

ПРАКТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ АРГУМЕНТАЦИИ

И.Б. Микиртумов
АРГУМЕНТАЦИЯ И ЛЕГИТИМНОСТЬ:
ДЕЛО МАРКИНА¹

Автор рассматривает аргументацию в заочной дискуссии между Конституционным Судом России и Европейским Судом по правам человека, которая возникла в связи с правовой коллизией по делу Маркина. Анализ этой дискуссии позволяет увидеть, какие принципы лежат в основании систем аргументов сторон, а также как дискурсивная и аргументативная практики социальных институтов связаны с их легитимностью. В частности, для Конституционного Суда этот вопрос не является значимым, что позволяет ему опираться на статистскую доктрину и скрывать основания своей аргументации. Европейский Суд находится в ином положении и, опираясь на принципы, соответствующие доктринам естественного права и правового государства, он легитимирует себя, вынося решения, претендующие на полноту рациональной аргументации, здравый смысл и практичность.

The author investigates the system of arguments in the debate between the Constitutional Court of Russia and the European Court of Human Rights, which has arisen in connection with the legal collision in the case of Markin. An analysis of this discussion lets see what principles underlie systems of the parties' arguments, as well as how the discursive and argumentative practice of social institutions related to the question of their legitimacy. In particular, this question is not important for the Constitutional Court, which can rely on the doctrine of statism hiding the base of his argumentation. European Court is in a different position and, based on the principles of natural law and legal state doctrines, it legitimates itself, introducing judgments, pretending to be complete rational, full of common sense and practicality.

Ключевые слова: легитимность, аргументация, основания аргументации, рациональность.

¹ Работа выполнена в рамках проекта РГНФ-БРФФИ 15-23-01002 «Формальные модели и когнитивные механизмы аргументации в праве».

Keywords: *legitimacy, argumentation, base of argumentation, rationality.*

В своей знаменитой работе «Проблема легитимации позднего капитализма» Юрген Хабермас указывает на дискурсивный характер легитимности как на границу «обобществления» человека: «мотивом для готовности к конформности в отношении содержательно еще не определенного принятия решений является ожидание, что оно будет осуществляться в соответствии с легитимными нормами действия. «Последний» мотив готовности подчиняться — это убеждение, что в случае сомнения меня можно будет убедить при помощи речи» (Хабермас, 2010: 74–75). Констатация фундаментальной связи легитимации власти с убеждением как коммуникативным взаимодействием не нова, и для просвещенческих доктрин государства и права она является общим местом. Хабермас поднимает вопрос об убеждении применительно к современному обществу, которое по своей структуре и функциональным связям значительно отличается от модели общества авторов эпохи Просвещения. В центре внимания сегодня находится вопрос о том, в какой степени институты власти, во-первых, могут реагировать на общественные потребности, и, во-вторых, легитимируются большинством. Идеалом концепции правового гражданского общества является такая либеральная демократия, в которой властные решения, в том числе, нормотворческие, получают легитимность, если предъявлены и приняты рациональные аргументы, согласующиеся с разделяемыми представлениями об общественном благе. Такой идеал далёк от реальности. Специфика функциональных связей современного общества, связанная, прежде всего, с его масштабами и сложностью, исключает реализацию политической субъектности в соответствии с классическим представлением о человеке как гражданине. Современные демократии в большинстве случаев своего функционирования плебисцитарны, т. е. предполагают, что основная масса граждан не входит в детали политического процесса, следит за ним не постоянно, но лишь реагирует на общие итоги и эксцессы одобрением или неодобрением деятельности властных

структур и персон. Сложные общества ризоматичны, они пронизаны горизонтальными связями, центры власти в них рассредоточены и размыты, существует много уровней и степеней самоуправления и самоорганизации. Вследствие этого, а также вследствие образованности и социальной искушённости его членов, такие общества обладают большой устойчивостью и адаптивностью, но, одновременно, они и трудноуправляемы. Легитимация осуществляется здесь в новых формах — эту позицию Хабермас отстаивает в своей книге, полемизируя, главным образом, с Никласом Луманом, который вслед за целым рядом учёных, рисует картину деградации и диссоциации автономного политического субъекта. Не вдаваясь в детали дискуссии, начавшейся ещё до появления книги Хабермаса и продолжающейся до сих пор, я хочу обратить внимание на важную для настоящей статьи идею о дискурсивной природе легитимации. Сам процесс социализации индивида, отмечает Хабермас, организован в виде дискурсивной практики, в ходе которой приязание на значимость любого утверждения из любой области жизни разрешается в ходе речевой дискуссии (Хабермас, 2010: 177). Хотя возможность быть убеждённым в обоснованности властного решения в абсолютном большинстве случаев не реализуется, его легитимность возникает из допущения, согласно которому соответствующие аргументы существуют и могут быть предъявлены. Легитимность может основываться на подобном допущении потому, что иных способов легитимации тысяч принимаемых ежедневно больших и малых решений не существует. При этом в центре внимания общества в целом, какой-либо группы или индивида всегда находится некоторое количество вопросов, в ходе обсуждения и принятия которых политическая элита и общественные активисты демонстрируют и полный спектр аргументативных техник, и предельно рациональный процесс выработки решения. Обсуждение и принятие отдельных решений, публично порождающие их легитимность, обнаруживают функционирование единого для всех рационального дискурса, что позволяет обществу допустить, что при выработке решений, осуществляемой менее публично, в большинстве случаев реализуется тот же самый дискурс, а

значит, достигается и значительная степень обоснованности (см. Мигунов, 2013). Дискурс оказывается в этом процессе не просто набором форм коммуникации, но конститутивным элементом возникновения легитимности власти. Хабермас усматривает в его основе принципы, согласно которым предметом дискуссии могут быть лишь те или иные верифицируемые положения, ничто не может ограничивать выбор темы для обсуждения и число его участников, а единственным мотивом дискурсивных действий должен быть совместный поиск истины, при котором достижение согласия осуществляется только путём выдвижения аргументов. Степень реализации этих условий определяет степень, в которой принятое решение будет выражать «разумную волю»: «формальные свойства дискурса и ситуации обсуждения в достаточной мере гарантируют то, что консенсус может быть достигнут лишь благодаря адекватно интерпретированным, универсализуемым интересам, под которыми я понимаю коммуникативно разделяемые потребности» (Хабермас, 2010: 178–179).

Черты дискурса, описанные Хабермасом, отчасти воспроизводят аристократический взгляд на поиск истины, свойственный древнегреческому философу, поскольку достичь требуемой степени отвлечения от любых практических интересов даже на короткое время можно лишь опираясь на действительный или воображаемый привилегированный статус. В середине 70-х годов такая позиция могла быть занята интеллектуалом, испытывающим рессентимент по отношению как к активным массам, так и к самому ризоматическому обществу, в котором функционирование рационального дискурса в перспективе общего блага могло показаться совершенно недостижимым.

Последующее развитие Европы показало обратное. Европейскую интеграцию, как воплощение социального проектирования в духе Просвещения, подвергают критике идеологи и политические философы самых разных направлений. Критики «слева» видят в этом проекте посягательство на социальные завоевания, осуществлённые конкретными группами в конкретных странах, а критики «справа»

опасаются размывания и упадка национальных политических элит. Ещё Кант предполагал, что оптимальной формой достижения вечного мира станет всеобщая федерация, при которой национальные суверенитеты станут основанием легитимности взаимной поддержки свободы государств в рамках их объединения (Кант, 1966: 274). При формировании Европейского Союза вопрос о легитимации объединения становится ещё более актуальным, нежели в проекте Канта, поскольку интегрирующиеся сообщества сами по себе очень сложны и легитимация в них уже обеспечивается, в основном, дискурсивно. При каких условиях сложившаяся дискурсивная практика легитимации может быть успешно воспроизведена в отношении структур власти объединённой Европы? Ответ на этот вопрос возвращает нас к характеристикам дискурса легитимации, которые описывает Хабермас, и которые выше я охарактеризовал как аристократические и, одновременно, исполненные рессентимента. Чем сложнее общество, тем труднее обеспечить дискурсивную легитимацию, следовательно, генерирующие её элементы социальной практики должны быть усилены вплоть до их институционализации. Иными словами, чтобы поверить в действенность структур «сверхгосударства», его граждане должны видеть, что на каком-то из этажей власти действуют новые институты, обеспечивающие недостижимую ранее эффективность публичного порождения «сверхлегитимных» решений в рамках общего рационального дискурса.

