

Султанов А.Р., начальник юридического управления ОАО «Нижнекамскнефтехим», член Ассоциации по улучшению жизни и образования ♦

Продолжение дела «Маркин против РФ» или как Президиум Ленинградского окружного военного суда возбудил спор о конституционности пунктов 3 и 4 части 4 статьи 392 во взаимосвязи со статьей 11 ГПК РФ

Когда в 2010 году разгорелся спор о возможности исполнения Постановления ЕСПЧ по делу «Константин Маркин против РФ», мы сочли возможным остаться в стороне от данного спора. Даже когда сенатор А. Торшин внес законопроекты, предполагающие изменение порядка исполнения Постановлений ЕСПЧ, мы сочли, что это лишь политический демарш, который можно оставить без комментария. На наш взгляд, данные законопроекты были продуктом взбудораженности, а не продуманным предложением, основанном на здравом смысле и научной доктрине. Даже когда средства массовой информации распространили информацию, что Президиум Ленинградского окружного военного суда обратился в связи с «делом Маркина» в Конституционный Суд РФ, мы сочли возможным не придавать этому особого значения. Пожалуй, мы здесь были неправы, поскольку в июне 2013 года Конституционный Суд РФ принял к рассмотрению и возможность того, что право на обращение в межгосударственные органы будет ограничена, стала реальной. Хотя предметом обращения являлся вопрос на первый взгляд, не связанный с правом на обращение в межгосударственные органы, а содержащий в себе вопрос соответствия Конституции РФ пунктов 3 и 4 части 4 статьи 392 во взаимосвязи со статьей 11 ГПК РФ в той части, в которой эти нормы допускают пересмотр вступившего в законную силу принятого судом общей юрисдикции судебного постановления при наличии противоположных правовых позиций Европейского Суда по правам человека и Конституционного Суда Российской Федерации относительно соответствия норм национального законодательства, применённых при рассмотрении конкретного дела, положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод, пересмотра судебных решений на основании Постановлений ЕСПЧ.

♦ Султанов Айдар Рустэмович – начальник юридического управления ОАО «Нижнекамскнефтехим», член Ассоциации по улучшению жизни и образования (Россия). E-mail: SultanovAR@nknh.ru

Однако, право на обращение в межгосударственные органы, напрямую связано с возможностью исполнения, реализации решений межгосударственных органов. Если исполнение в той или иной части межгосударственных органов ограничено, это также означает, что и право на обращение в межгосударственные органы ограничено, поскольку без механизма их реализации на национальном уровне, такое право становится иллюзорным. ЕСПЧ придерживается позиции, что неисполнение судебного решения или отмена его в надзорной порядке фактически аннулирует право на обращение в суд.

Надо также отметить, что право на обращение в межгосударственные органы для защиты своих прав в России является конституционным, оно было специально закреплено в Конституции РФ.

Надо отметить, что в проекте Конституции РФ от 21 февраля 1991 года¹ упоминания права на обращение в межгосударственные органы не было, но уже 16 сентября 1991 в ст. 44 проекта² оно было предусмотрено. В результате бурного обсуждения на Конституционном совещании³ в 1993 году, положение о праве на обращение в межгосударственные органы было включено в окончательный текст Конституции РФ и в настоящее время данное право является конституционным (ч. 3 ст. 46 Конституции РФ).

Причем в качестве одного из доводов для включения этого положения в текст Конституции РФ было указано, что это было бы очень полезно в связи с предстоящим решением вопроса о вступлении России в Совет Европы, поскольку Конституция пойдет на экспертизу в Совет Европы⁴, а также тем, что пора уже перестать видеть какую-то аномалию в обращении граждан в международные органы.

Возможно прав Лон Фуллер, писавший, что в конституциях, появившихся после Второй мировой войны, некоторые гарантии были закреплены из страха того, что они не смогут пережить превратности обычного осуществления парламентской власти⁵. Пережило бы право на обращение в межгосударственные органы если бы оно не было закреплено в Конституции РФ, целого ряда проигрышей в международных инстанциях, нам неизвестно.

Итак, вольно или невольно Президиум Ленинградского окружного военного суда ставит вопрос о возможности обращения в ЕСПЧ, когда до этого была неудачная попытка обращения за защитой конституционных прав в Конституционный Суд РФ. Возможно, этот факт в полной мере не осознается.

¹ Из истории создания Конституции. Том 2. М. 2008. С. 63-117.

² Из истории создания Конституции. Том 2. М. 2008. С. 289

³ Конституционное совещание. Стенограммы материалы документы. Том 3. М. 1996. С. 99-100, 194-195, Том 5. С.388, Том 10. С. 334-339

⁴ Конституционное совещание. Стенограммы материалы документы. Том 3. М. 1996. С. 99-100

⁵ Фуллер Л. Позитивизм и верность праву//Правоведение. 2005. №11. С. 135.

Но игнорирование такого понимания и возможное ограничение права на исполнение решений межгосударственных органов приведет к тому, что граждане и юридические лица, столкнувшиеся с несправедливостью, которая может быть истолкована, как нарушение конституционных и конвенционных прав и свобод будут обращаться не в Конституционный Суд РФ, а сразу же в ЕСПЧ.

Кстати, в этом случае, исчезнут коллизии правовых позиций. Но это означает также, что рассмотрение дела в Конституционном Суде РФ «дела Маркина» может привести к тому, что Конституционный Суд РФ не усилит свои позиции в деле защиты прав и свобод граждан, а исключит себя из таковых органов, поскольку его будут просто обходить, а обязать обращаться в Конституционный Суд РФ до обращения в ЕСПЧ и рассчитывать на признание ЕСПЧ такой обязанности эффективным средством защиты - весьма утопично. К тому же, позиция Конституционного Суда РФ была всегда направлена на то, чтобы граждане России могли получить должную правовую защиту в России и без обращения в ЕСПЧ. По крайней мере, такая позиция неоднократно декларировалась.

Соответственно, благие намерения по защите «конституционного строя», как обычно могут оказаться всего лишь тем, чем устелена дорога отнюдь не в рай.

Мы бы очень не хотели терять такой способ защиты, как возможность обращения в Конституционный Суд РФ о неконституционности законов. На наш взгляд, этот способ защиты в ряде случаев может быть даже более эффективен, нежели обращение в ЕСПЧ. Если же судить об эффективности по скорости рассмотрения заявлений, то на сегодняшний день при всей неспешности конституционного судопроизводства, ЕСПЧ не в состоянии конкурировать по скорости рассмотрения обращений. Как известно, ЕСПЧ «пал жертвой» своей популярности и в настоящее время пытается справиться с завалами из жалоб о нарушении Конвенции. Но, тем не менее, если будет стоять выбор между обращением в Конституционный Суд РФ и ЕСПЧ, многие предпочтут обращение в ЕСПЧ. Имея свой собственный опыт обращения в обе высокие судебные инстанции, можем согласиться с таким выбором. Тем более, что ЕСПЧ это в отличие от Конституционного Суда РФ все же суд не только права, но и факта.

Все это нас мотивировало к тому, чтобы обратить пристальное внимание на продолжение «дела Маркина» в Конституционном Суде РФ.

Полагаем, что Уважаемый читатель, простит нас за то, что мы начнем не с анализа научных публикаций, посвященных «делу Маркина», которых мы

обнаружили большое количество, а с анализа фактических обстоятельств, то есть, будем придерживаться практического подхода.

Несмотря на то, что дело уже три года, является предметом широкого обсуждения и наверняка известны взыскательному читателю, позволим себе повторить ряд обстоятельств этого дела, которые нам известны благодаря политике транспарентности правосудия, благодаря которой судебные акты доступны в сети интернет.

Решением Пушкинского гарнизонного военного суда от 14 марта 2006 года отказано в удовлетворении заявления Маркина К.А. о признании незаконным отказа командира войсковой части 41480 предоставить ему отпуск по уходу за сыном Маркиным Константином, 30 сентября 2005 года рождения, до достижения им возраста 3-х лет.

Принимая данное решение, суд первой инстанции сослался на отсутствие законодательно установленного права военнослужащих-мужчин использовать отпуск по уходу за ребенком указанной продолжительности и недоказанность фактического осуществления Маркиным ухода за ребенком после расторжения брака.

Кассационным определением Ленинградского окружного военного суда от 27 апреля 2006 года решение гарнизонного военного суда оставлено без изменения и вступило в законную силу.

21 мая 2006 г. К.А. Маркин обратился в ЕСПЧ, его жалоба была зарегистрирована за № N 30078/06.

