

ЗАПРЕЩЕНИЕ ПЫТОК

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА, ПОСТАНОВЛЕНИЕ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ ПО ДЕЛУ «ХАМТОХУ И АКСЕНЧИК ПРОТИВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ» (КНАМТОКНУ AND AKSENCHIK V. RUSSIA) ОТ 24 ЯНВАРЯ 2017 Г., ЖАЛОБЫ №№ 60367/08 И 961/11

Заявители, Аслан Хамтоху и Артем Аксенчик, были приговорены национальными судами к пожизненному лишению свободы. В Европейском Суде заявители утверждали, что часть вторая статьи 57 Уголовного кодекса Российской Федерации, согласно которой пожизненное лишение свободы не назначается женщинам, лицам, совершившим преступления в возрасте до 18 лет, и мужчинам, достигшим к моменту вынесения судом приговора шестидесятипятилетнего возраста, не соответствует требованиям Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Так, они утверждали, что подверглись дискриминационному отношению по сравнению с другими категориями заключенных, к которым в принципе не применяется наказание в виде пожизненного лишения свободы. Однако

большинство судей не согласились с заявителями и пришли к выводу о нарушении статьи 14 Конвенции, равно как и статьи 14 в сочетании со статьей 5 Конвенции. Таким образом, Европейский Суд принял аргументацию властей Российской Федерации, согласно которой неприменение наказания в виде пожизненного лишения свободы к женщинам, несовершеннолетним и пожилым людям основано на принципе справедливости и гуманизма в зависимости от физиологических особенностей различных категорий правонарушителей.

В своем несопадающем особом мнении судья Пауло Пинто де Альбукерке ни в коей мере не отрицает аргументацию властей государства-ответчика и выводы большинства судей относительно необходимости защиты таких категорий граждан, как женщины, несовершеннолетние и пожилые лица, особенно в условиях пенитенциарной системы. Судья Пауло Пинто де Альбукерке не соглашается с большинством судей не потому, что он предлагает уменьшить защиту вышеперечисленных категорий лиц, но потому, что он предлагает расширить эту защиту и для других категорий заключенных. А именно основная идея настоящего особого мнения состоит в том, чтобы показать, что в силу развития современного демократического общества и правовых систем необходимость наказания в виде пожизненного лишения свободы сегодня отсутствует. С крайне разносторонними аргументами в данном направлении мы приглашаем читателя ознакомиться ниже.

НЕСОВПАДАЮЩЕЕ ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ПАУЛО ПИНТО ДЕ АЛЬБУКЕРКЕ

I. Введение (§§ 1–3)

ЧАСТЬ I (§§ 4–24)

II. Правомерность цели защиты уязвимых групп (§§ 4–17)

- A. Защита женщин в международном и европейском праве (§§ 5–11)
- B. Защита молодежи и пожилых людей в международном и европейском праве (§§ 12–17)

III. Оправдание различия в обращении уязвимых групп (§§ 18–24)

- A. Обязательство позитивной дискриминации (§§ 18–21)
- B. Обязательство «выравнивания по верхнему уровню» в делах о «ложной» позитивной дискриминации (§§ 22–24)

ЧАСТЬ II (§§ 25–49)

IV. Несовместимость пожизненного лишения свободы с международным правом (§§ 25–38)

- A. Пенологические цели лишения свободы (§§ 25–31)
- B. Требование эволютивного и *pro persona* толкования прав, гарантированных Конвенцией (§§ 32–38)

V. Применение конвенционных норм к настоящему делу (§§ 39–49)

- A. Непоследовательность менее благоприятного обращения с составляющей большинство группой мужчин в возрасте от 18 до 65 лет (§§ 39–46)
- B. Несовместимость с Конвенцией положения Уголовного кодекса Российской Федерации, сохраняющего пожизненное лишение свободы (§§ 47–49)

VI. Заключение (§ 50)

I. ВВЕДЕНИЕ (§§ 1–3)

1. Дело «Хамтоху и Аксенчик против Российской Федерации» (Khamtokhu and Aksenchik v. Russia) вновь обязывает Европейский Суд по правам человека (далее — Европейский Суд) столкнуться с решающим вопросом пожизненного лишения свободы на основе оценки совместимости части второй статьи 57 Уголовного кодекса Российской Федерации с Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция). Это дело тем более фундаментально, что параллельно оно порождает сложные вопросы относительно реализации политики позитивной дискриминации в свете конвенционных стандартов.

2. Однако большинство судей не сочли необходимым рассматривать более внимательно особые аспекты права не подвергаться дискриминации, как того требовало настоящее дело, тем самым упустив возможность прояснить эти фундаментальные принципы. Оно также не воспользовалось предоставленной ему возможностью усилить защиту, предложенную Конвенцией, путем дополнительного решающего шага по направлению к отмене пожизненного лишения свободы.

3. Мое мнение, посвященное рассмотрению этих двух проблем, покажет непоследовательность российской политики позитивной дискриминации в отношении лиц, совершивших некоторые преступления, и то, что сохранение положения о пожизненном лишении свободы Уголовного кодекса Российской Федерации несовместимо с Конвенцией. По двум этим причинам я не могу согласиться с выводом об отсутствии нарушения статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 5 Конвенции.

ЧАСТЬ I (§§ 4–24)

II. ПРАВОМЕРНОСТЬ ЦЕЛИ ЗАЩИТЫ УЯЗВИМЫХ ГРУПП (§§ 4–17)

A. Защита женщин в международном и европейском праве (§§ 5–11)

4. Это мнение никоим образом не ставит под сомнение необходимые и заслуживающие похвалы политические намерения для становления публичной политики защиты женщин, молодежи и пожилых людей. Это фундаментальный постулат, который следует упомянуть в первую очередь, чтобы последующие комментарии понимались в их надлежащем контексте. Борьба против дискриминации по признакам пола и возраста является существенной целью со стороны публичных органов, и она твердо воплощена в международных стандартах.

5. Является неоспоримым фактом, что в наши дни женщины в некоторых отношениях являются уязвимой группой и находятся в менее благоприятных условиях, чем мужчины, находящиеся в аналогичных ситуациях. Будь то вопрос защиты их физической и моральной неприкосновенности от конкретных вмешательств или обеспечения их равного доступа к образованию

и трудоустройству или любой другой аспект экономической, общественной и культурной жизни, государственные органы имеют обязанность принимать конкретные и эффективные действия для обеспечения реального равенства между мужчинами и женщинами. В частности, пенитенциарные системы редко учитывают особые нужды женщин, что заметно при взгляде на политику классификации или размещения заключенных, программы или службы, обеспечивающие их нужды, наличие достаточного количества специального персонала или конкретных условий, связанных со здоровьем, гигиеной и дородовым или послеродовым уходом и заботой о детях в тюрьме¹. Исходя из этого неудивительно, что международные документы и органы, ответственные за обеспечение их применения, активно участвуют в данном процессе. Кроме того, сам Европейский Суд постарался подчеркнуть, что «продвижение гендерного равенства сегодня является основной целью государств — участников Совета Европы»².

6. Правозащитные инструменты общего применения, такие как, в частности, Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 2), Американская конвенция о правах человека (статья 1) или Африканская хартия прав человека и народов (статья 2), единодушно запрещают дискриминацию по признаку пола. Кроме того, пункт 5 статьи 6 Международного пакта о гражданских и политических правах запрещает применение смертной казни к беременным женщинам, как и пункт 3 статьи 76 Дополнительного протокола I к Женевской конвенции 1949 года. Что касается защиты категорий лиц, Конвенция ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 года (далее — CEDAW) стремится запретить дискриминацию против женщин в публичной и частной сферах и устанавливает обязанность государств-сторон в соответствии со статьей 2 «безотлагательно всеми соответствующими способами проводить политику ликвидации дискриминации в отношении женщин». Минимальные стандартные правила ООН в отношении обращения с заключенными (Правила Нельсона Манделы) предусматривают предоставление отдельных помещений женщинам-заключенным и специальные положения для условий содержания под стражей беременных и кормящих женщин, запрет применения одиночного заключения или иных сходных мер, запрет использования инструментов сдерживания для женщин во время работы, родов и сразу после

¹ Организация «Международная тюремная реформа» и Ассоциация по предотвращению пыток указывают, что «высокий риск того, что женщины столкнутся с жестоким обращением и пытками в местах лишения свободы, не связан лишь с природой пенитенциарного учреждения. Коренные причины уязвимости женщин в местах лишения свободы часто обнаруживаются вне тюремных стен, хотя такая уязвимость значительно усиливается в местах лишения свободы» (см.: Penal Reform International and Association for the Prevention of Torture (2013) // *Women in Detention: a guide to gender-sensitive monitoring*, <http://tinyurl.com/PenalReform-wid-2013>).

² См. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Константин Маркин против Российской Федерации» (Konstantin Markin v. Russia), жалоба № 30078/06, § 127, ECHR 2012 (выдержки).

родов, а также содержат положения о персонале женского пола и доступе персонала мужского пола в ту часть тюрьмы, которая отведена для женщин (пункт «а» правила 11, правило 28, пункт 2 правила 45, пункт 2 правила 48, пункт 2 правила 58, пункт 3 правила 74 и пункты 1–3 правила 81). Правила Организации Объединенных Наций, касающиеся обращения с женщинами-заключенными и мер наказания для женщин-правонарушителей, не связанных с лишением свободы (Бангкокские правила), подчеркивают необходимость приоритета применения к женщинам, столкнувшимся с системой уголовной юстиции, мер, не связанных с лишением свободы. Некоторые из этих правил указывают, как существующие положения Минимальных стандартных правил в отношении обращения с заключенными и Минимальных стандартных правил ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила), применяются к женщинам-заключенным и женщинам-преступницам, тогда как другие затрагивают новые вопросы в области уголовно-исполнительного законодательства. Что касается источников права Совета Европы, следует упомянуть краткие ссылки на положение женщин-заключенных, сделанные в Рекомендации № (2003)23 Комитета министров «Об осуществлении исполнения наказания в виде пожизненного заключения и других длительных сроков заключения администрациями мест лишения свободы» и в Европейских пенитенциарных правилах, принятых Рекомендацией Комитета министров № Rec(2006)2. Наконец, что касается права Европейского союза, следует упомянуть позицию Европейского парламента, выраженную в его Резолюции от 13 марта 2008 г. о конкретных нуждах беременных женщин и матерей в тюрьме.

