

## «Гордость и предубеждение»: соразмерность полного конституционного запрета заключённым голосовать в России. Постановление Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года

Алексей Должиков\*

Настоящая статья представляет собой анализ проблемы соразмерности полного конституционного запрета заключённым голосовать в Российской Федерации. Поводом к ней стало постановление Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против Российской Федерации». Данным решением перед отечественным правом было поставлено несколько фундаментальных юридических проблем. Среди них: роль международного правосудия в создании единых стандартов прав человека, пределы государственного суверенитета, коллизия Конституции РФ с международными договорами, а также собственно проблема лишения избирательных прав заключённых. Центральная часть статьи посвящена оценке применения в данном деле принципа соразмерности. В работе обосновывается возможность разрешения коллизии международных договоров и норм российского Основного закона посредством конституционно-конформного толкования Конституционным Судом РФ. В связи с недавним постановлением Конституционного Суда РФ по вопросу лишения заключённых избирательных прав особое внимание обращается на имеющуюся конституционную судебную практику по смежным юридическим проблемам<sup>1</sup>.

→ *Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод; Европейский Суд по правам человека; избирательные права; лишение прав; принцип соразмерности; конституционный патриотизм, предвзятости в праве*

### Введение

Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) в постановлении от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против Российской Федерации» (жалобы

№ 11157/04 и 15162/05)<sup>2</sup>, удовлетворив жалобы двух российских граждан, установил несоразмерность полного запрета заключённым голосовать, предусмотренного частью 3 статьи 32 Конституции РФ от 12 декабря 1993 года (в ред. от 30 декабря 2008 года)<sup>3</sup>. В

\* Должиков Алексей Вячеславович — кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и международного права юридического факультета Алтайского государственного университета (e-mail: dolzhikov.alexey@gmail.com).

<sup>1</sup> Настоящая статья подготовлена в августе 2013 года и уже была сдана в печать, когда Конституционным Судом РФ было вынесено Постановление от 10 октября 2013 года № 20-П по аналогичной проблеме. В нем не были полностью учтены аргументы Европейского Суда по правам человека, содержащиеся в Постановлении по делу «Анчугов и Гладков против Российской Федерации» (на него даже нет ссылки). С одной стороны, это может быть объяснено объективными причинами: в связи с тем, что данное постановление еще не вступило в силу. С другой стороны, нежелание обсуждать логику европейских судей еще раз подтверждает тезис о влиянии субъективных и социально-психологических установок на решение проблемы голосования заключенных.

<sup>2</sup> См.: База данных Хадок [HUDOC]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/web/services/content/docx/001-122260> (дата обращения: 01.09.2013).

<sup>3</sup> См.: Российская газета. 1993. 25 декабря; 2009. 21 января.

результате обнаружилась коллизия данной конституционной нормы с толкованием ЕСПЧ статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции от 4 ноября 1950 года (с изм. от 13 мая 2004 года) «О защите прав человека и основных свобод» (далее — ЕКПЧ)<sup>4</sup>. Указанное постановление ЕСПЧ ожидаемо вызвало неоднозначную реакцию среди российских политиков, юристов и общественности<sup>5</sup>. Используя в качестве метафоры название известного романа, такая реакция может быть образно охарактеризована как патриотическая гордость за отечественный конституционный текст в условиях господства в российском обществе стереотипов и предрассудков в отношении заключённых.

Юридические аргументы, признающие за заключёнными право голосовать, нашли своё подробное изложение в уже устоявшейся практике самого ЕСПЧ<sup>6</sup> и получили частичное освещение применительно к правопорядку России и ряда зарубежных государств<sup>7</sup>. Поэтому настоящая публикация не претендует на исчерпывающий анализ всех положений рассматриваемого постановления ЕСПЧ. Так, в ней не освещаются вопросы приемлемости жалоб заявителей, если только это не касается существа дела. Изначально предпринимается попытка объяснения выводов ЕСПЧ по делу посредством характеристики релевантных признаков международных стандартов избирательных прав, включая их абстрактность, минимальность и общепризнанный характер. В работе рассматривается вопрос коллизии положений международных договоров и конституционных норм. Далее даётся критическая оценка пропорциональности (соразмерности) и его отдельных элемен-

тов. В частности, анализируется легитимность целей лишения заключённых избирательных прав и обосновывается взаимосвязь таких мер с существующими социально-психологическими предрассудками и стереотипами в отношении данной социальной группы. В дальнейшем приводится характеристика пригодности различных правовых средств, ограничивающих избирательные права заключённых, а также оцениваются те из них, которые имеют наименее обременительный характер. В завершении ставится вопрос о балансе избирательных прав заключённых с конфликтующими публичными ценностями.

### Фактические обстоятельства дела и процедурная история

Первый заявитель, Сергей Борисович Анчугов, гражданин России, родившийся и проживающий в г. Челябинск, 10 января 1995 года был задержан по подозрению в совершении преступления и заключён под стражу. Решением от 23 июня 1998 года С. Б. Анчугов был приговорён судом первой инстанции к смертной казни по обвинению в убийстве, нескольких эпизодах кражи и мошенничества. 20 декабря 1999 года обвинительный приговор был оставлен без изменения, но смертная казнь была заменена 15 годами лишения свободы. С. Б. Анчугов находился в местах лишения свободы на момент его последней переписки с ЕСПЧ.

Второй заявитель, Владимир Михайлович Гладков, гражданин России, родившийся и проживающий в г. Москва, 20 января 1995 года также был задержан по подозрению в совершении преступления и заключён под стражу.

<sup>4</sup> См.: Официальный сайт Совета Европы. URL: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AE69C60-8259-40F8-93AF-8EF6D817C710/0/Convention\\_RUS.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AE69C60-8259-40F8-93AF-8EF6D817C710/0/Convention_RUS.pdf) (дата обращения: 01.09.2013).

<sup>5</sup> См.: Вам их голоса нужны? // Коммерсантъ. 2013. 5 июля. URL: <http://kommersant.ru/daily/73846> (дата обращения: 01.09.2013)

<sup>6</sup> См.: European Court of Human Rights [GC]. *Hirst v. United Kingdom*. No. 2. Case No. 74025/01. Judgment of 6 October 2005. Перевод данного постановления см.: Справочная правовая система «Консультант Плюс». Раздел «Международные правовые акты»; European Court of Human Rights. *Scoppola v. Italy*. No. 3. Case No. 126/05. Judgment of 22 May 2012. Перевод данного постановления см.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2012. № 11; European Court of Human Rights. *Frodl v. Austria*. Case No. 20201/04. Judgment of 8 April 2010. Перевод данного постановления см.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010. № 11; European Court of Human Rights. *Greens and M.T. v. United Kingdom*. Case Nos. 60041/08, 60054/08. Judgment of 23 November 2010 // База данных Хадок [HUDOC]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/docx/001-101853?TID=ftueqfiqtk> (дата обращения: 01.09.2013).

<sup>7</sup> См.: Голубок С. Заключенным разрешили голосовать // Портал Закон.ру. URL: <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/722> (дата обращения: 01.09.2013); Вашкевич А. Дело Хёрст против Соединённого Королевства и некоторые проблемы совершенствования белорусского избирательного законодательства // Труды факультета международных отношений Белорусского государственного университета. Вып. 1. Минск, 2010. С. 71–75; Кокорина З. Избирательные права лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, в контексте прецедентной практики ЕСПЧ, и ответные меры правительства Великобритании // Вся Европа. 2012. № 7–8(68). URL: <http://www.alleuropa.ru/izbiratelnye-prava-lits-otbivaiuschich-nakazanie-v-vide-lisheniya-svobodi-v-kontekste-pretseptentnoy-praktiki-espch-i-otvetnie-meri-pravitelstva-velikobritanii> (дата обращения: 01.09.2013).

Судом первой инстанции 27 ноября 1995 года В. М. Гладков был приговорён к пяти годам лишения свободы, а 19 июня 1996 года вышестоящим судом приговор оставлен без изменения. В ходе производства по другому уголовному делу 13 ноября 1998 года В. М. Гладков был признан виновным в совершении убийства, грабежа с отягчающими обстоятельствами, участия в преступной организации, воспрепятствовании работе сотрудника правоохранительного органа и приговорён к смертной казни. 15 февраля 2000 года обвинительный приговор был оставлен без изменения, но смертная казнь была заменена 15 годами лишения свободы, 14 из которых были отбыты в колонии и последний год в исправительном учреждении. 23 апреля 2008 года В. М. Гладков был освобождён досрочно.

Со времени заключения под стражу и помещения в места предварительного содержания оба заявителя несколько раз участвовали в качестве избирателей на выборах Президента РФ, депутатов Государственной Думы и государственных органов субъектов Российской Федерации. С момента направления в исправительные учреждения они были лишены права голоса, включая две парламентские (2003, 2007 годы) и три президентские федеральные избирательные кампании (2000, 2004, 2008 годы). Кроме того, В. М. Гладков в 2004 году был лишён возможности голосовать на дополнительных выборах депутатов Государственной Думы.

Оба заявителя неоднократно обращались в суд по поводу лишения их права участвовать на выборах в ходе указанных избирательных кампаний. В частности В. М. Гладков несколько раз обжаловал запрет проголосовать на парламентских и президентских выборах со стороны избирательных комиссий разного уровня. В удовлетворении данных заявлений судами им было отказано по формальным либо содержательным основаниям. Чаще всего национальные суды в обоснование своей позиции ссылались на часть 3

статьи 32 Конституции РФ и развивающие её положения избирательного законодательства, в соответствии с которыми не имеют права избирать, быть избранными граждане, содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда<sup>8</sup>. При этом проявлением уважения к правовым позициям российских судов можно считать детальное рассмотрение ЕСПЧ решения Липецкого областного суда от 1 декабря 2007 года. В этом решении, с одной стороны, уместно анализируется прецедентная практика самого ЕСПЧ, включая умелый разбор принципа соразмерности применительно к избирательным правам заявителя, а с другой стороны, делается вывод о соответствии российского законодательства положениям ЕКПЧ.

Подобный «судейский диалог» со стороны ЕСПЧ в этой части отсутствует в отношении Конституционного Суда РФ, в который первый и второй заявитель безуспешно направляли свои конституционные жалобы. Конституционный Суд РФ последовательно занимал в данном вопросе позицию «разумной сдержанности». В частности, второму заявителю в предельно краткой форме было указано на отклонение его жалобы в связи с отсутствием у Конституционного Суда РФ полномочий «проверять соответствие одних норм Конституции Российской Федерации другим её нормам»<sup>9</sup>. В этой связи возникает закономерный вопрос: а может ли Конституционный Суд РФ, например, в порядке абстрактного нормоконтроля давать официальное толкование нескольких конституционных норм, согласовывая их содержание между собой с тем, чтобы избежать внутреннего противоречия в Конституции РФ? Ответ на данный вопрос, видимо, требует более обстоятельного освещения в дальнейшем.

