетных статей, важным для российского законодателя было не ущемить интересы мужчин, а как раз предоставить определённые льготы женщинам, в какой-то мере в качестве мер позитивной дискриминации (*affirmative action*) для компенсации их более трудной двойкой социальной роли как матерей и как работников, занятых по определённой специальности, в данном случае - как военнослужащих.¹⁰ По его мнению, если должно быть достигнуто равенство, то это, имея в виду интересы обороноспособности, может быть обеспечено исключительно путём отмены отпуска по уходу за ребёнком для всех военнослужащих. И тем самым, судебная практика ЕСПЧ сослужила бы «медвежью услугу» для положения женщин.

Вместе с тем, выводы, сделанные Палатой по делу *Маркина*, ЕСПЧ подтвердил в целом и в постановлении своей Большой Палаты. Также и в этом решении Большая Палата подчеркнула, что в течение последних лет понимание ролей женщины и мужчины изменились, и это нашло отражение в законодательстве, регулирующем предоставление отпуска по уходу за ребёнком, во многих государствах-участниках.¹¹ Тот факт, что

⁹ В своём решении по делу *Петрович против Австрии* от 27 марта 1998 года, №. 20458/92, ЕСПЧ ещё признал допустимым неравное обращение по отношению к мужчинам и женщинам при предоставлении отпуска по воспитанию ребёнка.

¹⁰ *Валерий Зорькин*, Предел уступчивости, в: Российская Газета от 29 октября 2010 года.

¹¹ В своём решении по делу *Маркина* (2012, см. выше, сноска 8) Большая Палата в пункте 140 подчёркивает, что с момента вынесения решения по делу *Петрович* (1998, см. выше, сноска 9) можно отметить определённое развитие: „... countries limiting the

именно дело *Маркина* привело к такому интенсивному спору между судами, может быть связан также и с тем, что в данном деле ЕСПЧ впервые признал решение Конституционного Суда РФ несовместимым с ЕКПЧ.

2. Проблема имплементации в РФ решения ЕСПЧ по делу Маркина – решение Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2013 года

После вынесения постановления ЕСПЧ по делу Маркина российский суд общей юрисдикции обратился в Конституционный Суд с запросом о соответствии ст. 392 абз. 4 Гражданского Процессуального Кодекса РФ конституции. Данная норма предписывает возобновление производства по делу по новым обстоятельства, если решение российского суда было признано Европейским Судом несовместимым с ЕКПЧ. По иронии судьбы данное положение было внесено в ГК РФ как раз после одного из решений Конституционного Суда РФ 2010 года, в котором он признал соответствующей конституции возможность возобновления производства также и по гражданским делам. До этого такая возможность была предусмотрена только для уголовных дел и экономических споров.¹²

Поскольку Конституционный Суд РФ не мог признать неконституционной норму, принятие которой явилось результатом исполнения решения самого конституционного суда, он установил, как впрочем, и ожидалось, что ст. 392 абз. 4 ГПК соответствует Конституции.¹³ Тем не менее, Конституционный Суд подчеркнул, что суды общей юрисдикции не обладают компетенцией исполнять решение ЕСПЧ,

parental leave entitlement to women are in a small minority“. Из сделанной в пункте 140 решения ЕСПЧ ссылки на пункт 72 следует, что – в отношении гражданских лиц - в 28 государствах-участниках ЕКПЧ как мужчины, так и женщины имеют равное право в родительский отпуск; имеются исключения из этого правила имеются только в Армении и в Швейцарии (это право мужчинам не предоставляется). Большая палата провела сравнительно-правовое исследование в целом по 33 государствам-членам Совета Европы (Маркин, Большая Палата, см. пункт 71). В отношении военнослужащих (Маркин, Большая Палата, см. пункт 74) Большую палату констатирует, что в настоящее время в 23 государствах-участниках как мужчины, так и женщины имеют право на родительский отпуск.

¹² Решение КС РФ от 26 февраля 2010 года, № 4 П-2010 [относительно допустимости возобновления производства в соответствии со ст. 392 абз. 4 ГПК по гражданско-правовым делам].

¹³ Решение КС РФ от 6 декабря 2013 года, № 27-П [относительно обязанности обращения с запросом в КС РФ, возобновление производства в соответствии со ст. 392 абз. 4 ГПК, решение, последовавшее после решения ЕСПЧ по делу Маркина (Большая Палата, 2012 год)].

которое нарушает российскую Конституцию, и что одновременно они не имеют право по собственной инициативе воздерживаться от исполнения такого решения. Поэтому Конституционный Суд, отвечая вопрос, который был сформулирован в запросе, постановил, что общие суды в подобных случаях должны обращаться в Конституционный Суд РФ.

Сформулированный в обращении вопрос, в основе которого лежало решение национального суда от 6 декабря 2013 года, мотивировался тем соображением, что ЕСПЧ не вправе признать противоречащей Конвенции норму, конституционность которой была ранее установлена Конституционным Судом.¹⁴ В принципе в этом отношении Конституционный Суд упускает из вида собственно саму проблематику конфликта между национальным правом и ЕКПЧ. В частности им игнорируется, что между решением Конституционного Суда, подтверждающим конституционность, и решением ЕСПЧ, констатирующим несоответствие Конвенции, не может существовать противоречия, поскольку в основе этих решений лежат разные критерии. Вполне допустимо, что в определённом вопросе национальный закон (всё ещё) соответствует Конституции РФ, но в то же время противоречит ЕКПЧ, её - возможно - более строгим критериям. Если положения об основных правах понимаются как ограничения (свободы) действий государства, то дальнейшие дополнительные ограничения, устанавливаемые международно-правовыми договорами, не находятся в противоречии к ним. Исполнение решения ЕСПЧ, которым национальная норма признаётся не соответствующей Конвенции, только тогда противоречит Конституции, когда сама Конституция рассматривает данную норму действительно необходимой.

Однако, в своём решении Конституционный Суд не обосновывает, что Конституция содержит императивное требование, чтобы мужчинам-военнослужащим не предоставлялся отпуск по уходу за ребёнком. Ссылка же на обороноспособность государства, которая упоминается в Конституции, является, в любом случае, слишком общей и неопределённой, чтобы на это основе вывести конституционно-правовой принцип запрета предоставления отпуска по воспитанию ребёнка мужчинам-военнослужащим. Впрочем, независимо от этого, ЕСПЧ и не требует отмены этого запрета, констатируя лишь наличие дискриминации по признаку пола, которая, в свою очередь, могла бы быть устранена также

¹⁴ В решении от 6 декабря 2013 года этот довод был приведён в качестве центрального аргумента, обосновывавшего обращение с запросом, с. 7.

посредством отмены предоставления льгот женщинам-военнослужащим.¹⁵ Поэтому сомнения суда, обратившегося с запросом, не могли основываться на противоречии между ЕКПЧ и Конституцией РФ, а скорее тривиально только на том обстоятельстве, что Конституционный Суд РФ признал национальную норму конституционной. Вопрос о соотношения двух право порядков становится вопросом о соотношении (решений) двух судов. Суд нижестоящей инстанции не считает для себя возможным «служить двум господам» и своим вопросом, сформулированным в запросе, он демонстрирует, что отдаёт приоритет Конституционному Суду, обращаясь именно к нему с просьбой решить данный вопрос.

Допустимость обращения в Конституционный Суд, в котором заявитель требует решения Суда по сформулированному вопросу при расходящихся решениях ЕСПЧ и Конституционного Суда РФ, по состоянию российского законодательства на момент его действия в 2013 году обосновать не так просто. В принципе согласно ст. 101 абз. 1 Закона о Конституционном Суде Российской Федерации (ФКЗ о КС) суд общей юрисдикции может обратиться с запросом в Конституционный Суд РФ, если при рассмотрении дела он пришёл к выводу, что применимый в деле закон противоречит Конституции.¹⁶ Требование Конституционного Суда РФ о необходимости запроса суда общей юрисдикции обосновывается расхождением между решением Конституционного Суда и решением ЕСПЧ. Но между тем, решение Конституционного Суда по спорному вопросу уже имеется. А в 2000 году Конституционный суд РФ уже сформулировал, что решение самого Конституционного Суда не подлежит обжалованию.¹⁷ В этом плане повторное обращение с запросом относительно той же нормы закона представляется проблематичным, и в том случае, если ЕСПЧ пришёл к выводу, что данная норма несовместима с ЕКПЧ. Ведь как уже указывалось выше, сам по себе вывод ЕСПЧ не влияет на выявленную конституционность данной нормы.

В этом смысле Конституционный Суд РФ сначала в благосклонной по отношению к Конвенции аргументации подчёркивает, что одно только то обстоятельство, что он признал норму закона конституционной, не

¹⁵ Вопрос о том, ведёт ли это тогда к дискриминации по сравнению с гражданскими лицами и может ли такая дискриминация проверяться на соответствие ст. 14 ЕКПЧ, это уже другая проблема и здесь она не исследуется.

¹⁶ Ст. 101 ФКЗ о КС: «Суд при рассмотрении дела в любой инстанции, придя к выводу о несоответствии Конституции Российской Федерации закона, подлежащего применению им в указанном деле, обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности данного закона.»

¹⁷ Решение от 13 января 2000 года, Нг. 6-О.

означает, что после вынесения решения ЕСПЧ, которым данная норма признана противоречащей Конвенции, возобновление рассмотрения соответствующего дела судом в соответствии со ст. 394 абз. 4 ГПК исключается. Суд общей юрисдикции продолжает оставаться обязанным исполнить решение ЕСПЧ. Тем не менее, по мнению КС, признание Европейским Судом несоответствующей Конвенции нормы закона, которую Конституционный Суд прежде признал конституционной, порождает сомнение в понимании значения и смысла данной нормы, которое оправдывает необходимость нового обращения в Конституционный Суд. В этом смысле соответствующее решение ЕСПЧ создаёт предпосылки для повторного обращения в Конституционный Суд РФ. В какой-то мере те сомнения, которые должны были быть устранены Конституционным Судом РФ в ходе рассмотрения первого запроса, возникают после констатации несовместимости нормы с Конвенцией вновь. Разумеется, эта аргументация не покрывается буквальным текстом ст. 101 ФКЗ о КС. В частности, в соответствии с данной статьёй, запрос допустим только в том случае, если суд, обращающийся с запросом, исходит из неконституционности подлежащей применению нормы. Ст. 101 ФКЗ о КС не призвана служить основанием для решения случаев, в которых ЕСПЧ «отклоняется» от судебной практики Конституционного Суда Российской Федерации. Такое «обращение в связи с расхождениями в судебной практике» («*Divergenzvorlage*») чуждо российскому конституционно-судебному процессуальному праву. Во всяком случае, так было в 2013 году. Однако, давая данной норме такое толкование, Конституционный Суд однозначно определяет, кому в подобных конфликтах принадлежит «последнее слово», а именно ему самому. В результате «диалог судов», о необходимости которого неоднократно – также и в этом решении – говорил Конституционный Суд РФ, кончается тогда, когда возникает неразрешимый конфликт. Однако в любом случае, Конституционный Суд приходит к своему заключению только ценой отказа от корректного толкования закона.

Независимо от отмеченной проблематики конституционного судопроизводства процессуального характера, имеется ещё и второй вопрос, ответ на который в решении Конституционного Суда по делу Маркина был дан в недостаточной мере. Согласно ст. 15 абз. 4 Конституции РФ международно-правовые договоры имеют приоритет по отношению к обычным законам, и в частности в том толковании, которое даётся им соответственно компетентным международным судом. Законы Российской Федерации, признанные несовместимыми с ЕСПЧ, должны были бы в рамках производства по пересмотру в связи с новыми обстоятельствам не приниматься во внимание; они не являются значимыми

для принятия решения, и тем самым они не могут служить основанием для запроса в Конституционный Суд на предмет проверки их конституционности. Иная ситуация может лишь возникнуть, если исполнение постановления ЕСПЧ противоречит Конституции, так как согласно ст. 15 абз. 1 Конституции нормы Конституция как имеющие высшую юридическую силу имеют приоритет по отношению ко всем другим нормам, соответственно также нормам международных договоров. Однако, в любом случае, в 2013 году законодательство не устанавливало конституционно-судебную процедуру, при помощи которой суды общей юрисдикции могли бы представить такой запрос в Конституционный Суд.

Установленная процедура конкретного нормоконтроля открывала лишь возможность проверки конституционности законов. В противоположность этому, она не включала в себя также исследование вопроса о том, совместимо ли исполнение конкретного решения международного суда с Конституцией РФ. Иное регулирование не соответствовало бы также принципу приверженности Конституции Российской международной праву. Он выражается, кроме всего прочего, в том, что хотя согласно Конституции международно-правовые договоры со всей определённой и имеют приоритет исключительно перед обычным законодательством, но не перед Конституцией, однако, возможность проверки международных договоров на их соответствие Конституции ограничена периодом времени до их ратификации.¹⁸ Это означает, что если международный договор вступил в силу, то он более не может быть предметом контроля Конституционным Судом даже в том случае, если суды или другие государственные органы считают их противоречащими Конституции (как это подтвердил и сам Конституционный Суд в своём решении). Тем самым должна исключаться ситуация, когда вследствие признания международного договора противоречащим Конституции и вследствие следующей из этого его внутригосударственной неприменимости Конституция Российской Федерации нарушает международно-правовые обязательства. Однако, в результате того, что Конституционный Суд РФ решения международных судов, которые приняты в исполнение международного договора, делает предметом своей проверки на конституционность, он вводит, по меньшей мере, косвенно контроль вступивших в силу международных договоров.¹⁹

¹⁸ Ст. 125 абз. 2 г Конституции РФ.

¹⁹ Однако, следует также добавить, что в конечном счёте *Маркин* решением своего начальника получил отпуск по уходу за ребёнком сроком почти на два года (до достижения его младшим ребёнком трёхлетнего возраста) и, кроме того, финансовую поддержку в размере около 5.900 евро, см. решение ЕСПЧ (Большая палата) от 22 марта

III. Реформа Закона о Конституционном Суде от 2 июня 2014 года

Данный подход, разработанный судебной практикой Конституционного Суда РФ в 2014 году в ходе соответствующей реформы был перенесён в Закон о Конституционном Суде. Теперь согласно ст. 85 ФКЗ о КС высшие государственные органы после того, как в решении международного органа по защите прав человека (в первую очередь, здесь подразумевается, конечно, ЕСПЧ) было установлено нарушение основных прав и свобод нормативным актом Российской Федерации, могут обращаться в Конституционный Суд, если они считают – в отличие от международного органа, в частности ЕСПЧ - дискредитированный нормативный акт применимым.²⁰ Также и судам общей юрисдикции предоставлена возможность обращаться в Конституционный Суд, если после принятия органом по защите прав человека решения, в котором применение определённого закона признаётся нарушением прав и основных свобод человека, они придерживаются точки зрения, что соответствующий закон может применяться только после решения Конституционного Суда.²¹

2012 (см. выше, сноска 8); по данному вопросу см. Lauri Mälksoo в: *American Journal of International Law*, 106 (2012), с. 836, 843. Однако, решение начальника подверглось критике военным трибуналом гарнизона г. Пушкина, хотя и не было отменено, см. указанное решение Большой Палаты ЕСПЧ (выше, сноска 8), пункт 31 и сл.

²⁰ В соответствии со ст. 85 ФКЗ о КС в редакции от 2.6.2014: «Запрос в Конституционный Суд Российской Федерации о проверке конституционности нормативного акта органа государственной власти или договора между органами государственной власти либо отдельных их положений допустим, если заявитель считает их подлежащими действию ... вопреки официально принятому межгосударственным органом по защите прав и свобод человека решению, в котором констатируется нарушение в Российской Федерации прав и свобод человека при применении соответствующего нормативного акта или договора и необходимость внесения в них изменений, устраняющих отмеченные нарушения.»

²¹ В соответствии со ст. 101 абз. 2 ФКЗ о КС: «Суд при пересмотре в случаях, установленных процессуальным законодательством, дела в связи с принятием межгосударственным органом по защите прав и свобод человека решения, в котором констатируется нарушение в Российской Федерации прав и свобод человека при применении закона либо отдельных его положений, придя к выводу, что вопрос о возможности применения соответствующего закона может быть решён только после подтверждения его соответствия Конституции Российской Федерации, обращается с

Выбранная в новом законоположении формулировка, что суд общей юрисдикции должен обращаться в Конституционный Суд РФ, если он пришёл к выводу, что «вопрос о возможности применения соответствующего закона может быть решён только после подтверждения его соответствия Конституции Российской Федерации» представляется, по меньшей мере, неудачной с точки зрения регулирования, установленного в Конституции. Ведь как уже отмечалось выше, суды общей юрисдикции должны отдавать преимущество международному договору в случае коллизии с обычным законодательством. Следовательно, вопрос о соответствии подобного закона с Конституцией, по общему правилу, даже не встаёт, так как в соответствии со ст. 15 абз. 4 Конституции РФ такой закон вообще не может применяться. Дело может собственно доходить до обращения в Конституционный Суд только в том случае, если Конституция предписывает или запрещает нечто, что, по мнению органа по защите прав человека (т.е., как правило, ЕСПЧ), несовместимо с международным договором (т.е. ЕКПЧ). Суд общей юрисдикции должен следовательно придерживаться точки зрения, что он должен - вопреки точке зрения ЕСПЧ - применять национальный закон. Таким образом, поддержав такое недопонимание, законодатель встал на одну сторону с судом, обратившимся в случае дела Маркина с запросом в Конституционный Суд, и с Конституционным Судом РФ.

Независимо от такого материально-правового недопонимания по существу, необходимо ответить также ещё и на вопрос, могла ли описанная реформа Закона о Конституционном Суде быть проведена без изменения Конституции Российской Федерации. Ст. 125 Конституции РФ формулирует исчерпывающий перечень полномочий Конституционного Суда. Возможность установления дополнительной компетенции путём обычного законодательства в Конституции не предусмотрена. Кроме этого, данная реформа вмешивается в то - как указывалось выше - вполне сбалансированное отношение между национальным правом и международным правом, которое было установлено в Конституции, и в частности также в том плане, что она позволяла проверку международных договоров лишь постольку, поскольку они ещё не вступили в силу. Закрепление возможности не исполнять решения международных органов по защите прав человека ввиду их противоречия Конституции устанавливает, по сути, контрольную процедуру, которая может в значительной степени подрывать действие ратифицированных международных договоров, исполнение которых обеспечивается как раз

запросом в Конституционный Суд Российской Федерации о проверке конституционности этого закона.»

также и соответствующими предусмотренными договорами судебными органами, как например, ЕСПЧ. А это не соответствует целевым установкам Конституции. Поэтому оба названным выше основания предполагают, что упомянутой реформе Закона о Конституционном Суде должно было бы предшествовать внесение соответствующих изменений в Конституцию.

IV. Решение Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 года по вопросу о возобновлении производства по делу вследствие постановления ЕСПЧ²²

1. Конституционно-правовая аргументация - часть 1

Отношение между ЕСПЧ и Россией не улучшилось с момента вынесения решений обоих судов по делу Маркина. Как «удар грома» было воспринято решение ЕСПЧ по делу ЮКОС,²³ в котором ЕСПЧ в 2014 году обязал Россию выплатить компенсацию в размере почти 2 млрд. евро. Это событие побудило ряд депутатов российского парламента обратиться в Конституционный Суд с ходатайством о проведении абстрактного нормоконтроля. Предметом обращения был вопрос о том, соответствует ли

²² Решение КС РФ от 14 июля 2015 года, № 21-П [обязанность обращения с запросом в КС в случае возможного несоответствия исполнения решения ЕСПЧ Конституции РФ, проверка *ultra-vires*-актов, повод рассмотрения дела в КС РФ: ЕСПЧ, решение о возмещении по делу ЮКОСа].