7. Соответственно, необходимость и правомерность особой защиты женщин государственными и международными органами не подвергаются сомнению. Я уже выразил мое убеждение в том, что «полный *effet utile*³ Конвенции может быть достигнут только с гендерно-чувствительным толкованием и применением ее положения, которое принимает во внимание фактические неравенства между женщинами и мужчинами и способ, которым они влияют на жизнь женщин»⁴. Соответственно, последующие замечания не должны толковаться как отказ от этого убеждения.

8. Тем не менее и не отрицая фундаментальную важность борьбы против дискриминации, с которой сталкиваются женщины по признаку пола, эта защита не должна служить предлогом для того, чтобы рассматривать женщин как жертв, что нанесло бы им ущерб и оказалось бы контрпродуктивным. Одна из основных ловушек, с которыми сталкивается защита этой категории лиц, заключается в увековечении вековых предрассудков относительно при-

³ *Effet utile* (фр.) — принцип, который дословно переводится как полезный эффект, и применяется в европейском праве с целью придания эффективности правовому положению при его толковании и применении (*примеч. переводчика*).

⁴ См. мое совпадающее особое мнение в Постановлении Европейского Суда по делу «Валиулени против Литвы» (*Valiulienė v. Lithuania*) от 26 марта 2013 г., жалоба № 33234/07.

роды или роли женщин в обществе. Увековечение подобных моделей может оказаться таким же опасным, как социальные неудобства, затрагивающие женщин в сравнении с мужчинами, поскольку они способствуют сохранению убеждения в существовании коренных различий в одаренности между полами. Для этой цели статья 5 CEDAW возлагает обязанность на государства-стороны принимать все соответствующие меры, чтобы... «изменить социальные и культурные модели поведения мужчин и женщин с целью достижения искоренения предрассудков и упразднения обычаев и всей прочей практики, которые основаны на идее неполноценности или превосходства одного из полов или стереотипности роли мужчин и женщин».

9. Прецедентная практика Европейского Суда является недвусмысленной в этом отношении⁵. В деле «Юнал Текели против Турции» (*Ünal Tekeli v. Turkey*) о передаче фамилии мужа его жене Европейский Суд указал следующее: «эта традиция происходит от главенствующей роли мужчины и вторичной роли женщины в семье. В настоящее время наступление равенства полов в государствах — участниках Совета Европы, включая Турцию, и особенно значение, придаваемое принципу недискриминации, препятствует государствам в применении этой традиции к замужним женщинам»⁶.

10. Точно так же в деле «Константин Маркин против Российской Федерации» (*Konstantin Markin v. Russia*), которое затрагивало отказ в предоставлении родительского отпуска мужчине-военнослужащему, Большая Палата Европейского Суда указала, что «ссылки на традиции, общие правила или преобладающее общественное мнение в отдельной стране являются недостаточными для оправдания различия в обращении по признаку пола»⁷. В этом отношении Европейский Суд указал, что по делу допущено нарушение требований статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции в связи с различием в обращении между мужчинами и женщинами на этой основе. Кроме того, в ответ на довод властей государства-ответчика, пытавшихся оправдать такую меру основаниями «позитивной дискриминации», направленной на корректировку «фактически» неблагоприятного положения женщины в обществе, Европейский Суд отметил, что «такое различие име[ло] следствием увековечивание гендерных стереотипов и что оно являлось неблагоприятным как для карьеры женщин, так и для семейной жизни мужчин»⁸, также подчеркивая, что государства не могут «оправдывать [это различие в обращении] ссылками на традиции, преобладающие

⁵ См., в частности: Постановление Европейского Суда по делу «Бургхарц против Швейцарии» (*Burghartz v. Switzerland*) от 22 февраля 1994 г., § 27, Series A, № 280-B, и Постановление Европейского Суда по делу «Шулер-Цграгген против Швейцарии» (*Schuler-Zgraggen v. Switzerland*) от 24 июня 1993 г., § 67, Series A, № 263.

⁶ См. Постановление Европейского Суда по делу «Юнал Текели против Турции» (*Ünal Tekeli v. Turkey*), жалоба № 29865/96, § 63, ECHR 2004-X (выдержки).

⁷ См. упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Константин Маркин против Российской Федерации», § 127.

⁸ См. там же, § 141.

в данной стране» и «не [могли] поощрять традиционные гендерные роли и гендерные стереотипы»⁹.

11. Поэтому фундаментально важно подчеркнуть, что неоправданная дифференциация между мужчинами и женщинами в том смысле, что она основана не на действительном фактическом неудобстве, а на предвзятой идее предполагаемой слабости последних, повлечет не уменьшение неравенства, а его увековечение и даже увеличение. Представляется, что большинство судей в настоящем деле ограничились одним аспектом борьбы против дискриминации без учета этой конкретной проблемы в общем контексте.

В. Защита молодежи и пожилых людей в международном и европейском праве (§§ 12–17)

12. С учетом физиологических и социальных характеристик молодые люди, как и пожилые, при определенных обстоятельствах могут требовать особой защиты внутригосударственных органов. Настоящее мнение никоим образом не ставит под вопрос эту существенную цель публичной политики, воплощенную в международном праве и европейском праве прав человека.

13. В то время как защита молодежи является предметом многих международных документов, референтным текстом в этой сфере остается Конвенция ООН 1990 года о правах ребенка, в Преамбуле к которой, в частности, указывается, что «необходимость в такой особой защите ребенка была предусмотрена в Женевской декларации прав ребенка 1924 года и Декларации прав ребенка, принятой Генеральной Ассамблеей 20 ноября 1959 г., и признана во Всеобщей декларации прав человека, в Международном пакте о гражданских и политических правах (в частности, в статьях 23 и 24), Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах (в частности, в статье 10), а также в уставах и соответствующих документах специализированных учреждений и международных организаций, занимающихся вопросами благополучия детей». Кроме того, пункт «а» статьи 37 Конвенции о правах ребенка, пункт 5 статьи 6 МПГПП и статьи 26 Римского статута Международного уголовного суда запрещают применение жестких санкций к лицам моложе 18 лет. Пункт 4 статьи 14 МПГПП определяет перевоспитание как основную цель уголовной юстиции для несовершеннолетних.

14. Содержание под стражей несовершеннолетних преступников является предметом специального регулирования, особенно за счет инструментов мягкого права¹⁰. Так, Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила 1985 года), Правила Организации Объединенных Наций, касающиеся защиты несовершенно-

⁹ См. там же, § 142.

¹⁰ См. в этой связи мое частично несовпадающее особое мнение совместно с судьями Драголюбом Поповичем и Ишилй Каракаш в Постановлении Европейского Суда по делу «Эртуш против Турции» (Ertuş v. Turkey) от 5 ноября 2013 г., жалоба № 37871/08.

летних, лишенных свободы (Гаванские правила 1990 года), Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для предупреждения преступности среди несовершеннолетних (Эр-Риядские руководящие принципы 1990 года), Руководящие принципы в отношении действий в интересах детей в системе уголовного правосудия, рекомендованные Резолюцией Экономического и Социального Совета ООН №1997/30 1997 года, Руководящие указания Генерального секретаря об общем подходе Организации Объединенных Наций к правосудию в отношении детей (2008 год), Руководящие указания Организации Объединенных Наций по альтернативному уходу за детьми 2009 года и Принципы, касающиеся статуса национальных учреждений, занимающихся поощрением и защитой прав человека (Парижские принципы) и, что касается институтов Совета Европы, Рекомендация Комитета министров Совета Европы № R(87)20 по проблеме общественной реакции на преступления среди несовершеннолетних, Рекомендация Комитета министров № Rec(2003)20 «О новых подходах к преступности среди несовершеннолетних и о значении правосудия по делам несовершеннолетних», Рекомендация Комитета министров № Rec(2003)23 об осуществлении исполнения наказания в виде пожизненного заключения и других длительных сроков заключения администрациями мест лишения свободы, Рекомендация Комитета министров № Rec(2008)11 о Европейских правилах для несовершеннолетних правонарушителей, по отношению к которым применены санкции или ограничительные меры уголовно-правового характера, Рекомендация Комитета министров № Rec(2009)10 о руководящих принципах Совета Европы по вопросу комплексных национальных стратегий защиты детей от насилия и Руководство Комитета министров по правосудию, дружественному к ребенку, принятое 17 ноября 2010 г., устанавливают стандарты, которые государства должны применять в этих конкретных ситуациях. Нет сомнения, что лишение свободы лиц младше 18 лет регулируется существенно иными стандартами по сравнению с применимыми ко взрослым, что касается материального уголовного законодательства, процессуального или уголовно-исполнительного законодательства или даже других отраслей. Правило 15 Европейских правил для несовершеннолетних правонарушителей симптоматично этим целостным видением, предусматривая, что «любая система уголовного правосудия в отношении несовершеннолетних должна использовать достижения различных наук и областей знаний, привлекать все заинтересованные ведомства и участвовать в социальных программах в отношении несовершеннолетних для обеспечения целостного подхода к работе с несовершеннолетними и непрерывности надзора за ними (принцип участия общественности и непрерывности надзора)».

