

«Принципиальное сопротивление» решениям Европейского Суда по правам человека в свете критической теории

Владислав Толстых*

В последние несколько лет высшие суды государств – членов Совета Европы не раз отказывались исполнять решения ЕСПЧ со ссылкой на приоритет внутреннего права или иные препятствия, существующие на уровне внутреннего порядка. Данный феномен получил название «принципиальное сопротивление». В статье он анализируется в свете критического подхода к международному праву, озвученного Д. Кеннеди, Дж. Бойли и М. Коскениеми. Данный подход включает несколько ключевых идей: опосредованности права политикой, баланса автономии и порядка, расширения спектра аргументационных возможностей. Он рассматривает права человека контекстуально, то есть в привязке к той среде, в которой они обсуждаются и действуют. Отсюда следует, что права человека являются не единым институтом, а двумя (и более) институтами, закреплёнными в разных порядках. В связи с этим феномен «принципиального сопротивления» отражает не только конфликт позиций, но и несовместимость систем координат, в рамках которых эти позиции были сформированы. Данная несовместимость не означает невозможность гармонии судебных решений, которая достигается тогда, когда тренды автономии и порядка находятся в равновесии. Тренд автономии реализуется, если есть сферы, в которых государства действуют свободно и независимо; тренд порядка – если есть сферы, в которых они соблюдают общие нормы и осуществляют эффективное принуждение в общих интересах. Сегодня эти тренды выглядят почти исчерпанными и возможности для достижения гармонии судебных решений исчезают: суды не чувствуют себя в безопасности и перестают идти на уступки. «Принципиальное сопротивление» предполагает две группы аргументов. Первая содержит критику активистских практик Европейского Суда по правам человека, вторая представляет собой инструменты публичного порядка, то есть концепции, обосновывающие право на отказ от имплементации дисквалифицированных решений Европейского Суда. «Принципиальное сопротивление» выполняет несколько полезных функций, но подрывает сложившийся баланс между порядками, обесценивает риторический арсенал и ставит под сомнение права человека. Проблема «принципиального сопротивления» не представляет собой что-то совершенно новое, любое её решение, однако, не будет окончательным, так как она вызвана общим кризисом права. Данный кризис может быть разрешён только через переход к принципиально иной правовой парадигме.

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-1-79-89

→ *Соотношение правопорядков; права человека; Европейский Суд по правам человека; конституционное правосудие; «принципиальное сопротивление»*

1. Введение

В последние несколько лет высшие суды государств – членов Совета Европы не раз отказывались исполнять решения Европейского Суда по правам человека (*далее* – ЕСПЧ)

со ссылкой на приоритет внутреннего права или иные препятствия, существующие на уровне внутреннего порядка. Данный феномен получил название «принципиальное сопротивление»¹. Его проявлениями являются Постановление Федерального конституцион-

* Толстых Владислав Леонидович – доктор юридических наук, заведующий кафедрой, Новосибирский государственный технический университет, Новосибирский государственный технический университет, Новосибирск, Россия (e-mail: vlt73@mail.ru).

¹ Данному феномену была посвящена конференция “Principled Resistance against ECtHR Judgments – a New Paradigm?”, организованная проф. М. Бреером из Университета города Констанца (Германия) и прошедшая 1–2 июня 2017 года.

отношений между ЕСПЧ и внутренними судами, что-то, имеющее отношение к динамике развития правовых систем в целом. Чтобы уяснить эту динамику, очень важно абстрагироваться от противопоставления правоведческих концепций и отказаться от поиска единственного правильного решения. В определённом смысле нужно перестать быть юристом и стать историком и политиком. Именно такой подход в последние годы пропагандируется представителями критической школы международного права.

2. Идеи критической школы международного права

Критическая школа ставит под сомнение представления об объективной и трансцендентной природе права и делает акцент на анализе его риторической структуры. Она включает несколько ключевых идей: *во-первых*, идею опосредованности права политикой; *во-вторых*, идею баланса автономии и порядка (жестких и мягких аргументов); *в-третьих*, идею расширения спектра аргументационных возможностей. Она опирается на работы Л. Витгенштейна, Р. Барта, М. Фуко, Т. Адорно и, по сути, является правоведческой ветвью структурализма. Её наиболее заметными представителями являются Д. Кеннеди, Дж. Бойли и М. Коскенниemi. Рассмотрим вкратце их теории.