²³ ЕСПЧ, дело ЮКОСа: жалоба в ЕСПЧ была подана 23 апреля 2004 года, № 14902/04, дело рассматривалось первой Секцией Палаты ЕСПЧ. Полное наименование дела звучит: "Открытое Акционерное Общество "Нефтяная компания ЮКОС" против Российской Федерации". В последующем дело ЮКОСа цитируется следующим образом:

- ЕСПЧ, ЮКОС-Д = Решение о допустимости жалобы от 29 января 2009 года, Объём решения 80 страниц (в приложении к решению содержится обзор предшествующих разбирательств по данному делу, § 41 Регламента ЕСПЧ;

- ЕСПЧ, ЮКОС-С = Решение по существу дела от 20 сентября 2011 года, 163 страницы, из которых 27 страниц особых мнений судей (частично отклоняющиеся мнения судьи *Jebens* (Норвегия), а также судьи *Гаджиева* (Азербайджан) и российского *ad hoc* судьи *Бушева*;

- ЕСПЧ, ЮКОС-К = Постановление от 31 июля 2014 года о справедливой компенсации согласно ст. 41 ЕКПЧ, 27 страниц, страницы 13-27 подтверждающее особое мнение судьи *Jebens*, а также частично отклоняющееся особое мнение судьи *Бушева*, к которому частично присоединился судья *Гаджиев*.

Конституции российский Закон о ратификации ЕКПЧ в сочетании со ст. 32 Закона о международных договорах²⁴, а также с соответствующими положениями процессуальных кодексов, которые предписывают возобновление производства по делу в случае, если ЕСПЧ установил несоответствие национального акта Конвенции.²⁵

В своём решении, принятом по данному обращению, Конституционный Суд, ссылаясь на одно из своих решений 2013 года (см. сноску 13), подчеркнул, что в рамках российского правопорядка проверка конституционности вступивших в силу международных договоров в принципе не является допустимой. Такая проверка противоречила бы международно-правовому принципу *pacta sunt servanda* («договоры должны соблюдаться»). Кроме того, по мнению Суда, в этом случае он бы превысил свои полномочия, установленные в ст. 125 Конституции, согласно которой международные договоры могут проверяться на соответствие Конституции только до того, как они были ратифицированы. Однако, Суд также указал на то, что на основе ст. 4 абз. 2, ст. 15 абз. 1 и ст. 79 Конституции РФ, нормы которой имеют высшую юридическую силу, Конституция требует, чтобы все другие нормы, претендующие на действие на внутрисударственном уровне, ей не противоречили. Данная норма - это выражение государственного суверенитета. И присоединяясь к ЕКПЧ, Российская Федерация, однако, не отказывалась от государственного суверенитета.²⁶ Далее Суд продолжает дословно следующее:

²⁴ Закон о международных договорах РФ от 17 июля 1995 года, № 101-ФЗ. Ст. 32 предписывает необходимость имплементации международных договоров, которые являются обязательными для РФ.

²⁵ Ст. 311 абз. 3 предл. 4 Арбитражного Процессуального Кодекса РФ, ст. 350 абз. 1 предл. 4 Кодекса об административном судопроизводстве РФ, ст. 392 абз. 4 предл. 4 Гражданского Процессуального Кодекса РФ, ст. 413 абз. 4 предл. 2 Уголовного Процессуального Кодекса РФ.

²⁶ Постановление КС РФ от 14 июля 2015 года: «Будучи правовым демократическим государством, Россия как член мирового сообщества, в котором действуют общепризнанные принципы и нормы международного права, включает международные договоры и участвует в межгосударственных объединениях, передавая им часть своих полномочий (преамбула; статья 1, часть 1; статья 15, часть 4; статья 17, часть 1; статья 79 Конституции Российской Федерации), что, однако, не означает ее отказ от государственного суверенитета, относящегося к основам конституционного строя и предполагающего верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти, полноту законодательной, исполнительной и судебной власти государства на всей его территории и независимость в международном общении, а также являющегося необходимым качественным признаком Российской Федерации, характеризующим ее конституционно-правовой статус».

«Исходя из этого в ситуации, когда самим содержанием постановления Европейского Суда по правам человека, в том числе в части обращенных к государству-ответчику предписаний, основанных на положениях Конвенции о защите прав человека и основных свобод, интерпретированных Европейским Судом по правам человека в рамках конкретного дела, неправомерно - с конституционно-правовой точки зрения - затрагиваются принципы и нормы Конституции Российской Федерации, Россия может в порядке исключения отступить от выполнения возлагаемых на неё обязательств, когда такое отступление является единственно возможным способом избежать нарушения основополагающих принципов и норм Конституции Российской Федерации.»²⁷

По мнению Конституционного Суда, при интерпретации Европейской Конвенции о защите прав человека следует также применять правила толкования, которые установлены в Венской Конвенции о праве международных договоров. В соответствии с данной Конвенцией договоры должны толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора. Если ЕСПЧ при толковании придаёт нормам договора другое, чем обычное значение или толкует его вопреки целям Конвенции, то государство, которому адресуется соответствующее решение, вправе отказаться от исполнения решения, так как оно выходит за рамки вытекающих из Конвенции обязательств, которые приняло на себя государство посредством добровольной ратификации. Далее Суд констатирует:

«Соответственно, постановление Европейского Суда по правам человека не может считаться обязательным для исполнения, если в результате толкования конкретного положения Конвенции о защите прав человека и основных свобод, на котором основано данное постановление, осуществлённого в нарушение общего правила толкования договоров, смысл этого положения разойдется с императивными нормами общего международного права (*Jus cogens*), к числу которых, безусловно, относятся принцип суверенного равенства и уважения прав, присущих суверенитету, а также принцип невмешательства во внутренние дела государств.»²⁸

Далее Суд излагает следующие соображения:

²⁷ Решение КС РФ от 14 июля 2015 года, с. 12 и сл. [обязанность обращения с запросом в КС РФ в случае возможного несоответствия исполнению решения Конституции РФ, проверка *ultra-vires*-актов, см. выше, сноска 22].

²⁸ Там же, с. 13 и сл.

- Российская Федерация, не вправе заключать международные договоры, не соответствующие Конституции Российской Федерации.

- При имплементации международных договоров органы государственной власти обязаны обеспечивать признание, соблюдение и защиту прав и свобод человека и гражданина, как они определены Конституцией РФ, и не допускать нарушений основ конституционного строя.²⁹

- Если международный договор, который в его первоначальном понимании соответствовал Конституции РФ, впоследствии посредством толкования судебным органом, предусмотренным самим договором, вступил в явное противоречие с Конституцией, то обязанность к его применению отпадает.

- Это происходит по той причине, что в соответствии со ст. 46 абз. 2 Венской Конвенции о праве международных договоров международные договорно-правовые нормы, договорённость о которых была достигнута при очевидном нарушении норм внутригосударственного права, касающихся компетенции заключать договоры, не обязывают данное государство.

- Вместе с тем, международный договор как таковой не становится недействительным, однако норма в том истолковании международным судом, которое противоречит Конституции, не может применяться.

Конституционный Суд, как представляется, исходит при этом из того, что применение международного договора, который противоречит Конституции, требует, собственно, изменения Конституции. Если этого не происходит, то фактически при заключении договора действует некомпетентный орган, поскольку, в частности, вместо законодателя, полномочного вносить изменения в конституцию, имплементация международных договорно-правовых обязанностей осуществляется обычным законодателем.³⁰

В частности, как считает Конституционный Суд, он не может поддерживать решение ЕСПЧ, если в конкретном случае защита основными правами, предусмотренными в Конституции РФ, идёт дальше, чем защита, которая обеспечивается конвенциональными правами в их

²⁹ Там же, с. 15.

³⁰ Там же, с. 16.

толковании Европейским Судом по правам человека, и в том числе также по отношению к другим лицам.³¹

2. Параллели к правовому акту «*ultra vires*» («*ausbrechender Rechtsakt*»; неправомочный акт, принятый с превышением полномочий - прим. Дайджеста)?

Вышеприведённые соображения КС РФ по вопросу о соотношении конституционного и международного права подталкивают к проведению сравнения с аргументацией Федеральным конституционным судом ФРГ его позиции, касающейся соотношения конституционного и европейского права, и, в частности, трактовки так называемых «*ultra vires*» актов европейских органов (то есть неправомочных актов, принятых ими с превышением полномочий).³² Федеральный Конституционный Суд установил в этом смысле, что преимущественное применение права ЕС по отношению к германскому праву имеет две границы. А именно, с одной стороны, правовые ценности, которые пользуются защитой согласно ст. 79 абз. 3 Основного Закона, в том числе принцип демократии, а также выводимое из принципа достоинства право на демократию – образуют непреодолимый барьер для вхождения противоречащих им правовых норм во внутригосударственное правовое пространство. Нормы, которые не могут быть изменены даже путём изменения конституции, также не могут быть, следовательно, «переписаны» международными (европейскими) нормами. Вторая граница для преимущественного применения норм европейского права заключается в специфической «интеграционной

³¹ Там же, с. 17. В данном пассаже можно легко увидеть прямое влияние решения ФКС ФРГ по делу *Гёрголю*. В этом решении от 14.10.2004 (см. выше, сноска 1) ФКС, помимо прочего отметил: «Текст Конвенции и судебная практика Европейского суда по правам человека служат на уровне конституционного права в качестве вспомогательная системы толкования при определении содержания и сферы действия основных прав и к принципам правового государства, закреплённых в Основном Законе, поскольку это не ведёт к - нежелательному с точки зрения самой Конвенции (ср. ст. 53 ЕКПЧ) - ограничению или умалению гарантий защиты основных прав, закреплённых в Основном Законе.» (перевод Дайджеста).

³² См. по данному вопросу судебную практику Второго Сената ФКС, решение *Maastricht* от 12 октября 1993 года, BVerfGE 89, 155 и далее (вывод 5) = EuGRZ 1993, 429; далее решение по делу *Mangold (Honeywell)* от 6 июля 2010 года, BVerfGE 126, 286 = EuGRZ 2010, 497; из более новых решений - решение *OMT* от 21 июня 2016 года, пункт 120 = EuGRZ 2016, 440 (459).

программе», содержащейся в законодательных актах о ратификации европейских договоров.³³

Соответствующее европейское право может находить применение в германском правовом пространстве лишь в той мере, в какой законы о ратификации европейских договоров передают компетенцию и полномочия Европейскому Союзу. Правовые акты европейских органов, которые выходят за рамки предоставленной компетенции, так называемые правовые акты *ultra vires*, нарушают границу, установленную «интеграционной программой» закона о ратификации. Федеральный Конституционный Суд обосновывает эту границу основополагающим принципом демократии в том смысле, что гражданин имеет безусловное право на то, чтобы его положение регулировалось только такими нормами, в создании которых граждан участвует (даже если только опосредовано) через выборы органов, дающих согласие на ратификацию.

«Если органы, учреждения и прочие институты узурпируют функции и полномочия, которые не переданы им интеграционной программой, заложенной в законе о ратификации, то они нарушают тем самым основу народного суверенитета (*Kern der Volkssouveränität*), защищённую в ст. 1 абз. 1 Основного Закона, поскольку они подчиняют гражданина публичной власти, которую он не легитимировал и на которую он также не может оказывать на началах свободы и равноправия действительное влияние ввиду организационно-институциональной структуры и связей между органами Европейского Союза.»³⁴

В том же направлении идёт также и цитируемое Федеральным Конституционным Судом в данной связи регулирование, установленное в ст. 23 абз. 1 предложение 3 Основного Закона: «Для учреждения Европейского Союза, а также изменения его договорных основ и аналогичных правовых положений, которые изменяют или дополняют настоящий Основной Закон по его содержанию или делают возможными такие изменения или дополнения, применяются абзацы 2 и 3 статьи 79». Это означает, что закон о ратификации каких-либо норм европейского права, не соответствующих нормам конституционного права, которые могут быть изменены, требует одобрения большинством, необходимым для внесения изменений в Основной Закон.³⁵

³³ Решение ФКС по делу *OMT* от 21 июня 2016 года, пункт 120 (см. выше сноска 32).

³⁴ Там же, пункт 135.

³⁵ См. например, закон о ратификации новой ст. 136 абз. 3 Договора о функционировании ЕС.

Таким образом, когда Конституционный суд РФ аргументирует, что несовместимое с Конституцией Российской Федерации толкование Конвенции нарушает суверенитет и обычный законодатель при таком понимании не мог дать согласие на ратификацию международного договора, то эта позиция идёт в том же направлении, что и обоснование Федерального Конституционного Суда, хотя Конституционный Суд РФ прямо не ссылается в этом контексте на соответствующие германские решения и, в частности, на понятие правового акта *ultra vires*. Это, тем не менее показывает, что Конституционный Суд РФ не одинок в его понимании отношения между конституционным правом и международным правом, а находится скорее в вполне «приличном обществе». Разумеется, следует подчеркнуть, что в процитированном решении *Honeywell* Федеральный Конституционный Суд установил, что не каждое превышение полномочий органами ЕС может проверяться конституционным судом, а скорее только достаточно квалифицированные. Это предполагает, по мнению Суда, что действия органов Евросоюза, которые превышают полномочия, являются очевидными и спорный акт ведёт к структурно значимому смещению в системе компетенций и полномочий в ущерб правам государств-участников. В этом отношении Федеральный Конституционный Суд со всей определённой оговаривает за Судом Европейского Союза «право на допустимые ошибки» (*Anspruch auf Fehlertoleranz*; допустимая погрешность).³⁶ (Этот принцип призван обеспечить отказоустойчивость системы, то есть невосприимчивость или соответственно нечувствительность и стойкость системы к одиночным отказам и следовательно её способность продолжать работу при появлении ошибок или сбоях – **прим. Дайджеста**). Следует подчеркнуть, что соответствующий нюанс полностью игнорируется в решении Конституционного Суда РФ.

3. Конституционно-правовая аргументация - часть 2

Для подтверждения правильности своей позиции Конституционный Суд РФ цитирует судебную практику других конституционных судов. В том числе, он приводит решение Федерального конституционного суда ФРГ по делу *Гёргюлю (Görgülü)* (см. выше, сноска 1), решение итальянского Конституционного Суда по делу *Маджио (Maggio)*,³⁷ а также его решение

³⁶ См. по данному вопросу в частности решение ФКС по делу *Mangold (Honeywell)*, пункт 66, см. выше сноска 32.

³⁷ Решение итальянского Конституционного Суда №. 264/2012 (ретроактивное снижение размера пенсий за трудовой стаж работы в Швейцарии, подлежавших

по вопросу об иммунитете государств (в связи с соответствующим постановлением Международного Суда).³⁸ КС РФ ссылается также на решения австрийского Конституционного Суда³⁹ и британского Высшего Суда.⁴⁰ В большинстве из упомянутых случаев суды, отвечая на вопрос, какой правовой порядок защищает основные права лучше, принимали во внимание не только непосредственно затронутые права заявителей, но, помимо этого, также и права других групп лиц («третьих лиц»)⁴¹.

То обстоятельство, что решения ЕСПЧ согласно позиции Конституционного Суда РФ могут вести к снижению уровня защиты, проявляется в деле *Маркина*. Конституционный Суд понимает ограничение права на отпуск по уходу за ребёнком путём его предоставления исключительно матерям как позитивную дискриминацию в интересах женщин, которые по общему правилу подвержены большей нагрузке профессией и «семейной работой», чем мужчины. Соответственно, если это рассматривать как дискриминацию мужчин, то восстановление равноправного положения виделось, учитывая необходимость обеспечения

выплате итальянским государством), которое должно рассматриваться в совокупности с решением ЕСПЧ от 11 мая 2011 года, Nr. 46286/09 и др., *Maggio and others v. Italy*. По данному делу см. также Davide Paris / Karin Oellers-Frahm, EuGRZ 2016, 245 (в частности, с. 247, и там сноска 13); итальянский Конституционный Суд отметил, что в отличие от ЕСПЧ он должен учитывать особенности введения ЕКПЧ в итальянскую правовую систему.

³⁸ Решение итальянского Конституционного Суда Nr. 238/2014 от 22 октября 2014 года в связи с решением Международного Суда ООН от 3 февраля 2012 года (юрисдикционный иммунитет государств (*Germany v. Italy, Greece Intervening*), полный текст в: HRLJ 2012, 41).

³⁹ Решение Конституционного Суда Австрии В 267/1986 от 14 октября 1987 года (толкование понятия «гражданские права» («civil rights») в смысле ст. 6 ЕКПЧ), EuGRZ 1988, 166.

⁴⁰ Решение Верховного Суда Великобритании 2013 UKSC 63 от 16 октября 2013 года (лишение лиц, находящихся в заключении, права участия в выборах); привлечение именно данного решения ВС Великобритании является однако ошибочным. Суд в своём решении со следующим обоснованием отклонил ходатайство Генерального Адвоката о применении аргументов, лежащих в основе решения ЕСПЧ по делу *Хёрст*: «Despite the Attorney General's forceful submissions, I do not consider that it would be right for this Court to refuse to apply the principles established by the Grand Chamber decisions in *Hirst* (No. 2 [2005, s.u. Fn. 53]) and *Scoppola* [2012, s.u. Fn. 59] consistently with the way in which they were understood and applied in those decisions.», UK Supreme Court, para. 34; в этом смысле КС РФ нашёл здесь себе плохого союзника.

⁴¹ См. по данному вопросу Wolfgang Hoffmann-Riem, *Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen*, EuGRZ 2006, с. 492 и далее.

обороноспособности Российской Федерации, в том, чтобы отказать в праве на родительский отпуск всем группам граждан.

Ещё более резко было воспринято решение ЕСПЧ по делу *Анчугова и Гладкова*,⁴² поскольку в нём проявилось ещё более непосредственное противоречие к тексту конституции Российской Федерации. В этом решении ЕСПЧ в принципе потребовал предоставление избирательного права также для заключённых лиц, в то время как Конституция РФ в ст. 32 абз. 3 это как раз исключает. Разумеется, Конституционный Суд РФ не рассматривает здесь более подробно, в какой степени в этом случае речь идёт для него также о защите прав других лиц («третьих лиц»).

Конституционный Суд вновь, ссылаясь на свою более раннюю судебную практику, сначала указывает на то, что возможность возобновления производства по делу в судах общей юрисдикции является обязательным условием выполнения ЕСПЧ. Если, тем не менее, суд в рамках имплементации решения ЕСПЧ закона в ходе такого производства по новым обстоятельствам должен отказаться от применения закона, ранее признанного Конституционным Судом РФ соответствующим конституции, то, учитывая распределение компетенций между судами, он не может в общем порядке исполнить соответствующее решение ЕСПЧ.⁴³ Это бы значило нарушение принципа примата Конституции. После реформы Закона о КС в 2014 году для решения подобных ситуаций теперь предусмотрена возможность обращения в Конституционный Суд.

Конституционный Суд распространяет на все органы государственной власти, осуществляющие полномочия по исполнению решений ЕСПЧ, обязанность обратиться с соответствующим запросом в КС, если они считают, что такое исполнение противоречит Конституции. Допустимость такого обращения Конституционный Суд основывает на ст. 125 абз. 5 Конституции РФ, которая предусматривает возможность толкования конституции.⁴⁴ При этом не исследуется более детально, действительно ли

⁴² По делу *Анчугова и Гладкова* см. ниже, сноска 60.

⁴³ Также и в этом решении снова подчёркивается конфликт между судами; но как уже указывалось выше (см. пункт II. 2), признание конституционности и констатация нарушения Конвенции не обязательно противоречат друг другу. Это Конституционный Суд РФ признает сам, но только в более поздних своих решениях, см. ниже, пункт VIII и IX. 7.

