

УДК 341.64

DOI: 10.12737/jflcl.2021.012

Дело «Молла Сали против Греции»: комментарий к постановлению Большой палаты Европейского суда по правам человека

*Д. И. Дедов¹, Х. И. Гаджиев²*¹Европейский суд по правам человека, Страсбург, Франция, Dmitry.Dedov@echr.coe.int²Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Москва, Россия, khanlar9999@gmail.com

Аннотация. Европейский суд по правам человека неоднократно подчеркивал, что демократия является фундаментальной чертой европейского общественного порядка, а эффективное функционирование демократических институтов осуществляется в условиях верховенства принципов секуляризма и равенства, что предполагает исключение любой дискриминации. Авторы публикации продолжают анализ дела «Молла Сали против Греции», начатый ими в статье, опубликованной в 2020 г. в Журнале зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. Согласно данному делу женщине мусульманского вероисповедания супруг той же веры завещал на основе гражданского законодательства Греции все свое имущество. Однако завещание было оспорено сестрами мужа, которые по правилам шариата претендовали на три четверти наследства. Кассационный суд Греции отменил решения судов, которые отдавали предпочтение вдове и применили нормы национального права, постановив, что вопрос должен быть урегулирован на основе законов шариата. Иное решение, как посчитал высший суд Греции, нарушило бы Лозаннский договор о предоставлении права меньшинству, исповедующему ислам, разрешения подобных споров на основе законов шариата. В анализируемом деле ЕСПЧ впервые рассмотрел вопрос о совместимости отдельного правового статуса религиозных общин с Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод. Обоснование решения находится в рамках основных принципов прецедентного права ЕСПЧ в отношении границ автономии религиозных общин и признания прав меньшинств. Европейский суд, основываясь на главной линии аргументов, составляющих суть его судебной практики по вопросам религии и меньшинств, постановил, что отдельный правовой статус меньшинства не может оправдать отклонения от применения Основного закона в той мере, в какой такие отклонения нарушают права всех граждан, закрепленные в Конституции и Конвенции.

Ключевые слова: наследственное право, свобода завещания, религиозная община, права меньшинства

Для цитирования. Дедов Д. И., Гаджиев Х. И. Дело «Молла Сали против Греции»: комментарий к постановлению Большой палаты Европейского суда по правам человека // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2021. Т. 17. № 1. С. 126—136. DOI: 10.12737/jflcl.2021.012

The Case “Molla Sali v. Greece”: The Commentary on the Judgment of the ECtHR Grand Chamber

*Dmitry I. Dedov¹, Khanlar I. Hajiyev²*¹European Court of Human Rights, Strasbourg, France, Dmitry.Dedov@echr.coe.int²Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow, Russia, khanlar9999@gmail.com

Abstract. The European Court of Human Rights has repeatedly stressed that democracy is a fundamental part of the European public order and that the effective functioning of democratic institutions is guaranteed by the supremacy of the principles of secularism and equality, which naturally imply the exclusion of any discrimination. The authors of the article continue the analysis of the case “Molla Sali v. Greece”, which they started in an article published in No. 6 of the Journal of Foreign Legislation and Comparative Law in 2020. In the case under review, a Muslim man bequeathed his whole estate to his wife of the same faith under a will drawn up in accordance with Greek civil law. However, the husband's sisters challenged the validity of the will claiming three-quarters of the inheritance under Sharia law. The Greek Court of Cassation overturned the judgments in favor of the widow where the courts had applied the national law, ruling that this matter had to be settled in accordance with the rules of Sharia law. The Greek Court of Cassation considered that a different decision would violate the Treaty of Lausanne, which provided for the right of a Muslim minority to resolve such disputes under Sharia law. In the case under review, the European Court examined for the first time the compatibility of the separate legal status of religious communities with the provisions of European Convention on Human Rights. The rationale of the decision may be found within the framework of the fundamental principles of the Court's case-law regarding the limits of autonomy of religious communities and the recognition of minority rights. Relying on the main arguments that constitute the very essence of its case-law on religious and minority issues, the European Court held that the separate legal status of a minority may not justify deviations from the application of the constitutional law to the extent that such deviations violate the rights of all citizens enshrined in the Constitution and the Convention.