Таким институтом в современной Европе можно считать Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ), работа которого в рамках модели Хабермаса влияет не только на легитимность объединённой Европы, но и на легитимность национальных судов, а в широком смысле, судебной власти как таковой. Причина этого лежит в особом характере легитимности решений ЕСПЧ. Если, по словам Бруно Леони, в отношении обычных судов «любой априорный отказ рассматривать и взвешивать аргументы, доказательства и т. п. был бы немислим с точки зрения процессуальных норм ... , по крайней мере в Западном мире», и стороны процесса ни в каком отношении «не составляют

группы, в которой инакомыслящее меньшинство склоняется перед волей большинства» (Леони, 2008: 209–210), то сами эти нормы и положения вытекают из политико-правовых доктрин, лежащих в основе деятельности ЕСПЧ, т. е. из секулярного философского учения о сущности человека, из концепции естественного права, из теорий морали, свободы, гражданского общества и правового государства. Это делает ЕСПЧ инстанцией, осуществляющей применение не норм, а принципов. Никакой суд, ведущий такого рода деятельность, не может быть политически нейтральным. Как отмечает Анита Соболева, «интерпретация в праве всегда связана с политическими теориями, в свете которых судами рассматривается намерение законодателя. Если бы юристы прямо признали это, их аргументация стала бы более ясной и открытой» (Соболева, 2002: 204). Указанные черты присущи и ЕСПЧ, и Верховному суду США (исторически первому суду такого рода), а также, в той или иной степени, конституционными судам многих стран, в частности, России, которые в совокупности составляют новое явление: социальный институт, осуществляющий практическое философствование.²

В настоящей статье будет рассмотрена заочная дискуссия Конституционного Суда РФ (КС) и ЕСПЧ по делу Константина Маркина. Я постараюсь показать, что КС и ЕСПЧ, имея несовпадающие пути легитимации, выдвигают аргументы, соотносимые с несовпадающими основаниями. В ходе дискуссии это приводит к смещению внимания одной из сторон с предмета обсуждения на делегитимацию оппонента в глазах сочувствующей аудитории.

Сюжет

² Нет смысла приводить здесь справочную или исследовательскую литературу, посвященную ЕСПЧ. Она существует в большом количестве и легко доступна. Вместе с тем следует выделить книгу М. де Сантья (2004). В ней представлена систематизация рассмотренных ЕСПЧ дел, соответствующая положениям Европейской конвенции, и приведены примеры аргументации решений ЕСПЧ, позволяющие увидеть, какое содержание предполагается за теми или иными нормами Европейской конвенции.

Опираясь на материалы ЕСПЧ (Case of Konstantin Markin, 2012), изложу сюжет дела Маркина до его рассмотрения в КС. В сентябре 2005 года в семье офицера Вооружённых сил РФ Константина Маркина родился третий ребёнок, и в этот же день суд расторг брак Маркина с гражданкой Н.³ — матерью его детей. Спустя несколько дней бывшие супруги оформили передачу детей на попечение отца, после чего Н. переехала в другой город. В октябре 2005 года Маркин обратился к командованию с заявлением о предоставлении ему отпуска по уходу за ребёнком до достижения им трёхлетнего возраста (далее — родительский отпуск), в чём ему было отказано, поскольку, в соответствии с нормами законодательства РФ, право на такой отпуск имеют только военнослужащие-женщины. Маркину был предоставлен трёхмесячный отпуск, из которого он был на 39 дней раньше отозван решением командования. Маркин это решение обжаловал в суде первой инстанции, который решение командования о досрочном отзыве из отпуска отменил. Впрочем, случилось это в марте 2006 года, спустя три с половиной месяца после возвращения Маркина на службу, и решение было вскоре отменено судом вышестоящей инстанции.

Одновременно шло рассмотрение иска Маркина к командованию о предоставлении ему родительского отпуска как единственному опекуну трёх несовершеннолетних детей. Сторона ответчика — представители командования — выражала предположение, что развод супругов является фиктивным, и что его истинная цель Маркина — оставление военной службы и получение финансовой выгоды. В суде были опрошены родители экс-супруги Маркина, у которых он проживал вместе с детьми, школьный учитель одного из детей, участковый педиатр, нанимательница супруги Маркина. Все они свидетельствовали, что с момента развода Н. в уходе за детьми и в их воспитании участия не принимала. 14 марта 2006 года Пушкинский гарнизонный военный суд отказал Маркину в иске, на основании того, что законодательством РФ родительский отпуск для военнослужащих-мужчин не предусмотрен, даже если такой военнослужащий

³ Сведения о супруге Маркина, как о лице, не участвующем в процессах, не оглашаются.

остаётся единственным родителем (опекуном). В этом случае он может использовать право на досрочное увольнение с военной службы (расторжение контракта) или на получение трёхмесячного отпуска. Суд отметил также, что истцу не удалось доказать, что дети фактически лишены материнского попечения, поскольку Н. не была лишена родительских прав и не была каким-либо иным способом лишена возможности заботиться о детях, независимо от того, проживала ли она с ними совместно или нет. Кроме того, по мнению суда, в ходе слушаний было установлено, что Маркин и гражданка Н. продолжают жить вместе и фактически находятся в супружеских отношениях, а, утверждая обратное, истец пытается ввести суд в заблуждение.

Это решение суда было Маркиным обжаловано, поскольку, с его точки зрения, оно нарушало гарантированный конституцией принцип равенства между мужчинами и женщинами, а также не учитывало обстоятельства, выявленные при слушании дела.

27 апреля 2006 года Ленинградский окружной военный суд апелляцию отклонил, снова указав на то, что в соответствии с законодательством военнотружущим-мужчинам родительский отпуск не предоставляется, а ссылка Маркина на вопрос о равенстве между мужчинами и женщинами не может служить основанием для отмены правильного по существу решения суда первой инстанции.

21 мая 2006 года Маркин инициирует дело против России в ЕСПЧ, указывая на то, что в предоставлении родительского отпуска ему было отказано в силу его принадлежности к мужскому полу. Трудно сказать, связаны ли между собой эти события, но 24 октября 2006 вопреки решениям судов командир военной части, в который служил Маркин, своим приказом предоставил ему отпуск до 30 сентября 2008 года, т. е. до достижения младшим ребёнком возраста трёх лет. Кроме того Маркину в качестве материальной помощи была выплачена сумма в 200 тыс. рублей. Пушкинский гарнизонный военный суд 08 декабря 2006 вынес по этому по-

воду частное определение, в котором указывалось на незаконность решения командира части и на игнорирование им решений судов.⁴

Аргументы Конституционного суда

11 августа 2008 Маркин направил ряд жалоб в КС. А именно, Маркин просил признать неконституционными отдельные статьи следующих актов: (1) ФЗ от 19 мая 1995 года N 81-ФЗ «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей», в которых матерям детей предоставлялись права, которые не предоставлялись отцам; (2) ФЗ от 27 мая 1998 года N 76-ФЗ «О статусе военнослужащих», в которых выделяются военнослужащие-женщины, и где только для них закрепляется право на родительский отпуск; (3) Положения о порядке прохождения военной службы, утвержденного Указом Президента РФ от 16 сентября 1999 года N 1237, в которых закрепляется та же норма, и, дополнительно, устанавливается, что военнослужащий мужского пола, проходящему военную службу по контракту, может получить дополнительный отпуск сроком до трех месяцев в случае смерти жены при родах, а также, если он воспитывает одного или нескольких детей в возрасте до 14 лет (детей-инвалидов в возрасте до 16 лет) без матери (в случае ее смерти или гибели, лишения ее родительских прав, длительного ее пребывания в лечебном учреждении и в других случаях отсутствия материнского попечения о детях); (4) Положения о назначении и выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей, утвержденного постановлением Правительства РФ от 30 декабря 2006 года N 865. В них речь идет о праве на получение ежемесячного пособия по уходу за ребенком военнослужащими-женщинами, и это право не установлено для военнослужащих-мужчин.

⁴ После рассмотрения дела Маркина в ЕСПЧ и принятия решения Большой палаты весной 2012 года, Маркин инициировал в России ряд процессов, пытаясь добиться отмены принятых ранее по его поводу судебных и административных решений. Я оставляю эту часть сюжета в стороне.

Определением КС от 15 января 2009 г. за № 187-О-О Маркину было отказано в принятии его жалоб к рассмотрению.

Значимые аргументы КС состоят в следующем (см. Определение, 2009):

КС₁. Военная служба осуществляется в публичных интересах, поэтому ограничения прав и свобод военнослужащих, связанные с реализацией ими задач по обеспечению безопасности и защиты Отечества оправданы. Родительский отпуск не предоставляется военнослужащим-мужчинам, поскольку это, особенно в случае массовой реализации такого права, может помешать эффективной деятельности военнослужащих и нанести урон публичному интересу.

КС₂. Добровольно поступая на военную службу, гражданин, тем самым, соглашается на предусмотренные законом ограничения своих прав свобод.