⁴⁴ Ст. 125 абз. 5 Конституции РФ гласит: «5. Конституционный Суд Российской Федерации по запросам Президента Российской Федерации, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства Российской Федерации, органов законодательной власти субъектов Российской Федерации даёт толкование Конституции Российской Федерации.» (немецкий перевод Конституции, осуществлённый на кафедре

при названной проблематике речь идёт о толкования конституции или же эта компетенция скорее должна применяться для достижения совершенно другой цели, а именно - проверки конституционности решений международных судов.

По мнению Конституционного Суда, Закон о ратификации ЕКПЧ, а также нормы процессуально-правовых кодексов, регулирующие вопросы возобновления производства по делу в случае, если ЕСПЧ придёт к заключению, что решение суда РФ нарушает ЕКПЧ, имплементируют ст. 15 абз. 4 Конституции РФ. Согласно данной статье ратифицированные международные договоры являются составной частью правовой системы Российской Федерации. КС указывает на свою более раннюю судебную практику, имеющую отношение к данному вопросу, в частности, на решение от 6 декабря 2013 года (см. выше, сноска 13), в котором он исключил возможность исполнения решения ЕСПЧ, находящегося в противоречии с Конституцией РФ. Суд основывает это право на обращение в Конституционный Суд, которое не предусмотрено в явном виде в Конституции, в этом случае однозначно на ст. 125 абз. 5 Конституции РФ. Данная статья предоставляет перечисленным в ней конституционным органам возможность запрашивать Конституционный Суд о даче толкования неясных положений Конституции.

В заключение Конституционный Суд касается дискуссии между государствами-участниками ЕКПЧ относительно принципа субсидиарности, а также указывает на то, что ЕСПЧ в диалоге с национальными судами обязан уважать их конституционно-правовую идентичность.⁴⁵ Суд исходит при этом из того, что конфликты между ЕСПЧ и им будут иметь место только весьма редко. В принципе КС готов к компромиссам, но «определение степени своей готовности он оставляет за собой, поскольку границы компромисса в данном вопросе очерчивает именно Конституция Российской Федерации.»⁴⁶

профессора, д-ра *Мартина Финке (Martin Fincke)*, опубликован на сайте Конституционного Суда РФ, <http://www.constitution.ru/de/>).

⁴⁵ Решение КС РФ от 14 июля 2015 года, с. 30.

⁴⁶ Там же, с. 31.

V. Реформа Закона о Конституционном Суде (ФКЗ о КС) от 14 декабря 2015 года

1. Объект реформы ФКЗ о КС

Решение Конституционного Суда от 14 июля 2015 было имплементировано в реформе Закона о Конституционном Суде от 14 декабря 2015 года. В новой редакции ст. 104 1-4 ФКЗ о КС теперь предусмотрена следующая возможная альтернатива. Министр юстиции по собственной инициативе или по ходатайству органа, уполномоченного на исполнение решений международных судов, может обращаться с запросом в КС, если он или соответствующий орган считают, что исполнение решения международного органа по защите прав человека несовместимо с Конституцией. Такой запрос, в частности, допустим, если заявитель полагает, что исполнение решения межгосударственного органа по защите прав человека невозможно, поскольку оно основано на положениях международного договора в истолковании, приводящем к их расхождению с Конституцией РФ.

При этом ст. 104-3 ФКЗ о КС чётко устанавливает пределы проверки. Конституционный Суд РФ проверяет возможность исполнения решения межгосударственного органа по защите прав человека, принятого на основании положений международного договора РФ в их истолковании межгосударственным органом, с точки зрения «основ конституционного строя РФ» и «установленного Конституцией РФ правового регулирования прав и свобод».

Наконец, ст. 104-4 ФКЗ о КС устанавливает, что в случае несовместимости имплементации решения с Конституцией РФ исполнение исключено. Ст. 105 ФКЗ о КС позволяет Президенту или правительству обращаться в Конституционный Суд с запросом о толковании Конституции в случае наличия конфликта между Конституцией и международным договором в истолковании международным органом по защите прав человека с точки зрения возможности исполнения решения этого органа в рамках российского правопорядка. Если Конституционный Суд при толковании Конституции РФ придёт к выводу, что исполнение решения международного суда несовместимо с Конституцией, то исполнение решения не может быть осуществлено (это устанавливает ст. 106 абз. 2 ФКЗ о КС).

2. Реакция Совета Европы

Упомянутые изменения Закона о Конституционном Суде очень быстро вызвали критику Совета Европы. Венецианская Комиссия первоначально подготовила промежуточное экспертное заключение, в котором она изложила свои сомнения относительно закона.⁴⁷ Вначале это была предварительная экспертиза, так как у Комиссии сначала не было возможности вступить в диалог с российской стороной, в том числе также и с Конституционным Судом.⁴⁸ Венецианская Комиссия подчеркнула, что государства-участники, ратифицировав ЕКПЧ признали не только обязательную силу этого международного договора, но и компетенцию ЕСПЧ по толкованию ЕКПЧ, а также обязывающее действие его решений. По мнению Комиссии, в рамках системы ЕКПЧ все элементы национальных правовых порядков государств-участников подлежат контролю, в том числе и конституции. В то же время обязывающее действие решений ЕСПЧ распространяется также и на национальные конституционные суды. Государства-участники соответственно не вправе, указывая на выплату компенсации в смысле ст. 41 ЕКПЧ, отказаться от принятия дальнейших дополнительных мер, как например, внесение изменений в действующий правовой порядок.

Венецианская Комиссия указывает на возможность диалога между национальными судами и ЕСПЧ в случае появления конфликтов. Она поясняет это на примере двух решений, которые касались Германии и в которых в результате немецкие суды полностью принимали линию EGMR, хотя при этом остаётся неясным, где здесь мог происходить диалог.⁴⁹ Конкретно относительно названных выше изменений российского Закона о Конституционном Суде Венецианская Комиссия констатирует, что с Конвенцией полностью совместимо, если в Конституционный Суд можно

⁴⁷ Venedig-Kommission, Interim Opinion (No. 832/2015) от 11/12 марта 2016 года, опубликовано 15.3.2016 с регистрационным номером CDL- AD(2016)005. Это промежуточное экспертное заключение содержит сто три пункта (пункты 1-103). Нижеследующие ссылки на пункты экспертизы относятся к документу от 15.3.2016. См. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD %282016 %29005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282016%29005-e)

⁴⁸ Там же, пункт 5.

⁴⁹ Interim-Opinion (см. выше, сноска 47), пункт 67 и сл. (дело *Caroline von Hannover*) и пункт 69 и сл. (содержание в заключении после отбытия наказания, *Sicherungsverwahrung*, дело *M.*): с. ЕСПЧ, EGMR, *von Hannover ./. Deutschland*, Nr. 59320/00, решение от 24 июня 2004 года = EuGRZ 2004, 404, а также принятое по следам данного решения решение ФКС, BVerfG, решение от 26 февраля 2008 года = EuGRZ 2008, 202; далее EGMR, *M ./. Deutschland*, Nr. 19359/04, решение от 17 декабря 2009 года = EuGRZ 2010, 25 а также принятое по следам данного решения решение ФКС, BVerfG, решение от 4 мая 2011 года, 2 BvR 2365/09 = EuGRZ 2011,297.

обращаться с запросом для получения ответа на вопрос, соответствует ли конституции конкретная мера имплементации. Однако, это может в результате приводить к ситуации, когда меры по имплементации должны, в любом случае, рассматриваться как противоречащие конституции. Однако и тогда все ещё сохраняется возможность для вмешательства конституционного законодателя – в противном же случае государство должно было бы расторгнуть договор.⁵⁰

Венецианская Комиссия критикует, в частности, что допускаемый в результате реформы Закона о Конституционном Суде контроль исполнения решений ЕСПЧ не ограничивается - как это сделал, по всей видимости, Федеральный Конституционный Суд ФРГ - тем, что различные частные интересы взвешиваются друг с другом, но включает в себя также и взвешивание частных интересов и интересов общего блага. Экспертиза непосредственно требует, чтобы положения ст. 104-4 и ст. 106 абз. 2 Закона о Конституционном Суде были отменены в той части, в которой они предписывают, что следствием несовместимости определённого исполнения решения ЕСПЧ с Конституцией, должна быть недопустимость (любого) исполнения решения в целом.⁵¹ Индивидуальные меры, как например выплаты компенсаций, должны быть, по мнению Комиссии, в любом случае исключены из контроля. Кроме того, должна быть установлена обязанность других государственных органов, в частности, законодателя, а также органов, компетентных вносить изменения в Конституцию, осуществлять изменения норм соответствующего законодательства, если Конституционный Суд пришёл к выводу, что исполнение решения ЕСПЧ в силу этих норм невозможно. Наконец, Комиссия констатировала, что в процедуре разбирательства в Конституционном Суде должно быть обеспечено участие лиц, в пользу которых было вынесено соответствующее спорное решение ЕСПЧ.

В окончательной версии своей экспертизы⁵² Венецианская Комиссия в развитие аргументов, сформулированных в предварительном экспертном заключении, объясняет, что ни в коем случае не может исключаться

⁵⁰ Венецианская Комиссия, Промежуточная экспертиза (см. выше, сноска 47), там пункт 72.

⁵¹ Венецианская Комиссия, Промежуточная экспертиза (см. выше, сноска 47), там пункт 102.

⁵² Венецианская Комиссия, Окончательное заключение (No. 832/2015), опубликовано 13.6.2016 с регистрационным номером CdL-AD(2016)016. Окончательное заключение содержит сорок шесть пунктов (пункты 1-46), в приложении содержится также промежуточное заключение от 15.3.2016 (пункты 47-149).

возможность изменения конституции.⁵³ Скорее Конституционный Суд должен ограничиваться оценкой конституционности определённой национальной меры по имплементации постановления ЕСПЧ. Однако, это не должно исключать участие других государственных органов в исполнении самого постановления.

Следует отметить, что предварительная экспертиза Венецианской Комиссии, прежде всего в оценивающей части, не достаточно чётко и ясно структурирована, отчасти содержит повторения и разрывы. Из экспертизы сложно судить, были ли различные положения ст. 104 1-4 и ст. 105 и 106 Закона о Конституционном Суде вообще правильно поняты Комиссией. Эти положения обозначены в экспертизе несколько беспорядочно.⁵⁴ Довод, что взвешивание частных интересов и интересов общественного блага по общему правилу осуществляется Европейским Судом и поэтому в последующем непозволительно для Конституционного Суда, действует закономерно также и для взвешивания между различными частными интересами. Однако в этом вопросе Венецианская Комиссия со всей очевидностью вполне допускает подобный последующий контроль (как его требовал также Федеральный Конституционный Суд ФРГ). Утверждение, что Федеральный Конституционный Суд исходит из того, что проверка решений ЕСПЧ допустима только в случае конфликта между частными интересами, бесспорно ошибочно.⁵⁵ Неверным представляется также утверждение, что российское правовое положение препятствует диалогу с ЕСПЧ.⁵⁶ Здесь следует подождать практику. Во всяком случае, российский

⁵³ Венецианская Комиссия, Окончательное заключение, пункты 1-46 (выше, сноска 52), там пункт 23.

⁵⁴ Венецианская Комиссия, Промежуточная экспертиза, пункты 1-103 (выше, сноска 47), там пункт 33.

⁵⁵ Венецианская Комиссия, Промежуточная экспертиза, пункты 1-103 (выше, сноска 47), там пункт 81; см. Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 14 октября 2004 года (*Гёргюлю*, см. выше сноска 1), пункт 62: «В той мере, в которой рамки действующих методологических стандартов оставляют свободу для интерпретации и правовой оценки, немецкие суды обязаны отдавать предпочтение тому толкованию, которое соответствует Конвенции. Ситуация меняется только тогда, когда учёт решения ЕСПЧ приводит, например вследствие изменившейся фактической базы, к нарушению явно противостоящих норм закона или положений немецкой конституции, в частности (выделение сделано автором статьи – **прим. Дайджеста**) также основных прав третьих лиц.»

⁵⁶ Венецианская Комиссия, Промежуточная экспертиза, пункты 1-103 (выше, сноска 47), там пункт 82: «Действия КС РФ на основе поправок является не только блокированием исполнения решения суда, а также общих соответствующих мер. Это парализует, согласно поправкам, «все меры исполнения», а также выплаты, определенные решением Страсбургского суда; это в равной степени неприемлемо.»

Конституционный Суд во всех решениях, в которых он критически разбирает решения ЕСПЧ, в определённом объёме стремится к диалогу. Также и в своём решении от 19 апреля 2016 года по делу *Анчугов и Гладков* (см. ниже сноска 55 и пункт VIII.) Суд искал возможности принять во внимание требования ЕСПЧ.⁵⁷

3. Критика

Действительно, также и эта «конституционная реформа» предстаёт отчасти трудно доступной для понимания, а с точки зрения Конституции РФ - также и небесспорной. Уже язык текста конституционного закона является непосильно тяжеловесным; так например ст. 104-1 ФКЗ о КС состоит из одного единственного предложения в 12 строк(!). И сформулированная здесь норма, если сформулировать кратко, просто предусматривает, что государственный орган, обеспечивающий интересы РФ при международном органе по защите прав человека, вправе обратиться в КС с запросом о проверке исполнения решения этого органа, если он считает, что такое исполнение нарушит Конституцию. В ст. 104-2 ФКЗ о КС частично с использованием тех же самых формулировок устанавливается, что обращение является допустимым, если указанный орган приходит к указанному мнению. Эта норма не имеет какого-либо дополнительного нормативного значения. При этом обе нормы говорят о противоречии между исполнением решения договорного органа по правам человека и «Конституцией РФ». В то же время ст. 104-3 ФКЗ о КС в качестве критериев проверки говорит, в отличие от этого, о противоречии между таким исполнением и «основами конституционного строя РФ» и «установленным Конституцией РФ регулированием прав человека». Таким образом, несмотря на то, что далеко не каждое противоречие Конституции подпадает под один из обоих критериев («основы конституционного строя» или «права человека»), в результате, тем не менее, допустимыми оказываются обращения в Конституционный Суд, которые ни в коем случае не могут быть предметом проверки.

Всё это не свидетельствует о глубокой проработке соответствующей материи.

(«The action by the RCC [Russian Constitutional Court] on the basis of the amendments is not only blocking the execution of the judgment as far as the general measures are concerned. It is paralyzing, according to the amendments, ‚all measures of execution‘, so also the payment of the just satisfaction decided by the Strasbourg Court; this is equally inadmissible.»)

⁵⁷ По данному вопросу см. ниже, пункт VII.

Также кажется странным, что наряду с полномочием министра юстиции при соответствующей правовой коллизии обратиться в КС с вопросом о возможности исполнения решения международного органа, также Президент РФ и Правительство могут обратиться в Конституционный Суд с соответствующим запросом о толковании Конституции. Ведь в результате, как было показано выше, эта процедура толкования, так же как и обращение Министра юстиции, ведёт, в конечном счёте, к тому, что, если констатируется несовместимость исполнения решения международного органа с Конституцией, исполнение невозможно. Независимо от этого, представляется также чуждым самой системе, если здесь в рамках процесса абстрактного толкования конституции могут даваться конкретные указания по неисполнению решений международных судов. Это как раз не является смыслом и целью абстрактного толкования норм Конституции. И именно поэтому Конституция в рамках регулирования процедуры толкования Конституционным Судом положений конституции и не предписывает, например, что определённые нормы после толкования не могут применяться. Это скорее остаётся всё же целью процедуры абстрактного нормоконтроля.

Для достижения цели было бы уже достаточно просто расширить круг возможных заявителей, уполномоченных на обращение в Суд в рамках установленной в ст. 104 1-4 Закона о Конституционном суде процедуры, за счёт включения в их число Президента РФ и Правительства. Однако, как было изложено выше, сам Конституционный Суд в своём решении от 14 июля 2015 года проложил тропинку к процедуре толкования Конституции как решению проблемы. При этом подспудно возникли определённые сомнения, связанные с тем, что Конституция РФ, собственно, соответствующей компетенции не предусматривает. В ней явно и недвусмысленно прописано, что международно-правовой договор может быть предметом проверки исключительно только перед его ратификацией, что по логике от обратного означает, что после ратификации это исключено. После вступления в силу проверка Конституционным Судом в порядке абстрактного и конкретного нормоконтроля могут подвергаться только нормы обычных законов.

Это дифференцирование между международным и внутригосударственным правом в связи и в контексте конституционного контроля является выражением принципа приверженности Конституции РФ международному праву. Международный договор равным образом не может приравниваться к нормам внутригосударственного права, если речь идёт об исполнении национальными органами решения, принятого международным судом. Потому что и здесь возможно возникновение конфликта между национальным и международным правом. И, в

действительности, представляется странным, если международный договор как таковой после его ратификации не может быть предметом конституционно-судебного контроля, в то время как в случае его конкретной имплементации во внутригосударственном праве он, по меньшей мере, косвенно подлежит проверке. В конечном итоге, законодательное расширение компетенции КС также не может основываться на ст. 125 Конституции РФ, поскольку эта статья содержит исчерпывающий перечень компетенции и полномочий Конституционного Суда. По сути же, здесь создаётся скорее новая компетенция, которая требует внесения изменения в Конституцию. Отсутствие требуемых изменений Конституции может расцениваться - как уже в своё время в случае новеллы Закона о Конституционном Суде в 2014 году – исключительно как нарушение Конституции, которым обуславливается противоправность реформы Закона о Конституционном Суде в 2015 году.

VI. Судебная практика ЕСПЧ по вопросам избирательных прав заключённых лиц

В деле Анчугов и Гладков, ЕСПЧ ссылаясь на свою прежнюю судебную практику, сформулированную в решениях по делам против Великобритании⁵⁸ и Италии,⁵⁹ признал лишение заключённых лиц избирательных прав не соответствующим Конвенции.⁶⁰ При этом ЕСПЧ особенно подчеркнул, что в Российской Федерации все заключённые, независимо от вида и тяжести преступления, лишены избирательных прав. Примечательным это решение - также как решения ЕСПЧ по делам Hirst и Scoppola - является в двойном смысле, а именно ввиду того, что ЕСПЧ вообще принял дело к рассмотрению и ввиду того, что он пришёл именно к такому результату.

⁵⁸ ЕСПЧ, решение по делу *Xepcm, Hirst./ Vereinigtes Königreich*, Nr. 74025/01, решение Большой Палаты от 6 октября 2005 года = HRLJ 2009-2010, с. 204-219, комментарий решения Michael O'Boyle, „Electoral Disputes and the European Convention on Human Rights: An Overview“, HRLJ 2009-2010, с. 1-12.

⁵⁹ ЕСПЧ, решение по делу *Скoппoлa* (Nr. 3), *Scoppola (Nr. 3) ./ Italien*, Nr. 126/05, Решение Большой Палаты от 22 мая 2012 года.

⁶⁰ Решение ЕСПЧ по делу *Анчугов и Гладков, Anchugov und Gladkov ./ Russland*, Nr. 11157/04 и др., решение от 4 июля 2013 года. Ходатайство России о передаче дела на рассмотрение Большой Палатой было отклонено панелью в составе пяти судей решением от 9 декабря 2013 года (см. ст. 43 и сл. ЕКПЧ).