В ЕСПЧ заявители направили обращения 16 февраля 2004 года и 27 января 2005 года соответственно. Они жаловались среди прочего на то, что были лишены права голоса на выборах. По инициативе Палаты 11 июня 2013 года было решено объединить обе жало-

<sup>8</sup> См.: пункт 3 статьи 4 Федерального закона от 12 июня 2002 года № 67-ФЗ (в ред. от 7 мая 2013 года) «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2002. № 24. Ст. 2253; 2013. № 19. Ст. 2329.

<sup>9</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 27 мая 2004 года № 177-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Гладкова Владимира Михайловича на нарушение его конституционных прав статьей 32 (часть 3) Конституции Российской Федерации» // Документ опубликован не был. Доступ из справочной правовой системы «Консультант плюс». Раздел «Судебная практика».

бы в одно производство. Постановление было вынесено Палатой из семи судей, включая судью от Российской Федерации Д. И. Дедова.

### **Доводы сторон и краткая характеристика позиции Европейского Суда по правам человека**

В этой части статьи будут представлены доводы сторон. Так, заявители утверждали, что лишение их избирательных прав нарушило статью 3 Протокола № 1 ЕКПЧ. Они утверждали, что их дела аналогичны делу «Хёрст против Соединённого Королевства» (№ 2). Кроме того, по мнению заявителей, тот факт, что в России лишение заключённых избирательных прав установлен конституционными нормами, которые не могут быть изменены, только подтверждает абсолютный характер такого запрета. В той связи они подчеркнули, что запрет был установлен в отношении всех заключённых, отбывающих наказание в местах лишения свободы, независимо от того, были ли они признаны виновными в преступлениях небольшой тяжести или особо тяжких преступлениях, и независимо от длительности их заключения. Заявители ссылались на то, что в России рассматриваемый запрет затрагивает приблизительно 734 300 заключённых. В качестве аргумента также утверждалось, что лишение избирательных прав не могло быть расценено как часть наказания за уголовное преступление, учитывая требования российского уголовного закона о необходимости включения в его текст каждого уголовного наказания. Заявители опровергали аргумент правительства о том, что заключённые испытывают недостаток в информации, необходимой для осуществления объективного выбора при голосовании. Напротив, уголовно-исполнительное законодательство требует предоставления доступа к информации лицам, содержащимся в исправительных учреждениях. Также ставился под сомнение довод правительства об отрицательном влиянии лидеров преступного мира на свободу выбора заключённых, указывая на возможность такого влияния в отношении любого свободного гражданина. Заявители утверждали, что, даже при том, что они были признаны виновными, они не прекратили быть членами гражданского общества и сохраняли

своё российское гражданство, и поэтому должны иметь право голоса. В связи с лишением заключённых избирательных прав их фактически нельзя было отличить от иностранцев или лиц без гражданства. Поэтому полный запрет пользования избирательными правами лишал *de facto* заявителей российского гражданства.

Правительство, в свою очередь, настаивало на том, что настоящее дело отличается от прецедентного постановления ЕСПЧ по жалобе Хёрста. Тогда как в Великобритании лишение заключённых избирательных прав предусматривалось обычным законодательством, в России такое ограничение устанавливается Конституцией как основным законом страны. Её нормы, включая часть 3 статьи 32, получили широкое общественное обсуждение и были одобрены на всенародном голосовании. Кроме того, эта конституционная норма может быть изменена в особо сложном порядке и лишь в случае принятия нового конституционного текста. Лишение избирательных прав заключённых, по мнению Правительства, отражает особое видение Россией демократии. Правительство считало применяемые в отношении заключённых ограничения мерой конституционного принуждения, которая преследует ряд важных публичных целей, указывая на недопустимость участия в выборах и управления обществом лицами, не уважающими социальных норм и потому требующими исправления. Правительство также выдвинуло тезис о возможности искажённого волеизъявления в связи с негативным воздействием лидеров преступного сообщества на заключённых и отсутствием у них доступа к информации в исправительных учреждениях. Правительство доказывало соразмерность лишения заключённых избирательных прав, учитывая всестороннее выяснение судами обстоятельств дела до осуждения конкретного лица и снятие таких ограничений при освобождении. Наконец, последний аргумент касался незначительности числа заключённых, что серьёзно на влияло на свободное волеизъявление российского народа в целом.

Оценивая представленные доводы сторон, ЕСПЧ пришёл к общему выводу, что статья 32 Конституции РФ, предусматривающая полный и автоматический запрет гражданам, содержащимся в местах лишения свободы,

голосовать на выборах нарушает статью 3 Протокола № 1. Далее оценка основных аргументов сторон и выводы ЕСПЧ будут проанализированы более подробно.

### **Абстрактность европейских стандартов избирательных прав и угрозы государственному суверенитету в процессе их официальной конкретизации**

Для объяснения позиции ЕСПЧ в рассматриваемом деле можно использовать традиционную для отечественного правоповедения категорию «международные стандарты прав человека»<sup>10</sup>. Так, в работе, непосредственно посвящённой вопросам европейских стандартов выборов, под ними предлагается понимать «наиболее характерные для соответствующего правового института нормы международного права, которые, с одной стороны, представляют собой минимально допустимый консенсус, а с другой предстают образцами для подражания, ориентирами»<sup>11</sup>.

Для анализа вопроса о лишении избирательных прав заключённых, следует обратить внимание, в первую очередь, на высокую степень *абстрактности* нормативного содержания европейских стандартов. Данная характеристика явно выражена в тех международных договорах, которые чаще всего использует Конституционный Суд РФ в качестве международных стандартов избирательных прав: пункт «b» статьи 25 Между-

народного Пакта от 16 декабря 1966 года «О гражданских и политических правах»<sup>12</sup>, пункт «b» статьи 29 Конвенции СНГ от 26 мая 1995 года «О правах и основных свободах человека»<sup>13</sup>, Конвенция от 7 октября 2002 года «О стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах-участниках СНГ»<sup>14</sup>. Использование в конституционном судопроизводстве положений статьи 3 Протокола № 1 от 20 марта 1952 года к ЕКПЧ<sup>15</sup>, как и большинства других международных договорных норм<sup>16</sup>, во многом дублирует аналогичные конституционные нормы, не оказывая решающего значения в процессе защиты избирательных прав. В силу своей абстрактности такие международные избирательные стандарты устанавливают лишь базовые принципы реализации избирательных прав и не представляют практического интереса для рядовых участников национальных выборов.

Однако это не означает, что международные стандарты избирательных прав вообще не имеют практического значения. Вопрос состоит в том, кто будет наполнять их абстрактное содержание конкретным смыслом? В соответствии с пунктом «b» части 3 статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года «при толковании международного договора наряду с его контекстом должна учитываться последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования»<sup>17</sup>. Кон-

<sup>10</sup> См.: *Игнатенко Г.В.* Международные стандарты прав и свобод как самостоятельный правовой регулятор // *Личность и государство на рубеже веков* / Под ред. В.В. Невинского. Барнаул, 2000. С. 3–7; *Колосов Ю.М.* Международно-правовые стандарты в области прав человека и проблемы российского законодательства // *Правовые проблемы евразийского сотрудничества: Глобальное и региональное измерения*. Екатеринбург, 1993. С. 42–46; *Тиунов О.И.* Международно-правовые стандарты прав человека: развитие и характерные черты // *Российский юридический журнал*. 2001. № 4. С. 41–49; Черниченко С.В. Развитие международных стандартов и процедур в области прав человека // *Права человека в истории человечества и в современном мире* / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 1989. С. 117–118.

<sup>11</sup> *Голубок С.А.* Право на свободные выборы: правовые позиции Европейского Суда по правам человека и формирование международно-правовых стандартов Содружества Независимых Государств: Автореф. ... канд. юрид. наук. СПб, 2010. С. 14.

<sup>12</sup> Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. Ст. 291.

<sup>13</sup> См.: Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. 1995. № 2(19). С. 30–42.

<sup>14</sup> См.: Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. 2003. № 2(41). С. 131–150; Федеральный закон 2 июля 2003 года № 89-ФЗ «О ратификации Конвенции о стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах – участниках СНГ» // *Собрание законодательства РФ*. 2003. № 27 (ч. 1). Ст. 2703.

<sup>15</sup> См.: *Собрание законодательства РФ*. 2001. № 2. Ст. 163; Федеральный закон от 30 марта 1998 года «О ратификации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» // *Собрание законодательства РФ*. 1998. № 14. Ст. 1514; № 13. Ст. 1466.

<sup>16</sup> См.: Постановление от 30 апреля 1997 года, пункт 7; 23 марта 2000 года, пункт 3; 25 апреля 2000 года, пункт 2; 25 декабря 2001 года, пункт 3; 5 января 2002 года, п. 3; 21 января 2002 года, пункт 3; 11 июня 2002 года, пункт 3; 9 июля 2002 года, пункт 2.1 и др. // *Собрание законодательства РФ*. 1997. № 20. Ст. 2383; 2000. № 13. Ст. 1429; № 19. Ст. 2102; 2002. № 1 (ч. 2). Ст. 126; № 6. Ст. 626; Ст. 627; № 25. Ст. 2515; № 28. Ст. 2909.

<sup>17</sup> Ведомости Верховного Совета СССР. 1986. № 37. Ст. 772.

ституционный Суд РФ в Постановлении от 5 февраля 2007 года № 2-П (п. 2.1)<sup>18</sup> и от 26 февраля 2010 года № 4-П (п. 2)<sup>19</sup> указал на то, что не только ЕКПЧ, но и решения ЕСПЧ «в той части, в какой ими, исходя из общепризнанных принципов и норм международного права, дается толкование содержания закрепленных в Конвенции прав и свобод ... являются составной частью российской правовой системы, а потому должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права». Аналогичным образом Верховный Суд РФ в своём общем постановлении, касающемся применения международного права, разъяснил судам общей юрисдикции необходимость использования практики ЕСПЧ во избежание любого нарушения ЕКПЧ<sup>20</sup>. В недавнем постановлении, посвящённом отделе ЕКПЧ, Верховный Суд РФ развил свою позицию, указывая на необходимость учёта тех правовых позиций ЕСПЧ, которые «приняты в отношении других государств — участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятельства рассматриваемого им дела являются аналогичными обстоятельствам, ставшим предметом анализа и выводов Европейского Суда» (п. 2)<sup>21</sup>.