Д. Кеннеди считает, что риторическая структура права включает два аргумента: «жесткий», основанный на согласии государств, и «мягкий», основанный на соображениях морали. Они исключают друг друга (мягкий аргумент обязывает, только преодолевая согласие), но могут применяться к одной ситуации, последовательно. Тот, кто использует жесткий аргумент, может переключаться на мягкий аргумент и наоборот. Позитивисты тяготеют к жесткому аргументу, натуралисты — к мягкому аргументу. Опора только на жесткий аргумент затрудняет выбор между нормами, исходящими от разных суверенов; опора только на мягкий аргумент — работу с нормами, основанными на разных ценностях. В связи с этим правовой дискурс предполагает комбинирование аргументов. Теории формируются не посредством выбора между аргументами, а посредством установления баланса между ними. Доктрина

упорядочивает аргументы и контролирует их взаимодействие. Международное право может показаться озабоченным вопросами политики и государственности, но на самом деле оно трансцендентно им. Оно участвует и в войне и в мире, не будучи ни тем, ни другим, — оно есть «язык международной цивилизации»⁷.

Дж. Бойли анализирует феномен овеществления (*reification*), который представляет собой инкорпорацию определённых политических решений относительно объекта в описание объекта. Иными словами, учёные и политики навязывают спорные политические проекты при помощи абстрактных определений и концепций, которые, несмотря на то что за ними стоят субъективные предпочтения, начинают жить собственной жизнью и опосредовать действительность. Овеществление проявляется повсеместно. Любой анализ, основанный на определении «сущности» права, будет убедительным, только если он скрыто подразумевает некую политическую цель. Аналогичное явление наблюдается в процессе толкования: учёные часто претендуют на придание норме определённости, однако эти попытки каждый раз являются скрытым выражением спорного политического проекта. В связи с этим мы должны представлять структуру доктрины как взаимодействие аргументов, не претендуя на то, что они являются настоящей картиной того, что происходит. Для преодоления морока «овеществления» необходимо показать его политическую обусловленность, избавиться от искусственных конструкций в пользу реальных людей и, наконец, перестать делить жизнь на дискретные миры: борьба против расизма в одной «коробке», отношения с коллегами — в другой и производство утопий — в третьей⁸.

М. Коскенниemi пишет о нисходящем и восходящем способах обсуждения международного порядка: первый связывает этот порядок со справедливостью, общими интересами и прогрессом, то есть рассматривает его как нормативный код, предшествующий государствам; второй — связывает его с поведением, волей и интересами государств. Ни-

⁷ См.: Kennedy D. International Legal Structures. Baden-Baden : Nomos-Verlagsgesellschaft, 1987.

⁸ См.: Boyle J. Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-house of Language // Harvard International Law Journal. Vol. 26. 1985. No. 2. P. 327–359.

сходящий способ предпочитает нормативность конкретике; восходящий — конкретность нормативности. Нисходящий способ упрекает восходящий за субъективизм (апологию); восходящий — нисходящий за неспособность продемонстрировать содержание его априорных норм (утопию). Современная доктрина использует оба способа и постоянно движется от подчёркивания конкретики к подчёркиванию нормативности и обратно, не задерживаясь в какой-либо одной позиции. Она использует позитивистские, натуралистские, телеологические, практические, политические, логические и фактические аргументы, не отдавая себе отчёта в их противоречиях. Такая доктрина *ad hoc* способна решать лишь ограниченный круг проблем, подчёркивая контекстуальность каждого решения. Возможность использования нисходящей/восходящей оппозиции придаёт правому аргументу ауру нейтральности и определённости. Достигнутая целостность, однако, является формальной: каждое решение является противоречивым и уязвимым.

Данная ситуация вызвана противоречивым характером либеральной теории, ядром которой является идея общественного договора. По Гоббсу, различия в индивидуальных целях ведут к войне; чтобы её избежать, необходимо создать суверена; учреждённый им социальный порядок защищает индивидов друг от друга. Существование отдельных индивидов образует восходящий аргумент; обязывающий порядок — нисходящий аргумент. Восходящий аргумент оправдывает порядок, отсылая к индивидуальным целям и отрицая естественные ценности. Индивиды принуждаются только для того, чтобы исключить причинение вреда другим. Но любое принуждение нарушает индивидуальные права и причиняет вред. Нисходящий аргумент предполагает права, гарантирующие свободу, но блокирует любую коллективную акцию, так как содержание прав устанавливается только через отсылку к индивидуальному мнению. Данная конструкция была перенесена в международное право посредством «внутренней аналогии»; при этом в отсутствие суверена был усилен процедурный аспект.

