

Лапаева Валентина Викторовна

главный научный сотрудник сектора теории права и
государства ИГП РАН, доктор юридических наук

**Проблема соотношения юридической силы
Конституции РФ и Европейской конвенции о защите прав человека и
основных свобод**

(по материалам дела «К.Маркин против России»)

Одним из ярких проявлений юридической глобализации в последние десятилетия являются процессы формирования наднационального правового регулирования, суть которого (в отличие от международно-правового и внутригосударственного регулирования) «заключается в том, что правовые нормы, установленные наднациональными органами, адресуются государствам – членам соответствующей организации, но вместе с тем непосредственно создают права и обязанности для частных лиц, находящихся под их юрисдикцией, которые могут ссылаться на них в национальных судах и наднациональных судебных органах»¹. Эти процессы не могут не сталкиваться с серьезными проблемами, особенно там, где они связаны с необходимостью гармонизации существенно разных правовых систем. Одним из наиболее заметных проблем такого рода, возникающих в правовом пространстве Совета Европы, является поиск концепции соотношения юридической силы Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенции) и национальных конституций.

Для России этот вопрос со всей актуальностью встал в связи с конфликтом толкований, возникшем между ЕСПЧ и Конституционным судом РФ по поводу дела кадрового военнослужащего российской армии Константина Маркина, обратившегося с жалобой на дискриминацию по признаку пола в связи с отказом предоставить ему трехгодичный отпуск по уходу за ребенком наравне с женщинами-военнослужащими. Конституционный Суд РФ отказал К.Маркину в принятии его дела к рассмотрению, а Европейский Суд², рассмотревший это дело на заседании Палаты, признал наличие здесь дискриминации.

До недавнего времени казалось, что в вопросе о соотношении российской Конституции и в Конвенции нет сколько-нибудь серьезной теоретической проблемы. Ведь и в Конституции, и Конвенции «закреплен, по сути дела, совпадающий каталог основных

¹ Варламова Н.В. Универсализация социального порядка и гармонизация правового регулирования в условиях глобализации // Вестник Российского университета дружбы народов. 2007. № 4. С. 16. Подробнее о феномене надгосударственности см.: Моисеев А.А. Надгосударственность в современном международном праве. М. 2007.

² Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Konstantin Markin v. Russia» (Жалоба № 30078/06) от 7 октября 2010 года // EuropeanCourt.ru.

прав и свобод»³. Кроме того, в отечественной конституционно-правовой доктрине уже сложилась позиция, согласно которой в случае коллизии между международным договором Российской Федерации и Конституцией РФ «действует правило о высшей юридической силе Конституции»⁴. Однако данная юридическая конструкция, общая идея которой вполне соответствует традиционной модели взаимодействия национальных правовых систем с системой международного права, все заметнее утрачивает свою безусловность с развитием наднационального правового регулирования. Так, хотя на пространстве Совета Европы «сложно найти пример прямого признания приоритета Конвенции над положениями национальной конституции», тем не менее здесь все в большей степени утверждается «особый подход к соотношению международного и национального права в области защиты прав человека», проявляющийся, в частности, в том, что «де-факто состоявшееся изменение миссии Европейского Суда (а также понимание им этой миссии) и его новая функция по осуществлению нормоконтроля были в целом приняты национальными правовыми системами»⁵. Очевидно, что само по себе наличие у ЕСПЧ такой функции не может время от времени не приводить к противоречиям между Конвенцией в ее трактовке ЕСПЧ и нормами национальных конституций в их интерпретации органами конституционного контроля. Легче всего сказать, что Европейский Суд проявляет здесь чрезмерный активизм и вторгается в сферу национального суверенитета. Однако подобный упрощенный взгляд на ситуацию не только не отвечает заинтересованности европейских государств в конструктивном взаимодействии при выработке общего правового мировоззрения, но главное – он не соответствует объективным тенденциям юридической глобализации, которые и привели к формированию в рамках международно-правового регулирования качественно нового – наднационального – типа регуляции. С позиций такого понимания ситуации объяснимо и отчасти оправдано стремление ЕСПЧ настаивать на приоритете норм Конвенции над нормами национальных конституций (хотя, как верно замечено, в явном виде ЕСПЧ это стремление пока не демонстрировал)⁶.