Обращаясь к рассматриваемому делу, важно указать на подход самого ЕСПЧ, который считает, что именно «Суду, как последнему средству, надлежит определять, были ли соблюдены требования статьи 3 Протокола № 1; суд должен убедиться, что условия не умаляют рассматриваемые права до такой степени, чтобы выхолостить их самую сущность и лишить их эффективности; что ограничения установлены для достижения легитимной цели; и что используемые средства не

чрезмерны» (п. 96). Противоположные подходы, предлагающие отдавать предпочтение толкованию международных норм национальным судебным органам, лишь могут усугубить фрагментацию европейских стандартов прав человека в целом. Тем самым отсутствие каких-либо конкретных предписаний в статье 3 Протокола № 1 к ЕКПЧ в отношении избирательных прав заключённых имеет своим следствием то, что их обязательное и окончательное толкование находится в исключительной юрисдикции ЕСПЧ.

### **Европейские стандарты избирательных прав как минимальные общепризнанные нормы, требующие повышения, а не понижения уровня гарантий**

Ещё одна важная характеристика международных стандартов избирательных прав состоит в их определении как нормативного минимума или эталона<sup>22</sup>. Такая характеристика присуща любому юридически опосредованному процессу стандартизации. Например, российские технические нормы в качестве одной из целей стандартизации определяют повышения уровня безопасности жизни и здоровья граждан (п. 3.1.1 ГОСТ Р 1.0-2004)<sup>23</sup>.

Применительно к европейским стандартам избирательных прав такую характеристику имеет содержащееся в статье 3 Протокола № 1 к ЕКПЧ понятие законодательной власти. В частности, в решении о приемлемости от 25 января 2000 года, № 51501/99 по жалобе «Виктор Черепков против России» ЕСПЧ не отнёс местные представительные органы к числу «органов законодательной власти»<sup>24</sup>. Следовательно, из гарантируемой ЕКПЧ сферы защиты избирательных прав исключается правомочие по выборам пред-

<sup>18</sup> Собрание законодательства РФ. 2007. № 7. Ст. 932.

<sup>19</sup> См.: Собрание законодательства РФ. 2010. № 11. Ст. 1255.

<sup>20</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 года № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» (п. 10) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

<sup>21</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 года № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней» // Российская газета. 2013. 5 июля.

<sup>22</sup> См.: Берестнев Ю. Европейские стандарты и реформирование российской правовой системы // Россия и Совет Европы: перспективы взаимодействия / Ред. колл. А. С. Автономов, Н. В. Варламова и др. М., 2001. С. 69.

<sup>23</sup> См.: Приказ Ростехрегулирования от 30 декабря 2004 года № 152-ст «Об утверждении Национального стандарта» // ГОСТ Р 1.0-2004. Национальный стандарт Российской Федерации. Стандартизация в Российской Федерации. Основные положения. М., 2005. // Доступ из справочной правовой системы «Консультант Плюс».

<sup>24</sup> См.: Журнал российского права. 2000. № 11. С. 97–101.

ставительных органов местного самоуправления. В рассматриваемом деле ЕСПЧ, используя собственную предыдущую практику по толкованию понятия законодательной власти, также исключил в отношении России из нормативного содержания избирательных прав возможность выборов главы государства. В этой части жалобы заявителей о нарушении их избирательных прав в ходе выборов Президента РФ были признаны неприемлемыми по основанию *ratione materiae* (п. 54).

Подобный вывод предполагает, что европейские стандарты не требуют избираемости должности главы государства. Это оправдано хотя бы в связи с сохранением в ряде европейских государств парламентских республик и монархий, где противоположные стандарты означали бы необходимость выборов глав государств. В то же время спорно толкование минимальности международных стандартов для обоснования ущемления избирательных прав, гарантируемых в национальном законодательстве на более высоком уровне. Используя подобное автономное толкование категории «выборы законодательной власти», профессор В. И. Лысенко в своё время обосновывал позицию о возможной замене прямых выборов главы региональной исполнительной власти механизмом его фактического назначения<sup>25</sup>. Такое доктринальное мнение получило поддержку Конституционного Суда РФ в Постановлении от 21 декабря 2005 года, признавшем конституционность отмены выборов глав органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации (п. 2)<sup>26</sup>. Однако эти позиции прямо противоречат самой ЕКПЧ, согласно которой ничто в ней «не может быть истолковано как ограничение или умаление любого из прав человека и основных свобод, которые могут обеспечиваться законодательством любой Высокой Договаривающейся Стороны или любым иным соглашением, в котором она участвует» (ст. 53). На это обстоятельство также обратил внимание Верховный Суд РФ, разъясняя судам, что «законодательство Российской Федерации может предусматривать более

высокий уровень защиты прав и свобод человека в сравнении со стандартами, гарантируемыми Конвенцией и Протоколами к ней в толковании Суда. В таких случаях судам, руководствуясь статьей 53 Конвенции, необходимо применять положения, содержащиеся в законодательстве Российской Федерации» (п. 3 Постановления Пленума от 27 июня 2013 года). Показательно и то, что в собственной ранней практике Конституционный Суд РФ прямо подчёркивал недопустимость использования международных стандартов для обоснования ограничения конституционного права на местное самоуправление. В частности, по мнению Конституционного Суда РФ, на оценку конституционности норм регионального законодательства не влияет то, что его отдельные нормы воспроизводят положения Европейской хартии о местном самоуправлении от 15 октября 1985 года<sup>27</sup>, «устанавливающей минимальные гарантии самостоятельности местного самоуправления. Конституция Российской Федерации и федеральные законы закрепляют более высокий, чем это предусмотрено международными обязательствами России, уровень гарантий самостоятельности местного самоуправления, который субъекты Российской Федерации не вправе занижать или ограничивать»<sup>28</sup>. Таким образом, выступая в качестве обязательного для государств минимума, международные стандарты нацелены на повышение уровня их гарантированности в национальном правовом порядке. В отношении избирательных прав заключённых такие стандарты могут требовать от государств соблюдения только наиболее существенных параметров, включая исключение полного запрета голосовать для данных лиц и необходимость в каждом конкретном случае осуждения национальным судом соизмерять такие ограничения в зависимости от тяжести преступления и/или срока заключения. Одновременно формирование в практике ЕСПЧ международных региональных стандартов не должно отрицать согласования воли государств по поводу нормативного содержания избирательных прав.

<sup>25</sup> См.: Лысенко В. И. Реализация избирательных прав граждан РФ в контексте международных обязательств // Политический журнал. 2005. № 41. С. 44.

<sup>26</sup> Собрание законодательства РФ. 2006. № 3. Ст. 336.

<sup>27</sup> См.: Собрание законодательства РФ. 1998. № 36. Ст. 4466.

<sup>28</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 30 ноября 2000 года № 15-П // Собрание законодательства РФ. 2000. № 50. Ст. 4943.

**«Европейский консенсус»  
и использование международных  
обычаев в области выборов  
как источника избирательных  
прав заключённых**

Международные стандарты избирательных прав должны обладать *общепризнанным* характером. Такая особенность может стать дополнительным аргументом в пользу решения проблемы полного запрета голосовать заключённым. В соответствии с частью 4 статьи 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права, в том числе в сфере выборов, являются составной частью российской правовой системы. Среди источников признания и гарантирования конституционных прав российский Основной закон в части 1 статьи 17 определяет собственно конституционные нормы даже после «общепризнанных принципов и норм международного права». Сама данная категория представляет собой скорее изобретение отечественного конституционного законодателя и фактически тождественна понятию *международного обычая*<sup>29</sup>.

Хотя в рассматриваемом деле ЕСПЧ прямо не ссылается на международные обычные нормы, в его практике достаточно распространён частично совпадающий по смыслу концепт «*европейского консенсуса*»<sup>30</sup>. Бо-

лее подробное внимание к этой тематике уместно в связи с наличием отечественных электоральных специалистов, считающих международные обычаи в этой сфере чем-то противоположным правовым нормам<sup>31</sup>. Также акцентирование внимание на тематике международных обычных норм связано с недавним внедрением в практику Конституционного Суда РФ техники анализа сравнительно-правовых материалов<sup>32</sup>, в том числе в одном из «сложных дел» по вопросам защиты избирательных прав (п. 2.2 Постановления от 22 апреля 2013 года № 8-П)<sup>33</sup>. Ссылки в решениях судебных органов на внутрисударственную практику различных государств выступают одним из наиболее распространённых способов установления международных обычаев. Например, британский профессор М. Акехерст в своей классической работе по этой теме подчёркивал, что различные органы, участвующие в кодификации международного права, при установлении международного обычая всегда используют «национальные законы, административные акты и судебные решения в качестве первичного доказательства государственной практики»<sup>34</sup>. В этой связи интересен опыт национальных судов Великобритании, где до момента принятия Акта о правах человека от 9 ноября 1998 года<sup>35</sup>, инкорпорировавшего ЕКПЧ в общее право, сами её нормы применялись англий-

<sup>29</sup> Зимненко Б.Л. Международное право и правовая система РФ. М., 2006. С. 206.

<sup>30</sup> См.: Дегтярев К. Интерпретация Европейской Конвенции и европейский консенсус // Российский бюллетень по правам человека / Под ред. Л.А. Резниченко. М., 2008. Вып. 26. С. 139–141. URL: <http://www.hrights.ru/text/b26/Chapter91.htm> (дата обращения: 01.09.2013); Лукашевич В. Европейский консенсус в практике Европейского Суда по правам человека: институциональные и интерпретативные аспекты // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 4. С. 55–62; Нуссбергер А. «Консенсус» как элемент аргументации европейского суда по правам человека // Международное правосудие. 2013. № 1. P. 17–22; Полгару Э. Страсбургский суд и европейский консенсус // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3. С. 105–112; Benvenisti E. Margin of appreciation, consensus, and universal standards // New York University Journal of International Law and Policy. 1998. Vol. 31. P. 843–854; Dzehtsiarou K. European Consensus and Evolutive Interpretation of the ECHR // German Law Journal German Law Journal. 2011. Vol. 12. P. 1730–1745. URL: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1382> (дата обращения: 01.09.2013); Dzehtsiarou K. Grand Chamber of the European Court of Human Rights, A, B & C v. Ireland, Decision of 17 December 2010 / F. de Londras, K. Dzehtsiarou // International and comparative law quarterly. 2013. Vol. 62. № 1. P. 250–262; Heifer L.R. Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights // Cornell International Law journal. 1993. Vol. 26. P. 133–165; Regan D. European Consensus: A Worthy Endeavour for the European Court of Human Rights // Trinity College Law Review. 2011. Vol. 14. P. 51.

<sup>31</sup> Борисов И.Б. Международная защита избирательных прав: от обычаев к международным нормам // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 12. С. 13–18.