15. Что касается пожизненного лишения свободы несовершеннолетних преступников, пункт «а» статьи 37 Конвенции о правах ребенка предусматривает, что «государства-участники обеспечивают, чтобы ни один ребенок не был подвергнут пыткам или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания. Ни смертная казнь,

ни пожизненное тюремное заключение, не предусматривающее возможности освобождения, не назначаются за преступления, совершенные лицами моложе 18 лет». Инструменты мягкого права также ясны в этом отношении. Генеральная Ассамблея ООН призвала государства с 2008 года «отменить *de facto* и *de jure* смертную казнь и пожизненное тюремное заключение без возможности освобождения для лиц, которым на момент совершения преступления не исполнилось 18 лет»¹¹. В 2012 году она вновь предложила государствам «обеспечить в соответствии со своим законодательством и практикой, чтобы ни смертная казнь, ни пожизненное лишение свободы в отсутствие возможности освобождения, ни телесное наказание в качестве наказания или дисциплинарной меры [не] применялись за преступления, совершенные лицами моложе 18 лет... и рассмотреть отмену пожизненного лишения свободы с возможностью освобождения за преступления, совершенные лицами моложе 18 лет»¹². В своем Замечании общего порядка № 10 Комитет по правам ребенка указал на «вероятность того, что пожизненное тюремное заключение детей серьезно затруднит или даже сделает невозможным достижение целей правосудия по делам несовершеннолетних, несмотря на возможность освобождения» и «настоятельно рекоменд[овал] государствам-участникам отменить все формы пожизненного тюремного заключения за преступления, совершенные лицами в возрасте до 18 лет»¹³. Наконец, в рамках Совета Европы Рекомендация Комитета министров № Rec(2003)23 ссылается в отношении режима и планирования наказаний для молодежи на принципы, заложенные в вышеупомянутой Конвенции ООН (см. § 32 настоящего Постановления).

16. Международное право также предусматривает, хотя и в меньшей степени, инструменты защиты пожилых людей. Хотя международные органы осознают явление старения населения мира и специфические проблемы, которые оно порождает¹⁴, в настоящее время отсутствуют конкретные соглашения, посвященные защите данной части населения. Определенные документы общего характера, будучи обязательными к применению, запрещают дискриминацию по признакам возраста и, соответственно, предлагают защиту лицам пожилого возраста, как предусмотрено первым пунктом статьи 21 Хартии Европейского союза об основных правах и статьей 1 Международной конвенции о защите всех трудящихся-мигрантов и членов их семей. CEDAW, со своей стороны, ссылается в подпункте «е» пункта 1 статьи 11 на льготы пенсионерам и старикам, которые прямо затрагивают

¹¹ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 24 декабря 2008 г., A/RES/63/241.

¹² Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 9 ноября 2012 г., A/C.3/67/L.34.

¹³ Комитет по правам ребенка, Замечание общего порядка № 10 «Права детей в рамках осуществления правосудия в отношении несовершеннолетних», 25 апреля 2007 г., CRC/C/GC/10.

¹⁴ См. доклад Генерального секретаря Генеральной Ассамблеи ООН «Последующая деятельность по итогам второй Всемирной ассамблеи по проблемам старения», 22 июля 2011 г., A/66/173.

эту группу. Наконец, пункт «b» статьи 25 Конвенции о правах инвалидов призывает государства предоставлять «услуги, в подходящих случаях призванные свести к минимуму и предотвратить дальнейшее возникновение инвалидности, в том числе среди детей и пожилых», а подпункт «b» пункта 2 статьи 28 обеспечить инвалидам, в частности женщинам, девочкам и пожилым лицам с инвалидностью, «доступ к программам социальной защиты и программам сокращения масштабов нищеты». Инструменты мягкого права предлагают более полную защиту этого сектора населения. Венский план действий по проблемам старения 1982 года и Мадридский план действий по проблемам старения 2002 года, Принципы ООН в отношении пожилых людей, принятые в 1991 году Резолюцией Генеральной Ассамблеи № 46/91, и Торонтская декларация о предупреждении жесткого обращения с людьми пожилого возраста (Всемирная организация здравоохранения) 2002 года посвящены конкретным вопросам, относящимся к старению. Среди документов, предлагающих конкретную защиту старикам, можно также упомянуть Рекомендации Международной организации труда № R162 о пожилых трудящихся¹⁵ и № R131 о пособиях по инвалидности, по старости и по случаю потери кормильца¹⁶, Замечания общего порядка Комитета по экономическим, социальным и культурным правам № 6 об экономических, социальных и культурных правах пожилых людей¹⁷ и № 20 о недискриминации в области экономических, социальных и культурных прав¹⁸ и Общую рекомендацию Комитета по ликвидации дискриминации в отношении женщин № 27 о пожилых женщинах и защите их прав человека¹⁹.

17. Среди документов, устанавливающих стандарты в отношении содержания под стражей, следует принять во внимание конкретную ситуацию пожилых людей²⁰. Пример этого представляет принцип № 5 Свода принципов ООН для защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принятого Генеральной Ассамблеей в Резолюции № 43/173 от 9 декабря 1988 г., который предусматривает, что «[м]еры, применяемые в рамках закона и предназначенные специально для защиты прав и особого статуса женщин, в особенности беременных женщин и кормящих матерей, а также детей, подростков, престарелых, больных или инвалидов, не рассматриваются как дискриминационные». Равным образом Рекомендация

¹⁵ Принята в Женеве 23 июня 1990 г.

¹⁶ Принята в Женеве 29 июня 1967 г.

¹⁷ 8 декабря 1995 г., E/1996/22.

¹⁸ 2 июля 2009 г., E/C.12/GC/20.

¹⁹ 16 декабря 2010 г., CEDAW/C/GC/27.

²⁰ По этому вопросу см. следующий назидательный доклад: *Human Rights Watch. Old behind bars: the ageing prison population in the United States, 2012*, и исследование: *Tourat and Désesquelles. La prison face au vieillissement, 2016* (<http://www.gip-recherche-justice.fr/>).

Комитета министров Совета Европы Res(2003)23 «Об осуществлении исполнения наказания в виде пожизненного заключения и других длительных сроков заключения администрациями мест лишения свободы», в частности, указывает в § 28, что «[з]аключенным пожилого возраста должны помогать поддерживать в хорошей форме физическое и умственное состояние». Однако в то время как существуют конкретные положения о приспособлении условий содержания под стражей пожилых заключенных к их конкретным нуждам, особенно с медицинской точки зрения, ничто в международном праве не указывает, что они должны пользоваться специальным режимом в соответствии с материальным уголовным законодательством, особенно на стадии назначения наказания.

III. ОПРАВДАНИЕ РАЗЛИЧИЯ В ОБРАЩЕНИИ УЯЗВИМЫХ ГРУПП (§§ 18–24)

А. Обязательство позитивной дискриминации (§§ 18–21)

18. Источник запрета дискриминации, предусмотренного Конвенцией, заключается в концепции равенства. Статья 14 Конвенции формально воплощает равенство граждан следующим образом: «Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам». Европейский Суд никогда не отступал от того принципа, что эта статья «гарантирует защиту лиц, находящихся в сходном положении, от любой дискриминации»²¹. Кроме того, преследование равенства в применении защищенных прав пропитывает Конвенцию до такой степени, что Европейский Суд полагал, что «[э]то все равно, что статья 14 Конвенции составляла бы часть каждого положения, устанавливающего права и свободы»²². Соответственно, не может быть сомнений в центральном месте продвижения равенства в европейской системе защиты прав человека. Я уже имел возможность подчеркнуть важность этого «общего принципа равенства» в деле «Центр правовых ресурсов» от имени Валентина Кэмпану против Румынии» (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*) и отметить масштаб, в котором он пронизывает всю европейскую систему защиты прав человека²³.

²¹ См. Постановление Европейского Суда по делу «Маркс против Бельгии» (*Marckx v. Belgium*) от 13 июня 1979 г., § 32, Series A, № 31.

²² См.: там же.

²³ См. мое особое мнение (§ 9) в деле «Центр правовых ресурсов» от имени Валентина Кэмпану против Румынии» (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*), жалоба № 47848/08, *ECHR* 2014.

19. Однако понятие равенства сложно в реализации, поскольку оно эмпирически распадается на два различных компонента. Первый состоит в правовом гарантировании одних и тех же прав всем гражданам. Таким образом, это чисто «формальное» равенство, поскольку оно не учитывает ранее существовавшей ситуации. Второй, «реальный» компонент принципа равенства пытается преодолеть этот недостаток, стремясь достичь фактического равенства между лицами. Следовательно, цель заключается в компенсации первоначальных неравенств для достижения впоследствии равных ситуаций, несмотря на первоначальные различия в ситуации каждого. Равенство соответствует здесь аристотелевскому понятию справедливости. Таким образом, понятие реального равенства ссылается на идею «дистрибутивной» справедливости, поскольку применение равного обращения с лицами в неравных ситуациях было бы фундаментально несправедливым: лица в неравных ситуациях требуют неравного обращения для восстановления равенства. Поэтому порой необходимо для целей достижения объективного равенства вводить форму неравенства. Вот что Европейский Суд уже ясно установил в бельгийском деле о языках, где указывал, что «кроме того, некоторые правовые неравенства направлены только на устранение фактического неравенства»²⁴.

20. Это именно то, что политика позитивной дискриминации стремится сделать: нарушить формальное равенство для достижения реального равенства заинтересованных лиц за счет временных мер, направленных на создание равенства возможностей или обращения. Когда это равенство достигнуто, временные меры теряют свою легитимность²⁵. Таким образом, во имя недискриминации требуется различие в обращении или, как подытожил Кельзен, «когда лица равны или, если точнее, если лица и внешние обстоятельства равны, они должны получать равное обращение, а когда лица и внешние обстоятельства неравны, они должны получать различное обращение»²⁶. Такое действие совместимо с Конвенцией, как прямо предусмотрено в Преамбуле к Протоколу № 12 к Конвенции²⁷. Европейский

²⁴ См. Постановление Европейского Суда по «Делу, “касающемуся некоторых аспектов законодательства об использовании языков в сфере образования в Бельгии” против Бельгии» (Case «relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» v. Belgium) (существо жалобы) от 23 июля 1968 г., § 10, Series A, № 6.

²⁵ Общая рекомендация CEDAW № 25 по пункту 1 статьи 4 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин о временных специальных мерах, United Nations, A/59/38 (часть I), приложение 1); Замечание общего порядка № 18, статья 26: принцип равенства, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), § 10; *The Equal Rights Trust*. Декларация принципов равенства, 2008, принцип 3.