Keywords: inheritance law, freedom of disposition by will, religious community, minority rights

For citation. Dedov D. I., Hajiyevev Kh. I. The Case “Molla Sali v. Greece”: The Commentary on the Judgment of the ECtHR Grand Chamber. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*, 2021, vol. 17, no. 1, pp. 126—136. (In Russ.) DOI: 10.12737/jflcl.2021.012

Наследственное право. Если сосредоточиться на вопросах и проблемах наследственного права, очевидно, что в деле «Молла Сали против Греции»¹ имеет место конфликт между двумя режимами: наследованием по закону и наследованием по завещанию. Этот вопрос не является новым: и практика, и законодатель всегда стремились обеспечить баланс между ними, иными словами — найти компромисс. Так, в исламе завещание также допустимо, но оно не может охватывать более трети имущества наследодателя. В цивилизованном гражданском праве возможности завещания также ограничены в пользу наиболее уязвимых лиц, нуждающихся в поддержке за счет части наследства.

Не все традиционные нормы могут показаться справедливыми, и по некоторым вопросам уже были высказаны позиции Европейским судом по правам человека. Например, в исламе наследниками по закону могут быть только кровные родственники, относящиеся к основной семье наследодателя. Это правило исключает незаконнорожденных и приемных детей из числа наследников, что несправедливо в силу их изначальной уязвимости. В таком статусе нет их собственной вины, поэтому Гражданский кодекс РФ относит таких лиц к числу наследников. В отношении других европейских стран, в которых таких лиц еще продолжают называть бастардами, существует практика ЕСПЧ по делам против Бельгии и Франции, в которых Суд подтвердил их право на наследство наряду с другими родственниками (например, дело «Фабрис против Франции»²).

В данном случае возникают различия между правовыми режимами (светским и религиозным) в отношении прав пережившего супруга, которому в одном случае причитается половина имущества, а в другом — лишь одна четверть. Вероятно, все дело в понимании справедливости распределения имущества наследодателя: на одной чаше весов находится переживший супруг, а на другой — остальные члены семьи покойного (в мусульманских семьях их может быть особенно много в силу традиции иметь много детей). Поэтому распределение имущества по принципу «половина или даже все одному и другая половина всем остальным» не является справедливым по мнению ислама, поскольку все должны получить примерно поровну. В данном случае не имеет значения особый статус супруга, так как семья покойного не ограничивается супругом и детьми, как это

обычно бывает в современном обществе, а предполагает не менее тесные связи с другими родственниками. Понятие семьи в данном случае становится шире. К сожалению, ЕСПЧ не стал вдаваться в это содержание семейных отношений.

Абсолютно либеральный подход, использованный Судом в данном деле, не признает никаких ограничений для реализации прав и свобод. К существующим в законодательстве ограничениям приверженцы такого подхода относятся с большим подозрением и готовы признать нарушение прав при любой возможности вопреки здравому смыслу. Однако отраслевые нормы права давно выработали механизмы регулирования, направленные на поддержание баланса системы отношений, как это происходит в традиционных отраслях, к которым относится и гражданское право.

Например, известно, что свобода завещания не является безграничной по гражданскому праву. В статье 1119 ГК РФ указано, что свобода завещания ограничивается правилами об обязательной доле в наследстве со ссылкой на ст. 1149 ГК РФ, которая, в свою очередь, определяет круг лиц, имеющих право на обязательную долю. Например, несовершеннолетние или нетрудоспособные дети наследодателя, его нетрудоспособные супруг и родители, а также нетрудоспособные иждивенцы наследодателя наследуют независимо от содержания завещания не менее половины доли, которая причиталась бы каждому из них при наследовании по закону. Очевидно, что кодекс в данном случае использует критерий особой нуждаемости в наследственном имуществе, т. е. уязвимости.