<sup>32</sup> См.: Тзен-Та Ли Дж. Толкование актов о правах человека: значение сравнительного подхода // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 3. С. 163–179; Тимофеев М.Т. Постановления Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека: возможности сравнительно-правового метода при определении содержания конституционных прав и свобод // Конституционное право и конституционная компаративистика в системе российского юридического образования. М., 2009. С. 136–147; Dzehtsiarou K. Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court / K. Dzehtsiarou, V. Lukashевич // Netherlands Quarterly of Human Rights. 2012. Vol. 30. № 3. P. 272–298.

<sup>33</sup> См.: Собрание законодательства РФ. 2013. № 18. Ст. 2292.

<sup>34</sup> См.: Akehurst M. Custom as a source of international law // The British yearbook of international law. 1977. Vol. 47. P. 9.

<sup>35</sup> См.: Human rights act from 9th November 1998 (United Kingdom) // Веб-сайт Национального архива Соединённого Королевства. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents> (дата обращения: 01.09.2013).

скими судьями в качестве международных обычаев. Обосновывая тогда такой подход, А. Дж. Каннигем отмечал, что «даже не будучи автоматически частью общего права, ссылка на международные обычные нормы будет совершенно подходящей в случае любой двусмысленности или неопределенности в национальном праве»<sup>36</sup>.

Несмотря на неписаный характер международных обычных норм, они также обязательны для национальных органов, как и положения международных договоров. Обычай выступает регулярным источником международного права, которые активно применяются международными судебными органами при разрешении споров государств. Мысль об утопичности позитивистского подхода в урегулировании всех международных отношений договорными нормами высказывает член Комиссии Международного права ООН М. Вуд. По его мнению «идеал полностью кодифицированного права, при котором стали бы избыточными нормы международного обычного права, даже если бы он был желательным, далёк от реальности... в настоящее время возрождается интерес к формированию норм международного обычного права, который отчасти стимулируется попытками, подчас довольно спорными, внутренних судов заниматься этой проблемой»<sup>37</sup>.

Соответственно национальные суды могут играть важную роль в использовании международного обычного права. Для более полного понимания обычая значение имеют сформировавшиеся в международной доктрине подходы к его понятию и элементному составу. Так, в пункте «b» части 1 статьи 38 Статута Международного Суда ООН от 26 июня 1945 года<sup>38</sup> международный обычай определяется «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Исходя из этого понятия, в практике

Международного Суда ООН выделяются два основных элемента обычая: 1) объективный (всеобщая практика государств) и 2) субъективный («признанная как право» или *opinio juris*)<sup>39</sup>. Для целей настоящей публикации можно выдвинуть гипотезу о существовании региональных международных обычных норм, обязывающих государства-члены Совета Европы не допускать полного и автоматического лишения заключённых избирательных прав.

Данную гипотезу можно конкретизировать, используя указанные подходы к пониманию обычая и его элементов в международной доктрине, а также уже имеющиеся правовые позиции Конституционного Суда РФ. Последний, например, в отличие от российских арбитражных судов, за очень редким исключением даже не упоминает об обычных международно-правовых нормах<sup>40</sup>. Это во многом объясняется широко применяемой в его практике категорией «общепризнанные принципы и нормы международного права», которая фактически тождественна обычаю и проще воспринимается в российских условиях. Обычай и иные неписанные нормы права в целом являются чуждыми национальной постсоветской юриспруденции в условиях сохраняющегося господства позитивизма.

Вместе с тем в практике Конституционного Суда РФ имеется удачный образец интуитивного установления им международного обычая. В определении от 19 ноября 2009 года № 1344-О-Р фактически были выявлены объективный и субъективный элементы международной региональной обычной нормы, предусматривающей отмену смертной казни в государствах-членах Совета Европы<sup>41</sup>. Подтверждением первого элемента такого обычая выступает указание на практику государств («тенденций в мировом сообществе», «в международном нормотворчестве существует устойчивая тенденция к отмене

<sup>36</sup> Cunningham A.J. The European Convention on Human Rights, Customary International Law and the Constitution // The International and Comparative Law Quarterly. 1994. Vol. 43. № 3. P. 566.

<sup>37</sup> Вуд М. Формирование и свидетельства международного обычного права // Доклад Комиссии международного права. Шестидесятая сессия (26 апреля – 3 июня и 4 июля – 12 августа 2011 года). Нью-Йорк, 2011. С. 365.

<sup>38</sup> См.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XII. М., 1956. С. 47–63.

<sup>39</sup> Judgment of International Court of Justice, 27 June 1986, Nicaragua v. United States of America «Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua» (Merits) // International Court of Justice Reports. 1986. P. 97–98. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> (дата обращения: 01.09.2013).

<sup>40</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 2012 года № 8-П // Собрание законодательства РФ. 2012. № 15. Ст. 1810.

<sup>41</sup> См.: Собрание законодательства РФ. 2009. № 48. Ст. 5867.

смертной казни», «в контексте сложившихся правовых реалий», «легитимировано сложившейся правоприменительной практикой»), длительный («действует в течение достаточно большого срока», «сохраняет своё действие более 10 лет») и всеобщий её характер (запрет смертной казни обязателен в 46 государствах-членах Совета Европы). *Opinio juris* как второй элемент международного обычая был выражен при анализе позиции национальных органов в отношении обязательности такой складывающейся практики (в решении цитируется мнение Президента РФ, депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ, правовые позиции самого Конституционного Суда РФ и т.д.). Таким образом, рассмотренные подходы можно использовать по аналогии применительно к установлению международных региональных обычных норм в области избирательных прав заключённых. Для подтверждения выдвигаемой гипотезы необходимо выявить объективный (наличие устойчивой всеобщей практики государств) и субъективный элемент (*opinio juris* или европейский консенсус) такого международного обычая.

Применительно к *временному критерию* обычая можно указать на тенденции преобразования избирательных систем государств-членов Совета Европы. В частности, ЕСПЧ в рассматриваемом решении подчеркнул, что «право голоса не является привилегией. В XXI столетии в демократическом государстве должна существовать презумпция в пользу включения и универсальности избирательных прав в качестве фундаментального принципа» (п. 94). Тем самым в этой части для ЕСПЧ определяющее значение имела если и не длительность, то устойчивость складывающейся внутригосударственной электоральной практики по сокращению избирательных цензов в целом.

При выявлении *всеобщности* международных региональных обычаев в области лишения заключённых избирательных прав ЕСПЧ воспользовался методом количественного анализа сравнительно-правовых материалов из 43 государств-участников ЕКПЧ. Так, не устанавливается никаких ограничений избирательных прав заключённых в

19 государствах. Заключённые автоматически лишаются таких прав только в 7 государствах, включая Россию. В остальных 17 государствах применяется «промежуточная» модель, состоящая в лишении заключённых избирательных прав в зависимости от категории преступления и/или длительности тюремного заключения. Кроме того, в 11 из государств, использующих эту промежуточную модель, лишение заключённых права голоса отнесено к дискреционной компетенции уголовных судов. Причём в двух из последних государств применительно к особо тяжким преступлениям такие меры применяются независимо от какого-либо судебного решения (п. 42–45). На первый взгляд подобный компаративный анализ не позволяет констатировать универсальности внутригосударственной практики в рассматриваемой сфере. Вместе с тем верно и то, что в 26 из 47 государств-членов Совета Европы отсутствует полный запрет, применяемый автоматически ко всем заключённым вне зависимости от длительности наказания и независимо от природы преступления, а также конкретных обстоятельств дела. Выступая фактически в качестве «негативного законодателя», ЕСПЧ сформулировал международную региональную (европейскую) обычную норму в рассматриваемой сфере. При этом подобные нормотворческие функции ЕСПЧ не уникальны в системе международного правосудия. Международный Суд ООН нередко критикуется за его аналогичные законодательные полномочия по опережению международного права, а именно «полномочия при определённых условиях создавать новые нормы под предлогом «поиска» международных обычных норм»<sup>42</sup>. Особенно часто звучит критика применительно к установлению международными судами субъективного элемента международного обычая.

В настоящем деле данный элемент является слабым местом, так как выявление *opinio juris* представляется проблематичным. В самом общем виде *opinio juris* можно определить как субъективное отношение государств по поводу обязательности формирующегося обычного правила поведения. Поскольку полное согласие, исходя из анализа

<sup>42</sup> Benvenisti E. Customary international law as a judicial tool for promoting efficiency // The impact of international law on international cooperation: theoretical perspectives / Ed. by E. Benvenisti, M. Hirsch. Cambridge; New York, 2004. P. 86.

внутригосударственной практики в странах Совета Европы, в этой сфере отсутствует, видимо, поэтому ЕСПЧ не воспользовался привычной для него концепцией «европейского консенсуса». Однако косвенно наличие консенсуса, по крайней мере, среди судей ЕСПЧ по поводу недопустимости полного лишения заключённых избирательных прав подтверждает факт единогласного принятия анализируемого постановления и отсутствие по данному делу особых мнений. Судья ЕСПЧ Д. И. Дедов не оказался исключением и проголосовал «за» то, что нарушение статьи 3 Протокола № 1 было допущено Российской Федерацией. Объясняя аргументы поддержки такого решения ЕСПЧ, судья от России подчеркнул, что «позиция ЕСПЧ была взвешенной, она сформирована задолго до рассмотрения российского дела... Главным аргументом, как и в предыдущих делах, для ЕСПЧ оказалось отсутствие обоснования действующего запрета: почему, например, осуждённые условно могут голосовать, а отбывающие наказание в местах заключения — нет. Фактически, в Конституцию 1993 года попала старая советская норма, действовавшая ещё со сталинских времен»<sup>43</sup>.

В данном случае фактически межгосударственный консенсус подменяется согласованием лишь взглядов на рассматриваемую проблему внутри самого ЕСПЧ. Такой подход не только предполагает участие судей в международном нормотворчестве, но и означает необходимость введения новых по сути для национального избирательного законодательства норм о правах заключённых. Поэтому особенно сильное раздражение данное решение вызовет у национального законодателя, чувствительного к вмешательству в его прерогативы. В этой связи следует согласиться с утверждением судьи ЕСПЧ в отставке А. И. Ковлером, что «недостаточно достичь консенсуса внутри Европейского Суда — надо добиться того, чтобы соответствующие идеи были приняты и за его пределами»<sup>44</sup>. Данные предостережения особенно актуаль-

ны в связи с тем, что предлагаемые ЕСПЧ нововведения вступают в противоречие с нормами Конституции РФ и ожидаемо вызовут неприятие хотя бы из-за чувства патриотической гордости за собственный конституционный текст. Поэтому заслуживает внимание вопрос об иерархии международных договорных и конституционных норм.