1. Отсутствие у заявителей интереса, подлежащего правовой защите

ЕСПЧ с самого начала своей судебной практики по вопросам избирательных прав заключённых придерживался той позиции, что из ст. 3 Первого Дополнительного протокола к ЕКПЧ не следует, что государство должно на равном основании предоставлять всем заключённым избирательные права. Скорее, по мнению Суда, они могли ограничиваться, если ввиду тяжести преступления вынесение дополнительной санкции в форме лишения избирательных прав представлялось адекватным и пропорциональным.⁶¹ Анчугов и Гладков - также как в своё время Hirst - были осуждены за убийство, то есть за одно из наиболее тяжких преступлений, предусмотренных национальными уголовными правовыми порядками. В этом смысле вполне допустимо предположить, что национальный законодатель в принципе может лишать избирательного права осуждённых за убийства лиц, поскольку в противном случае закономерно встаёт вопрос о том, когда вообще, если не в этих случаях, государство из-за тяжести преступления должно иметь возможность предусматривать лишение избирательных прав. В этом отношении у ЕСПЧ была возможность - с ограничением, что генеральное лишение избирательных прав всех заключённых несовместимо с ЕКПЧ - в конкретном рассматриваемом случае, когда речь идёт о лицах, совершивших наиболее тяжкие преступления, принять решение об отсутствии нарушения Конвенции.

Однако, ЕСПЧ взял на прицел не обстоятельства конкретного случая, а именно не индивидуальную правовую защиту лиц, обратившихся с жалобой в ЕСПЧ, а скорее абстрактный закон, на основе которого в отношении них было принято соответствующее решение. Речь шла таким образом не о праве в подлежащей решению ситуации (соответственно в данном конкретном случае ЕСПЧ не присудил компенсации в смысле ст. 41 ЕКПЧ за недопущение к участию в выборах), а о справедливости на будущее время. В этой связи совершенно законно задаться вопросом о том, является ли функцией ЕСПЧ устранять недостатки в национальных правовых порядках, даже если это необязательно релевантно для рассматриваемого дела. Во всяком случае, такой подход и подобная

⁶¹ ЕСПЧ, решение по делу *Хёрста* (см. сноску 58), где в основу положен принцип пропорциональности. В решении по делу *Скоттола* (см. сноску 59) ЕСПЧ констатировал, что лишение избирательных прав при осуждении за совершение особо тяжких преступлений не нарушало ст. 3 абз. 1 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ, пункт 106.

практика повышает вероятность сопротивления со стороны государств-участников, отклоняющих такую активную роль ЕСПЧ, которая выливалась бы в контроль национальных правопорядков на их совместимость с ЕКПЧ, практически не связанный с подачей конкретной жалобы.⁶²

2. Отсутствие правовых масштабов

Второй критический момент заключается в выведении Европейским Судом обязанности государств-участников ЕКПЧ по общему правилу не лишать лиц, находящихся в заключении, избирательных прав. Ст. 3 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ говорит исключительно об обязанности государств-участников регулярно проводить всеобщие выборы. То, что из этого вытекает индивидуальное право на участие в выборах, следует только из убедительного толкования, которое это конвенциональное положение узнало в судебной практике ЕСПЧ. Ввиду того, что данное положение сформулировано как обязанность государства и не как право индивида, то в нём не содержится и оговорки о допустимых ограничениях, как это предусмотрено, например, в ст. 10 ЕКПЧ. Однако это не значит, что государства не могут регулировать избирательное право национальными правовыми актами в смысле установления определённых ограничений. Не подлежит сомнению, например, что принцип всеобщих выборов может ограничиваться в национальных правопорядках установлением возрастного ценза или лишением избирательных прав лиц, которые находятся под опекой вследствие психических заболеваний. Сам ЕСПЧ оставил за государствами в принципе также и право регулировать

⁶² В этом направлении идёт также совместное особое (отклоняющееся) мнение судей *Вильдхабера, Коста, Лоренцена, Ковлера и Йебенса* к решению по делу *Хёрст* (см. выше, сноска 58), HRLJ 2009-2010, с. 217 и сл., см. в частности пункт 8: «Европейский Суд постоянно отмечал в своём прецедентном праве, что его задачей является не просто анализ in abstracto соответствующего законодательства и судебной практики, а определение того, являлся ли способ их применения в отношении заявителя или их влияние на него нарушением положений Конвенции. (...) Таким образом, Постановление Европейского суда, прежде всего, основано на том выводе, что законодательство Соединенного Королевства несовместимо с положениями Конвенции in abstracto.» («The Court has consistently held in its case-law that its task is not normally to review the relevant law and practice in abstracto, but to determine whether the manner in which they were applied to, or affected, the applicant gave rise to a violation of the Convention. (...) Generally speaking, the Court's judgment concentrates above all on finding the British legislation incompatible with the Convention in abstracto.»)

вопросы осуществления избирательных прав лицами, находящимися в заключении.⁶³

Проблема здесь заключается в том, чтобы при отсутствии конкретных предписаний в ЕКПЧ показать национальному законодателю границы при регулировании избирательного права, которые косвенно вытекают из смысла и целей ст. 3 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ. Это осуществляет ЕСПЧ путём обращения к стандарту, который результирует из сравнения правопорядков государств-участников. Так, ЕСПЧ в конкретном деле исследовал действующее правовое положение в 43-х из 47-ми государств-участников ЕКПЧ и пришёл к выводу, что в 19-ти государствах избирательное право представляется без ограничений всем заключённым, 17-ть государств делают при этом более-менее значимые ограничения,⁶⁴ в то время как в 6-ти государствах, главным образом в государствах Восточной Европы, но как раз также и в Великобритании, все заключённые лишались избирательных прав в принципе.

На основе результатов этого исследования ЕСПЧ пришёл к заключению, что такое генеральное лишение права на участие в выборах несовместимо с ЕКПЧ. Этот вывод удивляет. Ведь всё-таки примерно 15% исследованных государств - причём отчасти довольно продолжительный период времени - придерживаются противоположной точки зрения, и при этом демократический характер этих государств не ставился под сомнение. Кроме этого, почти 45% государств в свою очередь устанавливают определённые ограничения, конкретный объём которых ЕСПЧ впрочем не исследует. Каким образом Суд на этом основании смог прийти к выводу, что в ст. 3 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ содержится вытекающий из правоположений, действующих в государствах-участниках, стандарт, который обязателен для всех государств, понять непросто.

К этому следует добавить, что ЕСПЧ в деле *Hirst* для обоснования своего вывода в сравнительно-правовой перспективе привлекает также ещё и судебную практику двух государств, не являющихся участниками Конвенции, а именно Канады и Южной Африки. В обоих случаях национальные суды пришли к выводу, что лишение заключённых избирательного права нарушает конституцию. Впрочем, это селективное

⁶³ ЕСПЧ, дело *Хёрста* (сноска 58), пункт 62.

⁶⁴ В Германии Суд может лишить активного избирательного права любое лицо, осужденное к лишению свободы за манипулирование выборами, подготовку военной агрессии, предательство или измену родине или другие политические преступления, если закон предусматривает это особо - § 45 Уголовного Кодекса в совокупности с соответствующими уголовно-правовыми нормами.

привлечение судебной практики других судов свидетельствует о том, что речь шла не столько о том, чтобы составить для себя представление об универсальном стандарте регулирования избирательных прав заключённых. Привлечённые примеры служили исключительно для подведения основания для собственного мнения. В противном случае, уместным было бы в частности привлечь также практику в США, где почти 6 млн. арестантов и бывших арестантов лишены права участия в выборах.⁶⁵ При так сомнительном обосновании судебной практики не слишком удивляет, что ряд государств-участников выражают своё несогласие с подобным подходом.

VII. Решение Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 года по вопросам избирательных прав заключённых (дело Анчугова и Гладкова)⁶⁶

1. Правовое положение в РФ

В каталоге основных прав и свобод Конституция РФ гарантирует – впрочем, как и все современные конституции – также и право на участие в выборах. Ст. 32 абз. 2 гласит: «2. Граждане Российской Федерации имеют право избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также участвовать в референдуме.» И далее в данной статье следует: «3. Не имеют права избирать и быть избранными граждане, признанные судом недееспособными, а также содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда.»⁶⁷

⁶⁵ В США в различных штатах установлено разное правовое регулирование. Исключение такого значительного числа потенциальных избирателей критиковалось недавно перед президентскими выборами в США в докладе ОБСЕ, International Election Observation Mission - United States of America, General Elections, 8 November 2016, Statement of Preliminary Findings and Conclusions, с. 1, <http://www.osce.org/odihr/elections/usa/246356>.

⁶⁶ Решение КС РФ от 19 апреля 2016 года, № 12-П [относительно лишения избирательных прав заключённых, дело *Анчугова и Гладкова*].

⁶⁷ Немецкий перевод (см. выше, сноска 44).

В соответствии с данным регулированием также и обычное законодательство лишает лиц, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда их избирательных прав.⁶⁸

2. Аргументация КС РФ

В апреле 2016 года Конституционный Суд РФ впервые получил возможность апробировать свою новую компетенцию, предоставленную ему в результате реформы Закона о Конституционном Суде.⁶⁹ Заместитель министр юстиции обратился к нему с запросом о том, не нарушает ли Конституцию исполнение решения ЕСПЧ по делу Анчугова и Гладкова, вынесенное против России 4 июля 2013 года (см. выше, сноска 60).

Конституционный Суд сначала пытается формулировать своё постановление не как «объявление войны» Европейскому Суду, а как вступление в диалог.⁷⁰ Он указывает, что национальные органы должны учитывать положения ЕКПЧ, однако, как и нормы Конституции РФ, которая является отражением демократической воли народа и одновременно выражением суверенитета РФ. Конституционный Суд признает необходимость устранять недостатки национального законодательства, и также подчёркивает обязанность поиска компромисса, указывает в то же время однако, что Конституция устанавливает и границы для такого компромисса. По мнению Суда, вытекающие из ЕКПЧ обязательства - в том числе также и приведение национального правопорядка в соответствие с требованиями ЕКПЧ - не могут устранить приоритет Конституции перед любыми правовыми нормами. Ссылкой на суверенитет Конституционный Суд обозначил то, о чём для него собственно идёт речь. В отношении конкретной проблематики Суд констатировал, что требование ЕСПЧ реформировать избирательное право в отношении заключённых, противоречит ясному и в этом отношении не

⁶⁸ Ст. 4 абз. 6 Федерального Закона о выборах в Государственную Думу от 22 февраля 2014 года, Nr. 20-ФЗ; ст. 3 абз. 4 Федерального Закона о выборах Президента от 10 января 2003 года, Nr. 19-ФЗ.

⁶⁹ Решение получило положительную оценку у Ivan Kleimenov, Judgment of the Constitutional Court of the Russian Federation no 12-P/2016: Refusal to execute judgments of ECHR or the search for compromise between Russian and international law?, в: Questions of International Law 32 (2016), с. 19 и далее.

⁷⁰ Это проявилось, помимо прочего, также в том, что, следуя требованию Венецианской Комиссии, КС РФ пригласил заинтересованных заявителей на слушание дела (см. Венецианская Комиссия, Промежуточная экспертиза [выше, сноска 47], пункт 101).

подлежащему другой интерпретации буквальному тексту ст. 32 абз. 3 Конституции РФ.

Далее Конституционный Суд объясняет, что Российская Федерация при подписании ЕКПЧ в 1996 году и её ратификации в 1998 году исходила из того, что Конституция - включая её ст. 32 абз. 3 - не противоречила ЕКПЧ. Суд указал при этом на то, что также со стороны Совета Европы в своё время не выдвигались никакие возражения; судебная практика ЕСПЧ долгое время предметно не тематизировала ограничения избирательного права для заключённых. Суд указал также, что только в связи с решением по делу *Hirst* (см. выше, сноска 58) точка зрения изменилась. Однако, вместе с тем, по мнению КС РФ, ЕСПЧ отошёл от того понимания содержания ст. 3 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ, которое долгое время разделяли государства-участники и органы Совета Европы, впрочем также как и сам ЕСПЧ.

В дальнейшем Конституционный Суд ссылается на позицию ЕСПЧ, что в том случае, когда релевантные нормы права доступны разному толкованию, Суд следует точке зрения соответствующего государства. В данном же случае сам ЕСПЧ констатировал, что мнения государств по вопросу избирательных прав явно и существенно расходились друг от друга. В то время как 19 государств не устанавливали никаких ограничений, в правовых порядках 17 государств возможность лишения избирательных прав при определённых условиях предусматривалась и регулировалась - например, в зависимости от вида преступления, срока наказания и т.д. При этом в 6 государствах - в том числе также в Российской Федерации и Великобритании - лица, находящиеся в заключении были лишены избирательных прав. При таком положении вещей, по мнению КС, нет оснований исходить из существования господствующей точки зрения.

В своём следующем аргументационном послые Конституционный Суд пытается доказать, что в рамках российского правового порядка заключённые лица лишаются избирательного права отнюдь не недифференцированно, а только при наличии определённых критериев. Согласно мнению Конституционного Суда РФ, в этом заключался, по всей вероятности, главный дефицит в позиции защиты Российской Федерации в ЕСПЧ, ожидавшего именно подобные аргументы, которые, однако, со всей очевидностью, так и не были приведены. Этот пробел пытается восполнить Конституционный Суд РФ, излагая особенности уголовно-правовой системы, а также при помощи статистических данных.

В частности, Суд объясняет, что лишение избирательных прав касается лишь заключённых лиц в узком смысле, но например не лиц, заключённых

под стражу, находящихся в предварительном заключении, или в исправительно-трудовых учреждениях. В этом отношении также и использованное в английской версии постановления ЕСПЧ понятие «*detention*» является слишком широким. Конституционный Суд подчёркивает далее, что российское право знает четыре категории преступлений, а именно преступления небольшой тяжести, средней тяжести, тяжкие преступления и особо тяжкие преступления. Они отличаются, по существу, предусмотренным сроком лишения свободы. В этом плане преступления небольшой тяжести это опасные деяния, за совершение которых грозит срок до трёх лет лишения свободы. Согласно Уголовному Кодексу лишение свободы при таких преступлениях назначается только в исключительном случае, по сути, если речь идёт о преступлениях, совершённых повторно или о правонарушениях, связанных с наркотическими веществами. Это, как показывает Конституционный Суд, подтверждается статистикой. Из 733 607 человек, осуждённых в 2015 году, 342 267 человек были осуждены за совершение преступлений небольшой тяжести, а из них, в свою очередь, лишь 36 218 человек были отправлены в места лишения свободы. Это составляет 10,58% от общего числа осуждённых за данные преступления, и лишь эти лица были лишены их избирательных прав. Конституционный Суд хочет этим сказать, что уголовное право РФ вполне проводит различие между различными категориями лиц, совершивших уголовные преступления, и только незначительная часть всех осуждённых лиц отбывает наказание в местах лишения свободы.

На первый взгляд, этот аргумент не развенчивает сомнений Европейского Суда. Так как ЕСПЧ упрекает Российскую Федерацию не в том, что слишком много людей приговариваются к лишению свободы, а в том, что при лишении заключённых избирательных прав применяется слишком недифференцированный подход: все лица, которые отбывают наказание за своё преступление в тюрьме, лишены избирательных прав. Однако, при более пристальном взгляде аргумент Конституционного Суда не так уж и несущественен. Так как приведённая им статистика подтверждает, что лица, осуждённые за преступления, при которых максимальный срок лишения свободы составляет три года, как правило, вообще не попадают в тюрьму. И даже в случае преступлений средней тяжести, при которых максимальный срок лишения свободы составляет пять лет за преднамеренные деяния и три года - за неосторожные, лишь только самое большое 32% действительно отправляются в места заключения. И лишь при тяжких и особо тяжких преступлениях процент лиц, содержащихся в местах лишения свободы, от общего числа осуждённых вырастает до 47% или соответственно до 95%. Эти данные

иллюстрируют, что в РФ наказание в виде лишения свободы приводится в исполнение только в отношении таких лиц, которое совершили серьёзные уголовно наказуемые деяния.

Поскольку, однако, автоматическое лишение избирательных прав в случае осуждения за тяжкие наказания является оправданным также и согласно судебной практике ЕСПЧ, Конституционный Суд РФ в принципе не видит в российской практике, сложившейся на основании действующего уголовного права, противоречия с ЕМРК. Наконец, Конституционный Суд Российской Федерации констатирует, что суды общей юрисдикции, вынося приговоры о лишении свободы, должны принимать в расчёт, что осуждённые потеряют свои избирательные права. Тем самым, по мнению Суда, лишение избирательных прав основывается, в конечном счёте, не на общем регулировании, а на судебном решении, учитывающем особенности конкретного случая. При этом КС, однако, не приводит в дальнейшем никаких доказательств тому, что российские суды в своих решениях по уголовным делам на практике действительно принимают во внимание данное обстоятельство. Тем не менее, Конституционный суд РФ исходит из того, что изложенное толкование и применение уголовного права РФ исключает конфликт между национальным правом и ЕКПЧ.

В дальнейшем Конституционный Суд в форме своего рода мирного предложения, обращённого к ЕСПЧ констатировал, что законодателю в рамках ст. 32 абз. 3 Конституции РФ предоставлена также возможность изменять законодательство таким образом, чтобы лишение избирательных прав затрагивало бы ещё меньшее количество людей. В качестве примера такой меры Суд приводит возможность применения альтернативных видов наказаний вместо содержания в местах лишения свободы, в частности, помещение в исправительные учреждения или содержание в колониях-поселениях, которые не влекут ограничения избирательных прав осуждённых лиц. Суд подчёркивает здесь, что осуждённые, отбывающие лишение свободы в колонии-поселении, пользуются определённой свободой передвижения, они не изолированы от общественной жизни, могут носить гражданскую одежду, им могло быть разрешено проживание со своими семьями. Всё это служит, по его мнению, в том числе гуманизации исполнения наказания.

Однако, Конституционный Суд указывает также на то, что жалоба в ЕСПЧ служит интересам защиты индивида. Целью принятия Европейским Судом решения, констатирующего нарушение ЕКПЧ, заключается по мнению КС в том, чтобы в отношении заявителя жалобы была восстановлена ситуация, которая имела место до нарушения Конвенции. В данном случае гарантированные в ст. 3 Первого Дополнительного

Протокола к ЕКПЧ права заявителей *Анчугова* и *Гладкова* согласно точке зрения ЕСПЧ были нарушены вследствие того, что они не смогли принять участие в выборах Президента и в Государственную Думу в период 2000-2008 года. Однако, восстановление заявителей в их правах невозможно, так как это предполагает повторение проведения указанных выборов. Кроме того, как считает КС, необходимо учитывать, что заявители были осуждены на длительные сроки лишения свободы за убийства – соответственно за совершение особо тяжкого преступления. И поскольку ЕСПЧ сам же исходит из того, что в подобных случаях лишение избирательных прав допустимо, нарушение ст. 3 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ по этой причине установлено быть не может.

В итоге Конституционный Суд постановил, что исполнение решения ЕСПЧ в силу коллидирующего с ним конституционного положения ст. 32 абз. 3 Конституции РФ постольку невозможно, поскольку оно требует, чтобы при определённых условиях осуждённым лицам, содержащимся в местах лишения свободы, предоставлялись избирательные права. Одновременно Конституционный Суд указал, однако, что возможно изменение Уголовного Кодекса в том смысле, что для преступлений небольшой и средней тяжести, вводятся такие формы лишения свободы, которые не сопряжены с лишением избирательных прав. Что касается заявителей жалобы, то *restitutio in integrum* не требуется, так как они были осуждены на продолжительные сроки лишения свободы, что оправдывало лишение избирательного права.