Возможно, существуют определенные критерии распределения имущества в исламском праве и сестры покойного могут претендовать на часть имущества на основании неких критериев уязвимости. Мы не знаем, учитывал ли муфтий желание наследодателя завещать максимально возможную долю имущества своей супруге и рассмотрел ли он доводы сестер, что законы шариата не признают институт завещания (хотя, насколько нам известно, признают, но в отношении лиц, не являющихся наследниками).

Справедливости ради отметим: существует общее мнение, что исламское наследственное право является чрезвычайно сложным, оно очень структурировано и математично и имеет различные толкования³. Собственно, благодаря исламскому наследственному праву математика на Древнем Востоке получила развитие как научная дисциплина. Другие исследователи отмечают, что «любой человек, обдумывающий смерть и будущее распределение своего имущества, постарается уравновесить ряд факторов, кото-

¹ См. также: Дедов Д. И., Гаджиев Х. И. Комментарий к постановлению Большой палаты Европейского суда по правам человека по делу «Молла Сали против Греции» // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2020. № 6. С. 135—145.

² Fabris v. France, no. 16574/08, 7 February 2013.

³ См.: Coulson N. J. *Succession in the Muslim Family*. Cambridge University Press, 1971.

рые будут зависеть от его или ее личных, семейных и социальных обстоятельств... В мусульманском обществе способность человека производить такие расчеты теоретически подлежит соизмерению с обязательными правилами наследования, которые требуют проявления сдержанности и накладывают пределы на свободу человека... в определении того, как распределяется имущество»⁴. Авторы считают, что правила наследования вызывают чувство уважения с учетом их тесной связи со Священным Писанием — Кораном. Эксперты утверждают, что божественно раскрытое руководство наследования является одной из самых детальных областей исламского права. Оно развивалось посредством толкования различными школами исламской юриспруденции на протяжении веков. Однако структура, определяющая наследие, оказалась наиболее устойчивой⁵.

Тем не менее отношение к наследственному праву имеет важное, если не священное значение для мусульман. Наследственное право названо Пророком Муххамедом (с. а. в.) половиной всех знаний или одной из трех наук («справедливые доли»), в которых заключено наибольшее число достоинств⁶. Правила наследования являются частью религиозных убеждений мусульман. Существует мнение, что Пророк (с. а. в.) запретил завещание, адресованное наследникам, в том числе супруге умершего: «Поистине Аллах уже распределил каждому заслуживающему то, что ему причитается, и посему нет завещания наследнику»⁷. Возможно, покойный супруг заявительницы знал это и поэтому составил завещание в пользу супруги, зная, что она может претендовать только на четверть имущества.

На наш взгляд, за религиозными нормами, как и за любыми другими нормами права, особенно если это касается регулирования частных отношений, стоят не столько приказы, посланные свыше, сколько нормы, основанные на мудром достижении справедливого распределения наследственного имущества, накопленного в результате совместного труда в общине, ведения совместного хозяйства в большой семье или полученного от родителей, которые, в свою очередь, также развивали общее семейное дело. В словах «справедливые доли» видится стремление исламского наследственного права к достижению максимальной справедливости. В связи с этим справедливость завещания всего имущества только одному из родственников вызывает сомнения. А норма о допусти-

мости завещания только в отношении лиц, не являющихся наследниками, основана на том, чтобы наследодатель не мог произвольно изменить доли наследников, установленные законом. Это правило имеет причины, поскольку закон основан на опыте и мудрости, а завещание может отражать сиюминутные порывы страсти или неадекватное поведение. Известно немало случаев, когда наследодатель неоднократно переписывал завещание.

Религиозная автономия. В рассматриваемом деле ЕСПЧ изучил вопрос о совместимости отдельного правового статуса религиозного сообщества со стандартами Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция). Формально вопрос об автономии религиозного сообщества рассматривается не впервые. Однако раньше это касалось автономии организации церковной деятельности, отношений между церковными служащими. В этом вопросе Суд обнаружил стремление к обеспечению максимальной автономии церкви, в основном это касалось случаев ограничения прав и свобод со стороны католической церкви, в частности увольнения священников, возможности создания профсоюза для священнослужителей.