В неизвестную дату им была подана жалоба в Конституционный Суд РФ. Определением Конституционного Суда РФ от 15 января 2009 г. N 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" ему было отказано в принятии к рассмотрению его жалоб, поскольку они не отвечают требованиям Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации", в соответствии с которыми жалоба в Конституционный Суд Российской Федерации признается допустимой.

Постановлением от 7 октября 2010 г. по делу "Константин Маркин против России" [Konstantin Markin v. Russia] (жалоба N 30078/06) ЕСПЧ шестью голосами против одного постановил, что в данном деле российские власти нарушили требования статьи 14 в сочетании с положениями статьи 8

Конвенции. ЕСПЧ счел, что признание нарушения само по себе является достаточной справедливой компенсацией.

ЕСПЧ в Постановлении критично оценил Определение Конституционного Суда РФ: «Отсутствуют экспертные оценки, статистические исследования числа военнослужащих-мужчин, которые могут претендовать на получение трехлетнего отпуска по уходу за ребенком и которые хотели бы его получить. Таким образом, Конституционный суд РФ основал свое решение на чистом допущении».

ЕСПЧ также счел возможным указать в порядке применения статьи 46 Конвенции, что государство-ответчик обязано внести изменения в законодательство с целью прекращения дискриминации мужского персонала вооруженных сил в отношении права на отпуск по уходу за ребенком.

На состоявшемся 18-20 ноября 2010 г. XIII Международном форуме по конституционному правосудию В.Д. Зорькин в своем докладе выразил следующее мнение: "...Конституционный Суд Российской Федерации, принимая свое решение о конституционности закона в случаях, аналогичных германскому прецеденту, - при том, что между положениями Конституции о правах человека и Конвенцией нет противоречий, а противоречие возникло между толкованием Конституции (данным КС) и толкованием Конвенции (предпринятым ЕСПЧ), - может не ориентироваться на интерпретацию Конвенции Европейским Судом, а принять решение в духе национальной Конституции, тем самым имплицитно подтверждая свою трактовку положений Европейской Конвенции (как составной части российской правовой системы), в духе национальной Конституции".

Были и другие критические выступления судей и сотрудников Конституционного Суда РФ. В частности, заместитель председателя Конституционного Суда РФ С.П. Маврин в своем выступлении привел большое количество фактических обстоятельств, обосновывающих справедливость подхода Конституционного Суда РФ (к слову, ранее не упомянутых в Определении Конституционного Суда РФ), акцентировал, на незначительной сумме присужденной ЕСПЧ Маркину, сделав на этом предположение, что ЕСПЧ, «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». Оценивая рекомендуемые ЕСПЧ меры по изменению законодательства⁶, зам. председателя Конституционного Суда РФ указал, что «отечественный законодатель не в состоянии, не нарушая Конституцию своей

⁶ Данные рекомендации, данные вне процедуры рассмотрения пилотного дела, в отсутствие повторяющихся таких дел, были крайне необычны для практики ЕСПЧ.

страны, имплементировать в ее правовую системы, меры, вытекающие из решения ЕСПЧ по делу Маркина. Следовательно, с точки зрения обеспечения благополучия России решение ЕСПЧ в данной части обладает для России признаками неисполнимости»⁷.

Российские власти, не согласившись с Постановлением ЕСПЧ, подали жалобу в Большую Палату ЕСПЧ.

21 февраля 2011 г. Комитет пяти судей Большой Палаты решил удовлетворить ходатайство властей Российской Федерации о передаче дела на рассмотрение Большой Палаты (статья 43 Конвенции и правило 73 Регламента Суда).

В апреле 2011 заместитель Председателя Конституционного Суда РФ С.П. Маврин в своем интервью счел необходимым снова объяснить позицию Конституционного Суда РФ по делу Маркина: «Рассматривая дело Маркина в Конституционном Суде, мы пришли к выводу, что наш заявитель жертвой не являлся. По той простой причине, что он получил свыше 200 тыс. рублей как фактическую оплату за свой отпуск и сам отпуск в натуре. Если бы в его положении была женщина-военнослужащая, она получила бы не более 18 тыс. рублей. То есть Маркин оказался реально в льготном положении. Почему это положение побудило его обратиться в ЕСПЧ, мне трудно сказать, но на статус жертвы в данных обстоятельствах он претендовать не мог. В связи с этим оснований для рассмотрения Европейским судом его индивидуальной жалобы в рамках конкретного нормоконтроля не было. Тем не менее, ЕСПЧ эту жалобу рассмотрел, практически вопреки своему статусу в рамках абстрактного нормоконтроля, и ничего не сказал о нарушении прав Маркина, так как их просто не было. Тогда Европейский суд перешел к рассмотрению вопроса о дискриминации целой категории таких военнослужащих как заявитель, признав существование этой дискриминации. ...В самом Европейском Суде дело Маркина еще будет пересматриваться в Большой палате. Насколько мне известно, слушание по нему состоится в начале июня».

Первое слушание в Большой Палате ЕСПЧ состоялось 8 июня 2011 года.

16 июня 2011 г. по инициативе исполняющего обязанности председателя Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации Александра Торшина был внесен в Государственную Думу проект Федерального конституционного закона №564346-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», направленный на уточнение

⁷ В настоящее время, Минобороны России разработало законопроект, предусматривающий право мужчин, проходящих военную службу по контракту, на отпуск по уходу за ребенком до достижения им 3 лет. Этот документ размещен на федеральном портале проектов правовых актов. URL: http://regulation.gov.ru/project/3966.html?point=view_project&stage=3&stage_id=2297 (дата обращения 30.08.2013).

порядка обращения в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности нормативных актов и порядка обращения в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, а также проект закона №564315-5 «О внесении изменений в статью 415 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и статью 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»⁸, направленный на уточнение порядка пересмотра судами общей юрисдикции и арбитражными судами судебных актов по новым обстоятельствам.

В пояснительных записках к проектам было указано, что они направлены «на правовое решение вопроса о соотношении истолкования нормы национального законодательства, данного Конституционным Судом РФ, и толкования Конвенции о защите прав человека и основных свобод, сформулированного ЕСПЧ, при котором та же норма становится не совместимой с Конвенцией. Законопроект призван снять возможные противоречия в оценках норм российского законодательства ЕСПЧ и Конституционным Судом. Указанная противоречивость может порождаться тем, что положения Конвенции обладают приоритетом по отношению к российским законам, но уступают по юридической силе положениям Конституции РФ».

1 февраля 2012 состоялось закрытое слушание в Большой Палате ЕСПЧ и Постановление Большой Палаты ЕСПЧ по делу "Konstantin Markin (Konstantin Markin) против Российской Федерации" (жалоба N 30078/06) было опубликовано от 22 марта 2012 г.

Большая Палата в данном Постановлении не только провела большой сравнительно-правовой анализ законодательства европейских государств и международных норм, но сделала также больший упор на анализ фактических обстоятельств, и не стала указывать какие меры государство-ответчик обязано предпринять в качестве общих мер, хотя и пришла к такому же выводу, что имело место нарушение статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции. Большая Палата ЕСПЧ сочла также необходимым обязать выплатить моральный вред в размере 3 000 евро, как бы «согласившись» с критикой судьи Конституционного Суда РФ С.П. Маврина⁹.

⁸ В пояснительной записке автор законопроекта отрицал наличие в ГПК РФ норм, предусматривающих пересмотр в связи с постановлениями ЕСПЧ, хотя такое положение было в ГПК РФ, оно лишь должно было вступить в силу с 01.01.2012. Мы так и не смогли найти объяснения этому, попытка оправдать это тем, что возможно А.Торшин не присутствовал при обсуждении изменений в ГПК РФ на заседании Совета Федерации РФ в декабре 2010 года, не увенчалась успехом – он в день обсуждения присутствовал на заседании Совета Федерации и был поздравлен с днем рождения...

⁹ Надеюсь, уважаемый читатель, простит за столь короткий комментарий, безусловно, интересного Постановления, но комментируя его, мы могли сильно отклониться от цели нашей статьи, тем более, что комментарии к данному делу уже много и мы полагаем их будет еще больше.