²⁶ *Hans Kelsen*. Justice et droit naturel, Le droit naturel — *Annales de philosophie politique*. V. III. 1959. P. 50.

²⁷ Третий абзац Протокола № 12 к Конвенции предусматривает следующее: «подтверждая, что принцип недискриминации не препятствует Государствам-участникам принимать меры для обеспечения полного и эффективного равенства при условии объективной и разумной обоснованности таких мер...».

Суд ранее подтвердил это в деле «Андрле против Чешской Республики» (*Andrle v. Czech Republic*), в котором указал, что «статья 14 Конвенции не запрещает государству-участнику различное обращение с группами для корректировки “фактического неравенства” между ними. Действительно, при определенных обстоятельствах несовершенство попыток корректировать неравенство за счет различного обращения может само по себе породить нарушение статьи»²⁸.

21. Однако даже в этом типе ситуации Конвенция требует, чтобы различие в обращении было оправдано объективными и разумными основаниями и было соразмерным преследуемой разумной цели. Европейский Суд ясно указал именно это в деле «Стек и другие против Соединенного Королевства» (*Stec and Others v. the United Kingdom*)²⁹, как раз в отношении позитивной дискриминации, предположительно введенной государством-ответчиком для восстановления равенства между полами. Он подчеркнул в указанном деле, что, несмотря на возможности или даже необходимость проведения такой политики в определенных случаях, «[р]азличия в обращении будут, однако, дискриминационными, если отсутствует объективное и разумное оправдание, иными словами, если не преследуется разумная цель или отсутствует разумная соотношение соразмерности между используемыми средствами и целью, которую пытаются достичь»³⁰. Кроме того, он указал, что «должны быть выдвинуты весьма веские причины, чтобы Европейский Суд мог рассматривать различие в обращении, основанное исключительно на признаке пола, как совместимое с Конвенцией»³¹. Европейский Суд уже признавал, что возраст — это понятие, которое также охватывается статьей 14 Конвенции³² и которое должно приниматься во внимание при назначении наказания³³. Следовательно, различия в обращении в результате стремления публичных органов восстановить реальное равенство между гражданами не ускользают от классического контроля Европейского Суда. Таким образом, любые различия в обращении с лицами, помещенными в аналогичные ситу-

²⁸ См. Постановление Европейского Суда по делу «Андрле против Чешской Республики» (*Andrle v. Czech Republic*) от 17 февраля 2011 г., жалоба № 6268/08, § 48.

²⁹ См. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Стек и другие против Соединенного Королевства» (*Stec and Others v. the United Kingdom*), жалобы №№ 65731/01 и 65900/01, *ECHR* 2006-VI.

³⁰ См. упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Стек и другие против Соединенного Королевства», § 51.

³¹ См. там же, § 52.

³² См. Постановление Европейского Суда по делу «Швицгелль против Швейцарии» (*Schwizgebel v. Switzerland*), жалоба № 25762/07, § 85, *ECHR* 2010 (выдержки), и Сообщение Комитета по правам человека по делу «Солис против Перу» (*Solis v. Peru*), № 1016/2001, UN Doc. CCPR/C/86/D/1016/2011, § 6.3.

³³ См. Постановление Европейского Суда по делу «Фарбтухс против Латвии» (*Farbtuhs v. Latvia*) от 2 декабря 2004 г., жалоба № 4672/02.

ации, должны удовлетворять условиям объективности, разумности, соразмерности и легитимности.

В. Обязательство «выравнивания по верхнему уровню» в делах о «ложной» позитивной дискриминации (§§ 22–24)

22. В противном случае позитивная дискриминация становится привилегией, неприемлемой в соответствии с Конвенцией. Если отсутствуют фактические условия для обращения с определенной категорией лиц более благоприятно, позитивная дискриминация больше не является оправданной, и Конвенция устанавливает позитивное обязательство для государства расширить благоприятное обращение на тех, кто ранее не мог извлекать из него выгоду. Вот что я уже объяснял в своем мнении по делу «Валлианатос и другие против Греции» (*Vallianatos and Others v. Greece*), где указал, что, «[e]сли внутригосударственные суды должны ограничиться признанием дискриминационного положения неконституционным или противоречащим Конвенции, в отсутствие возможности расширить специальное благоприятное регулирование на лицо, которое было субъектом дискриминации, нарушение принципа равенства сохраняется, и судебная защита будет лишена фактического содержания»³⁴. Это фундаментальное следствие установления нарушения принципа равенства Европейским Судом, как можно видеть в его самых ранних решениях, например, в деле «Маркс против Бельгии». В этом Постановлении Европейский Суд указал, отметив, что законодательство о наследовании дискриминировало внебрачных детей, что «[он] не исключает, что постановление об установлении нарушения Конвенции по одному из этих аспектов может сделать желательной или необходимой реформу законодательства»³⁵. В деле Валлианатоса Большая Палата Европейского Суда также указала, что «[п]онятие дискриминации в значении статьи 14 Конвенции включ[ало] дела, в которых в отсутствие надлежащего обоснования лицо или группа лиц [подвергались] менее благоприятному обращению, чем другие лица или группы лиц, несмотря на то, что более благоприятное обращение не [требовалось] в соответствии с Конвенцией»³⁶.

³⁴ См. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Валлианатос и другие против Греции» (*Vallianatos and Others v. Greece*), жалобы №№ 29381/09 и 32684/09, *ECHR* 2013 (выдержки). В моем особом мнении к Постановлению Большой Палаты по делу «Константин Маркин против Российской Федерации» я дал следующий комментарий: «Понижение родительского статуса военнослужащих-женщин до нынешнего статуса военнослужащих-мужчин не только неразумно уменьшит степень социальной защиты, доступной для военнослужащих-женщин, но и поставит весь военный персонал в неоправданно менее благоприятное положение по отношению к гражданским лицам».

³⁵ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Маркс против Бельгии», § 42.

³⁶ См. упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Валлианатос и другие против Греции», § 76.

23. Установление нарушения статьи 14 Конвенции по основаниям различия в обращении с подобными группами в отсутствие объективного и разумного обоснования могло требовать одного метода возмещения: «выравнивания по верхнему уровню», а именно распространения более благоприятного обращения на всех лиц в подобной ситуации. «Выравнивание по нижнему уровню», то есть прекращение преференциального обращения для тех лиц, которые имели на него право, недопустимо в соответствии с Конвенцией. Успехи, достигнутые в защите прав человека, просто не могут быть отброшены. Сама Преамбула к Конвенции устанавливает цель защиты и «развития» прав человека и основных свобод. В этом отношении ясно, что европейская защита требует продвижения таких прав и запрещает их разбавление на дискреционной основе по политическим соображениям³⁷. Кроме того, исполнение постановления Европейского Суда не должно отменять, ограничивать или сужать существующие права в национальном правопорядке, как предусмотрено в статье 53 Конвенции. Любой другой результат толкования был бы явно абсурдным (статья 32 *b* Венской конвенции о праве международных договоров).

24. Хороший пример по этому поводу представила Греция в деле Валлианатоса, где решение Парламента Греции от 23 декабря 2015 г. устранило неоправданное различие в обращении в своем законодательстве и распространило режим зарегистрированного партнерства на однополых партнеров после вынесения постановления Европейского Суда. Плохой пример показали власти Соединенного Королевства в деле «Абдулазиз, Кабалез и Балкандали против Соединенного Королевства» (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*), где они исправили ситуацию, предоставив право на проживание супругам заявителей, но затем «выровняли по нижнему уровню», исключив возможность воссоединения семьи³⁸. Данный метод исполнения постановления Европейского Суда, хотя и соблюдает буквальный вывод об установлении нарушения равенства обращения, находится в вопиющем противоречии с самим духом Постановления.

³⁷ См. о защите минимального обязательного содержания основных прав и их защите в судебном порядке, включая социальные права, мое особое мнение, приложенное к упоминавшемуся выше Постановлению Большой Палаты Европейского Суда по делу «Константин Маркин против Российской Федерации».

³⁸ См. Постановление Европейского Суда по делу «Абдулазиз, Кабалез и Балкандали против Соединенного Королевства» (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*) от 28 мая 1985 г., § 78, Series A, № 94.

ЧАСТЬ II (§§ 25–49)

IV. НЕСОВМЕСТИМОСТЬ ПОЖИЗНЕННОГО ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ С МЕЖДУНАРОДНЫМ ПРАВОМ (§§ 25–38)

А. Пенологические цели лишения свободы (§§ 25–31)

25. Признание того, что лишение свободы «на всю жизнь» составляет бесчеловечное обращение³⁹, неоспоримо являет собой прогресс. Европейский Суд должен учесть необходимость простого устранения этой архаичной формы наказания. Дело «Хамтоху и Аксенчик против Российской Федерации» предоставило ему эту возможность, за которую большинство судей, к сожалению, не захотели ухватиться. Однако если учесть пенологические цели лишения свободы, международную тенденцию в пользу отмены этого вида наказания и требование об эволютивном и *pro persona*⁴⁰ толковании Конвенции, это должно было повлечь другое заключение по фактам настоящего дела.

26. В демократическом обществе лишение свободы с учетом серьезности такого обращения применяется только в наиболее серьезных делах и ограничено строгими правилами. Его цель не только в наказании осужденного преступника, но и в выполнении ряда социальных функций. Таков выбор, который демократические государства, уважающие права человека, сделали, прогрессируя над регрессивной концепцией чисто карательной формой юстиции. Уголовное наказание виновных вменяемых преступников может отвечать одной или нескольким из следующих шести целей: 1) позитивная специальная превенция (ресоциализация преступника); 2) негативная специальная превенция (ограничение способностей преступника, что влечет избежание будущих нарушений закона приговоренным лицом за счет удаления его из общества); 3) позитивная общая превенция (подтверждение нарушенной правовой нормы путем ее поддержания и укрепление ее социальной приемлемости и соблюдения); 4) негативная общая превенция (сдерживание потенциальных преступников от осуществления подобного поведения); 5) возмездие (наказание преступника за совершенные деяния) и 6) компенсация потерпевшим⁴¹.