КС₃. Военнослужащий-мужчина, проходящий службу по контракту, имеет право на однократный отпуск продолжительностью до трёх месяцев в случае исключительных обстоятельств, цель которого — «предоставление ... возможности ... решить вопрос об организации ухода за ребенком и, в зависимости от результатов, о дальнейшем прохождении военной службы. В том случае, когда военнослужащий принимает решение лично осуществлять уход за ребенком, он имеет право на досрочное увольнение с военной службы по семейным обстоятельствам».

КС₄. Предоставление такого отпуска военнослужащим-женщинам допустимо, поскольку женщины ограничено участвуют в осуществлении военной службы.

КС₅. Предоставление такого отпуска военнослужащим-женщинам связано с «особой связанной с материнством социальной роли женщины в обществе».

Аргументы Первой секции ЕСПЧ

7 октября 2010 решение по делу Маркина обнародовала Первая секция ЕСПЧ. Это решение не вступило в силу, поскольку по просьбе РФ слушание было перенесено в Боль-

шую палату. Тем ни менее, в контексте дальнейшего развития событий, аргументы этого решения заслуживают внимания.

Первые два положения имеют особый статус, поскольку с их утверждения начинается само рассмотрение дела в ЕСПЧ.

ПС*. Права Маркина фактически были нарушены, он испытал на себе негативные последствия несовершенства законодательства и имеет статус жертвы.

ПС**. Жалоба Маркина приемлема, поднятая проблема не является изолированным случаем, а имеет системный характер.

Ниже следуют аргументы, представленные в решении Первой секции.

ПС₁. Ответ на КС₅. В том, что касается родительского отпуска, а не отпуска по беременности и родам, оба родителя находятся в равном положении. Усиление степени равенства разделения ответственности за воспитание и признание роли мужчин в уходе за детьми подтверждается практикой европейских государств. Ссылка на традиционное восприятие женщин как главных воспитателей детей не может служить достаточным основанием для лишения отцов права на родительский отпуск. РФ не представила убедительных данных или весомых причин для указанной дискриминации. Довод КС основан на «гендерных предрассудках».

ПС₂. Ответ на КС₂. При вступлении на военную службу военнослужащие не отказываются от своего права на правовую защиту на основании Конвенции.

ПС₃. Ответ на КС₁. Ограничения на семейную и личную жизнь военнослужащих, в отличие от иных ограничений их прав и свобод, не могут приводить к лишению смысла осуществления ими прав на уважение их частной и семейной жизни. Ссылка на угрозу для публичного интереса требует подтверждения примерами. Различие прав мужчин и женщин военнослужащих в вопросе о предоставлении отпуска по уходу за ребёнком должно иметь серьёзные причины, в частности, нужно оценить соразмерность ограничения и цели. По данному случаю нет конкретных

доказательств угрозе публичному интересу, экспертных заключений, статистических исследований числа военнотружущих, которые могут обратиться за подобным отпуском.

ПС4. Ответ на КС4. Аргумент лишён убедительности в части, касающейся отпуска по уходу за ребёнком.

ПС5. Ответ на КС3. Суд «особенно поражён» указанием КС на возможность для мужчин-военнотружущих в рассматриваемых обстоятельствах добровольно уволиться с военной службы. Перенос навыков и опыта военной службы в гражданскую жизнь проблематичен, увольнение будет результатом серьёзного выбора, который встанет перед мужчиной-военнотружущим, но не перед женщиной.

Общий вывод таков. Дискриминация имеет место только тогда, когда различия в правах лиц не имеют объективного и разумного основания, а также несоразмерны общественно признаваемой цели. Отказ Маркину в родительском отпуске есть следствие сочетания двух обстоятельств — его принадлежности к мужскому полу и его статуса военнотружущего. Такое ограничение права могло бы быть признано оправданным, если бы наличествовали указанные разумные и объективные основания. Их отсутствие позволяет сделать вывод, что имеет место дискриминация по признаку пола.

ЕСПЧ отказал Маркину в требовании компенсации морального вреда (заявитель указал сумму в 400 тыс. Евро), поскольку военным командованием ему был предоставлен отпуск и выплачена материальная помощь. Суд усмотрел в этом «признание нарушения», которое «само по себе является достаточной справедливой компенсацией любого морального вреда, причинённого заявителю». Маркину было отказано и в компенсации материального ущерба (была заявлена сумма в 59855 руб.12 коп.), поскольку не было представлено никаких документов, подтверждающих такой ущерб. В качестве компенсации почтовых расходов Маркину была присуждена выплата в размере 200 Евро.

Решение Суда включает также рекомендацию по принятию РФ законодательных мер с целью устранения выявленной дискриминации (см. Дело «Константин Маркин против России», 2010: 38–41).

Особое мнение судьи ЕСПЧ Анатолия Ковлера

Представитель РФ в ЕСПЧ участвовал в рассмотрении дела Маркина и выступил с особым мнением. Приведу его аргументы:

АК₁. Есть сомнения в статусе жертвы заявителя, поскольку фактически права его были восстановлены, а при слушании дела в Пушкинском гарнизонном военном суде Маркин не смог доказать, что он один осуществляет уход за детьми.

АК₂. Не ясно, равнозначно ли предпочтительное право военнослужащих-женщин на родительский отпуск дискриминации военнослужащих-мужчин, не имеющих такого права. Нет ли здесь позитивной дискриминации?

АК₃. Аргумент КС₁ более реалистичен, чем возражения на него со стороны ЕСПЧ, и даёт разумное и объективное обоснование существующему различию в положении между мужчинами и женщинами военнослужащими.

АК₄. Аргумент КС₄ отражает «выбор определённого курса действий», мотивированный аргументом КС₅ и связанный с лучшим знанием национальными властями потребностей своего общества.

АК₅. Верен и аргумент КС₂, подтверждаемый прецедентом их практики ЕСПЧ.

Судья Ковлер делает вывод о том, что дискриминация не имела места, и что различие прав мужчин и женщин военнослужащих на родительский отпуск разумно и объективно обоснованно. Судья Ковлер также замечает, что с его точки зрения имплементация решения ЕСПЧ по делу Маркина не является для РФ обязательной, в силу как изолированности случая, так и рекомендательного характера решения ЕСПЧ в части его имплементации (см. Дело «Константин Маркин против России», 2010: 38–41).

Решение ЕСПЧ создало правовую коллизию: международный суд, являющийся высшей инстанцией, решения которой не подлежат обжалованию, не согласился по конкретному делу с высшим национальным судом, решения которого также не подлежат обжалованию.

Председатель КС В. Д. Зорькин и его заместитель С. П. Маврин комментируют дело Маркина

Для государств, присоединившихся к Европейской конвенции решение ЕСПЧ, подобное принятому по делу Маркина, вступает в силу в двух отношениях. Во-первых, государство-ответчик осуществляет материальные выплаты, во-вторых, в случае явно выраженного указания ЕСПЧ оно должно произвести модификации законодательства с тем, чтобы в рамках своего усмотрения устранить обнаруженное системное нарушение защищаемых Конвенцией прав. Возможность дальнейшей правовой дискуссии, однако, сохраняется, поскольку национальные органы, имеющие функции, аналогичные функциям ЕСПЧ, могут выносить решения о неисполнимости конкретного решения ЕСПЧ в том случае, когда обнаруживают, что оно вступает в неразрешимое противоречие с национальными конституционными принципами или действующими в национальном законодательстве нормами защиты прав (см. Перчаткина, 2011). Число таких продолженных дискуссий в практике ЕСПЧ значительно. Кроме того, на усмотрение государства-ответчика остаются конкретные степени и формы имплементации решения ЕСПЧ в национальном законодательстве. Это, как кажется, давало российским инстанциям большое пространство для манёвра. Но на заочную дискуссию КС и ЕСПЧ, по-видимому, оказали влияние политические обстоятельства, вызванные как тем, что дело Маркина получило в России известность, так и тем, что позицию Маркина, как можно предположить, поддержала военная общественность. Об этом свидетельствуют два, разнесённые во времени факта. Первым является предоставление Маркину командованием в 2006 году родительского отпуска, на который он не имел права и в котором ему отказывали суды, а также оказание ему материальной помощи в размере, превосходящем сумму, которую получила бы женщина-военнослужащая в аналогичной ситуации. Второй факт — это подготовка Министерством обороны проекта закона о внесении изменений в ряд нормативных актов, следствием которых станет воз-

возможность предоставления мужчине-военнослужащему родительского отпуска при выполнении ряда условий.⁵ Дело Маркина привлекло внимание российской аудитории, оно достаточно подробно освещалось в СМИ, и в целом справедливость требований Маркина получила общественное признание. Так, возникшая впервые с истории отношений России и ЕСПЧ правовая коллизия оказалась связанной с делом резонансным, причём решение ЕСПЧ обрело для российской аудитории неожиданную легитимность, а сам Суд начал восприниматься как независимый и вменяемый арбитр, занимающего главенствующее положение в вопросах о правах человека. Это поставило КС перед необходимостью объяснить внутренней аудитории мотивы своего решения, и утвердить своё статус независимой от ЕСПЧ и высшей в России инстанции.