В мае 2012 Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин прокомментировал Постановление Большой Палаты ЕСПЧ: «В своем решении ЕСПЧ (в отличие от ранее принятого постановления по этому делу) воздержался от оценок правовых позиций Конституционного Суда относительно конституционности норм российского законодательства, предусматривающих возможность предоставления отпуска по уходу за ребенком лишь военнослужащим - женщинам. ЕСПЧ воздержался также от прямого нормоконтроля, оценивая, главным образом, последствия правоприменения в ситуации заявителя. А главное, ЕСПЧ, по сути, предложил компромисс, сделав акцент на том обстоятельстве, что в российском законодательстве ограничения для мужчин-военнослужащих установлены исключительно по признаку пола, а не по основанию характера осуществляемой ими деятельности (хотя, как сказано в Постановлении Большой Палаты, К.Маркин, работавший оператором связи, вполне мог быть заменен без угрозы национальной безопасности страны). На мой взгляд, это следует рассматривать как готовность ЕСПЧ признать в качестве выполнения своего решения предоставление трехгодичного отпуска по уходу за ребенком всем военнослужащим, выполняющим свои обязанности на должностях вспомогательного состава. Если не превращать дело Маркина в «камень преткновения» (мне кажется, что это все-таки единичный случай в практике взаимодействия ЕСПЧ и КС РФ), то можно пойти на этот предложенный компромисс, чтобы закрыть данную конституционно-правовую – и одновременно конвенциональную – проблему. Вряд ли надо добиваться большего, наращивая критику. По моему, на данном этапе КС достаточно твердо выступил. Во всяком случае, если в будущем и потребуются проявить активность, то только по такому конкретному вопросу, где будут непосредственно затронуты конституционно защищаемые интересы России»¹⁰.

10 июля 2012 г. на сайте Санкт-Петербургского гарнизонного военного суда был вывешен пресс-релиз с сообщением о поступлении в суд «заявления о пересмотре по новым обстоятельствам в порядке ст. 392 ГПК РФ решения Пушкинского гарнизонного военного суда от 14 марта 2006 года по гражданскому делу 3-2006 по жалобе Маркина К.А. об обжаловании действий командования войсковой части, связанных с отказом в предоставлении ему отпуска по уходу за ребенком, обратился заявитель Маркин К.А. В своем заявлении, в качестве основания для пересмотра судебного решения в соответствии с п.2 ч.2 и п.4 ч.4 ст. 392 ГПК РФ, он ссылается на вынесенное Большой Палатой Европейского Суда по правам человека 22 марта 2012 года

¹⁰ Зорькин В.Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия: новые вызовы и перспективы (Доклад на II Международном юридическом форуме. Санкт-Петербург, 17 мая 2012 года)

постановление по делу N 30078 ("Konstantin Markin v. Russia") по жалобе Маркина К.А. и указывает, что указанным постановлением было признано, что в результате отказа в предоставлении Маркину К.А. отпуска по уходу за ребенком в отношении него были нарушены положения статей 8 и 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Заявление Маркина К.А. о пересмотре решения военного суда было принято к производству Санкт-Петербургского гарнизонного военного суда (в связи с упразднением Пушкинского ГВС), истребованы материалы гражданского дела, в котором имеются копии судебных решений, принятых по делу судами общей юрисдикции. Учитывая ссылку заявителя на не получение им официальной копии указанного постановления Большой Палаты ЕСПЧ, а также отсутствие законодательно установленного порядка возможности получения российским судом надлежащей копии соответствующего судебного решения ЕСПЧ для применения в конкретном деле, Санкт-петербургский гарнизонный военный суд 18 июня 2012 года направил письменное обращение Уполномоченному Российской Федерации при Европейском Суде по правам человека – заместителю Министра юстиции Российской Федерации Матюшкину Г.О. с просьбой о направлении в Санкт-Петербургский гарнизонный военный суд надлежащим образом заверенной копии русского перевода официального текста вынесенного Большой Палатой Европейского Суда по правам человека 22 марта 2012 года постановления по делу N 30078 ("Konstantin Markin v. Russia") по жалобе Маркина К.А.»¹¹.

Сам этот факт, стал широко обсуждаться в средствах массовой информации и судья Конституционного Суда РФ в отставке, доктор юридических наук Т. Г. Морщакова, высказала идею, что «у военного суда нет никаких препятствий, чтобы исполнить решение ЕСПЧ, Однако проблема состоит в том, что, встав на сторону ЕСПЧ, военный суд фактически не разделит позицию КС». Другие эксперты высказали точку зрения, что «суду, принявшему дело Маркина к пересмотру, ничто не мешает уже сейчас обратиться в КС с запросом, как ему быть. КС сам создал этот конфликт и пусть изворачивается, переключая свое недовольство в правовые термины»¹².

Чуть позже, заместитель председателя Военной коллегии Верховного Суда РФ письмом от 27 июля 2012 №ОК-194/12 направил Председателям окружных (флотских) военных судов для сведения и использования Постановление Большой Палаты ЕСПЧ по делу Маркина, обратив внимание судов на то, что «Европейский Суд указал, что исключение военнослужащих-

¹¹ http://gvs.spb.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=1&did=39

¹² <http://www.kommersant.ru/doc/1987499> (дата обращения 05.09.2013)

мужчин из круга лиц, имеющих право на получение отпуска по уходу за ребенком, учитывая, что военнослужащие-женщины такое право имеют, не может считаться разумно или объективно обоснованным. В данной связи Европейский Суд отметил, что с учетом конкретных требований, предъявляемых военной службой, лишение любого служащего (мужчины или женщины) права на получение отпуска по уходу за ребенком может быть оправдано только в отношении тех, чьи должностные обязанности не могут выполняться другими лицами вследствие таких факторов как, например, важность занимаемой ими должности, редкая техническая квалификация или участие в военных действиях (§§148,151)».

Рассмотрение заявления К. Маркина о пересмотре по новым обстоятельствам было отложено на 30 августа 2012 года в связи с истребованием доказательств. Но надо отметить, что суд запросил не только перевод официального текста Постановления Большой Палаты, но также обязал до рассмотрения заявления представить в суд надлежащим образом заверенные копии следующих документов:

- обобщенные сведения, оформленные в виде справки, о составе и размере денежных средств выплаченных Маркину Константину Александровичу, в период с 30 сентября 2005 года по 14 декабря 2008 года;

- выписки из приказов об установлении заявителю размеров (лишении) месячного оклада в соответствии с занимаемой воинской должностью, месячного оклада в соответствии с присвоенным воинским званием, различных месячных и иных дополнительных выплат, входивших в состав денежного довольствия и иных выплат, в том числе компенсационных выплат в период нахождения Маркина К.А. в отпуске по уходу за ребенком, выплаченных заявителю в период с 30 сентября 2005 года по 14 декабря 2008 года; - расчетно-платежные (платежные) ведомости и иные документы, подтверждающие выплату наличными деньгами и (или) безналичное перечисление на счет Маркина Константина Александровича, в период с 30 сентября 2005 года по 14 декабря 2008 года денежных средств.

Безусловно, такой запрос в стадии рассмотрения заявления о пересмотре по новым обстоятельствам, более чем странен.

Как общеизвестно, производство по вновь открывшимся и новым обстоятельствам состоит из двух стадий. Где в первой стадии суд, рассматривает наличие обстоятельств, с которыми законодатель предусмотрел возможность пересмотра.

Когда суд рассматривает заявление пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам, он лишь устанавливает ранее неизвестные суду и заявителю обстоятельства и определяет степень их влияния на правильность вынесенного

решения¹³. В п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 декабря 2012 г. N 31 "О применении норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении судами заявлений, представлений о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных постановлений" разъяснено, что «в соответствии со статьей 396 ГПК РФ суд рассматривает указанные заявление, представление в судебном заседании, исследует доказательства, представленные в подтверждение наличия вновь открывшихся или новых обстоятельств по делу, заслушивает объяснения участвующих в деле лиц, совершает иные необходимые процессуальные действия, которые должны быть отражены в протоколе судебного заседания»¹⁴.

То есть, данная часть рассмотрения, чисто техническая, в которой рассматривается сугубо процессуальный вопрос о наличии вновь открывшихся обстоятельств, с которыми законодатель связывает возможность пересмотра и то, что они могли оказать существенное влияние на результат рассмотрения дела. В этой стадии суд вправе лишь отменить судебное решение либо отказать, но не рассматривает дело по существу и не исследует новые доказательства, не разрешает вопрос о применимом материальном праве.

Что ж это все азбучные истины, которые давно известны любому студенту, но это истины в процедуре пересмотра вновь открывшимся обстоятельствам, а каковы обязанности суда при рассмотрении заявления о пересмотре по новым обстоятельствам.