27. Пожизненное лишение свободы разрушает любую перспективу реинтеграции в общество. Поэтому оно исключает одну из основных целей назначения уголовных наказаний и сохраняет лишь возмездие и общую

³⁹ См. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства» (*Vinter and Others v. the United Kingdom*), жалобы №№ 66069/09, 130/10 и 3896/10, *ECHR* 2013 (выдержки).

⁴⁰ *Pro persona* (лат.) — для человека, ради человека (*примеч. редактора*).

⁴¹ Я уже высказывал это в Постановлении по делу «Оджалан против Турции (№ 2)» (*Öcalan v. Turkey*) (№ 2) от № 18 марта 2014 г., жалобы №№ 24069/03, 197/04, 6201/06 и 10464/07, и Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хорошенко против Российской Федерации» (*Khoroshenko v. Russia*), жалоба № 41418/04, *ECHR* 2015.

превенцию. Данная концепция по определению противоречит защите прав человека. Европейский Суд уже сделал этот вывод в Постановлении Большой Палаты по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства» (Vinter and Others v. the United Kingdom), где судьи отметили, что «в то время как наказание остается одной из целей лишения свободы, упор в европейской пенитенциарной политике в настоящее время делается на реабилитационную цель лишения свободы»⁴². На этой основе Европейский Суд заключил, что лишение свободы «на всю жизнь» нарушает требования статьи 3 Конвенции. Европейский комитет по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (ЕКПП) указывал в одном из недавних докладов, что «лишение свободы лица на всю жизнь при отсутствии реальной перспективы освобождения [является], по его мнению, бесчеловечным»⁴³. Соответственно, содержание людей в тюрьме до конца их дней, каким бы ужасающим ни было их преступление, несомненно, составляет бесчеловечное обращение, поскольку оно уничтожает всякую надежду на реабилитацию. Но еще хуже, что сообщение, посылаемое этим видом наказания, заключается в том, что заключенный является опасным чудовищем, изгнанным из общества навсегда, кто «заслуживает» томиться в тюрьме остаток дней в отсутствие дополнительных рассуждений. Подобная мотивировка равнозначна с моральной точки зрения отрицанию человечности у таких людей, поскольку делает различие между заключенными, которые «заслуживают» реабилитации, и теми, которые рассматриваются как пропащие.

28. Тот аргумент, что пожизненное лишение свободы, применяемое в Европе сегодня, предлагает перспективу досрочного освобождения, в действительности смещает баланс в пользу отмены. Какой прок может быть в сохранении формы наказания, которое в действительности не применяется, но трансформируется в классическое лишение свободы переменной длительности? Напротив, отмена этого наказания определенно предоставит каждому гарантию того, что перспектива лишения свободы на всю жизнь невозможна и что цель социальной реинтеграции достижима для всех заключенных. Кроме того, она обеспечит эффективность процедур для индивидуализированного подхода к назначению наказаний и для регулярного пересмотра наказаний, которые, хотя их порой сложно применять, тем не менее, абсолютно необходимы для обеспечения соблюдения основных прав каждого.

29. Даже со стороны строго прагматического подхода пожизненное лишение свободы не дает никакого выигрыша с точки зрения эффективности уголовного наказания. Я уже подчеркнул, что отсутствует корреляция между существованием пожизненного лишения свободы и снижением количества наиболее тяжких преступлений. Напротив, некоторые государ-

⁴² См. упоминавшееся выше Постановление по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства», § 115.

⁴³ ЕКПП, 25-й общий доклад, апрель 2016 года, СРТ/Inf (2015) 10 part, §73.

ства, которые сохранили пожизненное лишение свободы в своем уголовном арсенале, такие как США или Российская Федерация, имеют высокий уровень преступности. С другой стороны, отдельные государства, которые ее отменили, такие как Португалия после тюремной реформы 1884 года⁴⁴, не имеют особенно высокого уровня ни общей преступности, ни преступности, связанной с применением насилия⁴⁵. Таким образом, последний аргумент в пользу пожизненного лишения свободы, который состоит в определении удобств с точки зрения общей превенции, не оправдывает сохранение этого вида бесчеловечного обращения в наш день и век. Соответственно, отсутствует оправдание для пожизненного лишения свободы с точки зрения пенологических целей уголовного лишения свободы или с точки зрения эффективности превенции. Европейский Суд должен был учесть данный вывод и в результате принять целесообразное толкование Конвенции.

30. Дополнительно, и даже хотя определение наказания в принципе является делом внутригосударственных органов, Европейский Суд твердо установил в своей прецедентной практике, что эта дискреция не является неограниченной. Он указал в деле «Николова и Величкова против Болгарии» (*Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*), что «[д]ействительно в задачу Европейского Суда не входит определение степени индивидуальной вины или целесообразного наказания для преступника, что относится к исключительной юрисдикции внутригосударственных судов по уголовным делам. Однако в соответствии со статьей 19 Конвенции и тем принципом, что Конвенция предназначена для того, чтобы гарантировать не теоретические или иллюзорные, а практические и эффективные права, Европейский Суд должен убедиться, что обязательство государства по защите прав, относящихся к его юрисдикции, адекватно исполнялось»⁴⁶. Таким образом, Европейский Суд должен провести надлежащую проверку в этой сфере.

31. Вопросы, столь фундаментальные для физической и моральной неприкосновенности человеческой личности, находятся в центре ядра европейской защиты прав человека и не могут быть отнесены к дискреции каждого государства, иначе усилия, предпринятые, чтобы гарантировать конкретную и эффективную защиту прав человека в Европе, были бы сведены к нулю. Отведение пределов усмотрения в отношении целесообразной длительности тюремных наказаний за уголовные преступления является не-

⁴⁴ См.: *Ines Pinto*. Punishment in Portuguese Criminal Law: A Penal System without Life Imprisonment, в *van Zyl Smit and Appleton* (eds), *Life Imprisonment and Human Rights*, Oxford, 2016. P. 291.

⁴⁵ См.: Council of Europe Annual Penal Statistics, SPACE I — prison populations, doc. PC-CP (2015)7, 23 декабря 2015 г.

⁴⁶ См. Постановление Европейского Суда по делу «Николова и Величкова против Болгарии» (*Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*) от 20 декабря 2007 г., жалоба № 7888/03, § 61.

приемлемым с учетом абсолютного характера данного права, а именно запрета бесчеловечного обращения со стороны государства. Поэтому кажется непонятным, как большинство судей могли утверждать в § 81 настоящего Постановления, что положение о пожизненном лишении свободы в законодательстве Российской Федерации совместимо со статьей 3 Конвенции на фоне пределов усмотрения российского государства⁴⁷. Подобная снисходительность действительно кажется особенно неуместной для Российской Федерации, в отношении которой Европейский Суд неоднократно указывал на общую проблему бесчеловечных и унижающих достоинство условий содержания под стражей.

В. Требование эволютивного и *pro persona* толкования прав, гарантированных Конвенцией (§§ 32–38)

32. Помимо того факта, что пожизненное лишение свободы не является одной из целей уголовного наказания, оно имеет тенденцию к тому, чтобы быть удаленным из внутригосударственных уголовных систем, что иллюстрирует возникновение международной тенденции в пользу отмены этого вида наказания. В Европе, кроме Португалии, Андорры (статьи 35 и 58 Уголовного кодекса), Босния и Герцеговина (статья 42 Уголовного кодекса), Хорватия (статьи 44 и 51 Уголовного кодекса), Черногория (статья 33 Уголовного кодекса), Сан-Марино (статья 81 Уголовного кодекса) и Сербия (статья 45 Уголовного кодекса) не применяют пожизненное лишение свободы⁴⁸. За границами Европы другие государства продвигаются в том же направлении, например, такие страны, как Ангола (статья 66 Конституции), Бразилия (статья 5, XVII Конституции), Боливия (статья 27 Уголовного кодекса), Кабо-Верде (статья 32 Конституции), Китай (статья 41 Уголовного кодекса автономного района Макао), Колумбия (статья 34 Конституции), Коста-Рика (статья 51 Уголовного кодекса), Доминиканская Республика (статья 7 Уголовного кодекса), Восточный Тимор (статья 32 Конституции), Эквадор (статьи 51 и 53 Уголовного кодекса), Сальвадор (статья 45 Уголовного кодекса), Гватемала (статья 44 Уголовного кодекса), Гондурас (статья 39 Уголовного кодекса), Мексика (статья 25 федерального Уголовного кодекса), Мозамбик (статья 61 Конституции), Никарагуа (статья 52 Уголовного кодекса), Панама (статья 52 Уголовного кодекса), Парагвай (статья 38 Уголовного кодекса), Сан-Томе и Принсипи (статья 37 Конституции), Уругвай (статья 68 Уголовного кодекса) и Венесуэла (часть 3 статьи 44 Конституции). Ни одна из этих систем не рухнула или не пережила явный рост преступности, доказывая фактически существование движения к отмене пожизненного лишения свободы и то, что данный вид

⁴⁷ Статья 3 также процитирована в § 71 настоящего Постановления, и широкие пределы усмотрения — в §§ 85 и 87 настоящего Постановления.

⁴⁸ Параграф 19 настоящего Постановления упоминает Испанию и Норвегию среди указанных стран, забывая, что в этих двух государствах возможно неопределенно расширить наказание, примененное к осужденным преступникам.

наказания не является необходимым в демократическом обществе. Кроме того, сам Европейский Суд сознает эту тенденцию, как указано, в частности, в деле Винтера: «В действительности, в европейском и международном праве имеется очевидная поддержка принципа, что все заключенные, в том числе лица, отбывающие пожизненный срок, должны иметь возможность исправления и перспективы освобождения, если исправление достигнуто»⁴⁹. Судьи старательно подчеркнули, что «[э]та приверженность исправлению пожизненно заключенных и перспективе их последующего освобождения нашла свое дальнейшее отражение в практике Договаривающихся Сторон»⁵⁰.