Например, в деле «Фернандес Мартинес против Испании»⁸ Суд не нашел нарушения права на семейную жизнь заявителя, который лишился места преподавателя религии и морали после того, как его личная жизнь, связанная с созданием семьи и нарушением celibата, стала известна общественности через публикацию в газете. Суд сравнил право на уважение семейной жизни с такими ценностями, как автономия церкви и лояльность священнослужителей по отношению к своей церковной организации, и нашел, что право на уважение семейной жизни имеет меньшее значение. Данные явления, по нашему мнению, недопустимо сравнивать, поскольку право на уважение семейной жизни является фундаментальным правом в отличие от автономии и лояльности. Суд предоставляет почти неограниченную автономию католической церкви для принятия административных мер против неугодных служителей культа. «Почти» заключается в том, чтобы соблюсти минимум процессуальных гарантий (личное присутствие наказуемого лица и предоставление ему возможности объяснить свою позицию) при рассмотрении вопроса об увольнении или лишении статуса. Материальные основания для выводов церковной власти Суд оставляет на ее собственное усмотрение.

Суду предстояло решить дело, в котором также одним из критериев, необходимых для его рассмотрения, присутствует автономность религиозной организации, в данном случае включающая не только автономность церкви, т. е. только церковных служащих, но и верующих, проживающих компактно

⁴ *Sait S., Lim H.* Land, Law and Islam: Property and Human Rights in the Muslim World. Zed Books. London; New York, 2006. P. 107.

⁵ См.: *Sait S., Lim H.* Op. cit.

⁶ См.: Хадис от Абдулы ибн Умара ибн аль-Аса; свод хадисов Ибн Маджа № 53 и Абу Дауда № 2499. Цит. по: *Нургалеев Р. М.* Наследственное право в исламе. Казань, 2009.

⁷ Свод хадисов Абу-Дауд № 2486.

⁸ *Fernandez Martinez v. Spain*, no. 56030/07, 12 June 2014.

на определенной территории. Более того, необходимо иметь в виду, что особенность ислама заключается в тесном переплетении древних религиозных постулатов с правилами общежития, которые впоследствии и в настоящее время стали относиться к предмету регулирования гражданского права. Таким образом, анализируя дело, необходимо решить вопросы: не устарели ли древние нормы, не умаляют ли они фундаментальные права и свободы, не унижают ли человеческое достоинство?

Даже поверхностный сравнительный анализ норм ислама и гражданского кодекса позволяет сказать, что никаких серьезных нарушений не обнаружено. Мотивы, связанные с дискриминацией по половому признаку, отсутствуют. Остается сравнивать свободы и ограничения, применимые к разным режимам завещания, и если таких ограничений больше в исламском праве, необходимо понять, насколько они соответствуют принципу пропорциональности.

Перед Судом, таким образом, стояла задача определить, при каких условиях возможно отдельное регулирование некоторых важных аспектов личной жизни членов религиозного сообщества и возможно ли такое регулирование в принципе. Отметим, что в различных государствах могут быть разные нормы. Задача Суда заключается в том, чтобы определить общие минимальные стандарты для защиты фундаментальных прав и свобод, которые были бы приемлемы для любого государства. При этом различия в регулировании все-таки допускаются. Особенно это касается гражданско-правовой сферы, регулирования экономических и социальных отношений. В данной области Суд допускает широкое поле для усмотрения государства. То же самое можно предположить и для законов шариата, тем более что они поддерживаются именно на государственном уровне в исламских государствах и в силу международных отношений в самой Греции, как это видно из настоящего дела. Поэтому при наличии альтернативы между дискриминацией и пропорциональностью Суд выбрал дискриминацию, и этот выбор нам представляется сомнительным.