Очевидно, что суд должен выяснить наличие новых обстоятельств, с наличием которых законодатель связывает возможность пересмотра по новым обстоятельствам. Безусловно, не всякое новое обстоятельство является основанием для пересмотра, хотя мы и полагаем, что этот перечень все же не является конечным. В настоящее время, граждане России могут направлять помимо ЕСПЧ¹⁵ также свои индивидуальные жалобы в Комитет по правам человека¹⁶, в соответствии со статьей 14 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации¹⁷ в Комитет по ликвидации

¹³ Алиев Т.Т. Производство по вновь открывшимся обстоятельствам в гражданском судопроизводстве. М. 2007. С. 38.

¹⁴ Надо отметить, что Верховный Суд РФ весьма краток в данных разъяснениях, так например в Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан №12 от 15.12.2007 «О некоторых вопросах пересмотра судебных актов по гражданским делам по вновь открывшимся обстоятельствам» даны подробные указания, что должно содержаться в определении суда по результатам рассмотрения заявления. Из данного постановления видно, что является предметом исследования и предметом доказывания в данной процедуре.

¹⁵ На основании Федерального закона от 30.03.98 "О ратификации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод" и ст. 34 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод"

¹⁶ На основании Факультативного протокола к «Международному пакту о гражданских и политических правах».

¹⁷ Международная Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Нью-Йорк, 7 марта 1966 г.). Текст Конвенции опубликован в Ведомостях Верховного Совета СССР от 18 июня 1969 г. N 25 ст. 219, в сборнике "Действующее международное право" т. 2

расовой дискриминации¹⁸ и на основании Факультативного протокола¹⁹ к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации²⁰ в отношении женщин в Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин.

В Определении от 28 июня 2012 года N 1248-О Конституционный Суд РФ разъяснил, что положения УПК РФ не исключают возможности возобновления производства по уголовному делу ввиду новых обстоятельств на основании соображений Комитета по правам человека, принятых по результатам изучения индивидуальных сообщений и содержащих адресованное Российской Федерации предложение о проведении повторного судебного разбирательства. Относительно возможности возобновления производства или пересмотра судебных актов в гражданском процессе на основании результатов рассмотрения обращений граждан в другие межгосударственные органы на основании вышеуказанных международных договоров и конвенций еще не был предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ, но было бы лучше, если бы на это обратил внимание законодатель. К счастью, на сайте Верховного Суда РФ стали публиковаться правовые позиции Комитета ООН по правам человека, Комитета ООН по ликвидации расовой дискриминации, Комитета ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин, Комитета ООН по правам инвалидов и практика их реализации²¹ Комитета ООН против пыток²².

Но вернемся к процедуре пересмотра по новым обстоятельствам, суд, установив, например, наличие такого основания, как признание Конституционным Судом Российской Федерации не соответствующим Конституции Российской Федерации закона, примененного в конкретном деле, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Конституционный Суд Российской Федерации, уже связан данным Постановлением Конституционного Суда РФ, поскольку Конституционный Суд РФ осуществляет по жалобам граждан конкретный нормоконтроль, лишь в случае применения оспариваемых норм в деле с участием заявителя.

¹⁸ См. Постановление ВС СССР от 5 июля 1991 г. N 2306-I "О признании компетенции Комитета по ликвидации расовой дискриминации в соответствии со статьей 14 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации. Текст постановления опубликован в Ведомостях Верховного Совета СССР, 1991 г., N 29, ст. 844

¹⁹ Факультативный протокол к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (принят Генеральной Ассамблеей ООН 6 октября 1999 года), подписан от имени Российской Федерации в городе Нью-Йорке 8 мая 2001 года. Ратифицирован федеральным законом от 19 июня 2004 г. N 52-ФЗ "О ратификации Факультативного протокола к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин"

²⁰ Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (Нью-Йорк, 18 декабря 1979 г.) СССР подписал Конвенцию 17 июля 1980 г. СССР ратифицировал настоящую Конвенцию Указом Президиума ВС СССР от 19 декабря 1980 г. N 3565-X с оговоркой, сделанной при подписании. Ратификационная грамота СССР депонирована Генеральному секретарю ООН 23 января 1981 г. Вступила в силу для СССР 3 сентября 1981 г., текст Конвенции опубликован в Ведомостях Верховного Совета СССР, 1982 г., N 25 (2151), ст. 464

²¹ URL: http://vsrf.ru/Show_pdf.php?Id=8853 (дата обращения 15.10.2013)

²² URL: http://vsrf.ru/Show_pdf.php?Id=8854 (дата обращения 15.10.2013)

Конституционный Суд РФ, признавая неконституционными нормы, противоречащие Конституции РФ, тем самым осуществляет действие, направленное на восстановление нарушенных конституционных прав. Поскольку в силу ч. 1 ст. 15 Конституции РФ не один правовой акт не должен противоречить Конституции РФ, судебное решение, основанное на применении неконституционной нормы, будет существенным нарушением. То есть, суду не нужно при пересмотре по новым обстоятельствам устанавливать существенность такого нового обстоятельства, как признание Конституционным Судом Российской Федерации не соответствующим Конституции Российской Федерации закона, примененного в конкретном деле, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Конституционный Суд Российской Федерации. Решение, основанное на применении неконституционной нормы, безусловно, не может быть законным, поскольку в России не допускается принятие правовых актов противоречащих Конституции РФ. При этом суд, не исследует никаких других новых обстоятельств, ни фактических, ни обращался ли гражданин в ЕСПЧ и т.д. Безусловно, с момента вынесения судебного решения могли произойти различные новые события, но суд их не выясняет их в этой процедуре, он их исследует их при новом рассмотрении дела, уже после отмены решения по новым обстоятельствам.

В процедуре пересмотра по новым обстоятельствам, где новым обстоятельством заявлено «установление Европейским Судом по правам человека нарушения положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом конкретного дела, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Европейский Суд по правам человека», суд связан с тем, что ЕСПЧ установил деликт – нарушением Конвенции. Надо отметить, что законодатель, очень узко определил возможность пересмотра, связав лишь со случаем, когда деликт – нарушение Конвенции связано с принятием решения, что исключает возможность возбуждать процедуру пересмотра, когда деликт, установлен фактом неисполнения судебного решения (если, конечно, это не процесс, связанный с процедурой исполнения судебного решения).

В п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 декабря 2012 г. N 31 "О применении норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении судами заявлений, представлений о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных постановлений" было дано следующее разъяснение – «в соответствии с пунктом 4 части 4 статьи 392 ГПК РФ, с учетом Рекомендации Комитета министров Совета Европы N R (2000) 2 "По пересмотру дел и

возобновлению производства по делу на внутригосударственном уровне в связи с решениями Европейского Суда по правам человека", основанием для пересмотра судебного постановления является такое постановление Европейского Суда по правам человека, в котором установлено нарушение Конвенции о защите прав человека и основных свобод и (или) Протоколов к ней, повлиявшее на правильность разрешения дела заявителя».

Ранее Верховный Суд РФ разъяснял в п. 11 Постановления Пленума от 10 октября 2003 г. № 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации": что «Конвенция о защите прав человека и основных свобод обладает собственным механизмом, который включает обязательную юрисдикцию Европейского Суда по правам человека и систематический контроль за выполнением постановлений Суда со стороны Комитета министров Совета Европы. **В силу пункта 1 статьи 46 Конвенции эти постановления в отношении Российской Федерации, принятые окончательно, являются обязательными для всех органов государственной власти Российской Федерации, в том числе и для судов.** Выполнение постановлений, касающихся Российской Федерации, предполагает в случае необходимости обязательство со стороны государства принять меры частного характера, направленные на устранение нарушений прав человека, предусмотренных Конвенцией, и последствий этих нарушений для заявителя, а также меры общего характера, с тем, чтобы предупредить повторение подобных нарушений. Суды в пределах своей компетенции должны действовать таким образом, чтобы обеспечить выполнение обязательств государства, вытекающих из участия Российской Федерации в Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Если при судебном рассмотрении дела были выявлены обстоятельства, которые способствовали нарушению прав и свобод граждан, гарантированных Конвенцией, суд вправе вынести частное определение (или постановление), в котором обращается внимание соответствующих организаций и должностных лиц на обстоятельства и факты нарушения указанных прав и свобод, требующие принятия необходимых мер».

Разъяснения, безусловно, важные, но практика показывала их очевидную недостаточность, поскольку зачастую попытка исполнить решение ЕСПЧ, разбивалась о невозможность пересмотреть судебное решение.