33. Одним из главных принципов толкования текста Конвенции 1950 года является принцип эволютивного толкования прав, гарантированных ею. После Постановления по делу «Тайрер против Соединенного Королевства» (*Tyler v. the United Kingdom*) Европейский Суд последовательно подтверждал лейтмотив «Конвенции как живого инструмента», чье толкование должно учитывать развивающиеся нормы внутригосударственного и международного права⁵¹. В этом деле генеральный атторней острова Мэн утверждал, что «с надлежащим учетом местных обстоятельств на острове» продолжение использования судебного телесного наказания в ограниченном масштабе было оправдано в целях сдерживания. Однако Европейский Суд нашел, что «в значительном большинстве государств — участников Совета Европы судебное телесное наказание по-видимому не применялось, и в действительности в некоторых из них не существовало в современный период... Этого достаточно, чтобы усомниться в том, что поддержание закона и порядка в европейской стране требовало применения данной санкции». Он заключил, что остров Мэн должен рассматриваться как полностью разделяющий то «общее наследие политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права», на которые ссылалась Преамбула к Конвенции, и что, следовательно, местные требования не могут изменить применение статьи 3 Конвенции. Соответственно, эволютивное толкование Конвенции тесно связано с необходимостью консенсуального прочтения текста, основанного на анализе практики «огромного большинства» государств-участников, которое рассматривается как указатель *par excellence* «сегодняшних условий», эволюция которых с момента составления Конвенции оправдывает такое толкование⁵².

⁴⁹ См. упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства», § 114.

⁵⁰ См. там же, § 117.

⁵¹ См. Постановление Европейского Суда по делу «Тайрер против Соединенного Королевства» (*Tyler v. the United Kingdom*) от 25 апреля 1978 г., § 31, Series A, № 26.

⁵² См. мое особое мнение в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Муршич против Хорватии» (*Muršić v. Croatia*) от 20 октября 2016 г., жалоба № 7334/13.

34. Подобное консенсуальное и эволютивное толкование соответствует правилам толкования международного права. В деле по российскому требованию о возмещении вреда Постоянная палата третейского суда отметила, что «исполнение обязательств [было] между государствами, как между лицами, самым верным комментарием о значении этих обязательств»⁵³. Последующая практика сторон в исполнении договора, таким образом, является фундаментальным инструментом толкования, способным прояснить толкователю способ, которым должно пониматься соглашение. Поэтому логично, что это должно иметь место среди правил толкования, перечисленных в статье 31 Венской конвенции. Это классическая техника толкования международного права, практикуемая почти всеми международными юрисдикциями⁵⁴. Международный суд длительное время рассматривал такую последующую практику при толковании положений договора⁵⁵ и явно указал в деле, возбужденном Коста-Рикой против Никарагуа относительно спора по поводу навигационных и связанных прав, что «последующая практика сторон в значении подпункта «b» пункта 3 статьи 31 Венской конвенции может повлечь отход от первоначального намерения на основе молчаливого согласия сторон»⁵⁶. В своем классическом смысле последующая практика поэтому понимается с государство-центричной точки зрения, как уже отмечал сэр Джералд Фицморис (*Sir Gerald Fitzmaurice*), который говорил, что подобная практика не была, по его мне-

⁵³ Дело по российскому требованию о возмещении вреда (Россия против Турции), арбитражное решение от 11 ноября 1912 г., R.S.A., vol. XI, p. 433.

⁵⁴ См., например: Суд Европейских сообществ, «Королева против Министерства сельского хозяйства, рыболовства и продовольствия, ex parte С.П. Анастасью (Писсури) Лтд и другие» (*The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and Others*), жалоба № C-432/92, 5 июля 1994 г., *Reports* 1994-I-03087, § 42; Апелляционный орган ОПС ВТО, «Япония — Налоги на алкогольные напитки» (*Japan — Taxes on alcoholic beverages*), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, T/DS11/AB/R, Report, 4 октября 1996 г., Section E; Межамериканский суд по правам человека, «Клод Рейес и другие против Чили» (*Claude Reyes et al. v. Chili*), решение от 19 сентября 2006 г. (Обстоятельства дела. Возмещение ущерба и расходов.), Series C, № 151, § 78; КПП, Замечание общего порядка № 22 (статья 18), 27 сентября 1993 г., CCPD/C/21/Rev.1/Add.4, §11.

⁵⁵ См., например: Решение Международного суда ООН по делу «Об острове Касикили/Седуду (Ботсвана/Намибия)» от 13 декабря 1999 г., *Reports* 1999, § 50; Решение Международного суда ООН по делу «О территориальном споре (Ливийская Арабская Джамахирия/Чад)» от 3 февраля 1994 г., *Reports* 1994, §§ 66–71; Решение Международного суда ООН по делу «О военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки)» от 26 ноября 1984 г., юрисдикция и приемлемость, *Reports* 1984, §§ 36–47; Консультативное заключение Международного суда ООН по делу «Об определенных расходах Организации Объединенных Наций (пункт 2 статьи 17 устава)» от 20 июля 1962 г., *Reports* 1962, с. 160–161.

⁵⁶ Решение Международного суда ООН по делу «О споре о судоходных и смежных правах (Коста-Рика против Никарагуа)», *I.C.J. Reports* 2009, § 64.

нию, состоявшейся, если «не было возможным и разумным при данных обстоятельствах заключить из поведения сторон, что они рассматрива[ли] толкование данного инструмента как юридически правильное и молчаливо признали, что вследствие этого им юридически вменялось определенное поведение»⁵⁷. Остается фактом, что аргумент, основанный на существовании европейского консенсуса, соответствует этому традиционному правилу, чье центральное положение в европейской системе подтверждается формулировкой преамбулы, на которую ссылались выше. В деле «Лоизиду против Турции» (Loizidou v. Turkey) Европейский Суд подтвердил свою приверженность соблюдению правил толкования, сформулированных в Венской конвенции 1969 года, и особенно «последующей практике применения договора, которая устанавливает соглашение сторон относительно его толкования»⁵⁸. Таким образом, он формально выразил связь между последующей практикой и консенсусом, наблюдаемым между государствами-участниками, указав, «что касается последующей договорной практики, несмотря на то, что имели место утверждения, противопоставляющие толкование Турцией статей 25 и 46 Конвенции, не было установлено наличия практики, отражающей соглашение между Договаривающимися Сторонами относительно соединения условий с этими инструментами признания»⁵⁹. Данный подход содержит по существу важное эволютивное измерение в том, что практика государств и негосударственных акторов развивается на протяжении исполнения договора, приспосабливаясь к изменяющимся обычаям и новым общественным реалиям. Соответственно, имеется указание *par excellence* для Европейского Суда об условиях сегодняшнего дня.

35. Однако помимо строго государство-центричной концепции консенсуса сама природа правового порядка Совета Европы позволяет Европейскому Суду значительно расширить данную концепцию. Совет Европы воплощает в этом контексте видение совещательной, международной демократии, в которой большинство или представительная часть Договаривающихся Сторон Конвенции считаются говорящими от имени всех и потому имеют право навязывать свою волю другим Сторонам⁶⁰. Это больше не вопрос учета только единодушного выражения желаний Договаривающихся Сторон Конвенции, но и множества индикаторов, исходящих из множества акторов. Речь больше не идет о механизме такого плана, как в деле «Лотос»

⁵⁷ Особое мнение судьи Джералда Фицмориса: Консультативное заключение Международного суда ООН по делу «Об определенных расходах Организации Объединенных Наций (пункт 2 статьи 17 устава)» от 20 июля 1962 г., *Reports* 1962, с. 201.

⁵⁸ См. Постановление Европейского Суда по делу «Лоизиду против Турции» (Loizidou v. Turkey) (предварительные возражения) от 23 марта 1995 г., § 73, Series A, № 310.

⁵⁹ См. там же, § 67.

⁶⁰ См., в частности, §§ 20–22 моего особого мнения в упоминавшемся выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мурич против Хорватии».

(Lotus)⁶¹, который являлся государство-центричным, узко двусторонним, исключительно волюнтаристским и направленным сверху вниз. Речь идет о нормотворческом механизме демократичного вида, который является индивидо-центричным, широко многосторонним, целенаправленно консенсуальным и направленным снизу вверх, который включает европейские и неевропейские государства, а также негосударственных акторов. Из этой «деформализации» источников европейского права следуют, в частности, фундаментальная роль мягкого права⁶² в нормативной системе Совета Европы, а также особые характеристики содержания консенсуса, способного направлять Европейский Суд в его толковании Конвенции.

36. Таким образом, Европейский Суд уполномочен принимать сравнительно широкую и гибкую концепцию содержания европейского консенсуса. В некоторых случаях он признавал нарождающиеся тенденции или консенсус, находящиеся в процессе материализации для начала эволютивного толкования Конвенции. В деле «Кристин Гудвин против Соединенного Королевства» (*Christine Goodwin v. the United Kingdom*), например, отметив «отсутствие общеевропейского подхода»⁶³ относительно того, как реагировать на последствия, которые может повлечь правовое признание смены пола, он указал, что «придает меньшее значение отсутствию признаков какого-то единого для Европы подхода к урегулированию возникающих правовых и практических проблем, нежели четким и неоспоримым признакам продолжающей иметь место в мире тенденции в пользу не только большей социальной терпимости по отношению к транссексуалам, но и юридического признания новой половой принадлежности перенесших операцию транссексуалов»⁶⁴. Наконец, Европейский Суд решительно признал необходимость подобного толкования Конвенции. В частности, он отметил в Постановлении по делу «Стаффорд против Соединенного Королевства» (*Stafford v. the United Kingdom*), что «[ч]резвычайно важно, чтобы Конвенция интерпретировалась и применялась способом, который бы обеспечивал установленные ею права практически и результативно, а не формально и внешне. Неспособность Европейского Суда применить динамичный и развивающийся подход может привести к прекращению любых реформ и улучшений»⁶⁵.