Формирующиеся на наших глазах правовые реалии глобализирующегося мира, которые все яростнее демонстрируют утверждение нового подхода к соотношению международного, национального и наднационального права в области защиты прав человека, заставляют по-новому взглянуть на тезис о приоритете Конституции РФ над международными договорами и прежде всего – о приоритете Конституции над Европейской конвенцией, особое положение которой в системе международных договоров Российской Федерации в последнее время становится все труднее отрицать. В настоящее время с этим тезисом, а также с вытекающей из него формулой «действие части 4 статьи

³ Зорькин В.Д. Диалог Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека в контексте конституционного правопорядка // ksrf.ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx.

⁴ Комментарий к Конституции российской Федерации / Под ред. Зорькина В.Д. М. 2011. С.163.

⁵ Филатова М.А. Страсбургский суд: есть ли путь между «суверенизмом» и «ативизмом» // Судья. 2011. №10. С.59-60.

⁶ Там же. С.59.

15 Конституции не распространяется на саму Конституцию»⁷ можно согласиться лишь с существенным уточнением: из смысла ст.2 Конституции РФ следует, что в части, касающейся прав человека, Конституция не имеет приоритета над Конвенцией. Это, впрочем, не означает, что Конвенция имеет приоритет над российской Конституцией. Государство, выполняя свою конституционную обязанность по признанию, соблюдению и защите прав и свобод человека и гражданина как приоритетной ценности, должно *ориентироваться на те правовые положения, закрепленные в его Конституции и (или) в Конвенции, которые гарантируют более высокий уровень обеспечения прав и свобод.* Эта формула и должна лежать в основе алгоритма решения конфликтов толкований норм о правах человека между национальными и наднациональными судами. Конечно, у государства всегда есть соблазн посчитать, что нормы национальной Конституции в интерпретации Конституционного Суда лучше обеспечивают права человека. Однако оно должно суметь доказать это не только своим гражданам, но и международному сообществу.

С позиций данного подхода дело Маркина интересно (можно, по-видимому, сказать – уникально) тем, что ЕСПЧ, осуществляя функцию нормоконтроля, опирался на такое решение конкретного правового вопроса, которое *не гарантировало более высокий уровень защиты прав человека по сравнению с Конституцией РФ.* Рассмотрим под этим углом зрения логику рассуждений ЕСПЧ, приведшую к выводу о наличии в деле Маркина дискриминации по признаку пола.

Прежде всего надо отметить, что при рассмотрении аналогичных дел ЕСПЧ исходит из того, что не всякое различие в обращении по признаку пола равнозначно нарушению ст.14 Конвенции. В соответствии с таким подходом в §43 Постановления ЕСПЧ по делу Маркина отмечается, что «различие в обращении является дискриминационным, если оно не имеет объективного и разумного обоснования; другими словами, если оно *не преследует правомерную цель или если отсутствует разумное отношение соразмерности между используемыми средствами и искомой целью* (курсив мой – В.Л.)»).

Рассматривая вопрос о том, существует ли объективное и разумное обоснование различия в обращении между мужчинами и женщинами в предоставлении им права на отпуск по уходу за ребенком, Суд прежде всего, счел необходимым удостовериться, есть ли объективное и разумное обоснование особого обращения с военнослужащими в деле предоставления им отпуска по уходу за ребенком. В данной связи он отметил, что хотя права военнослужащих могут быть ограничены в большей степени, чем это было бы допустимо для гражданских лиц в случаях, если существует реальная угроза

⁷ Туманов В.А. Избранное. М. 2010. С.510. Указанная формула, с которой автор полностью соглашается, цитируется им из работы: Конституционное право Российской Федерации: Сборник судебных решений. СПб. 1997. С.637.

боеспособности вооруженных сил (§52), однако «национальные власти не могут ссылаться на такие нормы для лишения смысла осуществления отдельными членами вооруженных сил своего права на уважение их семейной или личной жизни, которое применимо к военнослужащим в такой же мере, как и к другим лицам, находящимся под юрисдикцией государства» (§53).