Выходом из положения является критическая программа. Её негативный аспект предполагает раскрытие контекстуальной обусловленности правовых концепций, а пози-

тивный аспект — расширение спектра аргументационных возможностей, в том числе через обращение к политике, экономике, истории и социологии. Юрист, работающий в рамках критического подхода, должен признавать реальность конфликта и отказываться от презумпции внешней рациональности, в которой разрешены все конфликты. Он должен не применять готовые нормы, а беседовать о том, что нужно делать здесь и сейчас. Решение должно приниматься в ходе открытой дискуссии и быть открытым для критики. Институциональный идеал критической программы предполагает сообщество, в котором люди относятся друг к другу как к равным, то есть равно противостоящим наполненной конфликтами реальности и равным в степени своей неуверенности. Нормативный идеал предполагает ответственность каждого за свой выбор, дискреционную и добросовестную оценку последствий решения, внимательность к мнениям других. Это порождает две установки: установку на выражение социального идеала в понятиях иных, чем те, которые отражают некое заданное единство (религиозную, биологическую, социальную или историческую необходимость), и установку на создание социальных институтов, которые не только являются открытыми и могут быть пересмотрены, но и поощряют такой пересмотр, обеспечивая тем самым реализацию наиболее важного человеческого качества — способности переходить границы сознания и существующих идей⁹.

3. Критическая теория и права человека

Критическая теория исходит из того, что риторика прав человека не содержит набора неизменных нормативных требований к политике, но, наоборот, постоянно сводится к конфликтующим аргументам относительно политического блага. Идентификация, значение и применимость прав зависят от оценки «пропорциональности», «необходимости» и «баланса» публичных и частных интересов. Данная оценка осуществляется политическими субъек-

⁹ См.: Koskenniemi M. From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument. Cambridge : Cambridge University Press, 2006. См.: Толстых В.Л. Обзор книги М. Коскенниemi «От Апологии к Утопии: структура международно-правового аргумента» // Российский юридический журнал. 2016. № 5. С. 61–70; № 6. С. 52–62.

ектами, чья позиция определяется факторами, специфичными для каждого общества: экономической формацией, формой государства, социальными и политическими вызовами и др. Таким образом, права человека не являются частью естественного права, элементом материальной концепции справедливости или «козырями» (trumps), как их обозначил Р. Дворкин¹⁰. Они должны рассматриваться контекстуально, то есть в привязке к той среде, в которой они обсуждаются и действуют. Отсюда следует, что права человека являются не единым институтом, но двумя (и более) институтами, закреплёнными в международном и внутреннем порядках.

Действительно, *во-первых*, в различных порядках они выполняют разные функции. Во внутреннем порядке они олицетворяют автономию индивида, противостоящую порядку (суверенитету), при этом они важны сами по себе, как условие общественного договора. В международном порядке они, наоборот, олицетворяют порядок, противостоящий автономии (суверенитету), при этом они важны лишь постольку, поскольку их соблюдение позволяет обеспечивать мир и безопасность¹¹.

Во-вторых, они определяются и обеспечиваются разными субъектами: во внутреннем порядке — государственными органами, в международном порядке — международными организациями (правительственными и во всё большей степени неправительственными). За этими субъектами стоят разные социальные группы: за государством — национальные элиты, а за международными организациями — сверхдержавы, транснаци-

ональные элиты и международная бюрократия.

В-третьих, они являются элементами разных правовых систем. Во внутреннем порядке они закрепляются в законах, в международном порядке — в договорах и обычаях; основными нормами выступают конституция и принцип *pacata sunt servanda* соответственно. Их действие опосредуется нормами и институтами, касающимися толкования, исключений, судебной защиты, правила прецедента и пр., имеющими различное содержание в разных порядках.

В-четвёртых, они ориентированы на разные фактические контексты. Во внутреннем порядке учитываются интересы политических акторов, религия и мораль, социальные и экономические вызовы, национальные традиции и др. В международном порядке данный контекст редуцируется и на первый план выходит фабула конкретного дела, которая оценивается в свете абстрактных принципов, существующих стандартов, необходимости дальнейшей унификации и др.