### **Соотношение Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод с Конституцией Российской Федерации**

ЕСПЧ отверг аргумент Правительства об отличии рассматриваемого дела от прецедентного *дела Хёрста* (№ 2) и связанный с этим довод о том, что запрет заключённых на участие в голосовании устанавливался в России Конституцией, а не «обычным законом» как в Соединённом Королевстве. В обоснование своего вывода ЕСПЧ указал, что «государства-участники несут обязательства в соответствии со статьёй 1 Конвенции за любые действия или бездействия своих органов вне зависимости от того, что такое поведение было обусловлено национальным правом... статья 1 не делает различий в отношении вида рассматриваемых норм или мер и не исключает от проверки на предмет соответствия Конвенции какие-либо виды «юрисдикции» государства, которые часто осуществляются в первую очередь посредством Конституции» (п. 108). Для формирования подобного вывода в разделе о применимом праве ЕСПЧ сослался на соответствующие международные договорные и обычные нормы (п. 36–37). В частности, согласно консультативному заключению Постоянной палаты международного правосудия Лиги Наций от 2 апреля 1932 года «государства не могут приводить в качестве доказательства ...свою собственную Конституцию с намерением уклониться от лежащих на них обязательств по международному праву или действующему договору»<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> См.: Убийц решение ЕСПЧ вряд ли коснётся // Коммерсантъ. 2013. 5 июля. URL: <http://kommersant.ru/daily/73846> (дата обращения: 01.09.2013).

<sup>44</sup> См.: Ковлер А. И. Роль консенсуса в системе Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод: Вступительное слово судьи А. И. Ковлера на семинаре Европейского Суда по правам человека, организованном по случаю открытия нового судебного года // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2008. № 2. С. 12.

<sup>45</sup> Advisory Opinion from 2 April 1932 № 23 “Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory” // Permanent Court of International Justice Reports. 1933. Ser. A/B. № 44. P.24. URL: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04\\_danzig/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04_danzig/) (дата обращения: 01.09.2013).

На этом фоне в отечественной юридической науке распространено мнение о приоритете конституционных норм перед положениями международных договоров. Интересно, что таких представлений придерживаются некоторые судьи Конституционного Суда РФ. Например, судья в отставке О. И. Тиунов считает, что «принцип верховенства положений Конституции РФ не допускает верховенства правил международного договора Российской Федерации в отношении неё самой в случае противоречия между ними»<sup>46</sup>. Другой судья в отставке Б. С. Эбзеев в связи с оценкой конкретного решения ЕСПЧ ответил на вопрос о коллизии международного договора и Конституции РФ следующим образом: «Очевидно, что в этом случае действует правило о высшей юридической силе Конституции, ибо международные договоры являются составной частью правовой системы государства, а в рамках этой системы нет актов, которые по своей юридической силе стояли бы выше Конституции»<sup>47</sup>. Более сбалансированный подход занимает действующий Председатель Конституционного Суда РФ, который со ссылкой на идею «конституционного патриотизма» призывает к необходимости бережного и осторожного подхода к Конституции<sup>48</sup>.

Как ни странно, между мнениями российских конституционалистов и позицией ЕСПЧ нет серьёзного противоречия. По смыслу части 4 статьи 15 Конституции РФ международные договоры Российской Федерации «являются составной частью её правовой системы». Разработчики данной нормы намеренно отказались от первоначальной версии о включённости международных договоров в российское законодательство, используя более широкую категорию «правовая система». Она, согласно господствующему мнению, включает помимо законодательства правосознание и юридическую практику<sup>49</sup>. Международные договоры Российской Федерации, являясь источником международного

права как особого нормативного правопорядка, не составляют собственно источника российского законодательства, то есть не являются результатом самостоятельного нормотворческого процесса национальных властей. Однако международные договоры (например, наряду с иностранным правом) следует отнести к праву, применяемому в российской правовой системе.

При этом международный договор подлежит применению, если Российская Федерация в лице компетентных органов государственной власти выразила согласие на обязательность для неё международного договора посредством одного из действий, перечисленных в статье 6 Федерального закона от 15 июля 1995 года № 101-ФЗ (с изм. от 25 декабря 2012 года) «О международных договорах Российской Федерации»<sup>50</sup> (чаще всего ратификации), а также при условии, что указанный договор вступил в силу в целом (например, набрав необходимое число ратификаций государств-участников) и для Российской Федерации в частности. Следует признать вполне логичным содержащийся в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 года вывод о том, что правила действующего международного договора, согласие на обязательность которого было принято в форме федерального закона (ратификации), имеют приоритет в применении по отношению к законам Российской Федерации (п. 8)<sup>51</sup>. Вместе с тем Конституция РФ в силу положений о государственном суверенитете (ч. 1 ст. 4), её территориальном верховенстве (ч. 2 ст. 4) и высшей юридической силе (ч. 1 ст. 15) обладает более высокой степенью защиты от внешнего, международно-правового воздействия. Иначе инородные для российского права нормы (в рассматриваемом деле правило, предусматривающее появление у заключённых избирательных прав), не только подорвут «прочность» нормативного элемента правовой системы, но и вызовут реальные

<sup>46</sup> Тиунов О. И. Решения Конституционного Суда РФ и международное право // Российская юстиция. 2001. № 10. С. 15.

<sup>47</sup> Эбзеев Б. С. Решение ЕСПЧ по делу «Республиканская партия России против России», или утраченные иллюзии // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 4. С. 53.

<sup>48</sup> См.: Зорькин В. Д. Конституция 1993 года — правовая легитимация новой России // Комментарий к Конституции Российской Федерации. М., 2011. С. 10.

<sup>49</sup> См.: Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. В. С. Нерсесянц. М., 2004. С. 281.

<sup>50</sup> См.: Собрание законодательства РФ. 1995. № 29. Ст. 2757; 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7579.

<sup>51</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2003. № 12.

проблемы в правоприменении (например, в плане готовности сотрудников пенитенциарных учреждений следовать нововведению без законодательной помощи). Поэтому на саму Конституцию РФ не распространяется действие её части 4 статьи 15 в части приоритета международных договоров над внутригосударственными законами. При этом такой приоритет Конституции РФ касается нормативного элемента национальной правовой системы, где российский основной закон выполняет системообразующую функцию и защищает отечественный правопорядок от нежелательного с точки зрения базовых конституционных принципов влияния международных норм. Поэтому к компетенции Конституционного Суда РФ отнесено разрешение дел о соответствии Конституции РФ не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации (п. «г» ч. 2 ст. 125).

Вместе с тем в отношении правоприменительного аспекта национальной правовой системы верховенство Конституции РФ носит условный характер. Так, федеральный законодатель не абсолютизирует запрет на приоритет международного договора в отношении Конституции РФ, а лишь усложняет возможность согласования норм соответствующего договора и норм Конституции РФ. В частности, статья 22 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» устанавливает: «если международный договор содержит правила, требующие изменения отдельных положений Конституции Российской Федерации, решение на согласие о его обязательности для Российской Федерации возможно в форме федерального за-

кона только после внесения соответствующих поправок в Конституцию Российской Федерации или пересмотра её положений в установленном порядке». Поскольку в рассматриваемом деле коллизия возникла между международным договором и положениями второй главы Конституции РФ, такая возможность представляется труднореализуемой на практике в силу особо сложного порядка пересмотра положений этой главы. Однако в отношении положений части 3 статьи 32 Конституции РФ конфликт с правилами международных договоров может быть разрешён не только посредством изменения законодательства, но и посредством толкования. В этой связи можно согласиться с директором Института им. Макса Планка по сравнительному публичному праву и международному праву (г. Гайдельберг) А. Фон Богданди, который предлагает заменить вопрос иерархии источников вопросом взвешивания (балансирования) конфликтующих конституционных принципов<sup>52</sup>. Такая точка зрения обращает внимание на тест пропорциональности и его составные элементы.

### Элементы теста пропорциональности

ЕСПЧ имеет своё собственное представление о принципе пропорциональности, применение которого осуществляется не всегда последовательно и нередко расходится с устоявшимися подходами в конституционной доктрине<sup>53</sup>. В настоящей статье предпринимается реконструкция элементов пропорциональности, в качестве методологической основы которой выбрано германское государственное право<sup>54</sup>. Такой прием обоснован

<sup>52</sup> *Bogdandy von A.* Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law // *International Journal of Constitutional Law*. 2008. Vol. 6. № 3–4. P. 398.

<sup>53</sup> В данной части публикация основывается на предыдущих работах автора. См.: *Dolzhikov A.* The European Court of Human Rights on the Principle of Proportionality in “Russian” Cases // *TEISE [Law]*. 2012. Vol. 82. P. 215–224; *Должиков А. В.* Основные права и принцип пропорциональности в праве Европейского Союза // *Российский ежегодник международного права*. 2008. СПб., 2009. С. 228–233.

<sup>54</sup> См.: *Алекси Р.* Сбалансированность, конституционный контроль и представительство // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2006. № 2(55). С. 113–118; *Коэн-Элия М.* Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // *М. Коэн-Элия, И. Порат* // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2011. № 3(82). С. 59–79; *Шлинк Б.* Пропорциональность. К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2012. № 2(87). С. 56–76; *Arnauld A.* Von Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes // *Juristenzeitung*. 2000. H. 6. S. 276–280; *Hirschberg L.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Göttingen, 1981; *Jakobs M. C.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit // *Deutsches Verwaltungsblatt*. 1985. S. 97–102; *Lerche P.* Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Goldbach, Keip, 1999; *Michael L.* Grundrechte / *L. Michael, M. Morlok.* Baden-Baden, 2012. S. 292–302; *Pieroth B.* Grundrechte. Staatsrecht II / *B. Pieroth, B. Schlink.* Heidelberg, 2009. S. 64–72; *Schlink B.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit // *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* / *P. Badura, H. Dreier.* Bd. 2. Tübingen, 2001. S. 445–465; *Stern K.* Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes //

тем, что принцип пропорциональности имеет германское происхождение, а соответствующая государственно-правовая догматика в последнее время начинает использоваться при анализе практики ЕСПЧ<sup>55</sup>. Вместе с тем в недавней обстоятельной работе датского юриста Й. Кристофферсена, прямо посвящённой данной теме, утверждается, что «принцип пропорциональности по ЕКПЧ не совпадает с немецким правом, а германская доктрина конституционного права не может быть перенесена на ЕКПЧ»<sup>56</sup>. Подобная позиция может быть отчасти объяснена неприятием излишнего формализма и схематичности, свойственной германскому правоведению, а также тем, что методика принятия решений ЕСПЧ в большей мере основывается на англосаксонских традициях судейства. Судья в общем праве по определению более свободен от заданных схем и алгоритмов. Однако в действительности тест ЕСПЧ практически полностью повторяет немецкую модель, хотя и не всегда последовательно. Поскольку отдельные элементы пропорциональности в германском праве разработаны наиболее обстоятельно, заимствование таких разработок просто выступает удобной для автора настоящей статьи схемой анализа рассматриваемого решения.