Так появилась статья Председателя КС В. Д. Зорькина «Предел уступчивости», опубликованная в «Российской газете» 29 октября 2010. Статья содержит три сорта аргументов, цели которых различны. Лишь один аргумент связан с предметом дела Маркина, одиннадцать посвящены дискредитации ЕСПЧ, наконец, пять аргументов обосновывают высший статус КС, его независимость от ЕСПЧ и верховенство Конституции РФ по отношению Европейской Конвенции. Представлю эти аргументы.

ВЗ_{1.1}. Отвергнутые ЕСПЧ доводы КС относительно особой роли материнства на самом деле соответствуют «результатам современных научных исследований в области педиатрии, детской психологии».

ВЗ_{2.1}. [Намёк]. Кризис 2008 года показал, что «ускоренная глобализация» амбивалентна и не является «панацеей от бед человечества». Кое-кто, однако, «закусил удила» и

⁵ В частности, предлагается предоставлять такой отпуск, например, в случае, когда отец фактически является единственным родителем или опекуном. В Пояснительной записке (2013) к законопроекту приводится и количественный аргумент, а именно, указывается, что число военнослужащих, которые могли бы воспользоваться вновь устанавливаемым правом, составляет 300 человек. Предусматривается также ограничение права на родительский отпуск в случае чрезвычайного или военного положения. На момент написания настоящей статьи Законопроект № 540300-6 находится на рассмотрении в Государственной Думе.

стремится реализовать проект ускоренной глобализации любой ценой.

ВЗ_{2.2}. [Намёк]. В юридической сфере «отрыв общих рассуждений от практики порождает спекулятивность».

ВЗ_{2.3}. До дела Маркина ЕСПЧ никогда не принимал решений, из которых бы следовало, что позиция КС расходится с Конвенцией.

ВЗ_{2.4}. Рекомендовав, «а фактически — указав» государству-ответчику на необходимость внесения изменений в законодательство, ЕСПЧ в нарушение Конвенции вторгся «в сферу национального суверенитета» и вышел за пределы своей компетенции. Поскольку вопрос уже был решён КС, то такое решение ЕСПЧ едва ли подлежит исполнению.

ВЗ_{2.5}. Национальные власти лучше знают своё общество и его потребности, вследствие чего занимают приоритетное положение, в отличие от международных судов, в оценке того, что есть публичный интерес.

ВЗ_{2.6}. [Намёк]. Не имея прямых прецедентных решений по делу Маркина, ЕСПЧ использовал правовую позицию по делу, касавшемуся увольнения из вооруженных сил гомосексуалистов.

ВЗ_{2.7}. [Намёк] «“Увлеченность” современных европейских юристов защитой прав и свобод лиц с нетрадиционной ориентацией приобрела гротескные формы». И «этот гротеск может переродиться и в трагедию, как это недавно произошло в Сербии, когда неприятие гей-парада в традиционно православной стране вылилось в массовые беспорядки».

ВЗ_{2.8}. [Намёк] Такие решения провоцируют активность меньшинств действовать вразрез с «культурным кодом». «Как оценивать недавнее решение Европейского суда о неправомерности запрета гей-парадов в Москве? Не приведет ли это к повторению событий по сербскому сценарию уже в России?»

ВЗ_{2.9}. [Намёк] ЕСПЧ «через несколько лет «раздумий» вдруг взял в производство жалобу “объединенной оппозиции”, которая ставит под сомнение итоги выборов в Государственную Думу в 2003 году»... «Представим, что Европейский суд удовлетворит жалобу ... Не будет ли такое решение

использоваться для раскачивания российского общества по сценариям оранжевых, тюльпановых и прочих конструируемых “революций”? И будет ли это способствовать укреплению процесса, в котором, как никогда за последние годы, конструктивно выстраиваются отношения руководства России с лидерами ведущих европейских государств?»

ВЗ_{2.10}. [Намёк] «... нам навязывают внешнее “дирижирование” правовой ситуацией в стране, ... игнорируя историческую, культурную, социальную ситуацию ...».

ВЗ_{2.11}. Европейскую конвенцию нужно защищать от «неадекватных, сомнительных решений».

ВЗ_{3.1}. Россия успешно сотрудничает с ЕСПЧ, стремясь разумно «сопрягать наднациональное и национальное». Мы адекватно реагируем, когда ЕСПЧ указывает на недочёты в национальном законодательстве.

ВЗ_{3.2}. КС выступает в роли посредника, адаптирующего решения ЕСПЧ к внутренней юридической и административной практике.

ВЗ_{3.3}. Основываясь на прецеденте, созданном Конституционным судом ФРГ по делу Гёргюлю, Россия имеет право в порядке исключения не соблюдать право международных договоров, если это «является единственно возможным способом избежать нарушения основополагающих конституционных принципов».

ВЗ_{3.4}. Конвенция — часть правовой системы РФ, но она не может быть выше Конституции. Поэтому толкование, данное по тому или иному вопросу КС, не может быть преодолено ЕСПЧ.

ВЗ_{3.5}. Этим прецедентом нужно пользоваться «предельно тактично, умно и уступчиво». Пределы уступчивости — это защита суверенитета национальных институтов и национальных интересов (все цитаты см. Зорькин, 2010).

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что по содержанию дела Маркина представлен лишь один аргумент — ВД_{1.1}, повторяющий КС₅. Основное содержание статьи представлено в положениях ВЗ_{2.1} — ВЗ_{2.11}, цель которых состоит в том, чтобы выставить ЕСПЧ в целом как враждебную по отношению к России инстанцию, которая, после

многих лет хороших отношений (ВЗ_{2.3}) внезапно обнаружила приверженность идеологии ускоренной глобализации (ВЗ_{2.1}), абстрактному нормоконтролю (ВЗ_{2.2}), а также пренебрежение (ВЗ_{2.4}), безответственность (ВЗ_{2.7}, ВЗ_{2.11}) и некомпетентность (ВЗ_{2.5}, ВЗ_{2.11}). На мотивы этой враждебности даются недвусмысленные намёки, так что у читателя статьи В. Д. Зорькина должно возникнуть впечатление, что ЕПСЧ способствует распространению гомосексуализма (ВЗ_{2.7}), стремится подорвать традиционные для России ценности (ВЗ_{2.8}), негативно повлиять на правовую ситуацию в ней (ВЗ_{2.10}), расстроить сотрудничество страны с другими странами Европы (ВЗ_{2.9}) и, в итоге, спровоцировать смену политического режима (ВЗ_{2.9}). Совокупность значимых риторических концептов, которые используются в аргументах, направленных на дискредитацию ЕСПЧ, принадлежит к дискурсу политических групп, противодействующих вестернизации России. К числу концептов с положительной оценкой относятся «суверенитет», «национальный интерес», «культурный код», к числу концептов с отрицательной оценкой — «глобализация», «права меньшинств», «гомосексуализм», «оппозиция», «цветная революция», «дирижирование». Сами по себе приведённые концепты нейтральны, но в контексте конкретной политико-идеологической установки к ним добавляется характерный для неё оценочный компонент. Конкурирующие идеологии используют иную систему смысловых единиц, также превращая нейтральное в оценочное, а группа, которая первой включила некоторый концепт в свой дискурс, использует его фактически монопольно. Стиль аргументов ВЗ_{2.1} — ВЗ_{2.11} соответствует цели публичного изобличения (с элементами денунсциации) политико-идеологического противника перед сочувствующей аудиторией.

Что касается аргументов третьей группы, то они политически нейтральны и открывают поднятую делом Маркина дискуссию о том, как должны разрешаться правовые коллизии, возникающие между ЕСПЧ и высшими судебными инстанциями государств-участников Конвенции.

Почему В. Д. Зорькин избегает обсуждения дела Маркина по его существу? Можно высказать следующую гипотезу. Председатель КС решил не выносить детального обсуждения уже ставшего известным дела на публику, поскольку у него не было весомых аргументов против решения ЕСПЧ. Общественный резонанс дела Маркина привлёк бы к статье значительное внимание, так что выступить со слабой позицией было бы ошибкой. В том, что каждое государство должно защищать свой суверенитет и свои интересы, никто не сомневается, содержательное же обсуждение того, что такое публичный интерес, приведёт к тому, что в его состав в первых строках попадёт защита прав человека и гражданина, что будет соответствовать Конституции, провозглашающей Россию правовым государством. Отсюда недалеко до баланса публичного и частного интересов в конкретных сферах, а также до исследования деталей дела Маркина. Поскольку концепция правового государства предполагает, что защита прав осуществляется в связи с теми или иными их нарушениями, прежде всего, самим государством (каким бы оно ни было), работа международного суда по правам человека необходима именно потому, что, имея наднациональный характер, будучи независимым, и имея основание своей легитимности в независимости и обоснованности своих решений, такой суд способен указывать государствам на системные проблемы, не рискуя оказаться подчинённым частным интересам или политической конъюнктуре. Иным словами, признав, что решение КС по делу Маркина не было вполне удовлетворительным, пришлось бы признать и правоту ЕСПЧ, одновременно с его ролью независимого арбитра. Поскольку цель статьи В. Д. Зорькина состояла как раз в обратном, т. е. в делегитимации ЕСПЧ и сохранении лица, автор не мог обсуждать вопрос о механизмах правовой защиты и в «позитивной» части статьи сосредоточился на теме имплементации, интересной только специалистам, и «пределов уступчивости».