Следующим шагом Суда была постановка вопроса о том, преследует ли ограничение права на отпуск по уходу за ребенком, установленное для военнослужащих мужского пола, правомерную цель. Согласившись с тем, что указанная в Определении Конституционного Суда цель такого ограничения - обеспечение боеспособности армии и, соответственно, защиты национальной безопасности - является легитимной (правомерной), Суд тем не менее подчеркнул, что данное обстоятельство «само по себе не придает легитимности особому обращению с военнослужащими мужского пола в том, что касается права на отпуск по уходу за ребенком», поскольку «необходимо удостовериться, существует ли разумное отношение соразмерности между используемыми средствами и преследуемой целью» (§55). Далее Суд отметил, что, оценивая соразмерность ограничения права мужчин-военнослужащих, необходимо «рассмотреть вопрос о том, подтверждается ли предполагаемый ущерб боеспособности армии "конкретными примерами"» (§56). И в последующем своем анализе Суд ограничился доказательством отсутствия надлежащего обоснования соразмерности между ограничением права мужчин-военнослужащих и целью обеспечения боеспособности армии. В этой связи в §56 Постановления Суд отметил, что в отказном Определении Конституционного Суда «нет никаких указаний на то, что проводилось какое-либо экспертное изучение или статистическое исследование для оценки числа военнослужащих, которые могли бы обратиться за предоставлением им отпуска по уходу за ребенком до достижения возраста трех лет в то или иное время и хотели бы сделать это» и, следовательно, Конституционный Суд основывал свое определение на чистом предположении, «не попытавшись оценить его истинность путем сверки со статистическими данными или взвешивания конфликтующих интересов поддержания боеспособности армии, с одной стороны, и защиты военнослужащих от дискриминации в сфере семейной жизни и учета наилучших интересов их детей, с другой». Кроме того, Европейский Суд посчитал, что «тот факт, что женщин в вооруженных силах меньше, чем мужчин, также не может служить обоснованием неравного обращения с последними в том, что касается предоставления права на отпуск по уходу за ребенком» (§58). А приведенные стороной-ответчиком ссылки на традиционное восприятие женщин как главных воспитателей детей Суд счел гендерными предрассудками, которые «не могут сами по себе представлять для Суда достаточное обоснование различия в обращении, во всяком случае большее, чем сходные предрассудки, касающиеся расы, происхождения, цвета кожи или сексуальной ориентации» (§58).

В целом можно сказать, что, делая вывод о наличии дискриминации мужчин-военнослужащих, Суд исходил из следующих двух обстоятельств: 1) признание того факта, что *«достижение равенства полов является сегодня одной из основных целей в государствах-членах Совета Европы, и что при приведении только очень весомых причин такое различие в обращении могло бы считаться совместимым с Конвенцией»* (§47); и 2) отсутствие в позиции стороны-ответчика надлежащего обоснования весомости причин для различия в обращении по отношению к военнослужащим разного пола. На основании изложенного Суд и пришел к выводу, что *«исключение военнослужащих - мужчин из числа лиц, имеющих право на отпуск по уходу за ребенком, тогда как военнослужащие - женщины имеют право на такой отпуск, не может считаться имеющим разумное и объективное обоснование»* и что это различие в обращении равнозначно дискриминации по признаку пола, нарушающей ст. 14 Конвенции в ее взаимосвязи со ст.8 (§59).

Если бы Европейский Суд ограничился тем, что признал право К.Маркина на отпуск и указал бы на *недостаточную обоснованность* позиции российского законодателя (а заодно и согласившегося с ним Конституционного Суда) в вопросе о предоставлении военнослужащим отпуска по уходу за ребенком, то логика его решения не вышла бы за изложенную выше логику судебного рассмотрения данного дела, суть которой сводится к следующему: не получив со стороны государства надлежащего обоснования соразмерности между ограничением права мужчин-военнослужащих и целью, Суд встал на сторону человека, т.е. заведомо более слабой стороны правового спора. В плоскости сугубо теоретического анализа проблемы можно было бы затем оспаривать содержательную сторону этого решения, однако отсутствие надлежащих теоретических аргументов, подкрепленных соответствующими фактическими данными, на момент принятия решения выводит это решение из-под критики. Но Европейский Суд, следуя сложившейся уже практике своей работы, рекомендовал российскому государству *«принять меры, под надзором Комитета министров, с целью внесения изменений в пункт 3 статьи 11 Закона "О статусе военнослужащих" и в Положение о порядке прохождения военной службы, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 16 сентября 1999 года № 1237, ... чтобы положить конец дискриминации в отношении военнослужащих мужского пола в том, что касается их права на отпуск по уходу за ребенком»* (§67). Однако в основе такого вывода, сделанного Судом в русле осуществления им функции нормоконтроля, должно было бы лежать не просто утверждение о том, что российская сторона-ответчик не представила Суду надлежащего обоснования своей позиции, а некие иные обстоятельства, подкрепляющие уверенность Суда в том, что и в реальности рассматриваемые законодательные нормы не отвечают требованию о *«разумном отношении соразмерности между используемыми средствами и искомой целью»*.