По устоявшемуся мнению германской государственной доктрины пропорциональность в широком смысле включает три основных элемента: пригодность, необходимость и соразмерность в узком смысле. Кроме того, достаточно часто в качестве самостоятельного элемента или предпосылки анализа пропорциональности рассматривается категория «легитимной цели» (от немец. — *legitimer Zweck*, от англ. — *legitimate aim*), которая активно применяется в практике ЕСПЧ.

### Легитимность целей лишения заключённых избирательных прав, российские пенитенциарные традиции и социальные предрассудки в отношении заключённых

Первый элемент теста пропорциональности предполагает доказательство Правительством наличия целей, которые бы оправдывали ограничения соответствующих конвенционных прав. Затем ЕСПЧ выясняет, насколько такие цели легитимны, то есть служат ли они достижению действительно важных и значимых публичных ценностей. Нормативной основой данного требования выступает статья 18 ЕКПЧ, согласно которой «ограничения, допускаемые в настоящей Конвенции в отношении указанных прав и свобод, не должны применяться для иных целей, нежели те, для которых они были предусмотрены». В статье 3 Протокола № 1 эксплицитно отсутствуют релевантные предписания в отличие от большинства статей ЕКПЧ, закрепляющих либо общие<sup>57</sup>, либо конкретные<sup>58</sup> цели ограничения конвенционных прав. Именно отсутствие в статье 3 Протокола № 1 позитивно сформулированных целей обусловило уже устоявшуюся позицию ЕСПЧ о том, что при ограничении избирательных прав государства пользуются значительно более широкой свободой усмотрения в установлении таких целей по сравнению с другими положениями ЕКПЧ (п. 88, 94). Основываясь на данной позиции, Правительство назвало в несколько целей рассматриваемого конституционного запрета (п. 88–90). При этом ЕСПЧ, не анализируя подробно все из них, признал совместимыми со статьёй 3 Протокола № 1 цели «повышения ответственности граждан и уважение к верховенству права и

Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag / Hrsg. von P. Badura, R. Scholz. München, 1993. S. 165–175; *Ress G.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht // *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen* / H. Kutscher, G. Ress u. a. (mitverf.). Heidelberg, 1985. S. 5–51.

<sup>55</sup> См.: *Grabenwarter Ch.* Europäische Menschenrechtskonvention / Ch. Grabenwarter, K. Pabel. München, 2012. S. 112–134; *Peters A.* Europäische Menschenrechtskonvention / A. Peters, T. Altwicker. München, 2012. S. 14–36.

<sup>56</sup> См.: *Christoffersen J.* Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. Leiden, Boston, 2009. P. 34–35.

<sup>57</sup> В качестве наиболее общей цели чаще всего используется категория «необходимость в демократическом обществе» (ст. 6, 8–11, ст. 1 Протокола № 1, ст. 2 Протокола № 4, ст. 2 Протокола № 7).

<sup>58</sup> Отдельные конвенционные права предусматривают разнообразные цели, в том числе категории «национальная безопасность» (ч. 1. ст. 6, ч. 2 ст. 8, ч. 2 ст. 9, ч. 2 ст. 10, ч. 2 ст. 11, ч. 3 ст. 2 Протокола № 4); «общественный порядок» (ч. 1. ст. 6, ч. 2 ст. 8, ч. 2 ст. 9, ч. 2 ст. 10, ч. 2 ст. 11, ч. 3 ст. 2 Протокола № 4); «здоровье» (ч. 2 ст. 8, ч. 2 ст. 9, ч. 2 ст. 10, ч. 2 ст. 11, ч. 3 ст. 2 Протокола № 4); «нравственность» (ч. 1. ст. 6, ч. 2 ст. 8, ч. 2 ст. 9, ч. 2 ст. 10, ч. 2 ст. 11, ч. 3 ст. 2 Протокола № 4); «права других лиц» (ч. 1. ст. 6, ч. 2 ст. 8, ч. 2 ст. 9, ч. 2 ст. 10, ч. 2 ст. 11, ч. 3 ст. 2 Протокола № 4); «экономическое благосостояние страны» (ч. 2 ст. 8); «территориальная целостность» (ч. 2 ст. 10); «интересы правосудия» (ч. 1. ст. 6, ч. 2 ст. 10) и др.

гарантирования надлежавшего функционирования интересов гражданского общества и демократического режима» (п. 102).

Доказательство легитимности цели в процессе судопроизводства в ЕСПЧ, как и в национальных судах, обычно не вызывает затруднения для представителей государственной власти. Исключение составляют совсем вопиющие случаи, которые выявляются крайне редко. Таким примером выступает постановление от 19 мая 2004 года по делу «Гусинский против России», в котором ЕСПЧ установил в качестве нелегитимной цели ограничения права на личную неприкосновенность (ст. 5 ЕКПЧ) приобретение государством принадлежащей заявителю частной компании. Как указал ЕСПЧ, «уголовное разбирательство и содержание под стражей не предназначены для использования при ведении переговоров коммерческого характера... преследование в отношении заявителя использовались для того, чтобы запугать его»<sup>59</sup>. Чаще всего заявителям подобные факты доказать не удается, если только суды при оценке легитимности целей не используют технику выявления скрытых или дискриминационных мотивов. Такая судебская техника получила в американском конституционализме применительно к ненадлежащим или ошибочным мотивам законодателя образное название «выкуривание» [англ. — *smoke out*]<sup>60</sup>.

Рассматриваемое дело служит примером подобной методики выявления нарушения требований легитимности цели, когда ограничения конвенционных прав вызваны не важными общественными потребностями, а скорее социальными предрассудками. В этой связи интерес представляет оценка ЕСПЧ исторического аргумента Правительства об использовании обжалуемого конституционного ценза со ссылкой на традицию пенитенциарной системы России, существующей с начала XIX века. Такой исторический способ

толкования конвенционных прав выглядит если не известными славянофильскими суждениями о географической протяженности и особом российском климате как аргументы в деле *Кормачевой* о больших расстояниях и холодных зимах<sup>61</sup>, то здесь явно прослеживаются остатки ещё недавно господствующей в российской политической элите концепции «суверенной» демократии. Ссылаясь на возможные особенности исторического развития, культурного многообразия и политических взглядов в рамках Европы, российские власти попытались обосновать конституционный запрет голосования осуждённым соответствием специфическому демократическому видению России.

Действительно, избирательный ценз в отношении осуждённых имеет давнюю традицию в истории российского конституционализма. Уже первые две советские конституции закрепляли положение о том, что «не избирают и не могут быть избранными... лица, осуждённые за корыстные и порочащие преступления на срок, установленный законом или судебным приговором»<sup>62</sup>. Похожая норма сохранялась и в «сталинской» Конституции РСФСР от 21 января 1937 года, в статье 139 которой определяла исключение из принципа всеобщих выборы депутатов в отношении «лиц, осуждённых судом с лишением избирательных прав»<sup>63</sup>. «Брежневская» Конституция (Основной закон) РСФСР от 12 апреля 1978 года<sup>64</sup> в первоначальной редакции вовсе не имела каких-либо избирательных цензов в отношении заключённых, а лишь в конце 1991 года в статье 92 появился запрет участвовать в выборах лицам, отбывающим наказание в местах лишения свободы по приговору суда<sup>65</sup>. Как видно первые две советские конституции связывали лишение избирательных прав только с особыми категориями преступлений и лишь последующие акты закрепляли полный запрет заключённым голосовать. При внимательном рассмот-

<sup>59</sup> Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2005. № 2. С. 60–76.

<sup>60</sup> См.: *Bhagwati A. Purpose scrutiny in constitutional analysis* // California Law Review. 1997. Vol. 85. P. 297–369.

<sup>61</sup> См.: Постановление ЕСПЧ от 29 января 2004 года по делу «Кормачева [Kormacheva] против России», жалоба № 53084/99 (п. 49) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2006. № 8. С. 5–14.

<sup>62</sup> Конституция (Основной Закон) РСФСР от 10 июля 1918 года (п. «ж» ст. 65) // Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 51. Ст. 582; Конституция РСФСР от 11 мая 1925 года (п. «ж» ст. 69) // Собрание узаконений РСФСР. 1925. № 30. Ст. 218.

<sup>63</sup> См.: Хрестоматия по истории государства и права России / Сост. Ю. П. Титов. М., 1997. С. 357–374.

<sup>64</sup> Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1978. № 15. Ст. 407.

<sup>65</sup> Закон РСФСР от 1 ноября 1991 года № 1827-1 «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) РСФСР» // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 45. Ст. 1497.

рени даже нормативная основа аргумента о пенитенциарных традициях оказывается нечёткой.

ЕСЧП не согласился с указанными историческими доводами российских властей, повторив позицию о недопустимости сохранения представлений об избирательных правах в качестве привилегии и о существовании в демократическом государстве XXI века презумпции универсальности выборов. Кроме того, по мнению ЕСПЧ «в свете новейшей пенитенциарной политики и современных стандартов прав человека, веские и убедительные доводы должны быть выдвинуты для дальнейшего обоснования сохранения такого универсального ограничения избирательных прав заключённых» (п. 103). Для лучшего понимания этой оценки ЕСПЧ можно дополнительно привести характеристику общих принципов статуса заключённых: «не может даже ставиться вопрос о лишении заключённых их конвенционных прав только вследствие своего статуса как лица, заключённого под стражу по приговору суда за совершение какого-либо преступления. В системе Конвенции, которая признаёт в качестве признаков демократического общества терпимость и открытость взглядов, нет также места и автоматическому лишению избирательных прав, основанному исключительно на том, что это может противоречить общественному мнению» (п. 97). В данном случае ЕСПЧ недвусмысленно высказался о сохраняющихся в России предрассудках о целях пенитенциарной политики и господствующем консервативном общественном мнении в отношении заключённых. Такая оценка легитимности целей рассматриваемых ограничений конвенционных прав может показаться выходя-

щей за рамки субсидиарности юрисдикции ЕСПЧ и в некотором смысле его «прогрессорством». Однако не в области ли социально-психологических предрассудков и предрассудков лежат мотивы федерального законодателя, принявшего за последнее время несколько спорных законов, ограничивающих права отдельных социальных групп? Среди наиболее одиозных из них — «комендантский час» для детей<sup>66</sup>, запрет усыновления российских детей американскими гражданами<sup>67</sup>, запрет пропаганды гомосексуализма<sup>68</sup> и т.д. Оставляя вопрос о дискриминационном характере этих законодательных решений органам конституционного контроля, с уверенностью можно утверждать наличие глубоко укоренившихся в российском обществе стереотипов и предрассудков о представителях соответствующих социальных групп. При этом по данным социальной психологии, дискриминационное поведение выступает закономерной стадией развития стереотипов и предрассудков<sup>69</sup>.