Однако, проблемы с исполнением и пониманием того, как исполнять постановления ЕСПЧ были не только в нашей стране. Иногда эти попытки исполнить Постановления ЕСПЧ, возвращались в ЕСПЧ с новыми жалобами. В Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Швейцарское движение против животноводческих ферм против Швейцарии (№ 2)» (Verein

gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)) (жалоба № 32772/02) от 30 июня 2009, как раз была рассмотрена повторная жалоба в ЕСПЧ, в котором были выработаны важные правовые позиции, которые уместно здесь привести: «...возобновление судопроизводства, которое нарушило Конвенцию, не является самоцелью; это просто средство – хотя и основное – которое можно использовать с конкретной целью, а именно, с целью полного и надлежащего исполнения судебных решений». Восстановление первоначального правового положения является правилом, цель, которого заключается в том, чтобы, по мере возможности, у заявителя были те же прежние условия, если бы соблюдались требования Конвенции²³.

Эти правовые позиции должны учитываться национальными судами с тем, чтобы действительно восстанавливать нарушенные права, а не создавать видимость исполнения постановлений ЕСПЧ.

Верховный Суд РФ вновь вернулся к вопросам пересмотра судебных актов в связи с постановлениями ЕСПЧ в 2013 году. В Постановлении Пленума от 27 июня 2013 г. N 21 "О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней" (далее «Постановление»), более подробно разъяснив, необходимость пересмотра судебных с целью восстановления нарушенных прав и свобод.

Надо отметить, что в данном постановлении возможность пересмотра по новым обстоятельствам и предмет доказывания в процедуре пересмотра по новым обстоятельствам существенно изменена по сравнению, тем как это было урегулировано законодателем в ГПК РФ. Верховный Суд РФ в данном постановлении вышел за рамки толкования норм, фактически их создав, установив вместо законодателя новую процедуру, под видом толкования установленной законодателем. Не оценивая, этого факта с точки зрения наличия компетенции для этого, и не принимая во внимание, что заявление о пересмотре Маркина было рассмотрено до данного Постановления, которое не обладает ретроспективным действием, полагаем все же необходимым акцентировать внимание на некоторых его моментах.

Верховный Суд РФ в данном Постановлении разъяснил, что в соответствии с положениями статьи 46 Конвенции, истолкованными с учетом Рекомендации Комитета министров Совета Европы N R (2000) 2 от 19 января 2000 года "По пересмотру дел и возобновлению производства по делу на

²³ Султанов А.Р. Как дело о цензурном запрете помогло появлению важнейших правовых позиций Большой Палаты Европейского Суда по правам человека// Журнал конституционализма и прав человека. №1. 2013. С. 53-63; Султанов А.Р. Уроки Постановления Большой Палаты Европейского Суда по правам человека по делу «Verein gegen tierfabriken schweiz (Объединение против промышленного разведения животных) (VgT) против Швейцарии (№ 2)» (Жалоба № 32772/02)от 30.06.2009// Вестник гражданского процесса.№1.2013. С.99 - 125.

внутригосударственном уровне в связи с решениями Европейского Суда по правам человека", основанием для пересмотра судебного акта ввиду новых обстоятельств является не всякое установленное Европейским Судом нарушение Российской Федерацией положений Конвенции или Протоколов к ней.

Одновременно, Верховный Суд РФ дал судам ориентиры, когда обязательно должна быть возбуждена процедура пересмотра, - можно утверждать, что тем самым Верховный Суд РФ указал на предмет исследования в стадии заявления о пересмотре по новым обстоятельствам.

В частности, Верховный Суд РФ разъяснил, что судебный акт подлежит пересмотру в том случае, если заявитель продолжает испытывать неблагоприятные последствия такого акта и выплаченная заявителю справедливая компенсация, присужденная Европейским Судом во исполнение статьи 41 Конвенции, либо иные средства, не связанные с пересмотром, не обеспечивают восстановление нарушенных прав и свобод. Что на наш взгляд, обязывает суды выяснять во-первых, не является ли нарушение конвенционных прав и свобод длящимся, а также какие меры были предприняты ЕСПЧ для компенсации вреда причиненного нарушением данных прав и свобод. Здесь мы полагаем возможным дать небольшой комментарий – на наш взгляд, здесь, по всей видимости, речь идет о выяснении была ли присуждена ЕСПЧ компенсация материального вреда, и в каком размере. Как мы указывали ранее, в ряде случаев ЕСПЧ понимая, что возобновление производства может создать проблемы с правовой определенностью для других лиц, принимает решение о компенсации всего причиненного материального вреда (см. например Постановление ЕСПЧ по делу «Эрмишев против Молдовы» от 08.08.2006)²⁴. Безусловно, если вред был компенсирован полностью в Постановлении ЕСПЧ, то оснований для пересмотра нет.

Но в том случае, если в решении суда содержится недостоверная информация, которая продолжает причинять какие-либо негативные последствия, то в данном случае полагаем, что компенсация материального вреда не является препятствием для пересмотра, поскольку сама по себе компенсация и признания нарушения со стороны государства не лишает преюдициальной силы ранее принятого судебного решения, которое формально остается обязательным для всех государственных органов. Иной подход означал бы возможность спора о том, чья преюдициальная сила судебного акта – ЕСПЧ или российского суда. Отсутствие в ГПК РФ каких-либо положений о

²⁴ Султанов А.Р. К 15-летию юбилею действия для России Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и протоколов к ней// Вестник гражданского процесса. №4. 2013. С. 294.

преюдициальности Постановлений ЕСПЧ, такой спор мог бы быть сугубо формально, не в пользу соблюдения международных обязательств России в области защиты прав и свобод человека.

Фраза о необходимости выяснения «иных средств, не связанных с пересмотром», и возможном их обеспечении восстановления нарушенных прав и свобод, на наш взгляд, означает необходимость учета, в случае предоставления государством, доказательств о том, что *после* Постановления ЕСПЧ, государством были предприняты меры для восстановления нарушенных прав и свобод во внесудебном порядке. Так, например, если был спор об отказе в регистрации или перерегистрации организации и ЕСПЧ установил нарушение ст. 11 Конвенции, то осуществление государственной регистрации было бы вполне приемлемым исполнением Постановления ЕСПЧ, как было например, исполнение Постановления ЕСПЧ от 5 октября 2006 г. по делу "Московское отделение Армии Спасения (Moscow Branch Of The Salvation Army) против Российской Федерации" (жалоба N 72881/01). Но хотели бы отметить, что мы не уверены, в том, что такое исполнение было бы препятствием в пересмотре по новым обстоятельствам, поскольку в судебных решениях, вынесенных до Постановления ЕСПЧ, было упомянуто, что Армия Спасения является «квазивоенизированной» религиозной организацией. Такое утверждение, безусловно, могло бы создавать проблемы с защитой своего доброго имени, в случае если бы «доброжелатели» продолжали бы распространять не соответствующие действительности утверждения о военизированном характере Армии Спасения.

Хотелось бы также обратить внимание на то, что в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ впервые появляется необходимость установления новых фактов, произошедших после вынесения Постановления ЕСПЧ. Именно после вынесения Постановления ЕСПЧ, поскольку оценка российским судом фактов, которые имели место до Постановления ЕСПЧ в процедуре пересмотра, может быть расценена, как попытка спорить с Постановлением ЕСПЧ, и не будет его исполнением.

Верховный Суд РФ также обратил внимание на то, что дело должно быть пересмотрено, когда одновременно установленное ЕСПЧ нарушение позволяет прийти хотя бы к одному из следующих выводов: «о том, что решение суда противоречит Конвенции по существу (например, постановление об административном выдворении лица за пределы Российской Федерации, принято, как установлено Европейским Судом, в нарушение статьи 8 Конвенции); о том, что допущенное нарушение Конвенции или Протоколов к ней, носящее процессуальный характер, ставит под сомнение результаты рассмотрения дела (например, отказ суда в удовлетворении ходатайства о

вызове в судебное заседание свидетеля, показания которого могли иметь решающее значение для дела (статья 6 Конвенции)».

Вышеизложенные нарушения, конечно же, не могут быть компенсированы выплатой денежных средств или совершением каких-либо действий, кроме как пересмотр судебного акта.

Верховный Суд РФ указал, также, что при рассмотрении судом вопроса о необходимости пересмотра судебного акта должна быть установлена причинно-следственная связь между установленным Европейским Судом нарушением Конвенции или Протоколов к ней и неблагоприятными последствиями, которые продолжает испытывать заявитель.