Таким обстоятельством для Суда является, например, неоднократный характер обращения с соответствующими жалобами по аналогичным делам, свидетельствующий о дисбалансе правового регулирования. Между тем в данном случае Суд сделал вывод о том, что российское законодательство «обнаруживает широко распространенную в правовом механизме проблему, касающуюся значительного числа людей» не в рамках так называемого пилотного решения, к которому он прибегает в последние годы, когда имеет дело с проблемами системного характера, а при рассмотрении частного, единичного случая⁸. Но главное даже не эта формальная сторона вопроса, требовавшая наличия хотя бы нескольких обращений с аналогичной жалобой. Гораздо важнее содержательная сторона, которая заключается в следующем. **Отсутствие в позиции стороны-ответчика надлежащего обоснования соразмерности между используемыми средствами и искомой целью вовсе не означает отсутствия самой соразмерности между средствами** (ограничением прав военнослужащих-мужчин) **и целью** (обеспечение боеготовности вооруженных сил), **доказательство которой необходимо для постановки вопроса о внесении изменений в законодательство** с целью предоставления отпуска всем мужчинам-военнослужащим.

Если под этим углом зрения вернуться к содержащемуся в Постановлении алгоритму выявления дискриминации, то мы увидим, что этот алгоритм включает в себя два разных уровня доказательства. «Различие в обращении, - говорится здесь, - является дискриминационным, если оно не имеет объективного и разумного обоснования; другими словами, если оно не преследует правомерную цель или если отсутствует разумное отношение соразмерности между используемыми средствами и искомой целью»⁹. При этом в первой части этой формулы сказано, что различие в обращении является дискриминационным, если оно не имеет надлежащего обоснования, а во второй части речь идет об отсутствии самой соразмерности между используемыми средствами и искомой целью. Более четко общий алгоритм выявления дискриминации, запрещенной ст. 14 Конвенции, содержится в следующей формуле Комиссии по правам человека, согласно которой процедура доказывания дискриминации включает в себя выявление обстоятельств, позволяющих судить о том, что: «(а) установлены факты, свидетельствующие о различном обращении; (b) данное различие в обращении не оправдано легитимной целью, т.е. отсутствует объективное и разумное обоснование цели и результатов соответствующей меры; (c) отсутствует разумная соразмерность между

⁸ Таким образом, Суд отошел от присущего ему в целом стремления выстраивать защиту прав человека на основе «распределения компетенций между двумя уровнями суверенитета: национальным уровнем, на котором осуществляется исходный суверенитет государств, объединенных в Совет Европы, и на наднациональном уровне, в виде системы контроля, созданного Европейской Конвенцией по правам человека». - *De Salvia M. Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation?//Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal. Köln. 1998, p.373. Цит. По: Ковлер А.И. Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм. // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. №6. С.90.*

⁹ Перевод здесь и далее дан в версии, представленной начальником Управления международных связей, изучения и обобщения зарубежной практики конституционного контроля Конституционного суда РФ Пыриковым Е.Г. с участие М.А.Филатовой.

используемыми средствами и преследуемой целью»¹⁰. Но и здесь мы видим, что в п. (b) говорится об отсутствии *обоснования* различий в обращении с точки зрения цели и результатов, а в п. (c) - об отсутствии уже *самой соразмерности* между используемыми средствами и преследуемой целью.

На мой взгляд, это следует интерпретировать таким образом, что Суд дает возможность государству-ответчику при рассмотрении дела на заседании Палаты обосновать соразмерность ограничения прав человека; при отсутствии надлежащего обоснования Суд делает предварительный вывод о наличии дискриминации и предлагает государству-ответчику принять меры общего характера, имея в виду, что у государства есть возможность полнее обосновать свою позицию при рассмотрении дела в составе Большой палаты. Если государство-ответчик в установленный срок не обращается с просьбой о передаче дела на рассмотрение Большой Палаты, то это означает признание им того обстоятельства, что *отсутствие обоснования соразмерности ограничения права и преследуемой при этом цели равносильно наличию несоразмерности*. Именно наличие такой несоразмерности между ограничением права человека и преследуемой этим ограничением правомерной цели и обязывает государство принять меры общего характера. Если же государство-ответчик отрицает наличие такой несоразмерности, дело передается на рассмотрение Большой Палаты. Если и в этом случае государство не может привести надлежащие аргументы в пользу своей позиции, то у Суда появляются достаточные основания считать, что таких аргументов не существует в принципе.