На этом фоне возникает вопрос о возможном участии национальных и международных судов в предотвращении социальных стереотипов и предрассудков. Хорошей иллюстрацией такого участия выступает уже ставшее известным *дело Константина Маркина*, которое касалось права военнослужащего на отпуск по уходу за ребёнком и породило достаточно резкую критику<sup>70</sup>. Конституционный Суд РФ в определении от 15 января 2009 года № 187-О-О отклонил жалобу Маркина, аргументировав его особой связанной с материнством социальной ролью женщины в обществе<sup>71</sup>. Одновременно в этом же самом деле первоначально Палата<sup>72</sup>, а затем и Большая Палата ЕСПЧ<sup>73</sup>

<sup>66</sup> См.: Федеральный закон от 28 апреля 2009 года № 71-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об основных гарантиях прав ребёнка в Российской Федерации”» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 18 (ч. 1). Ст. 2151.

<sup>67</sup> См.: Федеральный закон от 28 декабря 2012 года № 272-ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7597.

<sup>68</sup> См.: Федеральный закон от 29 июня 2013 года № 135-ФЗ «О внесении изменений в статью 5 Федерального закона “О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию” и отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях защиты детей от информации, пропагандирующей отрицание традиционных семейных ценностей» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 26. Ст. 3208.

<sup>69</sup> См.: Whitley B. E. The psychology of prejudice and discrimination / B. E. Whitley Jr., M. E. Kite. Belmont, CA, 2010. P. 13.

<sup>70</sup> См.: Зорькин В. Предел уступчивости // Российская газета. 2010. 29 октября.

<sup>71</sup> Документ опубликован не был. Доступ из справочной правовой системы «Консультант плюс».

<sup>72</sup> См.: Постановление от 7 октября 2010 года по делу «Константин Маркин [Konstantin Markin] против России», жалоба № 30078/06 // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2011. № 4.

<sup>73</sup> Постановление от 22 марта 2012 года по делу «Константин Маркин [Konstantin Markin] против Российской Федерации», жалоба № 30078/06 // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2012. № 6.

вынесли прямо противоположные решения. В последнем решении было подчёркнуто, что «гендерные стереотипы, такие как восприятие женщин как основных лиц, осуществляющих уход за детьми, а мужчин как основных кормильцев в семье, не могут сами по себе являться достаточным оправданием для различий в обращении, так же как и аналогичных стереотипов, основанных на расе, происхождении, цвете кожи и сексуальной ориентации» (п. 143). Данную позицию можно дополнить ссылкой на существующие в обществе стереотипы и предрассудки в отношении заключённых. Таким образом, отсутствие весомых оснований или настоятельных общественных потребностей, а также существующие в российском обществе социальные стереотипы и предрассудки в отношении заключённых не позволяют сделать вывод о соблюдении требования легитимности цели ограничения их избирательных прав. Несмотря на то, что ЕСПЧ установил нарушение в рассматриваемом деле первого элемента пропорциональности, что происходит достаточно редко, им была продолжена оценка следующего требования — пригодности. Это было связано и с тем, что часть целей ограничения конвенционных прав заключённых была признана вполне легитимной.

### **Пригодность лишения избирательных прав заключённых (тест рациональности)**

Требование *пригодности* соблюдается тогда, когда установленные национальными властями средства, ограничивающие конвенционные права, действительно способны достигать желаемых публично значимых целей. Между таким средством и целью должна быть разумная связь. Поэтому данный элемент принципа пропорциональности в канад-

ском конституционализме определяется как тест рациональной связи [англ. — *rational connection*]<sup>74</sup>, а в английском праве используется аналогичная доктрина «неразумности Воднесбери» [англ. — *Wednesbury unreasonableness*], названная исходя из наименования ответчика в деле<sup>75</sup>.

В рассматриваемом деле ЕСПЧ не установил наличия абсурдности в духе решения по жалобам близняшек Смирновых, которых российский следователь пытался различать в ходе следствия, приобщив к уголовному делу паспорт одной из сестер<sup>76</sup>. Вместе с тем ЕСПЧ предпринял попытку установить изъяны в рациональности средств, ограничивающих конвенционные права заявителей на выборы. В своих выводах в этой части ЕСПЧ опирался на толкование статьи 25 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года<sup>77</sup>, закрепляющей право на участие в ведении государственных дел и право голосовать. Согласно пункту 14 Замечаний общего порядка № 25, принятых Комитетом по правам человека, государства «должны перечислить и разъяснить законодательные положения, лишающие граждан права голоса. Причины этого должны быть объективными и обоснованными»<sup>78</sup>. Похожее толкование Комитет по правам человека дал в Соображениях от 9 мая 2011 года по делу «Денис Евдокимов и Артём Резанов против Российской Федерации», сообщение № 1410/2005<sup>79</sup>, указав, что «государство-участник, чьё законодательство предусматривает безоговорочное лишение избирательного права любого лица, приговорённого к тюремному заключению на определённый срок, не приводит никаких аргументов в обоснование того, каким образом, установленные в данном конкретном случае ограничения отвечают предусмотренному Пактом критерию обоснованности [англ. —

<sup>74</sup> См.: *Grimm D.* Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence // *University of Toronto Law Journal.* 2007. Vol. 57. № 2. P. 387.

<sup>75</sup> См.: England and Wales Court of Appeal [Civil Division]. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation.* Judgment of Royal Courts of Justice from 10 November 1947 // England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. 1947. 1. URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.html> (дата обращения: 01.09.2013).

<sup>76</sup> См.: European Court of Human Rights. *Smirnova v. Russia.* Case Nos. 46133/99, 48183/99 (P.92). Judgment of 24 July 2003. Перевод данного постановления см.: Журнал российского права. 2004. № 6. С. 108—124.

<sup>77</sup> См.: Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. Ст. 291.

<sup>78</sup> См.: Международные договоры по правам человека. Т. I. Подборка замечаний общего порядка и общих рекомендаций, принятых договорными органами по правам человека. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I). 2008. С. 279.

<sup>79</sup> См.: Официальный сайт Управления Верховного комиссара по правам человека ООН. URL: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CCPR/C/101/D/1410/2005&Lang=R> (дата обращения: 01.09.2013).

*reasonableness*]} (п. 7.5). Основываясь на таком толкование ЕСПЧ, повторил свою устоявшуюся позицию, что применительно к лишению избирательных прав «принцип пропорциональности требует явной и достаточной связи между санкцией, обстоятельствами и поведением конкретного лица» (п. 97). В результате этого, подчеркнув особо об отсутствии намерения создавать общих принципов в этой сфере (п. 107), ЕСПЧ не согласился с конкретным доводом Правительства об учёте всех фактических обстоятельств при лишении конкретных заключённых избирательных прав. Не доказанной считает ЕСПЧ возможность российских судов «делать какую-либо реалистическую оценку пропорциональности лишения избирательных прав в свете особых обстоятельств каждого дела. Поэтому не очевидно и не подкрепляется фактами то, что для суда, решившего в приговоре пригодным лишение свобод, существует какая-либо непосредственная связь между фактами каждого конкретного дела и лишением права голосовать» (п. 106). В результате, от Правительства потребуются нахождение такой рациональной связи между лишением конкретного заключённого избирательных прав и достижением выдвинутых им публичных целей. Это возможно в результате выбора иных альтернативных и менее обременительных с точки зрения ценности конвенционных прав средств, то есть при применении следующим элементам теста пропорциональности. Хотя часто в случае определения непригодности ограничивающего конвенционное право средства для ЕСПЧ дальнейшая проверка пропорциональности может не потребоваться.

### **Необходимость лишения избирательных прав заключённых и оценка альтернативных, менее обременительных для них средств**

Использование пригодного средства, ограничивающего конвенционное право, недопустимо в случае нарушения требования *необходимости*. Данный элемент пропорциональности заключается в том, что для достижения легитимной цели даже при наличии

пригодных средств ЕСПЧ может предложить менее обременительные средства [англ. — *less restrictive means*]<sup>80</sup>. Такие альтернативные средства должны быть менее обременительными для носителей соответствующих конвенционных прав. В рассматриваемом деле признание в национальном законодательстве избирательных прав хоть какой-то категории заключённых явно будет более гуманной и менее обременительной мерой по сравнению с установленным для них в Конституции РФ полным и автоматическим запретом голосовать.

Хорошей попыткой со стороны Правительства применить требование необходимости можно считать его аргумент о том, что обжалуемое заявителями лишение избирательных прав «применялось строго на период тюремного заключения и снималось, как только соответствующее лицо освобождалось из мест лишения свободы» (п. 91). К сожалению, данное обстоятельство не получило должной оценки со стороны ЕСПЧ. В то же время ЕСПЧ не согласился с аргументом Правительства о незначительности числа заключённых, лишённых избирательных прав и отсутствии серьёзного влияния на свободное волеизъявление российского народа в целом. Такой вывод основывался на отсутствии у российских властей доказательств соответствующих фактов: «Правительство не предоставило никаких чисел, иллюстрирующих это утверждение, в то время как, по данным заявителей, часть из 734 300 заключённых — само число не оспаривалась властями — были лишены избирательных прав». По мнению ЕСПЧ такое высокое число и указанная мера не могут считаться в действительности незначительными (п. 104).

Проверяя соблюдение требования необходимости, ЕСПЧ часто предлагает альтернативные варианты ограничивающих основные права средств, которые менее обременительны. В рассматриваемом деле со ссылкой на зарубежную практику фактически российским властям был предположен вариант соблюдения принципа соразмерности с точки зрения возможного выбора альтернативных средств, ограничивающих избирательные права заключённых. ЕСПЧ отметил, что «в

<sup>80</sup> См.: Sykes A. O. The Least Restrictive Means // The University of Chicago Law Review. 2003. Vol. 70. № 1. P. 403–419.

Италии лишение избирательных прав применяется только в отношении определённых преступлений против государства или судебной системы или преступлений, наказываемых лишением свободы на срок от трёх лет и более, и, что эти обстоятельства учитываются судами при вынесении особенно суровых приговоров» (п. 100).

В целом требование минимально обременительного средства обращено к внутригосударственному законодателю, который в процессе правового регулирования может избрать предложенный ЕСПЧ вариант, наиболее приемлемый с точки зрения обеспечения конвенционных прав. В силу субсидиарной роли ЕСПЧ не должен подменять внутренние органы в оценке минимальности обременения конвенционных прав. Следуя логике судебской сдержанности, ЕСПЧ указывает на то, что применительно к соблюдению статьи 3 Протокола № 1 в России именно «государство может решить оставить ли его судам для определения пропорциональности мер, ограничивающих избирательные права заключённых, или инкорпорировать нормы в законы, определяющие обстоятельства, в которых эти меры должны применяться» (п. 107).