К решению КС были приложены три особых мнения. Судья *Казанцев* в своём вердикте подчёркивает, что законодатель по общему пониманию формулировки ст. 32 абз. 3 Конституции РФ может в принципе устанавливать также и другие ограничения избирательных прав. Это должно действовать также и в обратном направлении в том смысле, что законодатель в частности вправе также устанавливать более узкие рамки для предусмотренных в конституции ограничений. Такая возможность становится обязанностью, если этого требует заключённый Российской Федерацией договор в толковании, данном международным судом. В заключении он подчёркивает, что национальные основные права только тогда становятся барьером по отношению к международному договору, если они представляют более далеко идущие гарантии, чем международно-правовые нормы. Судья *Ярославцев* в своём особом мнении констатировал, что проблемы можно было легко устранить путём изменения обычного права, поскольку вопрос о том, кто должен рассматриваться в качестве «заключённых лиц» в смысле ст. 32 абз. 3 Конституции РФ, вытекает из Уголовного Кодекса. Наконец, судья *Арановский* пришёл к - ошибочному – заключению, что РФ должна устранять только нарушения, совершённые в

отношении заявителей по жалобе, но не обязана менять свои законы. Впрочем, по его мнению, это вопрос не мог быть предметом рассмотрения в процедуре, инициируемой министром юстиции, так как он вправе обращаться в КС с запросом только в том случае, если он правомочен исполнять решение ЕСПЧ. Однако, этого не происходит, если речь идёт о законодательстве.

3. Критика

Показательно, что в своём решении Конституционный Суд РФ ни одним словом не коснулся той законодательной основы, на которой базировалась процедура конституционного контроля. Хотя в решении и упомянуты статьи 104-1, 104-2 и 104-3 Закона о Конституционном Суде РФ, которые были введены реформой ФКЗ о КС от 14 декабря 2015 года, их содержание, тем не менее, не исследуется Судом более конкретно. Между тем, для этого были все основания. Ст. 104-3 ФКЗ о КС устанавливает, в частности, пределы возможной проверки в рамках данной процедуры, в которой проверка на соответствие Конституции допускается «с точки зрения основ конституционного строя Российской Федерации и установленного Конституцией Российской Федерации правового регулирования прав и свобод человека и гражданина». Это ограничение в законе является таким же странным, как и однозначным. Так как, собственно, в основе этой реформы закона лежит мысль, что исполнение решения ЕСПЧ должно быть допустимым только в том случае, если оно не противоречит Конституции. Эта идея опирается на принцип примата конституции в смысле ст. 15 абз. 1 Конституции РФ, и этот примат действует для всех норм конституции одинаково.

Процитированная выше формулировка ст. 104-3 ФКЗ о КС содержится, однако, уже в ст. 79 Конституции РФ. Эта норма предусматривает так называемую интеграционную оговорку, т.е. она уполномочивает на вступление в международные организации и на передачу им компетенции, «если это не влечёт ограничения прав и свобод человека и гражданина и не противоречит основам конституционного строя Российской Федерации». При этом в качестве образца служили идеи, которые были сформулированы в судебной практике Федерального Конституционного Суда ФРГ по вопросу о «конституционной идентичности». Это понятие в явной форме упоминает Конституционный Суд РФ в своём решении от 14 июля 2015 года.⁷¹ Ст. 79 Конституции служит в этом плане выражением компромисса

⁷¹ Решение КС РФ от 14 июля 2015 года, с. 30 (сноска 22).

между конституционно закреплённым принципом открытости для интеграции в международный правопорядок и сохранением конституционной идентичности.

Международно-правовая практика убедительно показывает, что интеграция в международный правопорядок нередко может вести к конфликту с национальными конституционно-правовыми предписаниями. Если конституцию признать здесь в качестве абсолюта, то интеграция была бы невозможной, даже если она, собственно, провозглашается как конституционная цель или даже как основополагающий конституционный принцип. Выход из дилеммы видится в том, что на международном уровне не может ожидаться никакой стопроцентный учёт национальных конституционных положений и в том, что основные принципы конституции должны, тем не менее, быть сохранены. В этом отношении также и ст. 79 Конституции РФ понимается в комментирующей литературе в том смысле, что рамки для интеграции в межгосударственные организации устанавливаются не конституцией в целом, а исключительно правами и свободами и основами конституционного строя, в том виде, как они закреплены в главе 1 Конституции.⁷² Эти принципы пользуются также особой защитой в отношении их возможных изменений.⁷³

В таком виде эта позиция дословно воспроизведена также и в решении Конституционного Суда от 14 июля 2015 года.⁷⁴ Поскольку этим решением была запущена конституционная реформа от 14 декабря 2015 года, можно предположить, что оно очевидно послужило причиной появления этого текста и в рассматриваемом решении КС.

Однако его нужно принимать всерьёз, так как иначе от него можно было бы просто воздержаться. Конституционный Суд должен был бы, следовательно, спросить себя, что означает проверка с точки зрения основных прав. Ст. 79 Конституции РФ ясна в этом отношении: она говорит о том, что международно-правовые обязательства не могут ограничивать закреплённые в Конституции РФ основные права. Ст. 104-3 ФКЗ о КС является в этом плане более неопределённой, поскольку в ней идёт уже речь об «установленном Конституцией Российской Федерации

⁷² Б.С. Эбзеев, ст. 79, в: В Зорькин, Комментарий к Конституции Российской Федерации, Москва 2013, с. 685.

⁷³ Ст. 135 Конституции, которая для изменения положений главы первой (Основы конституционного строя) и главы второй (права и свободы человека и гражданина) требует принятия новой конституции. Текст ст. 135 Конституции воспроизведён в решении ЕСПЧ по делу *Анчугов и Гладков*, см. выше, сноска 57, пункт 34.

⁷⁴ Решение КС РФ от 14 июля 2015 года, с. 11 (сноска 22).

правовом регулировании прав и свобод». Это ставит вопрос, являются ли неприкосновенными все положения, которые касаются основных прав, а также, соответственно, ограничения прав и свобод, урегулированные в каталоге основных прав, или же контроль Конституционного Суда в рамках этой процедурой ограничивается защитой исключительно стандарта самих основных прав.

Упомянутое последним целевое направление однозначно подразумевается в формулировке ст. 79 Конституции РФ. Также и Конституционный Суд говорит в своём решении от 14 июля 2015 года о запрете ограничений конституционно гарантированных основных прав в результате присоединения к международным организациям.⁷⁵ Это, впрочем, является также подходом Федерального Конституционного Суда ФРГ, на который ссылается Конституционный Суд РФ. В принципе также ст. 53 ЕКПЧ допускает возможность такой национальной защиты основных прав, которая выходит за рамки той, которая предоставляется Конвенцией.⁷⁶ Если, однако, применению международного договора противостоит конституционно-правовой защитный стандарт основных прав, то конституция, во всяком случае, не может иметь приоритет, если Конвенция в её применении Европейским Судом не снижает национальную защиту основных прав, а наоборот, стремится снять ограничения основных прав в национальном праве. Однако именно о таком ограничении идёт речь, если заключённые лишаются их избирательных прав.⁷⁷ В этом отношении Конституционный Суд РФ при толковании, способствующем реализации цели положений ст. 104-3 ФКЗ о КС, и которое, кроме того, может опираться на соответствующие предписания конституции, в частности, ст. 79 Конституции, должен был бы прийти к выводу, что каталог основных прав Конституции РФ не противостоит исполнению рассматриваемого решения ЕСПЧ.

Второй критерий контроля, упомянутый в ст. 104-3 ФКЗ о КС, образуют «основы конституционного строя». Также и это понятие содержится в Конституции: им озаглавлена первая глава Конституции. К основам

⁷⁵ Там же, с. 11, 14.

⁷⁶ По данному вопросу см. Markus Ludwigs, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, EuGRZ 2014, с. 273, 276, 282.

⁷⁷ Было бы серьёзным преувеличением рассматривать лишение заключённых избирательных прав в качестве гарантированной основными правами защиты избирательного права других лиц. Такое лишение основано на критериях, действующих для допуска к выборам, оно служит обеспечению выборов и голосования как демократической основы осуществления государственной власти, а не укреплению права голоса тех, кто имеет право участвовать в выборах.

конституционного строя относятся, например, демократия, правовое государство, гражданство, соотношение международного права и национального права, а также суверенитет, который как ни как всё же дважды называется в этой главе. Если ст. 104-3 ФКЗ о КС в рамках регулирования процедуры проверки конституционности при исполнении решений международных органов по защите прав человека использует понятие «основы конституционного строя», то оно должно сопоставляться с этой главой Конституции. «Основы конституционного строя» не охватывают всё конституционное право в целом. Это понятие чётко и ясно использовано как ограничение контрольной компетенции Конституционного Суда, как это вытекает уже из заголовка наименования положения. Если бы оно подразумевалось не в этом смысле, то было бы достаточно говорить только о несовместимости с Конституцией, и тогда также основные права, в любом случае, не должны были бы специально и отдельно называться в контексте регулирования границ проверки.

Однако одно только установление того, что данное понятие не означает, ещё не раскрывает того, что оно значит. В своём решении от 14 июля 2015 года Конституционный Суд РФ назвал в этой связи, прежде всего, суверенитет. В области определения содержания понятия суверенитет - предстоит ещё многое сделать. В международно-правовом смысле нарушение суверенитета может осуществляться извне практически любым нарушающим правопорядок актом. Однако, Конституционный Суд в решении от 9 июля 2012 года установил, что нарушением суверенитета не является, если международная организация получала возможность вмешиваться в действия Российской Федерации, в частности, также через органы международного правосудия; поскольку это основывается на международном договоре, в отношении которого государства-участники выразили своё согласие. В результате этого принцип суверенитета был принят во внимание и в достаточной степени учтён.⁷⁸ Это значит, однако - даже если это и не было сказано с предельной ясностью - что в принципе также решения такого органа, даже если они обращены против российского правопорядка, не нарушают суверенитет Российской Федерации. Поскольку если бы признались исключительно такие решения международных судов, которые подтверждают действие государства (поскольку все решения иного содержания представляли бы нарушение суверенитета) делали бы такое правосудие излишним. По этой причине Конституционный Суд РФ не пошёл этой дорогой, так как он - как и германский Федеральный Конституционный Суд - также принимает во

⁷⁸ Решение КС РФ от 9 июля 2012 года, № 17-П, с. 26; с одобрением цитируется Эбзеевым (выше, сноска 72), с. 685.

внимание приверженность Конституции международному праву, которая однозначно допускает вступление в международные организации. Эта норма выхолащивалась бы, если вытекающие из этого последствия регулярно рассматривались бы как нарушение суверенитета.

Эти соображения следует перенести и на толкование ст. 104-3 ФКЗ о КС. Вопреки точке зрения Конституционного Суда РФ, его контрольная компетенция действует в отношении исполнения не любого решения международного суда, признающего положение национального конституционного права несовместимым с международно-правовыми критериями, которые лежат в основе этого его решения. Поскольку в этом случае не было бы необходимости ясно и чётко ограничивать контроль Конституционного Суда в этой связи исключительно «основами конституционного строя». А через суверенитет в игру тогда снова вступает именно вся Конституция в целом. Это противоречит, с одной стороны, буквальному тексту и содержанию самой Конституции, которая отделяет суверенитет как элемент основ конституционного строя от прочих положений Конституции. С другой стороны, законодателю не может вменяться, что он хотел ввести таким образом в Закон о Конституционном Суде столь противоречивое в себе положение, которое в целях ограничения контрольной компетенции наиболее важными принципами Конституции, составляющими саму конституционную идентичность, имело бы результатом возможность контроля на соответствие всей Конституции в целом. В этом отношении не может быть признано, что высокое понятие государственного суверенитета как основного принципа правопорядка размнивается до такой незначительной величины, что под него подпадают также не слишком, в конечном счёте, существенные для существования государства положения о правах заключённых на участие в голосовании. Однако Конституционный Суд полностью игнорирует это и в результате в своих хлопотах о суверенитете умаляет его смысл и значение. В смысле показательного сравнительно-правового примера здесь уместно процитировать позицию Верховного Суда Великобритании с его заключением о правовом значении вопроса о лишении избирательных прав: «While the diversity of approach in this area within Europe derives from different traditions and social attitudes, it makes it difficult to see prisoner disenfranchisement **as fundamental to** a stable democracy and legal system such as the United Kingdom enjoys» - **выделено Дайджестом**).»⁷⁹ (Кстати,

⁷⁹ Решение UK Supreme Court 2013 UKSC 63 от 16 октября 2013 года, позиция большинства голосовавших (Lord Mance with whom Lord Hope, Lord Hughes and Lord Kerr agree); в этом смысле также и позиция меньшинства (Lord Sumption with whom Lord Hughes agrees): „In those circumstances, we would be justified in departing from the

это решение в ошибочном контексте упомянуто Конституционным Судом РФ; поскольку, как можно заключить, КС РФ в своём решении не совсем полно и верно передал его смысл – **прим. Дайджеста**)

В заключение следует также подчеркнуть, что ещё в своих более ранних решениях Конституционный Суд давал совершенно иную оценку соотношению между ЕКПЧ и конституционным правом. В одном из решений 2009 года, касавшемся вопросов смертной казни, КС, ссылаясь на политические заявления Российской Федерации, сделанные ей в рамках переговоров о вступлении в Совет Европы⁸⁰ (т.е. отсылая, таким образом, даже не к действующему международному праву, поскольку Россия не ратифицировала Дополнительный Протокол к ЕКПЧ о ликвидации смертной казни) подтвердил длительный мораторий на исполнение смертной казни в РФ.⁸¹ Это произошло, хотя возможность смертной казни ясно и чётко предусмотрена в ст. 20 абз. 2 Конституции РФ. Хотя можно возразить, что ст. 20 абз. 2 Конституции РФ предусматривает лишь возможность, которая должна быть реализована законодателем, в то время как ст. 32 абз. 3 Конституции РФ в непосредственно обязывающей форме предписывает, чтобы у заключённых лиц не было избирательного права. Но, как раз именно эта возможность, предоставленная конституционным правом, исключается привлечением ЕКПЧ. В принципе Конституционный Суд РФ теоретически мог с аргументацией, которую он разработал в названных выше решениях, отклонить наложение ЕКПЧ, основанной на международном договорном праве, на конституционное право. Однако, в своём основополагающем решении 2009 года (см. сноска 7), полемика с которым в этом отношении примечательным образом отсутствует в

case-law of the Strasbourg Court only if the disenfranchisement of convicted prisoners could be categorised as a fundamental feature of the law of the United Kingdom. I would regard that as an extreme suggestion, and in agreement with Lord Mance I would reject it.“ (пункт 137).

⁸⁰ Россия стала членом Совета Европы 28 февраля 1996 года с одновременным подписанием ЕКПЧ, которую Россия ратифицировала в 1998 году. В рамках подготовки вступления России Парламентская Ассамблея Совета Европы поручила – как и в случае подготовки вступления всех других кандидатов – подготовить экспертное заключение, т.н. Eminent Lawyers' Reports, которое было составлено судьями ЕСПЧ или соответственно членами Европейской Комиссии по правам человека. Доклад «Report on the conformity of the legal order of the Russian Federation with Council of Europe standards» от 28.9.1994 был составлен *Рудольфом Бернхардтом, Феликсом Эрмакорой, Альбертом Вайтцелем и Штефаном Трехслером*, полный текст см. в HRLJ 1994, 250-294. О дальнейшем ходе переговоров о присоединении даёт представление заключение Парламентской Ассамблеи Совета Европы от 25.1.1996, которое, в конечном счёте, в котором Комитету Министров рекомендовалось принять Россию в организацию (см. Opinion 193, полный текст в HRLJ 1996, 185).

⁸¹ Решение КС РФ от 19 ноября 2009 года.

упомянутых решениях КС (от 6 декабря 2013 года, 14 июля 2015 года и 19 апреля 2016 года, см. выше, сноски 13, 21, 63), КС выбрал иной путь, на который он вполне мог бы вновь вернуться.

VIII. Решение КС РФ от 15 ноября 2016 года относительно предоставления свиданий для членов семей осуждённых лиц

В своём решении от 15 ноября 2016 года,⁸² в котором КС РФ признал неконституционность запрета продолжительных свиданий лиц, находящихся в местах лишения свободы, с членами их семей, Суд недвусмысленно сослался на соответствующую судебную практику ЕСПЧ.⁸³

Это решение особенно примечательно по той причине, что Конституционный Суд ранее уже признал соответствующие положения Закона об исполнении наказаний конституционными. Впрочем, Конституционный Суд констатировал их конституционность в определении о непринятии жалобы к рассмотрению, которое, следовательно, не имело материальной законной силы. На этом обстоятельстве Суд построил своё решение от 15 ноября 2016 года и тем самым констатировал отсутствие противоречия с позициями, выраженными им в решениях от 14 июля 2015 года (см. выше, сноска 22, «возобновление производства») и от 19 апреля 2016 года (см. выше, сноска 66, «избирательное право»). Одновременно КС также подчеркнул, что в принципе ЕКПЧ в некоторых случаях может предоставлять более широкие гарантии защиты прав человека, чем Конституция. Им нужно следовать в той мере, в какой этому не противостоят иные конституционные ценности, как это имеет место в области правового регулирования посещений осуждённых лиц. На этот момент сложно было предвидеть, стремился ли Конституционный Суд РФ с этим решением перейти снова к более интенсивному сотрудничеству с ЕСПЧ и подать знак, что он и дальше открыт для системы защиты прав человека ЕКПЧ. Однако, эта неопределённость существовала лишь до 15 декабря 2016 года, когда Суд собрался на слушания по делу ЮКОС, в котором он по запросу Министерства юстиции должен был решить вопрос

⁸² Решение КС РФ от 15 ноября 2016 года, № 24-П.

⁸³ Решение ЕСПЧ, *Trosin ./.Ukraine*, № 39758/05, от 23 февраля 2012 года; ЕСПЧ, *Khoroshenko ./.Russland* (Большая Палата), № 41418/04, решение от 30 июня 2015 года.

о том, было ли исполнение постановления ЕСПЧ по данному делу,⁸⁴ в котором Российскую Федерацию присудили к выплате почти двух миллиардов евро, совместимо с Конституцией РФ.⁸⁵

IX. Решение Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 года об исполнении постановления ЕСПЧ от 31 июля 2014 года о справедливом возмещении (ст. 41 ЕКПЧ) по делу ЮКОС⁸⁶

19 января 2017 года Конституционный Суд принял, наконец, ожидавшееся длительное время решение по вопросу исполнения постановления ЕСПЧ по делу ЮКОС. Этот казус незримо присутствовал во всех упомянутых судебных процессах, в реформе Закона о Конституционном Суде РФ и сопутствующих политических спорах. И на то существовали не только правовые причины. Важным фактором стало то, что дело ЮКОС было связано с волновавшим умы в мировом масштабе, однако, прежде всего, также и в России, противостоянием между государственной властью и олигархом *Ходорковским*. Помимо этого, эмоции явно захлестывали, поскольку назначенное ЕСПЧ в этом случае возмещение было самым крупным из когда-либо присуждённых, а именно 1,8 млрд. евро.⁸⁷

⁸⁴ ЕСПЧ, ЮКОС (сноска 23), решение от 31 июля 2014 года относительно справедливой компенсации.

⁸⁵ К решению КС РФ от 19 января 2017 года см. ниже, пункт IX.

⁸⁶ Решение КС РФ от 19 января 2017 года, 1 П-2017; решение содержит 35 страниц, состоит из семи пунктов; оно было принято на пленарном заседании суда, то есть при участии 16 судей.

⁸⁷ Сумма в 1,8 миллиарда евро была в 21 раз больше, чем вторая по величине «рекордная сумма», а именно 90 млн. евро, которые были присуждены решением по делу *Kıncı против Турции* (Большая Палата), Nr. 25781/94, решение от 12 мая 2014 года (= HRLJ 2014, S. 77-99), членам семей греческих киприотов, пропавших без вести, по данному вопросу см. также Isabella Risini, Eine Annäherung der primären und sekundären Pflichten aus der EMRK - Das Urteil des EGMR zur gerechten Entschädigung in der Staatenbeschwerde Zypern gegen Türkei (IV) von 2014, EuGRZ 2014, c. 602-611.