Данная трактовка алгоритма выявления дискриминации в сложившейся практике работы Суда позволяет полнее учесть фактическое расширение компетенции Европейского Суда за счет включения в нее функции нормоконтроля. С учетом предложенной трактовки уже не вполне корректно продолжать говорить о том, что сформулированные Комиссией по правам человека показатели наличия дискриминации образуют кумулятивный критерий, согласно которому отсутствие одного из показателей «делает установление других излишним»¹¹. Очевидно, что если Суд предлагает государству-ответчику принять меры общего характера с целью внесения изменений в законы страны, он не может ограничиться лишь констатацией отсутствия *обоснования соразмерности* ограничения права человека. В этом случае Суд должен доступными ему средствами удостовериться в отсутствии *самой соразмерности* между ограничением прав человека и необходимостью достижения значимых для государства правомерных целей.

¹⁰ Eur. Commission H.R. Geillustreerde Pers N.V. v. the Netherlands, Report of 6 July 1976. DR. 1977. No. 8. P. 5 (14 - 15). Данные показатели не являются альтернативами, а образуют кумулятивный критерий дискриминации. Европейский Суд устанавливает наличие каждого из них последовательно и констатация отсутствия одного из них делает установление других излишним. - См.: *Van Dijk P., van Hoof G.J.H. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. The Hague, 1998. P. 723.* Цит. по: Варламова Принцип недискриминации в практике Европейского Суда по правам человека // Российское правосудие 2006, №3. С.70.

¹¹ *Van Dijk P., van Hoof G.J.H. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. The Hague, 1998. P. 723.* Цит. по: Варламова Принцип недискриминации в практике Европейского Суда по правам человека // Российское правосудие. 2006 № 3. С. 77.

В деле Маркина Европейский Суд ограничился констатацией недостаточной обоснованности позиции государства-ответчика и не предпринял усилий по анализу содержательной стороны дела, хотя единичный характер жалобы не давал оснований для уверенности в наличии несоразмерности между ограничением права человека и защищаемой при этом ценностью общего блага. При этом Суд отошел от неоднократно обозначаемой им позиции, согласно которой национальные государственные органы «в принципе находятся в лучшем положении, чем судьи международного суда, при оценке того, что является общественным интересом в экономическом и социальном плане»¹². Отчасти это, по-видимому, обусловлено тем, что над Судом довлела общее представление, согласно которому «достижение равенства полов является сегодня одной из основных целей в государствах - членах Совета Европы» (§47). При этом Суд недооценил то обстоятельство, что позиция Конституционного Суда РФ основана на более содержательной трактовке правового принципа равенства, соответствующей не только духу, но и букве Конституции РФ.

В этой связи я хочу обратить внимание на то, что в Европейской конвенции отсутствует норма, выражающая содержание принципа формального равенства, а в Конституции РФ такая норма есть: это ч.3 ст.17, согласно которой «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц»¹³. Именно эта конституционная формула является критерием для поиска такого баланса прав различных социальных групп (в данном случае женщин-военнослужащих и мужчин-военнослужащих), который гарантирует их равноправие по принципу «права одних лиц могут быть реализованы в той мере, в какой они не нарушают права других». Отсутствие содержательно сформулированного принципа равенства в Европейской конвенции вынудило Европейский Суд ввести в логику своих рассуждений понятие соразмерности между ограничением права человека и той целью, которая при этом преследовалась государством. При этом отличие Европейского Суда как правотворческого органа (а в данном случае Суд, по сути дела, выступает именно в такой ипостаси, поскольку предлагает рассматривать свое решение и лежащую в его основе правовую позицию в качестве источника права) от национального парламента, действующего в рамках своей Конституции, заключается в том, что Суд, опираясь исключительно на профессиональные знания юристов, ищет соразмерность между ограничением права человека и той правомерной целью, которая при этом преследуется, а парламент в рамках сложной системы процедур ищет баланс правомерных социальных интересов таким образом, чтобы реализация одних интересов не препятствовала реализации других, обеспечивая тем самым соответствие содержания законодательного решения правовому принципу формального равенства.

¹² §52 Постановления Европейского суда по правам человека от 12.04.2006 "дело "Стек (Stec) и другие против соединенного королевства" // lawmix.ru>abrolaw/4680.

¹³ Подробнее см. : *Нерсесянц В.С.* Философия права / Учебник для вузов. М. 2006. С.462-465.