Проиллюстрируем эти различия на примере двух судебных актов. В Постановлении по делу *Анчугов и Гладков против России* от 4 июля 2013 года¹² ЕСПЧ отверг ссылки России на конституционный характер нормы, лишавшей заключённых избирательного права, указав, что статья 1 Европейской Конвенции по правам человека (*далее* — Конвенция) не исключает ту часть юрисдикции государства, которая осуществляется на основании Конституции, из сферы конвенционного контроля, и сослался на статью 27 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года¹³. Любой отход от всеобщности избирательного права угрожает демократической законности органа власти и принимаемых им законов, по причине чего он не может быть автоматическим, безосновательным, а между санкцией и поведением должна быть ясная и достаточная связь¹⁴. В данном случае ограничение прав носило общий характер, затрагивало значительную часть заключённых, а при вынесении приговора о лишении свободы не оценивалась соразмерность такой

¹⁰ См.: Koskenniemi M. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 131–167. Автор ссылается на *dictum* Решения по делу *Wachauf* от 13 июля 1989 года, в котором Суд ЕС указал: «Фундаментальные права, признанные Судом, тем не менее не являются абсолютными, но должны рассматриваться в отношении к их социальной функции. Следовательно, на осуществление этих прав могут налагаться ограничения, особенно в контексте общей организации рынка, при условии, что эти ограничения фактически соответствуют реализации общего интереса, преследуемого Сообществом, и не представляют собой, с точки зрения преследуемой цели, диспропорционального или недопустимого вмешательства, посягающего на саму сущность данных прав» (European Court of Justice. *Hubert Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*. Case No. 5/88. Judgment of 13 July 1989. § 18).

¹¹ Данная связь всё более умалчивается на уровне риторики, но сохраняется на уровне логики и пронизывает многие международно-правовые концепции: субсидиарности, свободы усмотрения, пропорциональности и др.

¹² European Court of Human Rights (*далее* — ECtHR). *Anchugov and Gladkov v. Russia*. Applications nos. 1157/04 and 15162/05. Judgment of 4 July 2013.

¹³ См.: *Ibid.* § 108.

¹⁴ См.: *Ibid.* § 94–97.

меры, как лишение избирательных прав¹⁵. Конституционный Суд РФ в Постановлении от 19 апреля 2016 года указал, что в данном вопросе «границы компромисса... очерчивает именно Конституция Российской Федерации»: решение ЕСПЧ не должно вступать в противоречие с основами конституционного строя Российской Федерации и установленным Конституцией регулированием прав человека¹⁶. Демократия должна быть защищена от злоупотреблений и криминализации. В данном случае ограничение является соразмерным, так как оно не является массовым и применяется лишь к лицам, совершившим серьёзные преступления. Суды при вынесении приговоров учитывают, что приговор будет означать ограничение избирательных прав. Это подтверждается анализом уголовного законодательства Российской Федерации и статистикой Верховного суда. Итак, мы видим, что в данном случае суды исходили из того, что право на участие в выборах выполняет разные функции, имеет разную нормативную основу, должно интерпретироваться разными субъектами и в разном фактическом контексте.

4. Условия гармонии решений

Итак, феномен «принципиального сопротивления» отражает не только конфликт позиций, но и несовместимость систем координат, в рамках которых эти позиции были сформированы. Данную ситуацию можно сравнить с ситуацией, имеющей место в международном частном праве, когда один и тот же юридический факт (например, договор) порождает разные последствия в разных внутренних порядках¹⁷. В связи с этим внутренние суды, ис-

полняющие решение ЕСПЧ, делают это в силу налагаемого на них обязательства, которое в обычных обстоятельствах «бьёт» подходы внутреннего права, но никак не в силу признания и принятия аргументации международного суда. В случае несогласия с решением международного суда они всегда могут сослаться на принципы публичного порядка (*ordre public*), то есть несовместимость данного решения с принципами внутригосударственного права.

Несовместимость систем координат не означает невозможность гармонии судебных решений, то есть исполнения внутренними судами решений международных судов. Такая гармония достигается тогда, когда интересы внутреннего сообщества требуют исполнения решения международного суда даже в ущерб применению внутреннего права. Данное требование опосредуется правом при помощи принципов соподчинения, субсидиарности, *res judicata* и пр., но формулируется и предъявляется за пределами правового дискурса, а именно в сфере политики. Оно зависит от эффективности обмена уступками и предпочтениями между государствами и от политической конъюнктуры: позиций политических партий, интеграционных устремлений правительства и его желания наладить диалог с другими государствами и международными организациями, желания внутренних судов усилить собственную роль и инкорпорировать внешние правовые стандарты и пр. ЕСПЧ зависит от политических факторов не в меньшей степени. Делая уступки государствам, он заботится о самосохранении, исполнении своих решений, учёте своих позиций и т. п.