1. Подоплёка дела ЮКОСа: судебное производство по делу на внутригосударственном уровне с 2004 года

Для лучшего понимания здесь следует предпослать короткое введение в подоплёку этого дела, без которой оценить его значение не так просто. В 2003 году против ЮКОСа были начаты расследования случаев нарушения налогового законодательства, в ходе которых выяснилось, что ЮКОС через фиктивные компании утаивал налоги в особо крупном размере. После этого в апреле 2004 года налоговые органы установили размер подлежащих доплате налогов вместе с пеней за просрочку⁸⁸ и, кроме того, установили в качестве санкции уплату дополнительного штрафного налога в размере 40% от суммы, изначально подлежавшей оплате. Для налоговых периодов после 2000 года эта штрафная налоговая ставка была ещё повышена, поскольку речь шла в этом отношении о рецидиве преступных действий. Против этого платёжного требования налоговых органов в мае 2004 года ЮКОС подал жалобу. Процессуальные документы, подготовленные противоположной стороной (государственными налоговыми органами), объёмом более чем 40.000 страниц были переданы ЮКОС лишь за четыре дня до начала судебного заседания. Решение городского суда Москвы об отклонении жалобы было принято в течение 6-ти дней: устное разбирательство началось 21 мая и завершилось 26 мая 2004 года. Также апелляционное производство в июне 2004 года продолжалось только 12 дней, а именно с 18 по 29 июня 2004 года; при этом обжалованный приговор был в целом подтверждён. Кассационная жалоба в Федеральном арбитражном суде г. Москвы была подана 7 июля 2004 года и решение по ней (о её отклонении) было принято 17 сентября 2004 года.

Кроме кассационного производства ЮКОС инициировал так называемую надзорную процедуру в Высшем Арбитражном Суде.⁸⁹ В конечном счёте, палата данного суда передала это дело на рассмотрение Президиума Высшего Арбитражного Суда, поскольку в применении общими судами положений Налогового Кодекса об исковой давности она усмотрела отклонение от сложившейся судебной практики. Президиум

⁸⁸ Невыплаченный налоговый долг составлял только за 2000 год сумму примерно в 1,39 миллиарда евро и дополнительно пеня за просрочку в размере примерно 935 млн. евро (см. ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 21); общий долг за 2000 год – включая исполнительский сбор – составил около 2,8 миллиарда евро (см. ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 135), за последующие годы размер долга составил: за 2001 – около 3,7 миллиарда евро (см. ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 188), за 2002 около 4,3 миллиарда евро (см. ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 205) и за 2003 год около 4,3 миллиарда евро (см. ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 222).

⁸⁹ В случае российских арбитражных судов речь идёт не о третейских судах, а о судах по экономическим делам.

Высшего Арбитражного Суд, в свою очередь, обратился в Конституционный Суд с запросом относительно соответствия спорных положений Налогового Кодекса Конституции.

В основе обращения с запросом лежала следующая проблема. Ст. 113 Налогового Кодекса в действовавшей на тот момент редакции запрещала наложение дополнительного штрафного налога по истечении трёх лет с момента окончания соответствующего налогового периода. В рассматриваемом здесь случае штрафной налог за 2000 год был наложен лишь в 2004 году, т.е. по истечении упомянутого срока. Однако, в деле ЮКОСа суды низших инстанций аргументировали в том смысле, что срок давности не начинает течь, если облагаемый налогом субъект злостно уклонялся от уплаты налога. В качестве обоснования приводился довод, что никто не должен извлекать пользу из своего собственного противоправного действия. При такой интерпретации названное положение служит, в первую очередь, защите от ненадлежащих действий административных органов, не успевших в установленный срок наложить предусмотренный штрафной налог в общем порядке. Конституционный Суд РФ принял данное представление к рассмотрению. Это было в той мере удивительно, что КС до этого уже не принял к рассмотрению жалобу от ЮКОСа против ст. 113 Налогового Кодекса законов в истолковании судами низших инстанций, обосновав это тем, что у Конституционного Суда нет компетенции проверять конституционность применения норм в конкретных случаях. По сути, однако, запрос Президиума Высшего Арбитражного Суд не отличался по содержанию от конституционной жалобы ЮКОСа в КС.⁹⁰

В своём решении 2005 года Конституционный Суд РФ постановил, что ст. 113 Налогового Кодекса вообще является конституционной только при условии, если течение срока давности прерывается при установлении факта недобросовестного (*mala-fide*) поведении налогоплательщика.⁹¹ Это правило действует, по мнению Суда, в любом случае, если налоговые органы предприняли меры налогового расследования в течение предусмотренного законом трёхлетнего периода, однако эти расследования были сорваны. Конституционный Суд РФ обосновывал своё решение принципами равенства и справедливости. Закон не может, как считает КС, давать привилегию противоправному поведению, так как это ущемляло бы интересы законопослушных граждан и ставило бы их в более неблагоприятное положение. Тем самым Конституционный Суд РФ не

⁹⁰ ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 77.

⁹¹ Решение от 14 июля 2005 года, № 9-П [вопрос о течении исковой давности].

только не признал толкование ст. 113 Налогового Кодекса противоречащим Конституции - как того требовал ЮКОС в своей жалобе в КС, которая в конечном счёте было отклонена как неприемлемая - а категорически сформулировал, что Конституция требует именно такое толкование.

В свою очередь, необходимо учитывать, что исполнительное производство по делу ЮКОСа было начато очень быстро. Со ссылкой на возможную неликвидность ЮКОСа органы власти не предоставили отсрочки. Они также очень быстро приняли меры в отношении экзистенциальных материальных ресурсов предприятия, так что ЮКОС полностью лишился любых возможностей обеспечить финансовые средства для погашения налоговых требований. Все попытки обжалования мер исполнительного производства остались при этом безуспешными. Кроме того, органы власти назначили ЮКОСу исполнительский сбор в 7%.

2. Обращение ЮКОСа в 2004 году в ЕСПЧ и принятое затем решение ЕСПЧ о допустимости жалобы от 29 января 2009 года

Уже в 2004 году ЮКОС направил в ЕСПЧ жалобу против действий российских государственных ведомств и судебных органов. При этом ЮКОС требовал выплаты компенсации в размере 81 млрд. евро при ежедневном взимании процентов в размере 29 млн. евро.⁹² Допустимость процесса наталкивалась на две проблемы: ЮКОС был ликвидирован в 2007 году, то есть к моменту, когда дело ЮКОСа стало предметом рассмотрения в ЕСПЧ, предприятия фактически больше не существовало. Российская Федерация посчитала разбирательство данного дела в ЕСПЧ по этой причине недопустимым, так как собственно заявителями жалобы должны были быть акционеры ЮКОСа. ЕСПЧ отверг это возражение со следующим аргументом. Если бы юридическое лицо уже только в силу его ликвидации теряло возможность подачи жалобы в ЕСПЧ, то государство получало бы в результате возможность путём ликвидации юридического лица лишать его защиты в ЕСПЧ за совершённые в отношении него нарушения Конвенции, связанные с ликвидацией. Это бы решающим образом ослабляло гарантии Конвенции для юридических лиц.⁹³ Второе выдвинутое Российской Федерацией возражение против допустимости разбирательства касалось возбуждённого в Гааге арбитражного процесса в

⁹² ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 669.

⁹³ ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 525, в котором даётся ссылка на решение о допустимости от 29 января 2009 года, ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 443.

рамках Европейской энергетической хартии,⁹⁴ которая рассматривалась как временно применимая для Российской Федерации. В соответствии со ст. 35 абз. 2 ЕКПЧ:

Суд не принимает к рассмотрению индивидуальную жалобу, поданную в соответствии со статьёй 34, если (...) b. она является по существу аналогичной той, которая уже была рассмотрена Судом, или уже является предметом другой процедуры международного разбирательства или урегулирования, и если она не содержит новых относящихся к делу фактов.

По данному вопросу ЕСПЧ лаконично установил, что процедура в арбитражном суде была инициирована акционерами, в то время как в ЕСПЧ жалоба была подана самим обществом: уже по этой причине речь шла по сути о разных процессах, так что ст. 31 абз. 2 ЕКПЧ применения не находит.⁹⁵

3. Решение ЕСПЧ по делу ЮКОСа по существу от 20 сентября 2011 года

В своём решении ЕСПЧ установил, что Российская Федерация нарушила ЕКПЧ. С одной стороны, по мнению Суда, в результате того, что письменный текст, предъявленный в ходе национального разбирательства ответчиком, а именно - налоговыми органами, который составлял более 40.000 страниц, ЮКОС получил всего лишь за 4 дня до начала судебного заседания, была нарушена ст. 6 ЕКПЧ. С другой стороны, в том, что налоговые органы власти возложили 7% исполнительского сбора, что было несоразмерным в сравнении со связанными с исполнением административными затратами, Суд усмотрел нарушение ст. 1 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ. В-третьих, ЕСПЧ констатировал нарушение ст. 1 Первого Дополнительного протокола к ЕКПЧ в той части, в какой органы власти предельно механически приняли меры по исполнению, проигнорировав вопрос о том, не приведут ли собственно сами действия по исполнению решения к неплатёжеспособности ЮКОСа. Особое внимание ЕСПЧ уделил применению ст. 113 Налогового Кодекса в интерпретации Конституционного Суда РФ. Он исследовал применение этой правовой нормы в практике российских судов в предшествующий период. ЕСПЧ пришёл к выводу, что положение данной статьи

⁹⁴ К вопросу о разбирательстве в Постоянной палата третейского суда в Гааге см. ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 517.

⁹⁵ ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 526.

применялось преимущественно в его буквальном толковании, т.е. по истечении трёх лет по истечению налогового периода штрафной налог не налагался. Естественно, судебная практика не была полностью единообразной. ЕСПЧ отметил также, что в других процессах, связанных с налоговым правом, Конституционный Суд РФ указал на то, что при применении норм налогового права - например, при решении вопроса о том, когда действительно произошла уплата налога - может также учитываться тот факт, не мог ли налогоплательщик действовать недобросовестно (*mala-fide*). ЕСПЧ признал за национальными судами определённую свободу действий также при толковании предписаний норм уголовного права,⁹⁶ отметив, что это в принципе не нарушает правило предсказуемости, правовой определённости и стабильности, а также требование определения уголовных норм только законом. Исследуя общую картину во всех её взаимосвязях и контекстах, ЕСПЧ увидел в смене судебной практики и в следующем из этого применении ст. 113 Налогового Кодекса не в пользу ЮКОСа нарушение ст. 1 Первого Дополнительного протокола к ЕКПЧ, подразумевая, что это не было предсказуемо для компании.⁹⁷

В свою очередь, ЕСПЧ не увидел нарушения ст. 14 ЕМРК, так как не доказано, что действия ЮКОСа в прежний период воспринимались толерантно; соответственно, нарушение запрета дискриминации вследствие неодинакового подхода к одинаковым ситуациям не имело места. Кроме того, ЮКОСу также не удалось доказать, что отношение к нему было иным в сравнении с отношением к другим предприятиям.⁹⁸ ЕСПЧ также не установил нарушения ст. 18 ЕКПЧ, так как в этом отношении не было подтверждено доказательствами, что вмешательство в права, гарантированные Конвенцией, осуществлялось по политическим основаниям, а не для реализации налоговых правопритязаний.⁹⁹

В решении по существу в его резолютивной части устанавливалось, что вопрос о справедливом возмещении согласно ст. 41 ЕКПЧ ещё не готов к решению и сторонам процесса было предложено представить их мнение на этот счёт.

⁹⁶ ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 568: „The Court has acknowledged in its case-law that however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation.“

⁹⁷ ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункты 571-573.

⁹⁸ ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункты 614-616.

⁹⁹ ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункты 663-666.

Российская Федерация пропустила 3-месячный срок, не обратившись за это время с ходатайством о рассмотрении дела Большой Палатой ЕСПЧ.¹⁰⁰ Это связано также и с тем, что Российская Федерация рассматривала результат в качестве частичного успеха, так как ЕСПЧ, с одной стороны, установил в своём решении противоправность действий ЮКОСа и так как Российская Федерация была осуждена не из-за налогового производства как такового в целом, а только из-за некоторых его аспектов.¹⁰¹ Также правительство Российской Федерации положительно расценило, что в решении по существу Суд со всей определённоностью установил, что не имеется достаточных оснований для того, чтобы считать, что государство действовало из политических побуждений, что имело бы следствием признание нарушения ст. 18 Конвенции в совокупности со ст. 1 Первого Дополнительного Протокола к Конвенции.¹⁰²

4. Решение ЕСПЧ от 31 июля 2014 года относительно справедливой компенсации по делу ЮКОСа

Решение о размере возмещения было издано почти через три года после вынесения решения по существу, и эта сумма (к большой неожиданности Российской Федерации, и не только её) составила 1,8 млрд. евро, которые больше чем в двадцать раз превосходили суммы, до сих пор присуждавшиеся как компенсация за нарушения Конвенции.¹⁰³ Эта выплата слагалась главным образом из двух составляющих сумм. Во-первых, 1,3 млрд. евро за нарушение ст. 1 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ вследствие применения Конституционным Судом РФ ст. 113 Налогового Кодекса в новой интерпретации, которая исключала истечение установленного законом срока давности. И во-вторых, около 600 млн. евро за применённый непропорциональный (несоразмерный) судебный сбор по исполнительному процессу - 7%; ЕСПЧ посчитал здесь уместным исполнительный сбор в размере 4%; разница между ними и составила сумму установленного в этом отношении возмещения. Относительно нарушения ст. 6 ЕКПЧ сама констатация нарушения как таковая была признана достаточной, и поэтому возмещение за него присуждено не было. За нарушение ст. 1 Первого Дополнительного

¹⁰⁰ См. по данному вопросу особое мнение судьи *Ярославцева*, приложенное к решению Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 года, с. 40.

¹⁰¹ Это подчеркнул также судья *Ярославцев* в своём особом мнении (сноска 100), с. 40.

¹⁰² См. ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 665 и сл.

¹⁰³ См. выше, сноска 87.

Протокола к ЕКПЧ в результате применения мер принудительного исполнения, которые не учитывали экономические интересы истца (заявителя), возмещения не было присуждено, так как причинно-следственная связь между этими мерами и наступившей впоследствии неплатёжеспособностью заявителя не могла быть установлена.

Российская Федерация ходатайствовала о рассмотрении данного дела Большой палатой ЕСПЧ (см. ст. 43 ЕКПЧ), её заявление было однако отклонено.¹⁰⁴

5. Оценка решений ЕСПЧ по делу ЮКОСа

Решение ЕСПЧ по делу ЮКОСа во многих ключевых моментах обосновывается лишь очень слабо. Рассуждения, касающиеся нарушения права собственности, уже на первый взгляд представляются совершенно недостаточными. В принципе Суд предпринимает определённую попытку, чтобы смочь лучше понять российскую судебную практику по данному вопросу. При этом ЕСПЧ делает ссылку на постоянную судебную практику Высшего Арбитражного Суда, равно как и на нередко противоположные решения низших инстанций. Хотя Конституционный Суд РФ впервые высказался относительно ст. 113 Налогового Кодекса 2005 года,¹⁰⁵ однако, уже раньше подчёркивал необходимость учёта недобросовестного поведения (*mala-fide-Handlungen*) при оценке налого-правовых составов и правоотношений. Как при таком положении дел мог быть сделан вывод, что судебная практика Конституционного Суда РФ привела к неожиданному решению, понять сложно.

Прежде всего, в решении ЕСПЧ полностью отсутствует исследование вопроса о пределах действия критерия предсказуемости. Суд хотя и говорит о запрете придания обратной силы уголовно-правовым нормам,¹⁰⁶ однако, он только очень поверхностно исследует вопрос о том, подпадают ли под данный запрет нормы, регулирующие сроки давности, а это вопрос, который в принципе является достаточно спорным. Ведь запрет обратной силы в уголовном праве и в праве административных правонарушений основывается на идее, что материальные уголовные нормы стимулируют людей на то, чтобы они не совершали уголовно преследуемых по закону действий или бездействия, а обратная действующая норма не может обеспечить этого. У сроков давности нет такого действия, они касаются

¹⁰⁴ Решение палаты об отклонении принято 15 декабря 2014 года.

¹⁰⁵ Решение Конституционного Суда РФ от 14 июля 2005 года, 9-П.

¹⁰⁶ ЕСПЧ, ЮКОС-С, пункт 567.

только возможности осуществлять уголовное преследование. Нормы же о сроках давности не обосновывают существующий состав уголовного преступления, и в свою очередь продление срока давности также не усиливает наказание задним числом. Следует признать, что допустимость последующего изменения предписаний о сроках давности оценивается в уголовно-правовой доктрине чрезвычайно по-разному. Если, однако, в таком вопросе представлены разные точки зрения, каждая из которых является достаточно обоснованной, то возможно всё же спросить, можно ли было такой важный для решения момент как бы обойти молчанием. Эти соображения также имеют значение в том случае, если речь идёт о влиянии положений о сроках давности на право собственности. Ибо право собственности не может в этом отношении пользоваться более строгой защитой, чем, например, права-свободы.

ЕСПЧ признает необходимость судебного толкования законов, однако, не останавливается подробно на вопросе о том, должно ли изменение судебной практики закономерно вести к нарушению принципа правовой определённости или соответственно запрета обратной силы или же о том, где лежат здесь границы. Если бы, например, изменение судебной практики рассматривалось как ретроактивное, то есть как изменение действующего состава уголовного преступления, имеющее обратную силу, то в этом случае имело бы место соответственно нарушение запрета обратного действия законов. Однако, тем самым однажды сложившаяся судебная практика оказывалась бы необратимой, санкционированной на длительный срок и могла бы таким образом исправляться исключительно только законодателем. Вместе с тем, такой подход не характерен для сложившейся практики государств, и он не соответствует принципу разделения властей.

Сравнительно-правовой анализ показывает, насколько труден чёткий и ясный ответ на оба поднятых вопроса, а именно, с одной стороны, действует ли запрет обратной силы также для нормативных предписаний о сроках давности, и с другой стороны, охватывается ли изменённая судебная практика запретом обратной силы и если да, то в какой мере.¹⁰⁷

¹⁰⁷ ЕСПЧ хотя и рассматривает в своём решении проблему в связи со ст. 1 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ, однако в мотивировочной части судебного решения он тем не менее не оставляет никакого сомнения, что в случае штрафных налогов, к которым относится срок давности, речь идёт о санкциях. Нормы ст. 7 ЕКПЧ, подпадающие в этом отношении под рассматриваемый состав, не привлекаются Судом к рассмотрению единственно по той причине, что предоставленные там гарантии исследуются в рамках критического разбора ст. 1 Первого Дополнительного Протокола.

На вопрос, охватываются ли сроки давности вообще запретом обратной силы, даётся самый различный ответ. В Германии правовые нормы о сроках давности рассматриваются в теории частично как процедурные правила, к которым запрет обратной силы не находит применения, а частично - как материально-правовые предписания, которые подчиняются запрету обратной силы в полном объёме. Судебная практика признаёт последующее увеличение срока давности, во всяком случае, допустимым к делам, в отношении которых сроки давности ещё не истекли.¹⁰⁸

В Бельгии предписания о сроках давности понимаются как чисто процедурные правила, для которых не действует запрет обратной силы.¹⁰⁹ В Италии же, наоборот, предписания о сроках давности действуют как субстанциональное (материальное) право - то есть как право, обосновывающее уголовное наказание - и в смысле, как право, полностью подпадающее также под запрет обратной силы.¹¹⁰ Суд Европейского Союза установил в одном из своих недавних решений относительно применения ст. 325 Договора о функционировании Европейского Союза, что данная норма постольку вытеснила итальянское правовое регулирование сроков давности, поскольку итальянское право препятствовало действительное преследование налогового правонарушения в ущерб Евросоюзу. При этом Европейский Суд применил это правило задним числом к событиям и обстоятельствам, имевшим место до вступления в силу ст. 325 в Лиссабонском Договоре, для которых, однако, в любом случае давность

Поэтому не будет ошибкой анализ проблематики обратной силы подвергнуть в дальнейшем более точного рассмотрения.