В этом отношении требование необходимости связано с вопросом судебского правотворчества и возможного вмешательства ЕСПЧ в компетенцию национальных политических органов, в первую очередь законодателя. Установление в тексте решений ЕСПЧ альтернативных менее обременительных средств фактически приводит не только к негативному, но также и к позитивному судебскому нормотворчеству. Вместе с тем, нельзя не согласиться с мнением о том, что «пропорциональность не превращает государственных служащих в роботов, а судей в государственных служащих. Она не предопределяет, что есть только одна мера, которая может быть предпринята, одна преследуемая цель или средство ее достижения. Суд не исполняет роль первичного лица, принимающего решение, с функцией формирования политики или предусматривающей льготы»<sup>81</sup>. Более жёсткий вариант давления на государства могут себе позволить, пожалуй, только междуна-

родные «политические» органы. Так, в Резолюции Парламентской Ассамблеи Совета Европы от 24 июня 2005 года № 1459 (2005) «Об устранении ограничений на право голоса» со ссылкой на прецедентную практику ЕСПЧ содержится директивное указание о том, что «национальным парламентам следует пересмотреть существующие ограничения и определить, действительно ли они всё ещё направлены на достижение законной цели и не являются произвольными или непропорциональными» (п. 8)<sup>82</sup>. На этом фоне предлагаемые ЕСПЧ альтернативные меры и иные содержащиеся в его решениях указания на менее обременительные правовые средства носят достаточно мягкий характер. Кроме того, у государств-участников ЕКПЧ остаётся свобода усмотрения по имплементации в рамках предложенных ЕСПЧ мер. На этот момент обращает внимание ЕСПЧ, который применительно к доводам Правительства об особо сложной процедуре изменения Конституции РФ, подчеркнул, что «именно соответствующее государство... выбирает средства, которые должны быть использованы в его внутригосударственном правовом порядке с тем, чтобы освободиться от обязательств по статье 46 ЕКПЧ... существуют различные подходы к решению вопроса об избирательных правах заключённых. В настоящем деле он остаётся открытым для государства-ответчика, чтобы избрать из всех возможных способов в этом отношении и решить, может ли быть их соответствие со статьёй 3 Протокола № 1 достигнуто посредством определённой формы политического процесса или толкования российской Конституции компетентными органами — в соответствии с Конвенцией так, чтобы согласовать их действие и избежать любого конфликта между ними» (п. 111).

Данная позиция ЕСПЧ обращает внимание на возможность использования определённых способов толкования, применяемых в конституционной доктрине и судебной практике ряда государств. Ещё в 1804 году Верховным Судом США был выработан способ толкования взаимодействия международного и национального права, известный по названию фигурировавшего в деле судна

<sup>81</sup> *Fordham M. Identifying the Principles of Proportionality / M. Fordham, T. de la Mare // Understanding Human Rights Principles / Eds. J. Jowell and J. Cooper. Oxford and Portland, Oregon, 2001. P.28.*

<sup>82</sup> См.: URL: <http://www.sudrf.ru/index.php?id=346&res=87> (дата обращения: 01.09.2013).

как канон Очаровательной Бетси [англ. — "*Charming Betsy*" Canon]: «Также необходимо отметить, что акт Конгресса никогда не должен толковаться так, чтобы нарушить международное право, если остаётся какая-либо иная возможная конструкция...»<sup>83</sup>. В континентальной правовой традиции используется похожий способ «согласующегося толкования» [англ. — *consistent interpretation*]<sup>84</sup> или «конституционно-конформного толкования»<sup>85</sup>. Примером нормативного закрепления такого способа толкования служит Конституция Южно-Африканской Республики, в соответствии со статьёй 233 которой, «каждый суд должен отдать предпочтение любому разумному толкованию законодательства, которое согласуется с международным правом, по сравнению с любым альтернативным толкованием, которое противоречит международному праву»<sup>86</sup>. Использование похожего согласованного толкования Конституционным Судом РФ, не только сможет снять конфликт между международным договором и Конституцией РФ, но и позволит установить баланс противоречащих друг публичных ценностей и конвенционных прав, а это обращает внимание на следующий элемент пропорциональности.

### **Баланс публичных целей и избирательных прав заключённых (пропорциональность в узком смысле)**

Последним элементом рассматриваемого теста выступает *сбалансированность* или пропорциональность в узком смысле. В отличие от предыдущих элементов данное требование предполагает не столько оценку средств, сколько выяснение веса конфликтующих ценностей — конвенционных прав и публичных интересов.

В качестве общего принципа ЕСПЧ придаёт особое значение избирательным правам в общей шкале конвенционных ценностей. Эта мысль отчётливо прослеживается в по-

становлении ЕСПЧ от 2 марта 1987 года «*Матье-Мозн [Mathieu-Mohin] и Клерфейт [Clerfayt] против Бельгии*»: «В соответствии с преамбулой Конвенции сохранение основных свобод «основано по существу на подлинно демократическом режиме... Закрепляя характерный принцип такого режима, статья 3 Протокола № 1 приобретает в системе Конвенции большое значение» (п. 47)<sup>87</sup>. В рассматриваемом деле, ЕСПЧ, характеризуя избирательные права в качестве «жизненно важных конвенционных прав» (п. 99), также повторил свою правовую позицию о том, что они являются «решающими для формирования и обеспечения основ эффективной и действительной демократической государственности, функционирующей на основе верховенства права» (п. 94). Значительный вес, придаваемый ЕСПЧ избирательным правам как важнейшему условию существования современных демократий, предопределил формирование правовой позиции о заведомо низком весе аргументов властей по поводу публичных ценностей, оправдывающих ограничения. Вместе с тем требуется отграничивать такой результат применения принципа пропорциональности от взвешивания *ad hoc*.

Сбалансированность как структурный элемент теста пропорциональности фактически представляет собой приём юридической техники, применяемый ЕСПЧ в процессе достижения баланса индивидуальных и публичных интересов. В этой связи Правительство подчеркнуло «необходимость достижения баланса между публичными интересами иметь добросовестных и законопослушных граждан в качестве представителей общественности и частными интересами определённых категорий лиц, исключённых законом из избирательного процесса» (п. 89). Вместе с тем достижение такого баланса предполагает выбор внутренним законодателем таких средств и способов правового регулирования, которые

<sup>83</sup> *Alexander Murray vs. The Schooner Charming Betsy* // United States Reports / Ed. by. William Cranch. Vol. 6. P.64. URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/6/64/> (дата обращения: 01.09.2013).

<sup>84</sup> См.: *Betlem G. The Doctrine of Consistent Interpretation — Managing Legal Uncertainty* // Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 22. № 3. P.397—418.

<sup>85</sup> См.: *Хесце К. Основы конституционного права* ФРГ. М., 1981. С. 54—57.

<sup>86</sup> Constitution of the Republic of South Africa, adopted on 8 May 1996 (as amended by Constitution Seventeenth Amendment Act, from 1 February 2013) // Веб-сайт Электронного правительства Южной Африки [The South Africa Government Online website]. URL: <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm> (дата обращения: 01.09.2013).

<sup>87</sup> См.: Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. М., 2000. С. 532—540; *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* — 113 (2.3.87).

бы отвечали по возможности каждой из конфликтующих ценностей. Например, законодатель мог бы достичь такого баланса, предоставив какой-то ограниченной группе заключённых право голосовать, исключая одновременно опасных правонарушителей из процесса принятия политических решений.

В данном случае речь идёт о необходимости не просто баланса, а практического согласования [нем. — *Praktische Konkordanz*<sup>88</sup>] конфликтующих ценностей, которое чаще всего происходит посредством установления в законодательстве либо при разрешении конкретного судебного дела разнообразных мер встречного возмещения — например, стимулирования или компенсации. Можно согласиться с профессором Регенсбургского университета Г. Мансеном, по мнению которого для соблюдения принципа соразмерности «особенно интенсивные вмешательства при известных условиях должны уравниваться через правила перехода, освобождения, исключения обременений или посредством компенсации»<sup>89</sup>.

Принятое ЕСПЧ решение не присуждать заявителям как формально победившей стороне компенсации материального вреда служит свидетельством попытки со стороны ЕСПЧ согласовать конфликтующие индивидуальные и публичные ценности. ЕСПЧ ограничился лишь признанием нарушения, что само по себе представляет достаточную справедливую сатисфакцию заявителям (п. 122). Гипотетически такое решение могло быть связано с тяжестью преступлений, за совершение которых были осуждены заявители. Соответственно в случае признания факта нарушения конвенционных прав представителями национальных властей существует вероятность предотвращения присуждения ЕСПЧ компенсации вреда заявителю. По крайней мере, в рассматриваемом деле подобная позиция европейских судей в отношении избирательных прав заключённых исключает большое число дел — «клонов» из России.

## Выводы

Таким образом, абстрактность европейских стандартов конвенционных избирательных прав предопределяет обязательность их толкования и конкретизации ЕСПЧ. При этом международные судьи не претендуют на исчерпывающее формулирование таких стандартов, схематично очерчивая лишь минимально необходимые и наиболее существенные черты нормативного содержания соответствующих конвенционных прав. Одновременно реализуя суверенные прерогативы по соблюдению международно-правовых норм, национальные власти могут повышать, но не должны понижать уровень гарантий минимальных общепризнанных норм. Выявляемые международные обычные нормы в области выборов требуют достижения «европейского консенсуса» не только среди судей ЕСПЧ, но могут продвигаться «политическими» органами Совета Европы в рамках диалога с национальными правительствами. Замена нормативных вопросов соотношения ЕСПЧ с Конституцией РФ может способствовать внедрению теста пропорциональности, предполагающего взвешивание преследуемых национальными властями публичных целей и конвенционных прав. Применительно к избирательным правам заключённых, применение принципа пропорциональности помогает выявить существующие в российском обществе социальные стереотипы и предрассудки в отношении этой значительной категории российских граждан, указывая на необходимость модернизации российских пенитенциарных правил. Проанализировав требования пригодности и необходимости лишения избирательных прав заключённых, ЕСПЧ не только указал российским властям возможные способы такой модернизации, но и оставил выбор варианта законодательного или конституционно-судебного взвешивания конфликтующих индивидуальных и публичных интересов.

<sup>88</sup> См.: Hesse K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg, 1999. S. 28.

<sup>89</sup> См.: Manssen G. Staatsrecht II. Gründrechte. München, 2012. S. 54.