Обмен взаимными уступками продолжается до тех пор, пока оба тренда (автономии и порядка) существуют и находятся в равновесии. Тренд автономии реализуется, если есть сферы, в которых государства действуют свободно и независимо; тренд порядка — если есть сферы, в которых они соблюдают общие нормы и осуществляют эффективное принуждение в общих интересах. Оба тренда сохранялись во второй половине XX века, но сегодня выглядят почти исчерпанными. Автономия государства всё более ограничивается наднациональными организациями, институтами гражданского общества, финансовыми и промышленными корпорациями. Тради-

¹⁵ См.: ECtHR. *Anchugov and Gladkov v. Russia*. § 101–112.

¹⁶ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 года № 12-П. П. 1.2.

¹⁷ Дж. Фицморис пишет: «Все противоречие между монизмом и дуализмом является нереальным, искусственным и совершенно не относящимся к делу, поскольку оно предполагает нечто, что должно существовать для того, чтобы противоречие имело место, и чего на самом деле не существует, а именно общую сферу, в которой оба обсуждаемых правопорядка одновременно имеют свои сферы действия... Было бы бессмысленно начинать спор о том, является ли английская правовая система верховной или высшей по отношению к французской и наоборот» (*Fitzmaurice G. The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law // Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 92. 1957. P. 1–227, 71*).

ционные столпы государства — суверенитет, гражданство, публичная власть и др. постепенно разрушаются под ударами цветных революций, массовых миграций, экономических кризисов, бесплодных политических дискуссий и т. п. Идея порядка, в свою очередь, компрометируется односторонними действиями сверхдержав, международной бюрократией, экономическим расслоением, двойными стандартами, неспособностью предотвратить кровавые войны и др. Несущие элементы международного права (принцип *uti possidetis juris*, принцип свободы торговли и др.) провоцируют неравенство, эксплуатацию и войны. Международный порядок, доверие к которому достигло своего пика после распада СССР, растратил кредит данного доверия, его будущее скрыто в тумане.

В ситуации одновременного ослабления обоих трендов возможность для гармонии судебных решений исчезает: государства (и суды, их представляющие) не чувствуют себя в безопасности, перестают идти на уступки, агрессивно реагируют на попытки ограничить их компетенцию и выдвигают аргументы, подрывающие легитимность, компетенцию и профессионализм противника. Юридическая ситуация меняется: институты, при помощи которых внутренние суды обычно защищают внутренний порядок, девальвируются, а институты, ослабляющие этот порядок, наоборот, стремятся к экспансии. Так, в деле *ЮКОС против России*, итогом которого стали Постановления ЕСПЧ от 31 июля 2014 года и Решение Постоянного третейского суда в Гааге от 18 июля 2014 года¹⁸, истцами были взяты на вооружение институты двойного гражданства, офшоров и трастов, инвестиционного арбитража, запрета ползучей экспроприации, международной судебной защиты корпораций, правило вменения государству актов подконтрольных ему частных лиц, метод *discounted cash flow*, то есть институты, которые ещё в конце XX века были неразвиты или имели ограниченную сферу действия.

Россия, в свою очередь, не смогла сослаться на институт временного применения международных договоров, недобросовестность истцов, непропорциональный размер компенсации и др. Из этого не следует, что защитив себя Постановлением Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 года, Россия поступила неправильно или, наоборот, правильно: речь идёт лишь о том, что за последние 20 лет она (как и любое иное государство) стала более *уязвимой* в юридическом плане.

5. Риторическая структура «принципиального сопротивления»

«Принципиальное сопротивление» предполагает две группы аргументов. Первая содержит критику активистских практик ЕСПЧ, к числу которых относятся: 1) *эволюционное* толкование Конвенции, то есть её толкование в современном контексте; 2) универсализация правовых категорий, то есть создание системы автономных понятий; 3) использование «подразумеваемых прав», выводимых из общего смысла Конвенции; 4) использование концепции позитивных обязательств для возложения на государства особо затратных мер; 5) экстерриториальное применение Конвенции (например, к нарушениям, совершённым в непризнанных государствах); 6) реинтерпретация ранних решений и отступления от сложившейся практики; 7) выход за пределы заявления; 8) принятие пилотных решений, обязывающих принимать меры общего характера; 9) ссылки на европейский консенсус, то есть практику большинства членов Совета Европы; 10) ограничительное толкование принципа свободы усмотрения; 11) расширение процессуальных прав неправительственных организаций; 12) нежелание учитывать социально-экономическую ситуацию в государстве; 13) политизация решений и применение двойных стандартов; 14) нарушение правил толкования, закреплённых в статье 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года¹⁹.