Когда депутаты принимают закон, в котором пересекается целый комплекс сложнейших проблем – от национальной безопасности до гендерного равенства, – они учитывают очень большое число самых разных факторов, опираясь при этом на собственный жизненный и профессиональный опыт, позицию экспертов, мнение различных групп избирателей, статистическую, социологическую и иную информацию и т.д. Наиболее сложными при этом являются именно вопросы гендерного равенства и именно в части, касающейся предоставления законодательных преференций с целью компенсации фактически неравного положения одной из сторон. В решении вопросов такого рода у парламента как правотворческого органа есть существенные преимущества перед судом, потому что все процедуры и формирования, и функционирования парламента нацелены на то, чтобы полнее представить, выразить и согласовать интересы самых разных слоев населения. Работа парламента предполагает целую серию многоступенчатых договоренностей, в ходе которых осуществляется учет (причем, нередко на уровне интуиции, т.е. без четко выраженной рациональной аргументации) сложнейших нюансов национального менталитета и проявляется глубокое знание депутатами фактических особенностей бытовой стороны жизни своего народа. Суд не может, как правило (т.е. за редкими исключениями, имеющими характер не просто очевидных, но вопиющих нарушений гендерного равенства) поставить под сомнение результаты этой сложной работы по выправлению фактического гендерного неравенства, поскольку не обладает надлежащими инструментами для их проверки. Суд может лишь с учетом особенностей конкретной ситуации условно, т.е. применяя своего рода юридическую фикцию, посчитать необходимым приравнять мужчину к женщине (или наоборот) в части получения каких-то преференций и, руководствуясь этой *правовой* логикой, предложить законодателю закрепить соответствующие льготы для определенной группы мужчин или женщин. Но Суд не может в полной мере проверить социальную обусловленность самой законодательной преференции, т.е. выявить наличие того баланса социальных интересов, который лежит в основе принятия правового (соответствующего правовому принципу формального равенства) решения о предоставлении женщинам или мужчинам законодательных преференций в той или иной сфере отношений.

Сказанное, разумеется, относится только к демократически избранному парламенту, деятельность которого вписана в систему разделения властей в рамках правового государства. Думаю, что в рассматриваемом случае Европейский Суд, делая рекомендации в отношении российского законодательства, исходил из понимания того обстоятельства, что российский парламент не отвечает в должной мере названным требованиям. Однако как раз в данном случае, т.е. в вопросе о предоставлении женщинам-военнослужащим (в изъятие из общего правила) отпуска по уходу за ребенком, российский парламент занял правовую по своей сути позицию. Скорее всего, при принятии соответствующего законодательства депутатами в той или иной форме были учтены такие факторы, как численность женщин-военнослужащих, характер

выполняемой ими работы и т.п., а также специфика национального менталитета, все еще тяготеющего к патриархальным традициям, и особенности исторического развития страны, в силу которых в России основная нагрузка по воспитанию детей и обеспечению всей бытовой стороны жизни семьи почти целиком лежит на женщинах. Во всяком случае, в итоге мы имеем правовое, т.е. отвечающее принципу формального равенства, решение проблемы, которое в должной мере соответствует Конституции РФ.

В обоснование этого тезиса прежде всего необходимо отметить то обстоятельство, что для каждого, кто знает российскую ситуацию изнутри, совершенно ясно уже уровне здравого смысла, т.е. без привлечения каких-то специальных знаний, что если российское государство и будет, выполняя настойчивую рекомендацию Европейского Суда, выравнять правовой статус военнослужащих обоего пола, то только путем лишения женщин-военнослужащих законодательных преференций. В данном случае вопрос о том, насколько верным с правовой точки зрения будет такое решение (а ответ на него как раз и требует привлечения статистической и прочей специальной информации) не принципиален. Ясно это было и Конституционному Суду. Поэтому, принимая в порядке конституционного нормоконтроля отказное Определение по делу Маркина, Конституционный Суд исходил прежде всего из того, что в случае признания в деле Маркина дискриминации по признаку пола российское государство не пойдет на предоставление всем кадровым военнослужащим трехгодичного отпуска по уходу за ребенком (об этом вполне наглядно свидетельствует повышенная озабоченность решением Европейского суда по этому делу со стороны целого ряда российских властных инстанций, включая и Президента страны). А это значит, что женщины-военнослужащие (т.е. женщины, посвятившие себя традиционно мужской профессии) и их дети лишатся той дополнительной поддержки, на которую наше не слишком щедрое по отношению к женщинам и детям государство решило в данном случае пойти. При этом конституционность самой дополнительной поддержки названных социальных групп Конституционный Суд не ставил под сомнение, отчасти доверяя в этом сложном вопросе законодателю, но главное – руководствуясь положениями Конституции РФ.