⁶¹ 1927 Постоянная палата международного правосудия, Series A, № 10, p. 18: «Нормы права, обязательные для государств, таким образом, исходят из их собственной свободной воли».

⁶² См. по этому предмету мое особое мнение в упоминавшемся выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Муршич против Хорватии».

⁶³ См. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Кристин Гудвин против Соединенного Королевства» (*Christine Goodwin v. the United Kingdom*), жалоба № 28957/95, § 85, *ECHR* 2002-VI.

⁶⁴ Там же.

⁶⁵ См.: Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Стаффорд против Соединенного Королевства» (*Stafford v. the United Kingdom*), жалоба № 46295/99,

37. Еще один важный принцип толкования, тесно связанный с эволютивным и консенсуальным толкованием, чье применение должна предусматривать Большая Палата Европейского Суда, это *pro persona* толкование гарантированных прав. Устав Совета Европы устанавливает среди целей «достижение большего единства между его членами во имя защиты и осуществления идеалов и принципов, являющихся их общим достоянием, и содействие их экономическому и социальному прогрессу». Данная цель будет достигаться посредством «заключения соглашений и проведения совместных действий в экономической, социальной, культурной, научной, правовой и административной областях», равно как и «путем поддержания и дальнейшего осуществления прав человека и основных свобод». Провозгласив таким образом примат прав человека среди целей Совета Европы, устав открывает дорогу для принципа *pro persona*, ставя индивида в центр своих интересов. Эта концепция европейских текстов влечет придание приоритета тому толкованию, которое наиболее благоприятно для индивида и его прав в соответствии с принципом эффективности защищенных прав⁶⁶.

38. Однако, сосредоточившись только на карательном и сдерживающем аспектах уголовных санкций и не приняв индивидуализированный и прогрессивный подход к назначению наказаний, Европейский Суд сдвинулся к строго *pro auctoritas*⁶⁷ взгляду на лишение свободы в настоящем деле. Наконец, Большой Палате следовало продолжить развивать подход, примененный в деле Винтера, в котором было признано, что наказания «на всю жизнь» несовместимы со статьей 3 Конвенции, и расширить эту мотивировку на сам принцип пожизненного лишения свободы. Такое толкование статьи 3 Конвенции в поддержании международной тенденции в пользу отмены этого вида наказания полностью согласовалось бы с принципами эволютивного и *pro persona* толкования Конвенции. Пример отмены смертной казни, поддержанный принятием Протоколов №№ 6 и 13 к Конвенции и прецедентной практикой⁶⁸, является хорошей иллюстрацией того факта, что наказания, которые принято считать нормальными, с течением времени и по мере прогресса европейских обществ становятся неприемлемыми.

§ 68, *ECHR* 2002-IV, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Скоппола против Италии (№ 2)» (*Scoppola v. Italy*) (№ 2) от 17 сентября 2009 г., жалоба № 10249/03, § 104.

⁶⁶ См. мое особое мнение в упоминавшемся выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Муршич против Хорватии», § 21.

⁶⁷ *Pro auctoritas* (лат.) — для власти (*примеч. переводчика*).

⁶⁸ См., например, Постановление Европейского Суда по делу «Аль-Саадун и Муфзи против Соединенного Королевства» (*Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*), жалоба № 61498/08, §§ 119 и последующие, *ECHR* 2010.

V. ПРИМЕНЕНИЕ КОНВЕНЦИОННЫХ НОРМ К НАСТОЯЩЕМУ ДЕЛУ (§§ 39–49)

A. Непоследовательность менее благоприятного обращения с составляющей большинство группой мужчин в возрасте от 18 до 65 лет (§§ 39–46)

39. Отказываясь считать, что заявители подверглись дискриминации в связи с осуждением к пожизненному лишению свободы, большинство судей сделали ошибочный анализ фактов дела. Европейский Суд в настоящем деле просили не оценивать легитимность защиты женщин, молодых и пожилых людей, а проверить совместимость с Конвенцией обращения с мужчинами в возрасте от 18 до 65 лет.

40. Оправдание, выдвинутое властями Российской Федерации в поддержку различия в обращении между мужчинами и женщинами по поводу пожизненного лишения свободы, основано, по их собственным словам, на их «особой роли в обществе, которая связана прежде всего с их репродуктивной функцией»⁶⁹. Этот вид аргумента, поддержанный большинством судей как «публичный интерес в освобождении женщин-преступниц от пожизненного лишения свободы в порядке общего правила»⁷⁰, является как раз той разновидностью социального стереотипа на гендерной основе и патерналистского отношения, которые уже были раскритикованы в деле Константина Маркина. Однако хотя оправдание, выдвинутое государством-ответчиком, было тем же, Европейский Суд делает крутой поворот в настоящем деле и принимает данный аргумент без дополнительного объяснения. В итоге фактическое неравенство, которое «позитивные меры», принятые властями Российской Федерации, предположительно стремятся скорректировать, является всего лишь отражением упрощенного и устаревшего образа женщин в российском обществе.

41. Таким образом, ссылка властей Российской Федерации на продвижение «позитивного неравенства»⁷¹ является не относящейся к делу и несовместимой со значением, придаваемым понятию позитивной дискриминации в международном праве, поскольку уголовная мера, принятая в относимых положениях Уголовного кодекса Российской Федерации в пользу женщин, не является временной мерой, направленной на создание равенства возможности или обращения, но основана на сексистском предрассудке законодателя⁷². Иными словами, обязывающие положения

⁶⁹ См. § 47 настоящего Постановления.

⁷⁰ См. § 82 настоящего Постановления.

⁷¹ См. § 46 настоящего Постановления.

⁷² См. по этому вопросу: Постановление Европейского Суда по делу «Карлхайнц Шмидт против Германии» (Karlheinz Schmidt v. Germany) от 18 июля 1994 г., § 28, Series A, № 291-B, Постановление Европейского Суда по делу «Эмел Бойраз против Турции» (Emel Boyraz v. Turkey) от 2 декабря 2014 г., жалоба № 61960/08, § 52, Court of Justice of the European Union, Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, case № C-222/84, §§ 44–46, и CEDAW Communication № 60/2013, CEDAW W/C/63/D/60/2013, 25 февраля 2016 г.

статьи 4 CEDAW не применимы к настоящему делу. Кроме того, аргумент властей Российской Федерации никоим образом не поддерживается различными инструментами мягкого права, на которые они ссылались. Эти инструменты касаются условий содержания под стражей и защиты репродуктивной роли женщин и ухода за детьми и должны отличаться от более широких мер, таких, какие предусмотрены в уголовном законодательстве Российской Федерации с целью защиты женщин в целом в связи с их половой принадлежностью. Следует также иметь в виду, что альтернативой пожизненному лишению свободы согласно Уголовному кодексу Российской Федерации является лишение свободы на 25 лет. Если осужденный преступник приговорен к 25 годам лишения свободы, он может обратиться по поводу досрочного освобождения через 16 лет. Освобождение от пожизненного лишения свободы на гендерной основе, предусмотренное статьей 57 Уголовного кодекса Российской Федерации, само по себе не достигает заявленной цели защиты беременных женщин и матерей малолетних детей, поскольку к тому времени, когда они смогут обратиться за досрочным освобождением, их дети уже станут взрослыми. Не утверждая, что материнство не должно пользоваться особой защитой в современном обществе, надо отметить, что стереотипное послание, передаваемое здесь, заключается в том, что женщины не обладают той же выносливостью, что и мужчины. Соответственно, он не может составлять законное основание, оправдывающее различие в обращении.

42. Однако Европейский Суд напоминает принципы, которые он обычно применяет при рассмотрении дел о различии в обращении на гендерной основе. Он ясно указывает, что они «требуют особо серьезных мотивов» и что «ссылки на традиции, общие допущения или преобладающие общественные позиции в конкретной стране сами по себе не могут считаться составляющими достаточное оправдание для различия в обращении, а тем более сходные стереотипы, основанные на расе, происхождении, цвете кожи или сексуальной ориентации»⁷³. Следовательно, заключение, изложенное в § 82 настоящего Постановления, согласно которому сравнительно небольшое количество заключенных женщин и необходимость защиты беременных женщин и матерей составляют достаточное оправдание для освобождения этой группы преступников от пожизненного лишения свободы, неприкрыто конфликтует с вышеупомянутыми принципами.

43. То же верно по отношению к различию в обращении с пожилыми людьми. В международном праве отсутствует оправдание для более благоприятного обращения с этой группой лиц, что касается определения наказания, как я уже подчеркивал выше. Само по себе Постановление не представило правовую основу для этого различия. Власти Российской Федерации ограничили свои объяснения утверждением о том, что применение пожизненного лишения свободы к лицам старше 65 лет делает право

⁷³ См. § 78 настоящего Постановления.

на досрочное освобождение иллюзорной возможностью⁷⁴. Таков аргумент, поддержанный большинством судей в настоящем Постановлении⁷⁵, в отсутствие возможности расшифровать причины для определения возраста, за пределами которого пожизненное лишение свободы становится неприемлемым по мотивам гуманности и справедливости. Напротив, поскольку средняя продолжительность жизни мужчин в Российской Федерации составляет 64,7 года⁷⁶ и с учетом ужасающих условий в российских тюрьмах⁷⁷, которые могут еще более снизить ожидаемую продолжительность жизни заключенных, законодателя можно критиковать за произвольное установление возрастного предела для этого вида наказания в 65 лет по сравнению с другими заключенными, поскольку, если пожизненное лишение свободы назначается в возрасте 50 или 65 лет, это имеет почти идентичное влияние на превращение права на досрочное освобождение в почти иллюзорную возможность. Кроме того, трудно провести различие между лицом, приговоренным к лишению свободы в возрасте 50 лет, которое не может обратиться за досрочным освобождением до 75-летнего возраста, и лицом, приговоренным к 15 годам лишения свободы в возрасте 64 лет с возможностью обращения за досрочным освобождением через 10 лет. Ни один заключенный не может обратиться за досрочным освобождением, если он не пережил среднестатистического российского мужчину. Соответственно, оправдание для дифференцированного обращения не может рассматриваться как объективное, разумное и законное.