Выступление заместителя председателя КС С. П. Маврина «Решения Европейского Суда по правам человека и российская правовая система» состоялось 20 ноября 2010

года на научном мероприятии, поэтому здесь вопрос обсуждается в большей степени по существу.

СМ₁. Маркин — не жертва, а «позитивно дискриминированный субъект». Отпуск ему был предоставлен, а денежное пособие превосходило сумму, на которую могла бы рассчитывать женщина-военнослужащая.

СМ₂. Присудив Маркину 200 Евро компенсации, «суд, возможно сам того не желая, косвенным образом дал понять, что в данном случае государство-ответчик не заслуживает серьезной ответственности, то ли в силу незначительности, то ли сомнительности самого правонарушения».

СМ₃. ЕСПЧ осуществил абстрактный нормоконтроль, в то время как, рассматривая жалобу Маркина, он должен был следовать процедуре конкретного нормоконтроля.

СМ₄. Повторение КС₁: мужчины-военнослужащие составляют абсолютное большинство в российской армии и, в частности, в её боевых подразделениях. Их задачи могут быть связаны «с обслуживанием носителей стратегических ядерных вооружений, нередко базирующихся в труднодоступных местах своей дислокации. Как правило, в таких подразделениях далеко не всегда имеется возможность замены военнослужащего ... В силу этого незапланированное оставление места службы таким военнослужащим вряд ли можно рассматривать как акт, имеющий совершенно нейтральное отношение к безопасности России (да, к слову, и не только России), а также ее благополучию и процветанию» (все цитаты см. Маврин, 2010).

По существу дела высказаны только два аргумента — СМ₁ и СМ₄ (модификация КС₁). Довод СМ₂ направлен на косвенное дезавуирование решения Первой секции, а СМ₃ повторяет ВЗ_{2.2}. Основная задача выступления С. П. Маврина — это обоснование невозможности имплементации решения ЕСПЧ по делу Маркина. Аргумент здесь один — публичный интерес: «учитывая свою ответственность перед настоящим и будущими поколениями россиян, ответственный законодатель не в состоянии, не нарушая Конституцию своей страны, имплементировать в ее правовую систему, меры, вытекающие из решения ЕСПЧ по делу Мар-

кина. Следовательно, с точки зрения обеспечения благополучия России решение ЕСПЧ в данной части обладает для России признаками неисполнимости» (Маврин, 2010).

Следует обратить внимание на неожиданную и не вполне релевантную модификацию ЕС₁. Вместо ущерба публичному интересу «вообще и всегда» вводится частный случай — обслуживание стратегических вооружений в удалённых местах. Естественным продолжением такой конкретизации могло бы стать предложение о введении гибкого правового регулирования механизма предоставления родительского отпуска, которая предусматривала бы, например, отсрочку предоставления такого отпуска до момента нахождения адекватной замены военнослужащего на занимаемой им позиции. Но С. П. Маврин пытается использовать эту конкретизацию для усиления КС₁, чего явно не происходит.

Рассмотрение дела в Большой палате ЕСПЧ

В соответствии с принятой в ЕСПЧ процедурой, по просьбе России как государства-ответчика рассмотрение дела Маркина было перенесено в Большую палату ЕСПЧ. Её решение, датированное 22 марта 2012 года, содержит констатацию нарушений Европейской конвенции, а именно дискриминацию по половому признаку и нарушение права на уважение частной и семейной жизни.

В слушаниях рассматривались аргументы представленные Россией как стороной-ответчиком:

СО₁. Дело не должно слушаться в ЕСПЧ, т. к. статья Конвенции о праве на уважение частной и семейной жизни не гарантирует права на родительский отпуск, а в отрыве от этой статьи невозможно рассматривать жалобу на дискриминацию по половому признаку.

СО₂. Истец находится в аналогичной ситуации с другими родителями, так ему был предоставлен трёхмесячный отпуск.

СО₃. Повторение КС₁ и КС₂.

СО₄. Повторение АК₄.

СО₄. Повторение КС₁ с указанием данных о том, что на 1 января 2011 года проходят службу по контракту 216600

человек военного и административного персонала, у которых имеется на попечении 50519 детей в возрасте до трёх лет.

СО₅. В ряде стран, входящих в Совет Европы, родительский отпуск военнослужащим-мужчинам не предоставляется.

СО₆. В России такой отпуск, когда он предоставляется, имеет продолжительность большую, чем в других странах. Пребывание военнослужащего-мужчины в таком отпуске негативно повлияет на его навыки обращения с современной техникой и потребует дополнительных расходов на повторное обучение. Это, в частности, имеет место и в случае Маркина. Поэтому разумно предоставлять такой отпуск жёнам военнослужащих. Вместе с тем, следует признать, что служебные обязанности истца могла бы выполнять женщина, которой родительский отпуск был бы предоставлен.

СО₇. Повторение КС₄, КС₅, и АК₂.

СО₈. Повторение АК₁.

СО₉. Палата (в решении Первой секции) вышла за пределы своей компетенции, когда рекомендовала модифицировать законодательство. Настоящий случай является изолированным и не затрагивает системных вопросов Конвенции. Задачей суда не является оценка абстрактная проблема совпадения национального законодательства с Конвенцией, не говоря уже об отмене или указаниях об отмене правовых положений, оспариваемых истцом (см. Case of Konstantin Markin, 2012: §109–118).

Аргументы Большой палаты таковы.

БП₁. Поддержка ПС₁, возражение на КС₅. Характер заботы о ребёнке в период соответствующего отпуска делает положение женщины и мужчины «подобным». Ссылка на особую биологическую и психологическую связь между матерью и новорождённым в период, следующий за рождением, не убедительна.

БП₂. Аргумент страны-ответчика (совпадающий с АК₂) о позитивной дискриминации искажает вопрос. Различие между военнослужащими мужчинами и женщинами в вопросе о родительском отпуске возникло не вследствие намерения исправить невыгодное положение женщины в обществе «фактического неравенства» между мужчинами и

женщинами. Такое различие возникает вследствие устойчивых гендерных стереотипов и ставит в невыгодное положение как женщин в отношении карьеры, так и мужчин в отношении семейной жизни.

БП₃. Возражение на АК₄. Равенство мужчин и женщин в вопросе о праве на родительский отпуск имеет место в России для гражданских лиц, что показывает готовность общества принять такое равенство и для военнослужащих.

БП₄. Повторение ПС₁.

БП₅. Повторение ПС₃, возражение на КС₁. В ответ на запрос Суда представители России предоставили некоторые данные, из которых, однако, нельзя было понять, сколько военнослужащих-мужчин имеющих малолетних детей, хотели бы взять родительский отпуск, если бы имели на это право. Отсутствуют и сведения относительно того, насколько часто мужчины, не являющиеся военнослужащими, используют имеющееся у них право на родительский отпуск. Утверждение представителей России, что число таких военнослужащих может быть большим, в силу возраста, в котором люди проходят военную службу, противоречит их же утверждению, что рассматриваемое дело является изолированным случаем. Вследствие этого нельзя принять как обоснованные аргументы (аналогичные КС₁), согласно которым предоставление мужчинам-военнослужащим родительского отпуска нанесёт ущерб обороноспособности.

БП₆. Законодательство России не достаточно гибко в рассматриваемом вопросе. После того как командование части предоставило истцу искомый отпуск, командованию было указано на незаконность этого действия. Это свидетельствует об исключительности такого решения командования. В значительном числе стран по рассматриваемому вопросу нет различий между военнослужащими мужчинами и женщинами, поскольку реализуются способы предоставления такого отпуска без ущерба для обороноспособности.

БП₇. Неравенство между военнослужащими-мужчинами и военнослужащими-женщинами не зависит от статуса и роли в армии, но только от пола. В частности, истец мог бы быть заменён на своём посту как мужчиной, так и

женщиной, и в его части на аналогичных позициях служат женщины.

БП₈. Повторение ПС₂, возражение на КС₂.