¹⁰⁸ Решение ФКС от 26.2.1969, 2 BvL 15/68 и др., BVerfGE 25, 269 и далее; решение от 26.2.1969, 2 BvL 15/68 и др., истечение срока давности в случае убийства; см. также решение третьей палаты Второго сената ФКС от 31.1.2000, 2 BvR 104/00 = NJW 2000, 1554 и сл.

¹⁰⁹ По данному вопросу см. ЕСПЧ, *Coete u.a. /Belgien*, решение от 22.6.2000, Nr. 32492/96 и др., пункт 148; тем не менее, в конкретном случае новое регулирование сроков давности должно было применяться только к тем юридическим составам, в отношении которых давность ещё не наступила, см. пункты 87 и 88; в этом направлении также решение бельгийского Кассационного суда (Cour de cassation) от 5.4.1996, которое дословно воспроизведено в пункте 57 решения ЕСПЧ по делу *Coete* и др.

¹¹⁰ Из более новой практики см. решение 24/2017 итальянского Конституционного Суда (Corte costituzionale), отражающее устоявшуюся судебную практику, до этого, например, Corte costituzionale 236/2011; в данном решении Конституционный Суд установил, что защита, предоставляемая итальянской конституцией идёт дальше, чем гарантии ст. 7 ЕКПЧ, поскольку содержащийся в данной норме запрет обратного действия не распространяется на положения о сроках давности.

ещё не наступила.¹¹¹ Генеральный Адвокат *Кокотт* (*Kokott*) пояснила, что для предписаний о сроках давности запрет обратной силы не действует,¹¹² однако, в одном из последующих пассажей своей экспертизы она подчеркнула, что это, во всяком случае, действует тогда, когда давность ещё не наступила.¹¹³ Итальянский Конституционный Суд (*Corte costituzionale*) в своём недавнем решении по данному делу признал применение права Европейским Судом несовместимым с установленным в итальянской конституции запрете обратной силы. Это дело было снова передано на рассмотрение в Суд Евросоюза.¹¹⁴ Также и ЕСПЧ уже рассматривал данную проблематику. В решении по делу *Коэм* и другие против Бельгии (*Coeme*) Суд дословно установил:

«149. The extension of the limitation period brought about by the Law of 24 December 1993 and the immediate application of that statute by the Court of Cassation did, admittedly, prolong the period of time during which prosecutions could be brought in respect of the offences concerned, and they therefore detrimentally affected the applicants' situation, in particular by frustrating their expectations. However, this does not entail an infringement of the rights guaranteed by Article 7, since that provision cannot be interpreted as prohibiting an extension of limitation periods through the immediate application of a procedural law where the relevant offences have never become subject to limitation.

The question whether Article 7 would be breached if a legal provision were to restore the possibility of punishing offenders for acts which were no longer punishable because they had already become subject to limitation is not pertinent to the present case and the Court is accordingly not required to examine it...».¹¹⁵

Вопрос о действии ретроактивного увеличения срока давности в отношении обстоятельств, для которых давность уже наступила, был оставлен открытым.

Во втором решении по делу Скоппола (*Scoppola* Nr. 2) ЕСПЧ установил в этом отношении аподиктически, что запрет обратной силы согласно ст. 7

¹¹¹ Решение Суда ЕС от 8 сентября 2015 года, Rs. *Taricco* и.а., C-105/14, пункты 55 и далее.

¹¹² Заключительное ходатайство от 30 апреля 2015 года, Rs. *Taricco* и.а., C-105/14, пункт 115.

¹¹³ Там же, пункт 120

¹¹⁴ Решение итальянского Corte costituzionale Nr. 24/2017 от 26. 1. 2017, пункт 4.

¹¹⁵ ЕСПЧ, *Coeme* и др. / *J. Belgien*, решение от 22.6.2000, Nr. 32492/96 и др., пункт 149.

ЕКПЧ относится исключительно к определению состава преступления и меры наказания:

«The Court reiterates that the rules on retrospectiveness set out in Article 7 of the Convention apply only to provisions defining offences and the penalties for them; on the other hand, in other cases, the Court has held that it is reasonable for domestic courts to apply the *tempus regit actum* principle with regard to procedural laws».¹¹⁶

Также и вопрос применения запрета обратной силы в отношении изменённой судебной практики был предметом исследования в судах. В Испании на основе так называемой «доктрины *Паро (Parot)*», разработанной Высшим Судом (*Tribunal Supremo*), был изменён зачёт льгот - вследствие выполненных в тюрьме работ и услуг – на срок наказания. В то время как первоначально, в соответствии с положениями закона 1973 года такой зачёт происходил при максимальном сроке лишения свободы в 30 лет, в 2006 году Высший Суд решил, что эти льготы могут зачисляться в том числе при вынесении кумулятивных наказаний независимо от фактического максимального лишения свободы до 30 лет.¹¹⁷ В этом смысле ретроактивное (ретроспективное) применение более поздней судебной практики к более ранним событиям рассматривалось как допустимое. Разумеется, ЕСПЧ увидел в этом нарушение запрета обратной силы.¹¹⁸

В свою очередь, ЕСПЧ не усмотрел нарушение запрета обратной силы в деле «стрелка на Берлинской стене» (*Mauerschützenfall K.-H.W. против Германии*).¹¹⁹ Здесь речь шла о применении уголовного права ГДР, а именно норм Уголовного Кодекса ГДР, устанавливающих ответственность за лишение жизни, на пограничника, который исполнил приказ стрелять на поражение в беглецов из ГДР на внутригерманской границе. Если во времена ГДР "стрелки-пограничники" награждались орденами, то после (воссоединения Германии – прим. Дайджеста) суды ФРГ квалифицировали те же действия согласно праву ГДР в качестве лишения жизни (убийства). ЕСПЧ посчитал уголовно-правовые нормы ГДР достаточно однозначными и вместе с тем предсказуемыми. То

¹¹⁶ ЕСПЧ, *Scoppola ./.Italien* (Nr. 2), решение Большой Палаты от 17.9.2009, Nr. 10249/03, пункт 110.

¹¹⁷ Решение Верховного Суда 197/2006 от 28. 2. 2006.

¹¹⁸ ЕСПЧ, *Del Rio Prada ./.Spanien* (Большая Палата), Nr. 42750/09, решение от 21 октября 2013 года = HRLJ 2013, 363.

¹¹⁹ ЕСПЧ, *K.-H. W. ./. Deutschland*, Nr. 37201/97, решение от 22 марта 2001 года = EuGRZ 2001, 219; см. также Christoph Grabenwarter / Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl. 2016, § 24, пункт 158, там в сноске 773 даются также ссылки на дальнейшие источники.

обстоятельство, что они нашли применение на упомянутые случаи только после воссоединения и в толковании федеральными судами ФРГ, и что затронутые лица ни в каком случае не могли предвидеть возможность применения судами ГДР к их действиям этих уголовно-правовых норм, несмотря на их однозначный смысл, не стало основанием для применения правила запрета обратной силы. В этом смысле также и предположение, что давность наступила уже во времена ГДР, а именно через 15 лет после совершенных в 1972 деяния¹²⁰ основывался на вызванной судебной практикой ГДР ошибке. Ведь в действительности в случае ведения огня на поражение речь шла о преступлении против прав человека,¹²¹ в отношении которого право ГДР не предусматривало срока давности.¹²² В этом плане не признавалась обратная сила, хотя те же законы применялись в ущерб заинтересованного лица судами (в том числе также самим ЕСПЧ), которые принадлежали другому правопорядку. Если, однако, в таком «крайнем» случае не было признано нарушение запрета обратной силы последующим изменением судебной практики, сложно было обосновывать, почему в случае ЮКОСа изменение судебной практики, которое, действительно, можно - как это утверждали представители Российской Федерации - рассматривать как конкретизацию понимания ст. 113 Налогового Кодекса, запрет обратной силы был нарушен.

Наконец, в этой связи следует напомнить и вынесение 12 мая 2011 года федеральным земельным судом Мюнхена обвинительного приговора в отношении *Демьянюка (Demjanjuk)* за его преступления, совершённые в концентрационном лагере.¹²³ Признание его виновным стало возможным только потому, что в результате изменения прежней судебной практики

¹²⁰ ЕСПЧ, *К.-Н. В. ./Deutschland* (сноска 119), пункт 110 (§ 82 абз. 1 пункт 4 УК ГДР 1968 года).

¹²¹ См. в частности §§ 95 и 258 УК ГДР в редакции 1968 года. Оба положения воспроизведены в пунктах 77 и 78 решения ЕСПЧ по делу *К.-Н. В.* (сноска 119).

§ 95 УК ГДР в редакции 1968 года устанавливал: «Не может ссылаться на законы, приказ или инструкцию, кто действует ... в нарушение основных прав и свобод человека; он несёт уголовно-правовую ответственность.»

§ 258 УК ГДР в редакции 1968 года устанавливал: «Военнослужащий не несёт уголовно-правовую ответственность за действия, которые он совершил в исполнение приказа своего начальника, за исключением случаев, когда исполнение приказа явно противоречит признанным нормы международного права или нормы уголовного законодательства.»

¹²² ЕСПЧ, *К.-Н. В. ./Deutschland* (сноска 119), пункт 110 (§ 84 УК ГДР 1968 года). Этой нормой устанавливалось: «Положения настоящего закона о сроках давности не действуют в отношении преступлений против мира, человечности и прав человека.»

¹²³ Решение земельного суда Мюнхена II, 1 Ks 115 Js 12496/08, от 12 мая 2011 года, решение можно найти в поисковой системе jurisweb.de.

относительно состава преступления «пособничество к убийству» наступившая на основе прежней судебной практики давность больше уже не действовала.¹²⁴ Это решение, которое благодаря средствам массовой информации стало известно во всей Европе, было опубликовано за четыре месяца до решения ЕСПЧ, однако, оно не нашло там со всей очевидностью никакого отражения. В последующем это судебное решение было подтверждено земельным судом *Люнебурга (Lüneburg)* и Верховным Судом ФРГ.¹²⁵

В той части, в которой упомянутые решения были приняты до рассмотрения дела ЮКОСа в ЕСПЧ, показательно, что Суд не сделал на них, и даже на свою собственную судебную практику никакой ссылки. В связи со сроками давности он цитирует из своей судебной практики одно из решений, принятых в 1996 году.¹²⁶ Однако, в этом случае речь шла о гражданско-правовой, а не уголовно-правовой проблеме. Фундаментальное значение здесь имел вопрос о том, в какой мере заинтересованные лица могли по истечении срока давности заявлять в судебном порядке свои права. В этом плане для рассматриваемого случая из этого дела не могло быть выведено почти что ничего. Только то, что в нём используется то же ключевое слово, а именно – давность, ещё не причина цитировать

¹²⁴ В 1968 году в Германии § 50 УК был изменён в том смысле, что при отсутствии у лица, совершившего деяния, личных мотивов, которые являются признаками состава деяния, возможно смягчение наказания посредством применения положений о попытке (соучастии) совершения деяния. В соответствии с устоявшейся практикой у лиц, участвовавших в расовых убийствах во времена Третьего Рейха, как правило, не признавалось наличия низких личных мотивов. В соответствии с устоявшейся практикой в отношении них не признавалось и наличие прочих квалифицирующие признаков убийства, см. решение Верховного Суда ФРГ, BGHSt, 22, 375 и далее. В результате максимальный срок лишения свободы за пособничество к убийству составлял 15 лет, и срок давности составлял также 15 лет; таким образом, соответствующие деяния, совершённые в период Третьего Рейха, с 8 мая 1960 года стали неподсудными за давностью срока. Эта судебная практика изменилась только с судебным разбирательством по делу *Демьянюка*. Земельный суд Мюнхена впервые отказал лицу, которое в качестве низшего чина обвинялось в пособничестве к совершению убийств в концентрационном лагере, в применении привилегии давности по той причине, что ему вменялся злой умысел (*Heimtücke*), тем самым был в наличии объективный признак состава преступления убийства. В результате согласно § 78 абз. 4 УК исключалось, однако, истечение срока давности. Таким образом, в результате изменения судебной практики стало возможным осуществление уголовного преследования за пособничество к убийству.

¹²⁵ Земельный суд Люнебурга (*Lüneburg*) - 1191 Js 98402/13 27 Ks 9/14- решение от 15 июля 2015 года; решение Верховного Суда ФРГ от 20 сентября 2016 года, 3 StR 49/16.

¹²⁶ ЕСПЧ, *Stubbings u др. / Vereinigtes Königreich*, Nr. 22083/93 и др., решение от 22 октября 1996 года = HRLJ 1996, 434.

соответствующую судебную практику. В той части, в которой упомянутые решения приняты после рассмотрения дела ЮКОСа, они показывают, насколько спорной, как и прежде, остаётся данная материя. Однозначной правовой позиции по данной проблеме не существует. Заключение и выводы ЕСПЧ по вышеуказанной проблематике содержатся в пяти кратких абзацах его решения по существу дела в 2011 году.¹²⁷ И они, должно быть, стали самыми дорогими в истории ЕСПЧ. Если речь идёт о сумме в 1,3 млрд. евро, то можно требовать, чтобы за эти деньги были затрачены несколько более значительные аргументационные затраты, на основе которых было бы принято действительно убедительное судебное решение.

Рассуждения ЕСПЧ относительно размера исполнительного сбора, уместившиеся в одном единственном абзаце (пункт 655), также носят скорее аподиктический, чем аргументационный, то есть основанный на аргументах характер. Размер исполнительного сбора обозначается как несоизмеримый, на том основании, что он ставится в соотношение к административно-управленческим затратам (*Verwaltungsaufwand*). Также и в этом отношении ЕСПЧ не делается ни малейшей попытки установить, какова национальная практика при взимании исполнительного сбора, и может ли он, как это было представлено российской стороной, правомерно иметь также и штрафной характер. Тем не менее, в своём решении о справедливом возмещении ЕСПЧ ссылается на предложение правительства Российской Федерации, сделанное в 2013 году Комитету Министров Совета Европы как органу, компетентному осуществлять контроль за исполнением решений ЕСПЧ, в котором правительство, как представляется, сочло адекватной исполнительную пошлину в размере четырёх процентов.¹²⁸

Решение ЕСПЧ относительно справедливого возмещения остаётся странным также в том отношении, что Суд не идентифицирует людей, которые имеют право на выплату компенсации. С одной стороны, это не может быть сам ЮКОС, так как общество больше не существует. С другой стороны, ЕСПЧ лишь в самом общем виде называет таковыми акционеров в момент роспуска ЮКОСа и в этом смысле ссылается на список, который есть у общества ЗАО ВТБ Регистратор, которое вело список акционеров ЮКОСа на момент его ликвидации.¹²⁹ Таким образом, на правительство Российской Федерации перекладывались и идентификация лиц, имеющих

¹²⁷ ЕСПЧ, ЮКОС-С (сноска 23), пункты 650-654.

¹²⁸ ЕСПЧ, ЮКОС-К (сноска 23), пункт 32 со ссылкой на официальную позицию Правительства РФ от 30 марта 2013 года.

¹²⁹ ЕСПЧ, ЮКОС-К (сноска 23), пункт 38.

соответствующее право на компенсацию, и ответ на неизбежно возникающие при этом вопросы корпоративно-правового характера.¹³⁰

6. Обоснование решения Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 года об исполнении решения ЕСПЧ о компенсации по делу ЮКОСа

Процедура рассмотрения Конституционным Судом РФ вопроса о возможности исполнения решения ЕСПЧ по делу ЮКОСа была инициирована министром юстиции.¹³¹ Предметом запроса было исключительно решение ЕСПЧ от 31 июля 2014 года. Постановление Конституционного Суда РФ было принято 19 января 2017 года, соответственно уже через довольно короткий промежуток времени после устного разбирательства (15.12.2016). В основном оно опиралось на выше обсуждённые решения по вопросу о соотношении ЕСПЧ и Конституции РФ, а также на упомянутое решение 2005 года о толковании ст. 113 Налогового Кодекса (см. выше, сноска 88). При этом Суд в основном повторил аргументы, которые уже содержались в данных решениях, чем в значительной степени сократил «издержки» на обоснование.

Конституционный Суд РФ вновь признал ЕСПЧ в качестве составной части правовой системы Российской Федерации, а именно в том числе и в её понимании как «живого инструмента» (*living instrument*). Из этого, по мнению Суда, следует, что также решения ЕСПЧ, названного теперь как субсидиарный орган по защите прав человека,¹³² являются обязательными и должны подлежать исполнению. Однако, Конституционный Суд РФ увидел границы для их имплементации там, где они противоречат основополагающим принципам конституционного строя РФ или положениям, регулирующим основные права и свободы. В своём решении Конституционный Суд РФ чётко подчеркнул, что коллизия имеет место преимущественно не непосредственно между ЕСПЧ и Конституцией РФ, а между толкованием Конвенции со стороны ЕСПЧ, недостаточно обоснованным её буквальным текстом, с одной стороны, и регулированием, содержащимся в обычном законодательстве, которое было признано конституционным решением Конституционного Суда, с

¹³⁰ В особом мнении судьи *Арановского*, приложенном к решению Конституционного Суда РФ, отсутствующая идентификация лиц, уполномоченных на получение компенсации, указывается как основная причина невозможности исполнения решения ЕСПЧ относительно компенсации от 31 июля 2014 года.

¹³¹ На запрос даётся ссылка в решении КС, однако сам текст запроса в нём не воспроизводится.

¹³² Решение КС РФ от 19 января 2017 года, с. 7.

другой.¹³³ В качестве источника для толкования договора КС вновь привлёк Венскую Конвенцию о праве международных договоров.

Конституционный Суд указывает на закреплённую в ст. 57 Конституции РФ обязанность платить налоги, что также включает в себя возможность наложения санкций против лиц, незаконно уклоняющихся от уплаты налогов. Ссылаясь на свою судебную практику 2005 года, Суд установил, что предпринятое им в своё время толкование ст. 113 Налогового Кодекса соответствует требованиям, вытекающим из закреплённых в Конституции принципов равенства и справедливости. При этом он подчеркнул, что толкование положения закона должно учитывать не только буквальный текст закона, но и его цель и предназначение. Налогоплательщик, который своими действиями препятствует своевременному осуществлению налогового контроля и, несмотря на это, затем пользуется преимуществами, предоставляемыми ему вызванным этими действиями истечением срока давности, необоснованно оказывался бы в более привилегированном положении по отношению к лицу, которое хотя и нарушило также нормы налогового права, но не препятствовало своими действиями налоговому контролю и поэтому с соблюдением срока давности могло подлежать обложению штрафным налогом. То, что противоправное поведение ЮКОСа - признанное таковым также и ЕСПЧ - обосновывает обязанность выплаты возмещения из государственного бюджета, который финансируется честными налогоплательщиками, равным образом, по мнению КС, несовместимо с основополагающими принципами справедливости, которые нашли своё отражение в Конституции.¹³⁴ Кроме того, КС указал в данном постановлении также на то, что это толкование не было непредсказуемым для ЮКОСа, так как Конституционный Суд РФ уже в более ранних решениях установил, что нормы налогового права следует толковать и применять также в контексте и с учётом недобросовестных действий налогового должника. Так, налоговый должник в случае подобных действий не может рассчитывать на применение к нему норм о давности, если налоговые органы - как это имело место в рассматриваемом случае - предприняли соответствующее расследование ещё до истечения срока давности.