44. Кроме этого, по моему мнению, статистические данные, представленные властями Российской Федерации, чтобы проиллюстрировать сложившуюся ситуацию, выглядят неполными и недостаточными для доказательства того, что различие в обращении между мужчинами и женщинами является оправданным, что усиливает впечатление непоследовательности, пронизывающее настоящее Постановление. Европейский Суд просил власти Российской Федерации предоставить следующие статистические данные: количество мужчин и женщин, в настоящее время отбывающих лишение свободы в Российской Федерации, количество заключенных мужчин, приговоренных к пожизненному лишению свободы, и количество осужденных женщин, молодежи или пожилых людей в отношении которых применена часть вторая статьи 57 Уголовного кодекса. Однако власти Российской

⁷⁴ См. § 44 настоящего Постановления.

⁷⁵ См. § 81 настоящего Постановления.

⁷⁶ Согласно последней статистике Всемирной организации здравоохранения. Предполагаемая продолжительность жизни 60-летнего мужчины составляет 76,3 года.

⁷⁷ См. ведущее по этому предмету Постановление Европейского Суда по делу «Ананьев и другие против Российской Федерации» (Ananyev and Others v. Russia) от 10 января 2012 г., жалобы №№ 42525/07 и 60800/08, и конкретно, что касается условий содержания под стражей после осуждения, Постановление Европейского Суда по делу «Бутко против Российской Федерации» (Butko v. Russia) от 12 ноября 2015 г., жалоба № 32036/10.

Федерации не предоставили запрошенные данные и не объяснили своего бездействия. Вместо этого они представили разбивку вступивших в силу приговоров в 2014 году и за первое полугодие 2015 года по полу, возрасту и категории преступлений. Они также не предоставили научных исследований, которые подтвердили бы их теорию о том, что смягченная ответственность должна распространяться на всех лиц старше 65 лет⁷⁸. Кроме того, не были предоставлены научное обоснование для установления возрастного предела в 65 лет, а также какая-либо корреляция с пенсионным возрастом в Российской Федерации, который установлен для мужчин в 60 лет. Уклонение от предоставления статистических данных явно умаляет достоверность обобщений властей Российской Федерации по поводу пола и возраста.

45. Однако вышеперечисленные международные инструменты мягкого права свидетельствуют, что имеется международная тенденция к отмене пожизненного лишения свободы для несовершеннолетних преступников. Я ранее имел возможность объяснить в моем особом мнении, приложенном к упоминавшемуся выше Постановлению Европейского Суда по делу «Муршич против Хорватии», юридическую ценность мягкого права в международном праве и тем более в европейской системе. Я, в частности, подчеркивал, что «отсутствует герметичное бинарное различие между жестким правом и неправом, поскольку европейское право прав человека развивается средствами богатого арсенала источников, которые обязательно отвечают классическим формальным чертами жесткого международного права». Нельзя не отметить, что упоминавшиеся выше резолюции и замечания общего порядка, призывавшие государства прекратить применение этого наказания для детей и лиц моложе 18 лет, совместно со стандартом, прямо сформулированным в Конвенции о правах ребенка, должны считаться имеющими нормативное значение. Соответственно, имеется правовая основа, оправдывающая различие в обращении в пользу молодежи. Тем не менее это не прекращает дискуссию, как мы увидим далее.

46. Наконец, аргумент, утверждающий, что данное различие в обращении повлечет «понижение» защиты основных прав, просто неактуален. Это то, что подразумевают власти Российской Федерации, когда говорят, что заявители «требуют... изменения уголовного законодательства Российской Федерации, которое позволило бы применять более суровые наказания к другим лицам, включая женщин, несовершеннолетних преступников и лиц старше 65 лет, тогда как личная ситуация заявителей осталась бы прежней»⁷⁹. За этим аргументом кроется страх ослабления защиты уязвимых групп. Однако оспаривание части второй статьи 57 Уголовного кодекса Российской Федерации не может породить такой результат с учетом конвенционной обязанности устранять нарушение за

⁷⁸ См. § 47 настоящего Постановления.

⁷⁹ См. § 42 настоящего Постановления.

счет «выравнивания по верхнему уровню». Это фундаментальное руководство, лежащее в основе вышеупомянутых эволютивного и *pro persona* принципов толкования Конвенции. Наконец, данный довод служит только для сокрытия реальной проблемы в настоящем деле, которая заключается не столько в отказе приговаривать женщин, несовершеннолетних и пожилых к пожизненному лишению свободы, сколько в согласии применять это наказание к мужчинам в возрасте от 18 до 65 лет. Вывод о нарушении статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 5 Конвенции в настоящем деле не мог бы повлечь отмены режима защиты указанных групп, а позволил бы мужчинам в возрасте от 18 до 65 лет воспользоваться той же защитой.

В. Несовместимость с Конвенцией положения Уголовного кодекса Российской Федерации, сохраняющего пожизненное лишение свободы (§§ 47–49)

47. Вторым источником моего несогласия с большинством судей в настоящем деле является принятие самого принципа пожизненного лишения свободы для мужчин в возрасте от 18 до 65 лет. Сами власти Российской Федерации, пытаясь оправдать освобождение женщин, несовершеннолетних и пожилых от этого вида наказания, ссылаются на «принципы справедливости и гуманизма»⁸⁰. Таким образом, внутривластные органы уже явно сознавали бесчеловечность подобного обращения. Соответственно, его сохранение для группы большинства (в данном случае для преступников мужского пола в возрасте между 18 и 65 годами) равнозначно тому, чтобы полагать возможным применение обращения, которое противоречит принципам справедливости и гуманизма для большей части заинтересованного населения. Наконец, будет ли это группа большинства или меньшинства, имеет небольшое значение. Невозможно при уважении европейской системы защиты прав человека и международного права защищать часть граждан от жестокого обращения, продолжая причинять его остальным. Гуманные соображения не могут идти на пользу только особенно уязвимым группам. Достоинство является качеством, присущим всем человеческим существам, что в демократических обществах не зависит от возраста, совершенных преступлений или тем более от половой принадлежности.

48. Точно так же нельзя утверждать, как это делают власти Российской Федерации, что весьма «суровые условия» пожизненного лишения свободы будут «умалывать пенологическую цель реабилитации» женщин-преступниц, несовершеннолетних преступников и преступников в возрасте старше 65 лет⁸¹. Данная линия аргументации составляет косвенное признание того факта, что пожизненное лишение свободы преступников мужского пола в возрасте от 18 до 65 лет в действительности не преследу-

⁸⁰ См. § 44 настоящего Постановления.

⁸¹ См. § 48 настоящего Постановления.

ет цель реабилитации преступников, а скорее затемняет наказание и постоянное социальное исключение, именно как диктует строго карательная уголовная политика. Довод властей Российской Федерации особенно неудачен в том, что он не учитывает тот факт, что именно внутригосударственные органы несут ответственность за создание достойной и гуманной среды в тюрьмах и что эта обязанность распространяется на всех заключенных без различия по признакам возраста, пола и других личных характеристик⁸². Даже если более высокое количество преступлений совершено мужчинами, чем женщинами, власти Российской Федерации не могли сослаться на этот фактор в оправдание бесчеловечной уголовной политики по отношению к мужчинам-преступникам в возрасте от 18 до 65 лет. В противном случае пожизненно заключенные мужского пола в возрасте от 18 до 65 лет были бы использованы в качестве мишени, отбывая особенно бесчеловечное наказание, чтобы искупить предположительно коллективную вину со стороны преступников мужского пола. Для Европейского Суда было бы нецелесообразно признавать, что женщины-преступницы должны быть защищены от бесчеловечного и унижающего достоинство обращения в отличие от мужчин-преступников. К сожалению, большинство судей не смогли дистанцироваться от подобной уголовной политики и поэтому поддержали ее.

49. Кроме того, единственный правовой аргумент, выдвинутый большинством судей для отказа продолжить развивать подход, примененный в деле Винтера, основан на предполагаемом отсутствии «общего знаменателя в рамках внутригосударственных правовых систем государственных участников в этой сфере»⁸³. Я уже подчеркивал выше, что существует международная тенденция в пользу отмены подобного вида обращения и что, кроме того, Европейский Суд не обязан ожидать созревания этой тенденции, чтобы ее признать. Напротив, он может и должен сопровождать и поощрять ее в свете эволютивного и *pro persona* толкования Конвенции. Выжидательная позиция не соответствует роли и призванию Европейского Суда.

VI. ЗАКЛЮЧЕНИЕ (§ 50)

50. Европейская и международная уголовная политика ныне достигла значительной степени зрелости, чтобы пройти решающую веху и отменить пожизненное лишение свободы. Доводы заявителей в настоящем деле должны быть услышаны, поскольку законодательство Российской Федерации является источником дискриминации, которое указывает на необходимость простой отмены этого наказания, и, выходя за рам-

⁸² См. Постановление Европейского Суда по делу «Мамедова против Российской Федерации» (*Mamedova v. Russia*) от 1 июня 2006 г., жалоба № 7064/05, § 73.

⁸³ См. § 83 настоящего Постановления.

ки данного дела, сопровождения общей тенденции европейского права прав человека в соответствии с развитием демократических обществ и с целью развития прав человека. Как и без смертной казни, европейские государства могут и должны обходиться без этого архаического и бесчеловечного наказания и избирать решения, направленные на социальную реинтеграцию преступников. Роль Европейского Суда в сопровождении и поощрении данной перемены в свете эволютивного и *pro persona* толкования Конвенции. В то время как субсидиарное положение Европейского Суда требует от него уважения конкретной уголовной политики каждой внутригосударственной системы, такие фундаментальные вопросы не позволяют ему оставаться пассивным. На карту поставлены его объективность и авторитет, а сверх того эффективность прав, гарантированных Конвенцией.