Таким образом, Верховный Суд РФ акцентировал на предмете исследования при пересмотре по новым обстоятельствам. Если коротко суммировать их, это обязанность суда установить причинно-следственную связь между установленным ЕСПЧ деликтом и судебным решением, невозможность восстановления нарушенных прав в полном объеме Постановлением ЕСПЧ и отсутствие действий государственных органов, восстановивших нарушенные права и свободы после вынесения Постановления ЕСПЧ, если они могут быть восстановлены без отмены судебного акта, а также не противоречит ли решение суда Конвенции по существу; нет ли допущенных нарушений Конвенции или Протоколов к ней, носящих процессуальный характер, ставящих под сомнение результаты рассмотрения дела.

Данный краткий анализ представлений Верховного Суда РФ о том, что подлежит исследованию при рассмотрении заявления о пересмотре по новым обстоятельствам может нами использован для анализа судебных актов, вынесенных при рассмотрении вопроса о пересмотре судебных актов по делу Маркина. Конечно же, такой подход совсем не обязателен, поскольку, как мы уже говорили, данное Постановление Пленума Верховного Суда РФ не обладает ретроспективным действием.

Итак, из запроса Санкт-Петербургского гарнизонного военного суда было видно, что суд интересовали вопросы, не связанные с вопросами, подлежащими исследованию в процедуре исследования процессуальных оснований для пересмотра по новым обстоятельствам, а скорей интересовали вопросы, которые суд исследует при рассмотрении дела по существу. Не удивительно, что определением от 30 августа 2012 Санкт-Петербургского гарнизонного военного суда²⁵ было отказано в пересмотре по новым обстоятельствам.

²⁵ http://files.sudrf.ru/630/user/Opred_Markin.doc

Надо отдать должное суду, он сумел уйти от оценки коллизии между правовых позиций определения Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 2009 г. N 187-О-О и решения Большой Палаты ЕСПЧ, указав, что разрешение данной коллизии не входит в компетенцию гарнизонного военного суда *при решении вопроса о необходимости пересмотра* судебного решения по делу Маркина по новым обстоятельствам, в связи с чем не являются предметом рассмотрения и оценки по данному делу.

Более того, суд пришел к выводу, что в данном деле имеется предусмотренное ч.4 ст. 392 ГПК РФ основание для рассмотрения по существу заявления Маркина об отмене решения Пушкинского гарнизонного военного суда от 14 марта 2006 года по гражданскому делу по иску Маркина К.А. к командиру войсковой части 41480 по новым обстоятельствам...

Наличие такого вывода предполагало отмену судебного решения и новое рассмотрение дела. Но этого не произошло. Из текста определения было видно, что суд в своем желании отказать вышел далеко за пределы исследования процедуры пересмотра по новым обстоятельствам и фактически отказал в возобновлении производства на основании доводов, которые могли быть сделаны лишь в процедуре уже нового рассмотрения дела.

А именно суд стал оценивать фактические обстоятельства имеющие значение для вынесения суждения по существу спора, такие как невозможность предоставления отпуска по уходу за ребенком до трехлетнего возраста, поскольку заявитель уволился, а ребенок вырос и т.д. Безусловно, эти вопросы подлежали разрешению при рассмотрении по существу жалобы Маркина. Однако, вполне возможно при новом рассмотрении дела мог уточнить свои требования, оставив лишь требования признать незаконным действия командира войсковой части и суд вообще не должен был бы исследовать эти обстоятельства.

Но надо отметить, что суд первой инстанции также предрешил и вопрос законности действий командира войсковой части. Это было сделано следующим образом: «Что касается доводов Маркина о необходимости пересмотра судебного решения для констатации судебным решением военного суда незаконности действий командования по отказу в предоставлении ему отпуска, военный суд полагает, что они являются недостаточными для отмены судебного решения и не подлежат удовлетворению, поскольку указанное решение Большой Палаты ЕСПЧ в отношении Маркина о признании допущенного в отношении него властями России нарушения Конвенции, с учетом места решений ЕСПЧ в правовой системе Российской Федерации, не требует дополнительного подтверждения судебным решением российского суда общей юрисдикции в рамках пересмотра дела по новым обстоятельствам».

Таким искусным способом суд вместо того, чтобы признать преюдициальность Постановления ЕСПЧ, пришел к выводу, что обязательность Постановления ЕСПЧ избавляет его от необходимости оценивать незаконность действий командира войсковой части... И ввиду их очевидности нет оснований для отмены решения суда, которыми они были признаны законными (Мы позволили здесь себе довести мысль суда до логического конца).

По всей видимости, должна быть какая-то ценность в незаконном решении, если ее так упорно защищал суд. Мы полагаем, что в данном случае нельзя прикрываться принципом правовой определенности. Поскольку оставление в законной силе судебного решения, содержащего в себе нарушение фундаментальных прав и свобод человека, было бы закреплением «неправовой определенности», что противоречит предназначению правового государства и его публичному порядку²⁶. Полагаем, что здесь судом была сделана явная ошибка, но не последняя.

Суд первой инстанции также сделал ошибочный вывод, что коль скоро «в удовлетворении заявленного в ЕСПЧ требовании Маркина о возмещении материального ущерба в сумме 59 855 руб. 12 коп., состоящего из надбавок, которые он получил бы, если бы не подвергся дисциплинарным взысканиям за отсутствие на рабочем месте во время отпуска по уходу за ребенком постановлением Большой палаты ЕСПЧ (пп.165, 167) было отказано», то это с учетом выплат морального вреда может свидетельствовать об отсутствии необходимости пересмотра, в связи с полным исполнением Постановления ЕСПЧ. Безусловно, этот подход ошибочен, поскольку ЕСПЧ отказал в возмещении материального вреда всего лишь в связи с непредоставлением доказательств, а не потому что самого вреда не было. Соответственно, здесь отказ в возмещении материального вреда не создавал для российского суда преюдицию. К тому же право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц, защищается ст. 53 Конституцией РФ и суд ее просто проигнорировал.

Вот если ЕСПЧ принял бы решение о возмещении материального вреда, то в данной части можно было бы утверждать о наличии преюдиции. Однако, в любом случае восстановление первоначального правового положения является правилом, цель, которого заключается в том, чтобы, по мере возможности, у заявителя были те же прежние условия, если бы соблюдались требования Конвенции.

²⁶ Султанов А.Р. Находится ли защита прав и свобод человека в коллизии с правовой определенностью?//Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 2. С. 60-64.

Если посмотреть на данное решение через призму вышеприведенного Постановления Пленума Верховного Суда РФ, то видно, что суд должен был установить причинно-следственную связь между установленным ЕСПЧ деликтом и судебным решением. Что было сделано. Следующее, что суд должен был проверить – это не было ли восстановление нарушенных прав в полном объеме Постановлением ЕСПЧ и отсутствие действий государственных органов, восстановивших нарушенные права и свободы после вынесения Постановления ЕСПЧ. Здесь суд явно промахнулся и установив невосстановление в части материального вреда считал, это обстоятельством доказывающим полное исполнение Постановления ЕСПЧ. Что касается оценки действий государственных органов, направленных на восстановление нарушенных прав, то суд признал таковыми действия, осуществленные до вынесения Постановления ЕСПЧ и бывшими предметом оценки Постановления ЕСПЧ. То есть, здесь суд фактически стал спорить с оценкой ЕСПЧ, этой ошибки он мог бы избежать если бы стал исследовать именно действия направленные на исполнение Постановления ЕСПЧ, которых впрочем не было. Суд также должен был оценить не противоречит ли решение суда Конвенции по существу, осуществление такой оценки, безусловно, привело бы суд к пониманию того, что действия командира части противоречили Конвенции и решение противоречит Конвенции. То есть, рассмотрение вынесенного решения даже через призму Постановления Пленума Верховного Суда РФ, фактически изменившего процедуру пересмотра, показывает его ошибочность.