Общее заключение: Большая Палата не считает ограничение в российском законодательстве права военнослужащего-мужчины на получение полноценного отпуска по уходу за ребёнком разумным и объективно обоснованным. Истец признан жертвой дискриминации по половому признаку. Суд постановил выплатить Маркину 3000 Евро в качестве компенсации морального вреда и 3150 Евро в качестве компенсации издержек (см. Case of Konstantin Markin, 2012: §131-151)

В решении представлены особые мнения. В частности, судья А. Нуссбергер и судья ad hoc О. А. Фёдорова, поддержав решение Палаты, обратили внимание на то обстоятельство, что предоставленный Маркину военным командованием отпуск фактически восстановил его права, а выплаченная ему материальная помощь была больше той суммы, которая в аналогичном положении была бы выплачена женщине-военнослужащей. Незначительный характер компенсации Маркину морального ущерба дополняется фактом обнаружения нарушения, что само по себе есть такая компенсация (Partly dissenting opinion, 2012).

Судья Д. Попович, сопоставив некоторые обстоятельства, связанные с разводом Маркина с гражданкой Н., с их общением в течение времени, когда они были разведены и с последующим повторным заключением брака в 2008 году, присоединился к обвинениям в адрес Маркина, которые были высказаны на слушаниях дела в Пушкинском гарнизонном суде. С точки зрения судьи Поповича истец не имеет статуса жертвы, а его действия могли преследовать цель «обхода национального законодательства» (аргумент ДП₁). Кроме того, фактическое восстановление прав истца делает справедливым возражение стороны-ответчика СО₁, что делает жалобу неприемлемой (аргумент ДП₂) (Dissenting opinion of judge Popović, 2012).

Схема взаимоотношений аргументов

Аргументы участников дискуссии связаны между собой отношениями «атаки» и поддержки. Демонстрация отношений атаки, выраженной в виде возражения или подрыва аргументов оппонента, более показательна. Это связано с тем, что последовательность взаимных атак, во-первых, эмпирически более распространённая форма дискуссии, нежели та, при которой происходит последовательное усиление поддержки заявленных позиций, во-вторых, отношения атаки гораздо прозрачнее моделируются логическими средствами (См. Dung, 1995; Лисанюк, 2014). Отношение поддержки в этом случае определяются через отношения атаки, так что если α атакует β , а γ атакует α , то γ поддерживает β . Исследование отношений поддержки требуется, скорее, не для анализа дискуссии, а для понимания того, как заявлена конкретная позиция, т. е. для выявления всех тех аргументов, которые в ходе прений становятся предметами атаки. В заочной дискуссии КС и ЕСПЧ по делу Маркина КС предпочитает атаку положений оппонента поддержке своих собственных. Вызвано это тем, что отношение поддержки приводит от предъявляемых в дискуссии аргументов к лежащим в их основе принципам, открыто заявлять которые в конкретных социальных обстоятельствах было просто не выгодно. Стратегия ЕСПЧ противоположна, поскольку для него надёжная связь решения с основополагающими принципами есть источник легитимации.

Ниже стрелками обозначены отношения атаки, пунктирные линии связывают группы аргументов с тезисами. Заштрихованные поля — это вновь вводимые сторонами доводы, не участвующие в атаке на аргументы соперника, а служащие для обоснования собственной позиции.

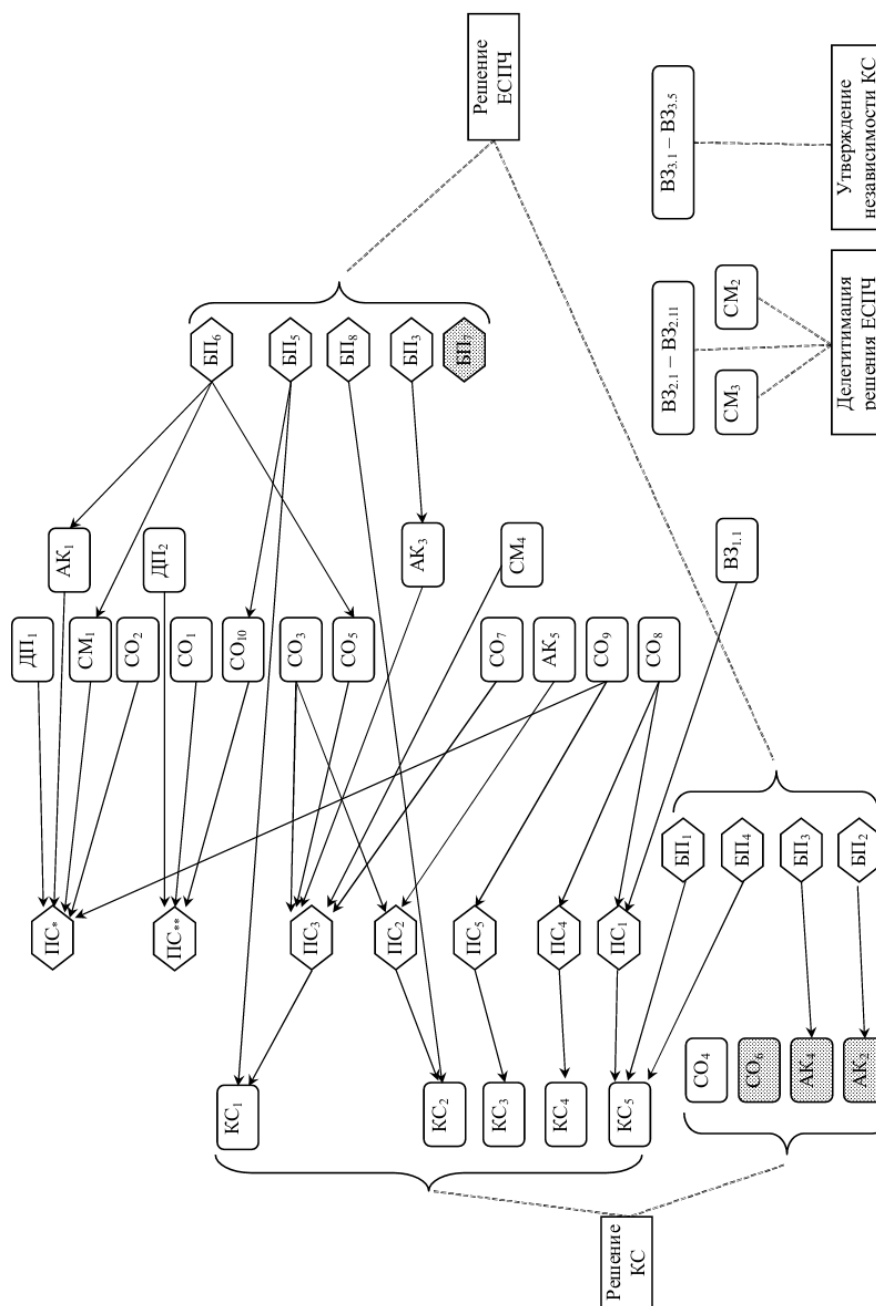


Схема 1. Отношение атаки между аргументами.

Анализ схемы отношений аргументов в дискуссии по делу Маркина показывает, что основные возражения со стороны ЕСПЧ вызывают три позиции российской стороны: (1) отсутствие конкретных доказательств ущерба публичному

интересу, который мог бы иметь место в случае предоставления мужчинам-военнослужащим права на родительский отпуск, (2) положение, согласно которому заключение военнотрудовым контракта есть основание для ограничения его основополагающих прав, наконец, (3) утверждение особой роли женщины в деле воспитания детей и заботы о них.

Возражения ЕСПЧ по первой позиции исходит из понимания обороноспособности как совокупности конкретных мероприятий. В какой мере те или иные мероприятия такого рода могут быть сорваны или могут оказаться неэффективными в случае предоставления мужчинам-военнослужащим родительского отпуска нельзя судить на основании общих соображений, здесь требуются статистические данные, на которые следует опираться, если подходить к вопросам государственного управления с позиций разума. Информация, полученная в ходе научной обработки результатов полевых исследований социальных процессов, в последние десятилетия стала одним из центральных аргументов при решении вопросов о дискриминации в судах США и Западной Европы (Соболева, 2002: 171). Это не вызывает удивления, поскольку в демократических государствах, построенных на принципах права, легитимность решений власти предполагает максимальную рациональность управления как необходимое условие. На этом основан и практический подход ЕСПЧ к вопросу о поиске замены военнотрудовому, получающему отпуск. Лица, занятые гражданской профессиональной деятельностью и находящиеся в родительском отпуске, замещаются другими работниками, так что работодатель в общем случае не несёт ущерба. Исключения, конечно, есть и касаются профессиональной деятельности людей, обладающих исключительными способностями или дарованиями. Но военная служба предполагает возможность гибели человека, поэтому организация армии исключает положение, при котором ту или иную функцию выполняет незаменимый специалист, более того, всегда предусматривается порядок замещения выбывающих по причине гибели или ранения военнотрудовых. При оценке возможного ущерба публичному интересу следует также учитывать те-

кущие обстоятельства, а именно, масштаб семейных затруднений военнослужащего, возможность его замены в обозримые сроки, степень военной опасности. Иными словами, должным образом соразмерять публичный интерес с правом на уважение семейной жизни могут позволить нормы, предполагающие учёт этих и иных обстоятельств в конкретных случаях. Аргументация ЕСПЧ основывается здесь на здравом смысле и на представлении о подвижном балансе между публичным и частным интересом.