Вторая группа аргументов представляет собой собственно инструменты публичного порядка, то есть концепции, обосновываю-

¹⁸ См.: ECtHR, *OAO Nefityanaya Kompaniya Yukos v. Russia*. Application no. 14902/04. Judgment of 31 July 2014; Permanent Court of Arbitration (*da'alee* — PCA). *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. the Russian Federation*. Case no. 2005-05/AA228. Final Award of 18 July 2014; PCA. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*. Case no. 2005-04/AA227. Final Award of 18 July 2014; PCA. *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. the Russian Federation*. Case no. 2005-03/AA226. Final Award of 18 July 2014.

¹⁹ См.: Зорькин В. Россия и Страсбург. Проблемы реализации Конвенции о правах человека // Российская газета. 2015. 22 октября. № 238 (6809).

нивает его: судебная практика и обслуживающая её доктрина становятся схоластической игрой, изолированной от реальности и действительных потребностей людей. Подвергая сомнению некогда сакральные ценности прав человека и международного правосудия, оно отражает общий исторический процесс саморазрушения существующего строя и лежащих в его основе либеральных теорий, отдельные элементы которых вступают в противоречие друг с другом.

«Принципиальное сопротивление» является скорее «странной войной», чем «войной на уничтожение»: внутренние суды не стремятся полностью дискредитировать оппонента и его суждения, но лишь осторожно критикуют его, подчёркивая своё привилегированное положение. Эту осторожность можно было бы объяснить принципом *comity*, стремлением к компромиссу или ещё чем-то подобным, но на самом деле речь идёт о более фундаментальной причине. Дело в том, что международные и внутренние суды имеют общую основу легитимности — принцип суверенитета, сформулированный в XVI—XVII веках, и общих противников — идеи народной демократии и естественного права. В связи с этим отрицание субъектности международного суда на базовом уровне означает отрицание субъектности внутреннего суда и наоборот. Таким образом, «принципиальное сопротивление» на самом деле не является принципиальным, но фактически представляет собой альянс, целью которого является сохранение старого строя и противодействие альтернативным политическим теориям, своего рода «Священный союз». Основная функция этого альянса состоит в поддержании напряжения между апологией и утопией, придающего осмысленность всему политическому и правовому дискурсу и задающего алгоритм (матрицу) любых правовых дискуссий. Указанный алгоритм включает несколько циклических (то есть стремящихся вернуться в исходный пункт) линий аргументации. К их числу относятся следующие линии.

Линия *ultra vires*. Внутренние суды утверждают, что ЕСПЧ выходит за пределы компетенции; ЕСПЧ — что государства сами признали его компетенцию (статья 19 Конвенции) и наделили его компетенцией компетенции (статья 32); внутренние суды — что компетенция ЕСПЧ не включает отмену кон-

ституционных положений; ЕСПЧ — что тенденция гуманизации порядка охватывает в том числе и изменение конституции; внутренние суды — что решение о дальнейшей гуманизации является прерогативой государства и т. д.

Линия *abus de droit*. Внутренние суды утверждают, что ЕСПЧ применяет «двойные стандарты»; ЕСПЧ — что государства находятся в разных ситуациях; внутренние суды — что речь идёт о разной степени воздействия на порядок; ЕСПЧ — что большее воздействие вызвано несоблюдением государством общих стандартов; внутренние суды — что эти стандарты отсутствуют или сами по себе являются дискриминацией и т. д.

Линия *“better knows”*. Внутренние суды утверждают, что они находятся в лучшем положении, чем ЕСПЧ, для того чтобы оценивать право и факты; ЕСПЧ — что, подписав Конвенцию, государства признали его исключительную компетенцию, а значит, его лучшее положение; внутренние суды — что согласие государств относится только к определённым ситуациям, к числу которых данная ситуация не относится; ЕСПЧ — что любая подобная оговорка должна быть эксплицитной и т. д.