Для нас не было удивительным, что Ленинградский окружной военный суд отменил определение суда первой инстанции. Ленинградский окружной военный суд в определении № 644-АГ от 15 ноября 2012 года указал, что «Ссылки в определении гарнизонного военного суда на то, что отсутствие в постановлении Европейского Суда по правам человека указания на необходимость совершения Российской Федерацией каких-либо иных действий по восстановлению прав Маркина, кроме выплаты ему денежной компенсации морального вреда, как на основание к отказу в пересмотре судебного постановления, ошибочны... Постановление Европейского Суда по правам человека от 22 марта 2012 года по делу «Константин Маркин против Российской Федерации» являлось новым обстоятельством, обязывающим суд первой инстанции в силу пункта 4 части 4 статьи 392 ГПК РФ пересмотреть решение Пушкинского гарнизонного военного суда от 14 марта 2006 года. Выводы суда первой инстанции, касающиеся возможности восстановления нарушенных прав заявителя, подлежат оценке при новом рассмотрении дела и не могли быть предметом оценки суда в порядке главы 42 ГПК РФ. Механизм преодоления противоречий в позициях Конституционного Суда РФ и

Европейского Суда по правам человека по одному и тому же вопросу нормами международного и внутреннего права действительно не урегулирован. В то же время наличие такого пробела в данном случае не могло служить поводом к отказу в пересмотре судебного постановления по новым обстоятельствам». Здесь мы полагаем возможным акцентировать Ваше внимание, Уважаемый читатель, что суд второй инстанции согласился с судом первой инстанции с тем, что коллизии между правовыми позициями Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ не входят в предмет исследования при пересмотре по новым обстоятельствам.

Заявление Маркина Константина Александровича о пересмотре по новым обстоятельствам решения Пушкинского гарнизонного военного суда от 14 марта 2006 года было удовлетворено, решение Пушкинского гарнизонного военного суда от 14 марта 2006 года по гражданскому делу по заявлению Маркина Константина Александровича было отменено и дело было передано для рассмотрения по правилам Гражданского процессуального кодекса РФ в Санкт-Петербургский гарнизонный военный суд²⁷.

Запрос о проверке конституционности пунктов 3 и 4 части 4 статьи 392 во взаимосвязи со статьей 11 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации Президиума Ленинградского окружного военного суда (далее «Президиум») нас более чем удивил.

Прежде всего, тем, что четыре судьи Президиума окружного военного Ленинградского суда показали, что они не знают процедуры пересмотра по новым обстоятельствам, что они не знают, что входит в предмет исследования при рассмотрении заявления о пересмотре по новым обстоятельствам.

В частности, Президиум в своем запросе указал нормы, которые не подлежали применению. В частности, Президиум указал п. 3 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, в которой говорится, что «признание Конституционным Судом Российской Федерации не соответствующим Конституции Российской Федерации закона, примененного в конкретном деле, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Конституционный Суд Российской Федерации».

То есть, в данной норме говорится лишь о правовых последствиях признания Конституционным Судом РФ закона не соответствующим Конституции и всего лишь. Данная норма применяется лишь по заявлению лица, обращающегося в суд с заявлением о пересмотре и указывающего данную норму в качестве основания для пересмотра. Во всех остальных случаях данная норма применению не подлежит, тем более не подлежит применению ст.11 ГПК РФ, в которой речь идет все же о применении материального права.

Возможно, Президиум пошел на поводу командира воинской части и

²⁷http://leningradskyovs.spb.sudrf.ru/modules.php?nc=1&name=sud_delo&op=doc&number=14758911&delo_id=5

согласился, что Определение Конституционного Суда РФ об отказе в принятии к рассмотрению жалобы в конституционном судопроизводстве должно быть правопрепятствующим юридическим фактом для пересмотра по новым обстоятельствам в гражданском судопроизводстве, когда в качестве пересмотра указаны иные новые обстоятельства. Однако, этого не следует ни из ГПК РФ, ни ФКЗ «О Конституционном Суде РФ».

По всей видимости, Президиум также не учел, что учел в при рассмотрении вопроса о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам рассматривается лишь процессуальный вопрос, а не разрешается материально-правовой спор, который все же разрешается уже после отмены решения при новом рассмотрении дела по существу, где собственно говоря, и мог возникнуть вопрос о коллизиях правовых позиций.

Отчасти об ошибочном представлении Президиума свидетельствует его ссыла на ст. 11 ГПК РФ. Общеизвестно, что ст. 11 ГПК РФ посвящена источникам норм материального права, применяемого при рассмотрении гражданских дел и не применяется при разрешении процессуального вопроса о пересмотре по новым обстоятельствам.

Даже когда в ГПК РФ отсутствовали нормы предусматривавшие возможность пересмотра в связи в Постановлением ЕСПЧ, лица, пытавшиеся все же добиться такого пересмотра ссылались на положения ст. 1 ГПК РФ, а не на ст. 11 ГПК РФ, которая в данной ситуации была не применима.

Таким образом, в запросе, направленном в Конституционный Суд РФ, ставится вопрос о конституционности норм, которые не подлежали применению при рассмотрении заявления Маркина. Соответственно, оснований для обращения в Конституционный Суд РФ на основании ст. 125 Конституции РФ у Президиума РФ не было.

Нам могут возразить и указать, что в ст. 102 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. N 1-ФКЗ "О Конституционном Суде Российской Федерации" закреплено, что «запрос суда допустим, если закон подлежит, по мнению суда, применению в рассматриваемом им конкретном деле». Действительно из данной нормы можно предположить, что мнение суда о применимости нормы в рассматриваемом им конкретном деле связывает Конституционный Суд РФ. Однако, если это мнение ошибочно, то такое толкование нормы создавало бы возможность судов под видом оспаривания норм подлежащих применению в деле, обращаться фактически в порядке абстрактного нормоконтроля.

Конституционный Суд РФ придерживается аналогичного подхода, в частности, при рассмотрении запроса Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, Конституционный Суд РФ, сделав вывод, что ряд оспариваемых

норм, указанных в запросе Президиума ВАС РФ не подлежали применению, сузил предмет рассмотрения, указав, что «в данном случае фактически означала бы его проверку в порядке абстрактного нормоконтроля на основании статьи 125 (часть 2) Конституции Российской Федерации. Соответственно, производство по настоящему делу в этой части в силу пункта 2 части первой статьи 43 и статьи 68 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" подлежит прекращению»²⁸.

Сколько скоро нормы, на которые сослался Президиум в своем запросе не подлежали в процессе рассмотрения заявления о пересмотре по новым обстоятельствам, то запрос Президиума является попыткой поставить перед Конституционным Судом РФ вопрос в порядке абстрактного нормоконтроля, что находится за пределами компетенции данного суда – такой запрос может направить лишь Пленум Верховного Суда РФ. Конечно же такой запрос не подлежал принятию к рассмотрению Конституционным Судом РФ, но раз он уже принят, то производство по нему должно быть прекращено.

Кстати, анализируя запрос Президиума, мы обнаружили, что в тексте запроса несколько искажено содержание судебных актов первой и второй инстанции.

Так в запросе Президиума, было указано, что суда первой инстанции, счел, что разрешение противоречий, в позициях Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека к тому же имевших место на фоне изменения Европейским судом по правам человека своей собственной практики по указанному вопросу на примере ранее вынесенного постановления от 27 марта 1998 года по делу «Петрович против Австрии»²⁹, не входит в его компетенцию. Однако, суд первой инстанции все же указал, что этот вопрос не входит в его компетенцию **при решении вопроса о необходимости пересмотра судебного решения по делу Маркина по новым обстоятельствам, в связи с чем не являются предметом рассмотрения и оценки по данному делу.** То есть, суд первой инстанции исходил, что вопрос разрешения противоречий в применении материального права, не входит в круг исследования при рассмотрении заявления о пересмотре по новым обстоятельствам. Президиум же попытался это преподнести, как неспособность суда правильно разрешить дело из-за противоречий, разрешение

²⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. N 10-П "По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации", статьи 28 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации".

²⁹ Однако, из Постановления Европейского Суда по правам человека от 2 октября 2012 г. Дело "Хуля против Румынии" [Hulea v. Romania] (жалоба N 33411/05), следует, что в ЕСПЧ сложилась единообразная судебная практика, на основе Постановления Большой Палаты по делу Маркина.

которых не относится к его компетенции.

Президиум в своем запросе искажил не только определение суда первой инстанции, но и определение суда второй инстанции. И суд первой инстанции и второй инстанции лишь отклоняли довод командира воинской части, президиум же в своем запросе изложил это в другом ключе: «...суд апелляционной инстанции также констатировал наличие законодательного пробела в урегулировании противоречий в позициях Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека по одному и тому же вопросу при рассмотрении конкретного гражданского дела по правилам, установленным ст. 396 ГПК РФ. В то же время, в отличие от суда первой инстанции судебная коллегия окружного военного суда не посчитала наличие такого законодательного пробела достаточным основанием для отказа Маркину в пересмотре его дела по новым обстоятельствам».