Возражения по второй позиции представляют собой продолжение дискуссии между представителями доктрин естественного и позитивного права. Конституция провозглашает Россию правовым государством, отражая, тем самым, естественно-правовую установку законодателя. В деле Маркина указание на то, что добровольно подписанный контракт означает согласие военнослужащего на ограничение его прав и свобод в установленных законом пределах, сталкивается с положением о неотчуждаемости права на защиту прав, которая может быть необходима военнослужащему, если у него появляются основания думать, что те или иные ограничения его прав и свобод не являются разумными и объективно обоснованными. Защита прав и свобод от необоснованного ограничения составляет такой же публичный интерес, что и обороноспособность, ради которой права и свободы ограничиваются.

Третье положение связано с равным статусом женщин и мужчин в деле воспитания детей. Здесь апелляция к особой роли женщины действительно не выглядит убедительно, представляя собой *argumentum ad genus*, которым КС пользуется часто, и который вышел из употребления в европейских судах (Соболева, 2002: 189) именно потому, что предположение о некотором разделяемом всеми понимании «природы вещей» не состоятельно без её раскрытия и обоснования. Юридически права гражданских лиц обоего пола в вопросе о родительском отпуске в России равны. Это даёт основание ЕСПЧ утверждать, что российское общество поддерживает такое равенство, и что в деле Маркина проблема возникает вследствие сочетания пола и статуса военнору-

жащего. Весомым аргументом КС может показаться указание на незначительность участия женщин в военной службе и, как следствие, на незначительное влияние права женщин-военнослужащих на родительский отпуск на обороноспособность. Такое положение дел можно было бы трактовать как позитивную дискриминацию женщин, о чём вспомнил судья ЕСПЧ А. Ковлер в своём особом мнении. Но в этом случае «женская» тема дискуссия оказывается избыточной и всё возвращается к первой позиции, а именно, к конкретной оценке степени влияния на обороноспособность права на отпуск для военнослужащих-мужчин.

Поиск общих оснований для системы аргументов ЕСПЧ приводит к следующим принципам:

- основополагающий аспект публичного интереса состоит в том, чтобы ограничения прав и свобод отдельных людей в целях реализации тех или иных других аспектов публичного интереса вводились только в случае объективной необходимости, в разумной и практичной форме;

- объективность и разумность означают опору на научную информацию о затрагиваемых общественных явлениях и процессах, предполагают постоянную оценку баланса публичного и частного интересов в конкретных обстоятельствах, гибкое использование ограничений, позволяющее учитывать черты отдельных случаев или группы сходных случаев;

- практичность предполагает понимание государства как совокупности служб, осуществляемых гражданами в общих интересах, а любое мероприятие государства есть не более, чем совокупность действий людей в рамках социальных институтов, модифицируемых вместе с изменением представлений об общем благе.

Постановление Большой палаты занимает 70 страниц текста (с учётом цитат из законодательных актов, описания прецедентов и особых мнений) и содержит детальное обсуждение всех аспектов дела, включая вопросы достаточно отвлечённые. Однако основополагающие доводы и содержащиеся в постановлении рекомендации по совершенствованию российского законодательства отражают приведённые

выше принципы, имеют практический и основанный на здравом смысле характер.

Российская сторона также сочла вопрос о соотношении публичного и частного интересов центральным. Это видно из количества атак, предпринятых на положение ПС₃. Идеологическое основание позиции представлено в выступлении С. П. Маврина (СМ₄), а представители России в ЕСПЧ в ходе слушаний дела Большой палатой использовали некоторые статистические данные. По ним, правда, трудно было судить о том, сколько военнослужащих-мужчин могут намереваться взять родительский отпуск. Если бы возможность получения такого отпуска существовала, на соответствующее решение мужчины-военнослужащего оказывали бы влияние существенные социальные факторы. К ним относятся, в частности, фактическое распределение гендерных ролей, состояние рынка труда, ход военной карьеры. Именно поэтому существование права на увольнение с военной службы по семейным обстоятельствам, которое упоминается в КС₃, не рассматривается как угроза обороноспособности: военнослужащие пользуются этим правом редко, т. к. увольнение едва ли улучшает их положение. Можно утверждать, что в российском обществе как женщины, так и мужчины достаточно единодушны относительно того, что именно женщина должна заниматься уходом за малолетними детьми и их воспитанием.⁶ В местах дислокации военных частей обычно наблюдается дефицит рабочих мест, в частности, подходящих для женщин — жён военнослужащих. Наконец, специфика военной службы включает в себя живую заинтересованность в своевременном карьерном росте, который длительным пребыванием в отпуске будет приостановлен. Всё это исключает сколько-нибудь значительное использование мужчинами-военнослужащими права на

⁶ 44% опрошенных Левада-центром в августе 2015 года заявили, что женщины должны брать отпуск по уходу за ребёнком до достижения им трёхлетнего возраста, 20% опрошенных, — что женщина должна выходить на работу только по достижении детьми школьного возраста, а 10% опрошенных, — что женщина, родив детей, должна целиком посвятить себя семье. Таким образом, 74% опрошенных полагают, что родительский отпуск должна брать именно мать (См. 30-летний рубеж, 2015).

родительский отпуск. Что касается исключительных случаев, по которым, располагая гибкой нормой закона можно было бы принимать специальные решения, то их потенциальное число невелико, о чём говорится в цитированной выше справке Министерства обороны. Вопрос о замене военнослужащего в общем случае также может быть решён, а трудных ситуациях гибкая норма могла бы предусматривать отсрочку предоставления отпуска. В случае Маркина, как признала и российская сторона (СО₇), затруднений с его заменой не могло бы возникнуть.

Вторым по значимости стал вопрос о статусе Маркина как жертвы. Здесь использовались два основных довода. Во-первых, говорилось о том, что фактически права Маркина были восстановлены военным командованием и что вследствие этого он превратился в позитивно дискриминированного субъекта. Во-вторых, указывалось, что трёхмесячный отпуск был Маркину предоставлен, т. е. что он находился в одинаковом положении с другими родителями, имевшими сходный профессиональный статус. Эти аргументы были не очень удачны, поскольку лишь подчеркнули уникальность имевшего место восстановления прав Маркина, и ещё раз показали неравенство в праве на родительский отпуск между мужчинами-военнослужащими и гражданскими лицами.

Судья ЕСПЧ Д. Попович предположил в своём особом мнении, что дети Маркина в действительности не были лишены материнского попечения, что развод Маркина с Н. был фиктивным и имел целью «обойти закон». Это могло бы быть сильной позицией, но представители России как государства-ответчика в ЕСПЧ личности Маркина никогда не затрагивали.

Третий аргумент касается процессуального решения Первой секции принять жалобу Маркина. Российская сторона, а вместе с ней и Д. Попович указывали, что случай Маркина изолированный и не составляет системной проблемы, а также, что фактическое восстановление прав Маркина уничтожает связь между нарушением права на уважение семьи и дискриминацией по половому признаку, т. е.

уничтожает предмет жалобы. Этот аргумент, предложенный уже при втором слушании дела, кажется не вполне уместным и направленным скорее на создание видимости активной позиции.

Оценивая аргументы стороны-ответчика, представленные в ЕСПЧ, нельзя не заметить, что в основном они повторяют аргументы КС и имеют характер пояснения к сложившемуся нормативному регулированию вопроса. Указание на небольшое число и ограниченную функциональность женщин в армии можно рассматривать как практически обосновывающее позитивную дискриминацию женщин в вопросе о родительском отпуске. Но уже сама краткость решения КС, занимающего 5 страниц, свидетельствует об отсутствии у него намерения подробно разбираться в ситуации и давать хорошо обоснованную мотивировку рассматриваемого ограничения прав мужчин-военнослужащих. Основная линия КС предполагает указание на цели государственного управления, каковыми являются «безопасность страны» и «оборонеспособность», как на аспекты публичного интереса, не вдаваясь в формы и способы реализации этих целей. Эта позиция подчёркнуто игнорирует любое притязание гражданина на то, чтобы получить от государственных органов такое разъяснение по данным сторонам их деятельности, которое было бы адекватным представлениям о государстве как системе служб.