Сошлюсь в этой связи на соображения, высказанные Председателем Конституционного Суда, к сожалению, уже после принятия Европейским судом решения по делу Маркина. Конституционный Суд, отметил В.Д.Зорькин, отвечая на упрек со стороны европейского коллег по поводу отсутствия в Определении Конституционного Суда данных экспертизы и статистики, не должен был заниматься анализом уровня боевой подготовки и численности «женского состава» вооруженных сил (это дело законодателя), для Суда «достаточно, что эта уступка законодателя в сторону женщин-военнослужащих, направленная на защиту интересов соответствующей группы детей, во-первых, отвечает, смыслу ст.38 Конституции, согласно которому государство гарантирует особую защиту материнства и детства, и, во-вторых, не ведет к нарушению прав других

социальных групп, что соответствует требованию ч.3 ст.17 Конституции»¹⁴. Системное толкование названных статей применительно к рассматриваемой проблеме, продолжил он, «позволяет сделать следующий вывод: если интересы какой-то группы детей могут быть защищены без ущерба интересов других лиц и конституционных ценностей общего блага, то из ч.1 ст.38 Конституции следует обязанность государства принять все возможные меры к такой защите»¹⁵. К этому можно добавить и соображения судьи Европейского Суда А.И.Ковлера, напомнившего о так называемой "позитивной дискриминации"¹⁶. Правда, в данном случае точнее говорить не о «позитивной дискриминации», а о доступной государству *компенсации* женщинам в лице небольшой группы женщин-военнослужащих, в привлечении которых к мужской профессии государство заинтересовано, тех дополнительных (по сравнению с мужчинами) бытовых и прочих семейных тягот, которые лежат на них в современном российском обществе, все еще не освободившемся от груза патриархальных традиций. А такие компенсации вполне укладываются как в то понятие недискриминации¹⁷, на которое ориентируется Европейский Суд, так и правовой принцип формального равенства в том смысле, какой придается ему российской Конституцией в ее интерпретации Конституционным судом РФ¹⁸.

Дело Маркина показало, что на практике возможны ситуации, когда Конституция РФ способна более полно, чем Европейская конвенция, гарантировать права человека и гражданина в Российской Федерации. А это означает, что юридическая конструкция, согласно которой в *деле защиты прав человека Конституция имеет приоритет перед Конвенцией в случаях, когда она полнее обеспечивает защиту этих прав*, имеет не только теоретическое, но и практическое значение¹⁹.

¹⁴ Зорькин В.Д. Диалог Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека в контексте конституционного правопорядка // News/Speech/Pages/ViewItem.aspx).

¹⁵ Там же.

¹⁶ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Konstantin Markin v. Russia» (Жалоба № 30078/06) от 7 октября 2010 г. // Особое мнение судьи А.Ковлера // EuropeanCourt.ru..

¹⁷ См., напр.: Постановление европейского суда по правам человека от 12.04.2006 "Дело "Стек и другие против соединенного королевства" // lawmix.ru>abrolaw/4680. Так, в §66 Постановления Европейский суд отметил, что «разница в возрасте выхода на пенсию для мужчин и женщин в Соединенном Королевстве изначально возникла в целях *компенсации* (курсив мой - В.Л.) недостатков экономического положения женщин. Она продолжала оправдывать себя на этом основании до того момента, как социальные и экономические изменения сделали неактуальным такое отношение к женщинам. Действия государства-ответчика по устранению неравенства в части их своевременности и методов не превысили предоставленную ему свободу усмотрения в этой области». Установление различий в возрасте выхода на пенсию для мужчин и для женщин, говорится в § 61, «должно было исправить "фактическое неравенство" между мужчиной и женщиной и, соответственно, было объективно оправдано в рамках статьи 14 Конвенции».

¹⁸ Подробнее см.: Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М. 2011. С.286-302.