Однако, суды первой и второй инстанции в вопросе о том, что наличие правовых коллизий между правовыми позициями Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ, не влияет на разрешение вопроса о пересмотре по новым обстоятельствам.

То есть, ошибочное суждение о том, что применение норм материального права, что входит в компетенцию суда при рассмотрении процессуального вопроса о пересмотре по новым обстоятельствам, Президиумом было суждением только Президиума, а не суда первой инстанции.

В принципе можно было на этом закончить данную статью, поскольку, на наш взгляд, вышеуказанного анализа вполне достаточно, для того, чтобы сделать вывод о том, что дело по запросу Президиума должно быть прекращено в Конституционном Суде РФ.

Однако, есть несколько моментов в запросе Президиума, которые мы все же хотели бы прокомментировать. В частности, Президиум в своем запросе указывает, что «... в системе гражданского процессуального права Российской Федерации постановления Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека равнозначны при решении вопроса о пересмотре вступивших в законную силу решений по гражданским делам по новым обстоятельствам, о чем свидетельствует содержание пунктов 3 и 4 части 4 статьи 392 ГПК РФ».

Полагаем, что здесь Президиум все же ошибается, поскольку если следовать данной логике, то и правовые позиции Верховного Суда РФ также являются равнозначными правовым позициям вышеуказанных судов, исходя из того, что в п. 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ правовые позиции Верховного Суда РФ обозначены в качестве новых обстоятельств, являющихся основанием для пересмотра судебных решений.

На самом деле, такое сравнение ошибочно. Несмотря на безусловно имеющееся сходство значения правовых позиций Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ, однако предмет исследования ЕСПЧ и Конституционного Суда РФ, все же разный. Когда

мы пытаемся сравнивать разные вещи, находящиеся в разных плоскостях, то можно легко совершить ошибку.

Безусловно, и Конституционный Суд РФ и ЕСПЧ служат для защиты от несправедливости. Но как справедливо писал Френсис Бэкон - есть три источника несправедливости: явное насилие, злостное улавливание в сети под предлогом закона и жестокость самого закона³⁰.

И у каждого из судов свое предназначение, так Конституционный Суд РФ устраняет лишь несправедливость, выраженную принятием неконституционных законов, всякая другая несправедливость, указанная в жалобе в Конституционный Суд РФ не будет рассмотрена, поскольку устранение иной несправедливости, кроме как вызванной неконституционностью законов, находится за пределами компетенции суда.

ЕСПЧ защищает от несправедливости, вызванной нарушением прав и свобод человека, защищаемой Конвенцией. И он защищает от всех трех источников несправедливости, указанных Ф.Бэконом.

То сито, через которое «просеивает» ЕСПЧ жалобы, предназначено, чтобы не упустить из виду несправедливость всякого рода. При этом тот факт, что несправедливость была осуществлена на основании конституционного закона, не исключает возможности дальнейшего внимательного рассмотрения жалобы. Действительно ЕСПЧ, установив, что было вмешательство в защищаемые Конвенцией права и свободы, вначале проверяет, было ли вмешательство осуществлено на основании закона, а затем соответствует ли примененный закон требованию «качество закона».

Толкование выражения «предусмотрено законом» было тщательно проанализировано в судебной практике ЕСПЧ и сформулировано следующим образом (см. п. 95 Постановления Большой палаты ЕСПЧ по делу «S. и Марпер против Соединенного Королевства» (S. and Marper v. the United Kingdom) по жалобам №№ 30562/04 и 30566/04): ЕСПЧ напоминает, что в соответствии с его прочно установившейся практикой формулировка «предусмотрено законом» предписывает, что оспариваемая мера должна, в определенной степени, быть основана на национальном законодательстве и соответствовать принципу верховенства права,— именно это ясно указано в преамбуле Европейской конвенции и является неотъемлемой составляющей цели и задач статьи 8 Европейской конвенции. Таким образом, закон должен быть в надлежащей мере доступен и предсказуем, то есть, сформулирован достаточно точно, чтобы гражданин мог — при необходимости с надлежащей помощью — соотносить с ним свое поведение. Чтобы удовлетворять этим требованиям, национальное право должно

³⁰ Бэкон Ф. Великое восстановление наук. Новый Органон.
http://www.ruslib.com/FILOSOF/BEKON/nauka2.txt_Piece40.26

предусматривать надлежащую правовую защиту от произвола и соответственно устанавливать с достаточной ясностью пределы полномочий, предоставленных компетентным органам власти, и порядок их реализации (см. п.п. 66—68 Постановления ЕСПЧ от 2 августа 1984 года по делу «Малоун против Соединенного Королевства» (*Malone v. the United Kingdom*), Серия А № 82; п. 55 Постановления Большой палаты ЕСПЧ по делу «Ротару против Румынии» (*Rotaru v. Romania*) по жалобе № 28341/95, ЕСПЧ 2000-V; и п. 56 вышеуказанного Постановления Большой палаты ЕСПЧ по делу «Аманн [против Швейцарии]» (*Amann [v. Switzerland]*)).

Но даже вывод, что вмешательство в права и свободы было предусмотрено законом, не является основанием для прекращения дальнейшего анализа ЕСПЧ, то есть не является ключевым. Более того, в ряде случаев ЕСПЧ может счесть, что анализ было ли вмешательство «предусмотрено законом» и не нужен, когда увидит нарушение других критериев, таких как:

- «являлось ли вмешательство необходимым в демократическом обществе или нет»;
- преследовало ли вмешательство в права заявителей «законную цель»;
- соразмерность между установленными ограничениями и законной целью.

Так например, в недавно вынесенном Постановлении по делу «Авилкина и другие против Российской Федерации» от 6 июня 2013 года (Жалоба № 1585/09) ЕСПЧ фактически вынес суждение о том, что имело место нарушение ст. 8 Конвенции, на основании того, что отсутствовала необходимость вмешательства в демократическом обществе, не став оценивать с точки зрения «предусмотрено законом» подробно.

Надо отметить, что в Постановлении Большой Палаты ЕСПЧ одним из ключевых моментов, который счел необходимым акцентировать внимание было то, «...что заявитель, служивший в должности оперативного дежурного группы боевого управления, мог быть заменен другими военнослужащими любого пола. Знаменательно, что подобные должности в войсковой части заявителя часто занимали военнослужащие-женщины и что его самого заменяли при исполнении его обязанностей военнослужащие-женщины. В то же время военнослужащие-женщины имели безусловное право на трехлетний отпуск по уходу за ребенком. Заявитель в противоположность этому не имел такого права только потому, что был мужчиной и, таким образом, подвергался дискриминации по признаку пола»³¹.

То есть, здесь ключевым были фактические обстоятельства, которые не были оценены в Определении Конституционного Суда РФ, поскольку Конституционный Суд РФ все же суд права, а не факта.

³¹ Султанов А.Р. Комментарий к постановлению Европейского Суда по правам человека по делу «Авилкина и другие против Российской Федерации»//Международное правосудие. 2013. № 3. С. 25-30.

Соответственно, пытаясь противопоставить правовые позиции Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ в своем запросе Президиум просто очень сильно «не договаривает» и искажает реальные правоотношения, создавая проблему «законодательного пробела в регулировании противоречий между правовыми позициями ЕСПЧ и Конституционного Суда РФ», и затем оспаривая этот пробел в Конституционный Суд РФ. То есть, запрос Президиума в данном случае - это не просто запрос в порядке абстрактного нормоконтроля, а скорей просьба о восполнении пробела, не имеющего значения для разрешения вопроса о пересмотре по новым обстоятельствам.

Настаивая на наличии непреодолимых противоречий всегда можно попасть в неудобную ситуацию, когда кто-то просто покажет, что существует взаимоприемлемое решение. Конечно же, всем охота быть правыми, но быть правым «во чтобы то ни стало» - это подход очень неправового человека. Человек, у которого достаточно правоты, может признать свою неправоту и согласиться с тем, что может существовать взаимоприемлемое решение.

Как мы уже выше указывали, Минобороны России разработало законопроект, предусматривающий право мужчин, проходящих военную службу по контракту, на отпуск по уходу за ребенком до достижения им 3 лет. Этот документ размещен на федеральном портале проектов правовых актов³². То есть, пока некоторые силы пытаются раскачивать лодку рассказами о «непремиримых противоречиях», запросами в Конституционный Суд РФ - другие ищут, как создать условия для взаимоприемлемого решения проблемы.

³² URL: http://regulation.gov.ru/project/3966.html?point=view_project&stage=3&stage_id=2297
(дата обращения 30.08.2013)