Линия *контекста* (статьи 31–32 Венской Конвенции 1969 года). Внутренние суды утверждают, что толкование, предлагаемое ЕСПЧ, не соответствует духу статей Конвенции 1950 года; ЕСПЧ — что значение нормы может эволюционировать; внутренние суды — что такая эволюция возможна только при наличии общего консенсуса, который в данном случае отсутствует; ЕСПЧ обращается к телеологическому толкованию; внутренние суды обвиняют ЕСПЧ в активизме; ЕСПЧ ссылается на государственный эгоизм и т. д.

Линия *force majeure*. Внутренние суды утверждают, что государство вправе отступить от международного договора в случае *force majeure (ultra posse nemo tenetur)*; ЕСПЧ — что концепция *force majeure*, будучи элементом международного права, должна применяться самим ЕСПЧ; внутренние суды — что существование государства не может зависеть от оценки внешнего субъекта; ЕСПЧ — что он не оценивает угрозу по существу, но лишь определяет добросовестность государства (субсидиарность) и т. д.

Линия *иерархии согласий*. Внутренние суды утверждают, что конституция сильнее Конвенции, так как она исходит от народа и выражает базовые ценности; ЕСПЧ — что Конвенция выражает согласованность (*Ver einbarung*) и является частью *aquis communitaire*, кроме того, в международном порядке государство выступает как единый субъект; внутренние суды ссылаются на положения внутренних конституций, утверждающих приоритет конституции; ЕСПЧ — на статью 27 Конвенции о праве международных договоров 1969 года и т. д.

7. Заключение

Феномен «принципиального сопротивления» не представляет собой чего-то совершенно нового; он вполне может быть описан как состояние напряжения между монистическим и дуалистическим подходами и способен получить решение в рамках одного из этих подходов. Проблема, однако, состоит в том, что любое такое решение не будет окончательным: дуализм и монизм отражают дилемму апологии/утопии, нуждаются друг в друге и не могут существовать друг без друга. Таким образом, феномен «принципиального сопротивления» отражает кризис порядков — международного и внутреннего, их ксенофобию, ригидность и архаичность. Поскольку этот кризис носит исторический характер, его нельзя полностью избежать или преодолеть раз и навсегда.

Критическая теория не предлагает радикальных рецептов решения проблемы «принципиального сопротивления»; она лишь признаёт её принципиальную неразрешимость и призывает к открытой дискуссии. Другими словами, как и иные постмодернистские теории, она предлагает «помыслить колебание как свободу» и отказаться от «тоски по замкнутым горизонтам, угрожающим и обнадёживающим одновременно»²². Данное решение может рассматриваться только как паллиатив: оно закрывает глаза на общий кризис государства и права, не предлагает способов его решения или политических альтернатив, паразитирует на аргументах, созданных предыдущими поколениями и, по сути, отрицает

саму возможность достижения истины и установления справедливости.

Ощущение тупика, конечно, стимулирует поиск новых подходов, однако, разработанные в рамках господствующей позитивистской парадигмы, они неизбежно оказываются вторичными. Так, теория правового плюрализма, призывающая учитывать взаимодействие порядков и осуществлять их «сцепку» (“*coupling*”) при помощи концепций прямого действия самоисполнимых норм и согласованного толкования²³, на деле оказывается модифицированной версией кельзианства, а аргумент о более высоком уровне защиты прав, использованный в Постановлении Федерального конституционного суда Германии по делу Гёргюлю, выглядит лишь частным пунктом дуалистической теории Г. Трипеля и Д. Анцилотти.

Общий кризис правовой доктрины, обнажаемый «принципиальным сопротивлением», может быть разрешён только через переход к принципиально иной правовой парадигме. В настоящее время эта парадигма может быть определена только негативным образом: для того чтобы преодолеть позитивизм, она должна преодолевать все связанные с ним волевые концепции (общественного договора, суверенитета, прав человека, демократии и т. п.). Может быть, она будет представлять собой возврат к иррационализму, наподобие того, который имел место в Средних веках, возможно, она закрепит окончательное подчинение человека технике, против которого предостерегал М. Хайдеггер, а возможно, она откроет какой-то неизведанный и новый путь. В любом случае ясно, что мы находимся в преддверии смены парадигм. Такова перспектива, которая, однако, не затрагивает профессиональный долг юристов, которые должны продолжать соревноваться в софистике, даже если сами они верят в неё всё меньше и меньше.