Было бы весьма трудно судить о принципах, стоящих за системой аргументов КС и представителей России в процессе по делу Маркина, если бы не рассмотренные выше статьи В. Д. Зорькина «Предел уступчивости» и выступление С. П. Маврина. Не имея возможности адекватно защитить свою позицию в ЕСПЧ, в силу, по-видимому, действительно имеющего место незначительного пробела в законодательстве, к исправлению которого призвало некоторое время спустя и Министерство обороны, представители КС попытались делегитимизировать ЕСПЧ в глазах российского общества прежде, чем будет найден правовой механизм, позволяю-

щий решения этой инстанции, при желании, игнорировать.⁷ Лаконичность решения КС, как и характер аргументации в нём и в выступлениях В. Д. Зорькина и С. П. Маврина свидетельствуют о нежелании демонстрировать подлинные основания своих действий. В связи с этим не остаётся ничего иного, кроме как попытаться реконструировать эти основания, исходя из имеющегося материала. Выглядят они следующим образом:

- российское государство не нуждается во внешнем арбитре своих споров о правах с гражданами, поскольку права эти фактически определяются самим государством;
- если орган государственной власти станет объяснять гражданам свои действия, то это будет ни чем иным как демонстрацией слабости и подтверждением права граждан таких объяснений требовать;
- причины ограничений прав в целом не нуждаются в обосновании в силу того, что государство исходит в своих решениях из ценностных установок, не подлежащих ни обсуждению, ни «расколдовыванию» на уровне практики, ни переинтерпретации, вследствие чего действия государства приобретают черты законченности.

Перед нами слегка замаскированная идеология этатизма.

Заключение

Следует признать, что дело Маркина не представляло собой какой-то особенно сложной правовой проблемы, а нахождение разумного баланса между публичным и частным интересами в рамках усмотрения властей России — это простая управленческая задача. Никакого посягательства на суверенитет или на обороноспособность со стороны ЕСПЧ, конечно, не было, но решение ЕСПЧ, нашедшее в России позитивный отклик даже в Министерстве обороны, обнажило различие как в ценностных установках участников дискуссии — КС и ЕСПЧ, так и в путях легитимации этих учреждений. В силу описанной выше специфики своего положения

⁷ Такой механизм возник в 2015 году (см: Постановление, 2015).

ЕСПЧ рассматривает дела максимально пристально, социальные явления анализирует, опираясь на научные знания, а жизненные ситуации разбирает, привлекая практическую опытность и здравый смысл. Мотивировка решения ЕСПЧ по делу Маркина исключительно обстоятельна, рекомендации практичны и реализуемы без ущерба для публичного интереса России. Ведущим основанием аргументации ЕСПЧ в заочной дискуссии с КС по делу Маркина становится представимость достижения публичного интереса — обороноспособности — в виде организации деятельности людей.

Существенно иной подход обнаруживает КС, аргументы которого, в конечном счёте, основываются на доктрине этатизма. Это объясняет перенос основного внимания со слушаний самого дела на подрыв легитимности решения ЕСПЧ в глазах российского общества. Отрицается сам реализуемый ЕСПЧ подход к проблеме, т. е. возможность для граждан пытаться корректировать государство в сфере, связанной с вопросами обороны и безопасности. Тем более нежелательной и неприятной оказалась общественная поддержка притязаний Маркина, в том числе, в военной среде. Независимая наднациональная защита прав граждан, сама по себе соответствующая публичному интересу государства, провозглашающего себя правовым, была представлена как угроза суверенитету. Поэтому правовые аргументы КС и его представителей в основном формальны, а неправовые используют набор демагогических штампов и намёков, позитивно воспринимаемых разделяющей соответствующие ценности аудиторией. Величина этой аудитории не важна, достаточно, чтобы к ней принадлежали элиты. Для статуса КС принятие и поддержка его решений большинством граждан не имеет существенного значения, поскольку сам Суд представляет собой часть этатистски выстроенного государства. Легитимность КС возникает из отношений с другими элементами государства, на воспроизводство которых работа КС и оказывается фактически направленной. Коллизия, возникшая по делу Маркина, помогает обнаружить это обстоятельство.

Литература

- 30-летний рубеж (2015) '30-летний рубеж: гендерные роли и стереотипы', *Левада-центр, август 2015 г.*, [Online], <http://www.levada.ru/old/26-08-2015/30-letnii-rubezh-gendernye-rol-i-stereotipy>, [27.11.2015].
- Дело «Константин Маркин против России» (2010) 'Дело «Константин Маркин против России» (жалоба №30078/06). Постановление. Г. Страсбург, 7 октября 2010 г.', *Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека*. №12, 2010. С. 32-44. [Online], [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"display\":\"0\",\"languageisocode\":\"RUS\",\"appno\":\"30078/06\"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\), [20.11.2015].
- Зорькин, В. Д. 'Предел уступчивости', *Российская газета. Федеральный выпуск*, по 5325 (246), 29.10.2010, [Online], <http://www.rg.ru/2010/10/29/zorkin.html> [27.11.2015].
- Кант, И. (1966) 'К вечному миру'. Перев. с нем. С. М. Роговина и Б. В. Чредина под ред. Л. А. Комаровского, в *Кант, Иммануил. Сочинения в шести томах*, т. 6. М.: «Мысль», 1966, с. 257–309.
- Леони, Б. (2008) *Свобода и закон*. Пер. с англ. В. Кошкина под ред. А. Куряева, М.: ИРИСЭН, 2008.
- Лисанюк, Е. Н. (2014) 'Взаимоотношение аргументации и конфликта', *Конфликтология*, т. 1., с. 20-31.
- Маврин, С. П. (2010) 'Решения Европейского Суда по правам человека и российская правовая система', *Российское агентство правовой и судебной информации*, 18.11.2010, [Online], http://rapsinews.ru/judicial_analyst/20101118/251057007.html, [29.11.2015].
- Мигунов, А. И. (2013) 'Риторическая рациональность в системе факторов принятия решения', *РАЦИО.ру*, №11, с. 56–67.

- Сантья, М. де (2004) *Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г.* СПб.: «Юридический центр Пресс», 2004.
- Определение (2009) *Определение от 15 января 2009 г. № 187-о-о «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Маркина Константина Александровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 13 и 15 Федерального Закона "О государственных пособиях гражданам, имеющим детей", статей 10 и 11 Федерального Закона "О статусе военнослужащих", статьи 32 Положения о порядке прохождения военной службы» и пунктов 35 и 44 Положения о назначении и выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей,* [Online], https://www.consultant.ru/document/cons_doc_law_87365/, [19.11.2015].
- Перчаткина, С. А. (2011) 'Реализация решений Европейского суда по правам человека в практике конституционных судов: современные тенденции и перспективы', *Журнал российского права*, № 10, с. 97–108.
- Постановление (2015) *Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П,* [Online], <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/637325/#ixzz3tCuJMy8m>, [03.12.2015].
- Пояснительная записка (2013) *Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в статью 13 Федерального закона «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей», статью 11 Федерального закона «О статусе военнослужащих» и статью 38 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе»,* 29.03.2013, [Online], <http://stat.doc.mil.ru/documents/projects/more.htm?id=11696064@morfNPAProject>, [27.11.2015].

- Соболева, А. К. (2002) *Топическая юриспруденция*, М.: «Добро-свет», 2002.
- Хабермас, Ю. (2010) *Проблема легитимации позднего капитализма*, пер. с нем. Л. В. Воропай, М.: «Праксис», 2010.
- Case of Konstantin Markin (2012) *Case of Konstantin Markin v. Russia (Application no. 30078/06) Judgment. Strasbourg. 22 March 2012*, [Online], <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109868>, [19.11.15].
- Dissenting opinion (2012) 'Dissenting opinion of judge Popović in *Case of Konstantin Markin v. Russia (Application no. 30078/06) Judgment. Strasbourg. 22 March 2012*, [Online], <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109868>, [19.11.15].
- Dung, P. M. (1995) 'On the acceptability of arguments and its fundamental role in nonmonotonic reasoning, logic programming and *n*-person games', *Artificial Intelligence*, vol. 77, pp. 321-357.
- Partly dissenting opinion (2012) 'Partly dissenting opinion of judge Nußberger joined by judge Fedorova' in *Case of Konstantin Markin v. Russia (Application no. 30078/06) Judgment. Strasbourg. 22 March 2012*, [Online], <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109868>, [19.11.15].

Об авторе

Иван Борисович **Микиртумов** доктор филос. наук, профессор кафедры логики Санкт-Петербургского государственного университета, i.mikirtumov@spbu.ru.

About author

Prof. Dr. *Ivan Mikirtumov*, Department of Logic, Faculty of Philosophy, Saint Petersburg State University, i.mikirtumov@spbu.ru.