Конституционный Суд РФ также констатировал, что также исполнительный сбор в размере 7% является оправданным; а именно он служит не только возмещению административно-управленческих издержек, но и преследует также цели наказания. Это необходимо, чтобы

¹³³ Там же, с. 10.

¹³⁴ Там же.

стимулировать налогоплательщиков платить налоги в установленном порядке. Конституционный Суд подчеркнул в своих разъяснениях, что с конца девяностых годов Российская Федерация стремилась построить современную и эффективную налоговую систему, как это характерно для других государств. Это было необходимо, в частности, для обеспечения финансирования государственных нужд, включая также государственные социальные программы.

Из решения можно заключить, что Конституционный Суд РФ радуется о примирительном завершающем аккорде. Он констатирует, что с его решением не исключается абсолютно любая форма возмещения. Если ещё можно найти имущество ЮКОСа, оно могло бы быть использовано для выплаты компенсации акционерам-правообладателям из ЮКОСа. При этом оплата из государственного бюджета, естественно, признаётся недопустимой. Дословно в тексте постановления указывается:

«Конституционный Суд Российской Федерации - исходя из фундаментального значения европейской системы защиты прав и свобод человека, частью которой являются постановления Европейского Суда по правам человека, - считает необходимым поиск правомерного компромисса ради поддержания этой системы (Постановление от 14 июля 2015 года N 21-П).»

В принципе Конституционный Суд не признаёт соответствующей Конституции безусловную обязанность исполнения постановления ЕСПЧ от 31 июля 2014 года. КС, тем не менее, не исключает возможность, что Россия в определении пределов такого компромисса и механизмов его реализации проявит добрую волю в отношении акционеров ОАО "Нефтяная компания "ЮКОС", пострадавших от неправомερных действий компании и её менеджмента.

Соответственно Правительство РФ правомочно инициировать рассмотрение вопроса о выплате соответствующих сумм в предусмотренной российским и зарубежным законодательством процедуре распределения вновь обнаруженного имущества ликвидированного юридического лица. Это распределение может быть осуществлено только после расчётов с кредиторами и принятия мер по выявлению иного имущества (например, имущества, которое сокрыто на зарубежных счетах). Однако такая выплата - исходя из выраженных в постановлении КС правовых позиций - в любом случае не должна затрагивать доходы и расходы бюджета, а также имущество Российской Федерации.¹³⁵

¹³⁵ Там же, с. 33.

Резолютивная часть постановления Конституционного Суда гласит:

«Исходя из изложенного и руководствуясь статьями 71, 72, 74, 75, 78, 79 и 104[4] Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации", Конституционный Суд Российской Федерации постановил:

Признать невозможным исполнение в соответствии с Конституцией РФ, ее статьей 57 во взаимосвязи со статьями 15 (части 1, 2 и 4), 17 (часть 3), 19 (части 1 и 2), 55 (части 2 и 3) и 79, решения ЕСПЧ от 31 июля 2014 года по делу "ОАО "Нефтяная компания "ЮКОС" против России" (...), согласно которому вследствие нарушения Россией статьи 1 Протокола N 1 к Конвенции

- в части ретроактивного применения в отношении компании-заявительницы штрафных санкций за 2000 и 2001 годы и исполнительского сбора по этим санкциям,

- а также в части исполнительного производства, в ходе которого с компании-заявительницы был взыскан непропорциональный по своему характеру исполнительский сбор в размере семи процентов (...) –

компании-заявительнице был причинён ущерб на общую сумму в 1 866 104 634 евро (...), которую Россия должна выплатить акционерам данной компании, их правопреемникам и наследникам.»

Особые мнения судьи Ярославцева и судьи Арановского

К решению Конституционного Суда приложены два особых мнения.

Судья *Ярославцев*, который уже долгое время подвергает судебную практику Российской Федерации серьёзной критике, полагает, прежде всего, что Конституционный Суд толкованием и ретроактивным применением ст. 113 Налогового Кодекса присваивает себе компетенцию, которая принадлежит только законодателю. Законодатель же принял соответствующие меры лишь в 2006 году, изменив текст ст. 113 Налогового Кодекса согласно решению Конституционного Суда 2005 года.¹³⁶ Однако, эта новая редакция закона, по мнению судьи, не подлежала ретроактивному применению. Он считал также, что обращение министра юстиции в Конституционный Суд РФ в целом не было допустимым, так как решение ЕСПЧ по существу касалось решения Конституционного Суда РФ,

¹³⁶ Федеральный закон от 27 июля 2006 года, 137-ФЗ.

вынесенного ранее. Однако, Суд не мог быть судьёй в собственном деле. Поэтому исполнение решений ЕСПЧ, по мнению судьи, должно было происходить в сотрудничестве между правительством Российской Федерации и органами Совета Европы.

Также судья *Арановский* делает несколько критических замечаний к решению Конституционного Суда РФ. С одной стороны, он констатирует, что решение Страсбургского суда оказалось вовсе не таким отрицательным, как того опасались сначала. Ведь ЕСПЧ не поддержал значительную часть требований ЮКОСа, которые составляли около 81 млрд. евро, а также квалифицировал действия ЮКОСа как противоправные. *Арановский* указывает далее, что противоправность действий ЮКОСа в принципе не исключает возможность возмещения. Он считает, что ЕСПЧ высказался в том смысле, что неправомерное поведение уже было погашено крупными штрафными выплатами и другими санкциями. Неприменению правил о сроках давности *Арановский* противопоставляет, что такие принципы действуют также для уголовных преступников. Также ссылка Конституционного Суда РФ на принцип социального государства в Российской Федерации признаётся им неубедительной, поскольку большинство европейских государств понимают себя как социальные государства, однако, это не повод отказываться от выплат компенсации согласно ЕКПЧ. Таким образом, *Арановский* отвергает большую часть аргументов, положенных в основу решения КС РФ от 19 января 2017 года. Однако в результате он считает решения ЕСПЧ уже по той причине неисполнимыми, что ЕСПЧ не прописал точно круг лиц, которые являются получателями выплат компенсации. По мнению судьи, Конституционный Суд РФ не мог взять на себя эту функцию уже по той причине, что как национальный суд он выступал на стороне одной из сторон спора. Тем самым, все прочие соображения, которые сформулировал Конституционный Суд в своём решении, оказывались излишними.

7. Оценка решения Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 года

Даже если позиции, сформулированные ЕСПЧ, не являются убедительными, рассмотрение и решение дела ЮКОСа российскими органами власти и судами заслуживает самой серьёзной критики. Конечно, не может не выглядеть странным, что такое комплексное и сложное дело было решено в первой инстанции за 5 дней, во второй инстанции за 12 дней и затем в порядке обжалования чуть более, чем за два месяца. Здесь сам собой напрашивается вопрос, были ли факты и обстоятельства дела

действительно настолько очевидны для российских органов, что не требовалось более обстоятельное и глубокое расследование. Это позволяет, однако предположить, что либо органы власти ещё до возбуждения налогового преследования имели сведения о правонарушениях ЮКОСа, и это не могло не отразиться на ходе процесса, либо же никакого серьёзного расследования вообще не происходило. В любом случае, при исследовании рассмотрения данного дела в судах Российской Федерации возникает очень недоброе чувство. Когда ст. 6 ЕКПЧ говорит о разбирательстве дела «в течение разумного срока», это не может пониматься в том смысле, что основное производство по делу такой сложности может прогоняться через три инстанции в течение каких-то четырёх месяцев. Эта констатация подтверждается параллельно инициированными мерами принудительного исполнения, которые очень быстро затронули саму субстанцию предприятия. Это должно было быть ясно также каждому российскому юристу, мыслящему категориями справедливости и права, а также судьям. Но также и Конституционный Суд РФ с поразительной скоростью составил своё заключение: с момента устного разбирательства до оглашения решения прошёл как раз всего один месяц, и на этот период к тому же выпали ещё и новогодние и рождественские праздники.

В этом отношении неудивительно, что решение Конституционного Суда РФ в этом деле не достигает также и аргументационной высоты, требуемой сложностью проблематики. По существу КС в основном использует мотивировки предшествующих судебных постановлений, не подвергая проблемные вопросы этой юридической аргументации более точному повторному рассмотрению.

Хотя Конституционный Суд и признаёт роль ЕКПЧ в рамках российской правовой системы, он подчёркивает тем не менее вновь, что отношение последней к ЕСПЧ и ЕКПЧ не является отношением субординации. Там, где дело доходит до коллизии между ЕКПЧ и Конституцией РФ, именно Конституционный Суд РФ, по его мнению, является той инстанцией, которая проводит красную линию, за которой применение ЕКПЧ во внутригосударственном правовом пространстве больше не является возможным. При этом снова произносятся волшебные заклинания о «суверенитете», который причисляется к неприкосновенным фундаментальным принципам российского конституционного строя. Дальнейшего объяснения этого весьма сложного и комплексного понятия по-прежнему не даётся. Нарушение суверенитета может охватывать всё, также в принципе и любое нарушение договора со стороны партнёра по договору или со стороны предусмотренного договором органа, поскольку в случае нарушенного таким образом договора отсутствует согласие затронутого государства, основанное на суверенной воле. Аргументация

КС также не становится убедительнее вследствие того, что принцип суверенитета обозначается как элемент международного права *ius cogens*, тем более, что Суд не приводит для этого каких-либо поясняющих или конкретизирующих аргументов. В такой усечённой форме заключение КС не может квалифицироваться иначе, как исключительно ошибочное. Неубедительными остаются также размышления Конституционного Суда относительно ст. 31 и ст. 46 Венской Конвенции о праве международных договоров, которые со своей стороны должны были служить основанием для аргументации того, почему исполнение решений ЕСПЧ не обязательно также согласно международному праву. Ст. 46 Венской Конвенции касается исключительно согласия на заключение договора, который нарушает внутреннее право. Однако, здесь вопрос об этом не стоит, так как ЕКПЧ в своё время была ратифицирована компетентными с точки конституционно-правовой точки зрения органами и в полном согласии с Конституцией. Относительно последующих возможных нарушений договора международными органами ст. 46 Венской Конвенции не говорит ничего. При этом речь идёт, кроме того, не о внутреннем правопорядке государства, а о пределах действия международно-правового договора. Это - международно-правовой, но никак не конституционно-правовой вопрос. Ссылка на это положение говорит скорее о недостаточной компетентности Конституционного Суда РФ в вопросах международного права.

Конституционный Суд в своём решении в очередной раз подчёркивает, что решение ЕСПЧ не может исполняться, если оно противоречит основам конституционного строя или положениям, регулирующим основные права. Наряду с указанием на суверенитет как на основополагающий принцип Конституции, Конституционный Суд РФ особо акцентированно строит своё обоснование в этом решении на нормативном регулировании основных прав и на предоставляемой им защите. Решение касается нормы обычного законодательства, которая была Конституционным Судом в определённом толковании признана конституционной. Здесь Конституционный Суд приходит к выводу, что эта норма вообще является конституционной только в толковании, данном Конституционным Судом, в то время как все отклоняющиеся толкования - в частности, игнорирование недобросовестных (*mala-fide*) действий налогоплательщика - противоречили бы Конституции. Тем самым, решение Конституционного Суда РФ имплицировало, что Конституция не только допускает именно такое понимание нормы закона, но и, исходя из соображений конституционно-правовой защиты основных прав, также необходимо

требует этого.¹³⁷ С точки зрения аргументации в этом можно увидеть определённый прогресс. Как уже ранее критиковалось в связи с решениями от 6 декабря 2013 года (см. выше сноски 13) и от 14 июля 2015 года (см. выше сноски 22), Конституционный Суд РФ до этого признавал нарушением конституции исполнение любого решения ЕСПЧ, признающего несоответствующим Конвенции закон, который раньше был квалифицирован Конституционным Судом в качестве конституционного. В результате совершенно игнорировалось, что Конвенция могла в принципе гарантировать более широкую защиту основных прав, чем Конституция, и что в том нет нарушения Конституции, если решение ЕСПЧ отклоняется от нормативного стандарта, который Конституция позволяла, но не требовала. Эта принципиальная позиция была, по крайней мере имплицитно, воспринята в уже упомянутом решении от 15 ноября 2016 года (см. выше сноска 82), поскольку в нём КС специально подчеркнул, что ЕСПЧ мог предоставлять более широкую правовую защиту, чем Конституция РФ. В решении от 19 января 2017 года уже однозначно делается ссылка на императивное конституционное требование, благодаря чему была устранена аргументационная слабость решения от 14 июля 2015 года (см. выше, пункт IV).¹³⁸

В данном конкретном случае Конституционный Суд обосновывает невозможность исполнения решения ЕСПЧ императивным конституционным требованием – принципом равенства. Это удивляет. Аргументация Конституционного Суда ещё может быть признана убедительной и не вызывает возражения, пока она имеет предметом неравный подход к разным формам налоговых правонарушений, в зависимости от того, сводилось ли оно к простой неуплате налогового долга или было направлено на то, чтобы вообще воспрепятствовать

¹³⁷ В этом отношении несостоятельна критика *Арановского*, когда он говорит, что масштаб проверки может служить только сама Конституция, но не признанный конституционным закон. Ведь если закон в определённом толковании его содержания рассматривается конституционно предписанным и следующим требованиям Конституции, то его отмена была бы нарушением Конституции.

¹³⁸ Суд вообще не касается вопроса о том, каковы были бы последствия, если бы толкование (применения) ст. 113 Налогового Кодекса, которое бы соответствовало Конституции, было бы вообще невозможным. В этом случае у него оставалась бы исключительно возможность признать норму неконституционной, и согласно ст. 79 абз. 3 ФКЗ о КС она утрачивала бы своё действие *ex nunc*. В результате она оставалась бы применимой только в отношении предшествующих событий. В любом случае, суда не смогли бы её применять после признания неконституционности, то есть после 2005 года, и, следовательно, последующие правоотношения не подлежали бы истечению давности.

взиманию налогов. Но Суд упоминает принцип равенства, равно как и принцип справедливости, ещё и в другом контексте, а именно при исполнении решения ЕСПЧ. Здесь он устанавливает, что выплата компенсации ЮКОСу из государственного бюджета, в который ЮКОС не уплатил налоги, несовместима с названными принципами. Однако, тем самым Конституционный Суд РФ трансформирует обязанность государства произвести платёж в отношении индивида, то есть правоотношение государство-гражданин в так называемое «мультиполярное отношение», в котором (по сути) коллидируют индивидуальные основные права. В такой интерпретации выплаты из государственного бюджета оказываются всегда затрагивающими также и индивидуальные права других лиц, будь то их права как налогоплательщиков или же как потенциальных получателей платежей. Такое включение основных прав третьих лиц, которые в действительности лишь только очень опосредствованным образом затрагиваются действием государства, способно иметь самое далеко идущее влияние на понимание и применение основных прав. С «переинтерпретацией» отношения государство-гражданин в проблему, которая касается основных прав других лиц, Конституционный Суд в очень широком объёме открывает для себя возможность осуществлять проверку того, могут ли быть исполнены решения ЕСПЧ. В принципе, как указывалось выше, на основании изменённого Закона о Конституционном Суде (теперь это статья 104-3 ФКЗ о КС) такая проверка возможна только в том случае, если затронуты основы конституционного строя РФ или конституционные положения об основных правах. Однако же в соответствии с пониманием института основных прав, предложенным в данном решении, в котором публичный (государственный) интерес приравнивается и отождествляется с основными правами всех, едва ли можно представить себе случаи, в которых проверка была бы невозможной. И в результате тем самым ст. 104-3 ФКЗ о КС полностью утрачивает свою ограничительную функцию. В этом контексте Конституционный Суд вообще никак не тематизировал последствия своего решения.

Позиции Конституционного Суда по вопросу о размере исполнительского сбора, применение которого было признано ЕСПЧ как нарушающее Конвенцию, остаются расплывчатыми и неясными. Отказ от исполнения решения ЕСПЧ может согласно ст. 104-3 ФКЗ о КС иметь место только в том случае, если исполнение нарушает основополагающие принципы Конституции или положения Конституции об основных правах. Доказательств этого Конституционный суд РФ в своём решении, однако, не привёл.

С одной стороны, КС заявляет, что размер исполнительского сбора был правомерен (характерно, что выраженная в 2013 году точка зрения Правительства РФ, в соответствии с которой ставка для исполнительского сбора в 4% была признана соразмерной, Судом ни словом не упоминается). Однако, с другой стороны, он вообще не исследует вопрос, который собственно и подлежал ответу, а именно вопрос о том, соответствует ли снижение сбора, как того потребовал ЕСПЧ, основным правам или основополагающим принципами конституционного строя. Как следствие, заключения Конституционного Суда РФ не соответствуют предмету проверки, предписанному законом в рамках данной контрольной процедуры.

Конституционный Суд РФ считает, что выплата возмещение ЮКОСу из государственного бюджета в связи с применённым исполнительским сбором нарушает принципы равенства и справедливости точно так же, как и выплата в связи с применением ст. 113 Налогового Кодекса. Также и эта аргументация ошибочна. Ведь если снижение исполнительского сбора не нарушает положения об основных правах или основы конституционного строя, то решение ЕСПЧ в этой части должно быть исполнено. ЮКОС в данном отношении должен был иметь право на возмещение. Но снова использовать критерии Конституции в вопросе о выплате положенного по Конвенции возмещения, означало бы ставить под вопрос систему санкций ЕСПЧ также и в случае принципиально совместимых с Конституцией решений конвенциональных органов

Таким образом и в этом раунде дуэли между ЕСПЧ и Конституционным Судом РФ жертвой пала полноценная и убедительная юридическая аргументация. Первейшим условием для снижения накала взаимной критики, которая царит в их взаимоотношении, было бы повышение уровня юридической аргументации. И тогда за примирительными словами, с которыми Конституционный Суд РФ заключает своё решение,¹³⁹ могут последовать основанное на взаимном уважении примирение в действительности.

¹³⁹ Цитату см. выше в тексте.

Х. Заключение

Предшествующее изложение показало, что ставший предметом широкого обсуждения «диалог» между ЕСПЧ и Конституционным Судом РФ в последнее время превратился в спор о том, кому принадлежит право последнего слова. При этом обе стороны неправы. ЕСПЧ пытается в миссионерском стремлении создать идеальное правовое пространство, не особенно заботясь о границах своего мандата и правовых основаниях своих аргументов. Конституционный Суд РФ в противоположность этому апеллирует к суверенитету, который при более близком рассмотрении всегда объясняет все или ничего, если его понятие применяется в такой неопределённой форме, как это происходит в решениях Конституционного Суда. Нерелевантная ссылка на суверенитет приводит в такой ситуации к указанным выше недоразумениям и ошибочным позициям. В частности, это происходит тогда, когда Конституционный Суд РФ сначала исходит из того, что квалификация нормы, которая была ранее признана им конституционной, в качестве противоречащей Конвенции, неизбежно должна вести к конфликту между Конституцией и ЕСПЧ. Или когда Суд упускает из виду установленные в Законе о Конституционном Суде пределы осуществляемого им контроля.

Конфликты между обоими судами можно было бы избежать, если бы каждый из них снова вспомнил и обратился к выполнению своей миссии, а именно к добросовестному и тщательному толкованию и применению права в рамках их соответствующей компетенции и полномочий. Тем самым они сослужили бы надёжную службу порученной им защите основных прав и свобод человека.