Библиографическое описание:

Толстых В. «Принципиальное сопротивление» решениям Европейского Суда по правам человека в свете критической теории // *Международное правосудие*. 2018. № 1 (25). С. 79–89.

²² *Ваттимо Дж.* Прозрачное общество / пер. с ит. Д. Новикова. М.: Логос, 2002. С. 18.

²³ См.: *Von Bogdandy A.* Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 6. 2008. No. 3–4. P. 397–413, 399–404.

“Principled resistance” against European Court of Human Rights judgments in the light of critical theory

Vladislav Tolstykh

Doctor of Sciences in Law, Head of the International Law Department, Novosibirsk State University, Novosibirsk, Russia (e-mail: vlt73@mail.ru).

Abstract

In the past few years, the supreme courts of member states of the Council of Europe have repeatedly refused to comply with the European Court of Human Rights judgments with reference to the priority of domestic law or other obstacles existing at the level of internal order. This phenomenon was named “principled resistance.” This article analyzes “principled resistance” in light of the critical approach to international law, voiced by D. Kennedy, J. Boyle, and M. Koskenniemi. This approach suggests several key ideas: the dependence of law on politics, the balance of autonomy and order, and the extension of argumentative possibilities. It considers human rights contextually, i. e. in connection with the environment in which they are discussed and act. It follows that human rights are not a single institution, but two (or more) institutions fixed in different orders. In this regard the phenomenon of “principled resistance” reflects not only the conflict of positions, but also the incompatibility of coordinate systems in which these positions were formed. This incompatibility does not suggest an impossibility of harmony of judicial decisions, which is achieved when the trends of autonomy and order are in balance. The trend of autonomy is realized if there are areas where states operate freely and independently; the trend of order is realized if there are areas where they observe common norms and carry out effective coercion in the common interest. Today these trends look almost exhausted and the opportunity for harmony of judicial decisions disappears: courts do not feel safe and stop making concessions. “Principled resistance” involves two groups of arguments: The first contains a criticism of activist practices of the European Court of Human Rights, while the second represents public policy tools, i. e. concepts that justify the right to refuse to implement disqualified judgments of the European Court of Human Rights. “Principled resistance” performs several useful functions, but undermines the existing balance between orders, devalues the rhetorical arsenal, and challenges human rights. The problem of “principled resistance” does not represent something completely new: any solution of it, however, will not be final, because it is caused by a general crisis of legal doctrine. This crisis can be resolved only through a transition to a fundamentally different legal paradigm.

Keywords

interaction of orders; human rights; European Court of Human Rights; constitutional justice; “principled resistance”.

Citation

Tolstykh V. (2018) “Printsipial’noe soprotivlenie” resheniyam Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka v svete kriticheskoy teorii [“Principled resistance” against European Court of Human rights judgments in the light of critical theory]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 1, pp. 79–89.

References

- Von Bogdandy A. (2008) Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, nos. 3–4, pp. 397–413.
- Boyle J. (1985) Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-house of Language, *Harvard International Law Journal*, vol. 26, no. 2, pp. 327–359.
- Fitzmaurice G. (1957) The General Principles Of International Law Considered from the Standpoint of the Rule Of Law, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 92. pp. 1–227.
- Jellinek G. (1900) *Recht des modernen Staates*, Berlin: O. Häring.
- Jessup Ph. C. (1948) *A Modern Law of Nations*, New York: Macmillan.
- Kaufmann E. (1911) *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus: Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats-, und Vertragsbegriffe*, Tübingen: Mohr (In German).
- Kelsen H. (1952) *Principles of International Law*, New York: Rinehart & Co, Inc.
- Kennedy D. (1987) *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft.
- Koskenniemi M. (2006) *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Koskenniemi M. (2011) *The Politics of International Law*, London: Hart Publishing.
- Pomerance M. (1996) *The United States and the World Court as a “Supreme Court of the Nations”: Dreams, Illusions, and Disillusion*, The Hague; London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Scelle G. (1948) *Manuel de droit international public*, Paris: Domat-Montchrestien. (In French).
- Vattimo Dzh. (2002) *Prozrachnoe obshchestvo* [Transparent society], Moscow: Logos. (In Russian).
- Tolstykh V. L. (2016) Obzor knigi M. Koskenniemi “Ot apologii k utopii: struktura mezhdunarodno-pravovogo argumenta” [Review of the M. Koskenniemi’s book “From apology to utopia: the structure of international legal argument”], *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no. 5, pp. 61–70; no. 6, pp. 52–62.