¹⁹ Именно на такую правовую конструкцию, по сути дела, вышел в своих рассуждениях Председатель Федерального конституционного суда ФРГ Х.-Ю.Папир, комментируя решения германских судов по нашумевшему в свое время «делу Гергюлю» Поясняя позицию германского правосудия по данному вопросу, Ю.Папир сказал следующее: «Основной закон стремится включить Германию в правовое сообщество Европы, но не отказывается от суверенитета, заключающегося в том, что последнее слово остается за конституцией страны». В заключение он отметил необходимость дальнейшей работы в области согласования европейского и национального правопорядков, подчеркнув, что «мерой вещей» в этом вопросе должна быть защита прав и свобод человека и гражданина. (Подробнее см.: Лапаева В.В. Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия: материалы девятой Международной конференции по конституционному правосудию // Российское правосудие. 2007. №1). Очевидно, что правовой смысл этой

Однако отсюда еще не следует, что толкование Конституции Конституционным Судом всегда имеет приоритет перед толкованием Конвенции Европейским судом по правам человека. Ведь такое толкование осуществляется людьми, а люди (даже если это высоко профессиональные судьи) могут ошибаться. Но люди – судьи Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека – могут достигать компромиссы, тем более что в данном случае речь идет о компромиссе в рамках общей цели, а именно – более полной защиты прав человека на европейском пространстве. В отличие от теории, которая не может поступиться принципами, правовая практика позволяет, как правило, находить гибкие варианты решения, приемлемые для спорящих сторон. Рассмотрим под этим углом зрения возможные варианты выполнения Россией решения Европейского Суда по делу Маркина.

Первый вариант – это выравнивание правового статуса мужчин и женщин путем лишения для женщин-военнослужащих имеющих у них законодательных преференций. Но кто выиграет от такого «правосудного» решения? Очевидно, что не выиграет никто. В том числе и мужчины-военнослужащие, потому что предоставление женщинам права на трехлетний отпуск по уходу за ребенком в изъятие общего для всех военнослужащих запрета практически не ущемляет положение мужчин-военнослужащих как налогоплательщиков. В обоснование этого тезиса можно напомнить один из аргументов российской стороны, который был отвергнут Европейским судом без рассмотрения: Суд посчитал несущественным тот факт, что женщин в вооруженных силах меньше, чем мужчин (§58), упустив при этом существенное уточнение о том, что женщин *значительно* меньше. На самом деле этот факт как раз имеет значение.

Другой способ – это выполнение решения Европейского Суда путем предоставления соответствующего отпуска также и мужчинам-военнослужащим. Однако данное решение возможно только в том случае, если оно не нанесет ущерб обеспечению надлежащего уровня обороны страны и безопасности государства. Очевидно, что такой вариант решения проблемы потребует очень серьезного обоснования, основанного на целой серии специальных исследований, в том числе – и на изучении зарубежного опыта, который, насколько можно судить, пока что явно не в пользу подобного решения. Какими бы ни были результаты этих исследований, трудно себе представить, что именно Россия станет первопроходцем (или одним из первопроходцев) на пути предоставления своим военнослужащим трехгодичного отпуска по уходу за ребенком.

И, наконец, есть третий – компромиссный – вариант, позволяющий, на мой взгляд, выполнить решение Европейского Суда в полном соответствии с положениями Конституции РФ и смыслом Определения Конституционного Суда по данному вопросу.

позиции укладывается в юридическую формулу, согласно которой в деле защиты прав человека Конституция имеет приоритет перед Конвенцией в случаях, когда она полнее гарантирует защиту этих прав.

Учитывая то упоминаемое специалистами²⁰ обстоятельство, что женщины-военнослужащие в подавляющем большинстве случаев, несут службу в рамках вспомогательного состава, а не боевых подразделений, можно предоставить трехгодичный отпуск по уходу за ребенком только тем мужчинам-военнослужащим, которые выполняют свои воинские обязанности на должностях вспомогательного состава. Если же после этого в Европейский Суд последуют жалобы на дискриминацию от мужчин, несущих воинскую службу в рамках боевых подразделений, то, думаю, что государство сумеет, доказать соразмерность между ограничением прав этой категории военнослужащих при предоставлении им отпуска по уходу за ребенком и необходимостью защиты таких публичных интересов, как обеспечение обороны страны и безопасности государства. В любом случае у государства есть немало возможностей донести до потенциальных жалобщиков, что решение Европейского Суда в их пользу приведет лишь к тому, что женщины-военнослужащие будут лишены имеющихся у них преференций.

²⁰ См. выступление С.Маврина на состоявшемся 20 ноября 2010 г. XIII Международном форуме по конституционному правосудию "Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод в XXI веке: проблемы и перспективы применения» // pravo.ru/Новости/view/42649.