При наличии религиозной автономии необходимо определить, где находятся границы этой автономии с точки зрения фундаментальных прав и свобод. Права и свободы в сфере защиты права собственности были всегда ограничены. Если признать, что человек может в одном случае следовать канонам своей религии, а в другом случае свободен отказаться от этих канонов ради дополнительного дохода, а не ради спасения жизни и достоинства, то такое действие вряд ли можно назвать правоммерным.

Аналогичным образом человек, имеющий двойное гражданство, мог бы выбирать между выгодным для него правовым режимом, независимо от того, на территории какого государства он находится. В любом случае государство будет настаивать на применении к данному человеку своего правового режима. То же

самое касается и правил жизни религиозной общины, которая налагает свои правила на своих членов, а они, в свою очередь, добровольно соглашаются с этими правилами, что непосредственным образом вытекает из их религиозных убеждений.

В деле Фернандеса Мартинеса заявитель, приняв сан священнослужителя, сначала добровольно согласился следовать ограничениям, налагаемым на него, включая celibat. Однако эти ограничения вошли в конфликт с самой важной составной частью его жизни — возможностью любить женщину и иметь семью и детей. Читатель может сам оценить, насколько важным это было для Фернандеса Мартинеса, если узнает, что за те 15 лет, пока он ждал ответа папы Римского Иоанна IV — папы с непререкаемой репутацией — на свое прошение о снятии celibata (он так и не дождался этого ответа), у него родились и выросли пятеро прекрасных детей. Эти ценности, связанные с уважением права на семейную жизнь, были поставлены на карту против автономии церковных правил.

В деле Молла Сали мы имеем лишь проблему более или менее широкой возможности завещателя распорядиться своим имуществом в пользу конкретного лица — жены покойного. И с этим правом вступает в конфликт правомерное ожидание других родственников, его сестер, которые также обладают этим правом на основании как законов шариата, так и Гражданского кодекса Греции.

Отметим, что заключение брака играет решающую роль для регулирования отношений, которые являются следствием заключения брака. Гражданское право следует этой логике в определении правового режима, например определении гражданства детей, если родители являются гражданами разных государств; даже если они являются гражданами третьих стран, а ребенок родился в этом государстве, он может получить гражданство этого государства и пользоваться правовым режимом этого государства, быть защищенным им, находясь на его территории. Религия, как и государство, распространяет власть на своих членов на основе веры и вытекающих из нее моральных, нравственных и, как в данном случае, правовых норм.

Аналогичные нормы об определении применимого права во избежание коллизии норм содержатся в гражданском праве любого государства. Например, согласно ст. 1224 ГК РФ право, подлежащее применению к отношениям по наследованию недвижимого имущества, «определяется по праву страны, где находится это имущество». То же самое относится и к завещанию: «Способность лица к составлению и отмене завещания, в том числе в отношении недвижимого имущества, а также форма такого завещания или акта его отмены определяются по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления такого завещания или акта».

Может ли право страны, на которое имеется отсылка в нормах об определении применимого права, быть уточнено с точки зрения специального права, действующего на территории проживания религиозной общины? Применимое право определяется в таком случае и по признаку территории, и по другим квалифицирующим признакам, таким как религиозная принадлежность. В таких случаях прибегают к специальным нормам о применении права страны с множественностью правовых систем. Статья 1188 ГК РФ гласит: «В случае, когда подлежит применению право страны, в которой действуют несколько правовых систем, применяется правовая система, определяемая в соответствии с правом этой страны. Если невозможно определить в соответствии с правом этой страны, какая из правовых систем подлежит применению, применяется правовая система, с которой отношение наиболее тесно связано». Этот критерий и является самым важным и решающим в данном деле. Наследственные отношения, вытекающие из брака, заключенного по законам шариата, также должны регулироваться по этим законам. Исламское право справедливо является той правовой системой, с которой наиболее тесно связаны отношения в семье заявительницы и ее покойного супруга.

Суд, однако, в деле Молла Сали определил, что обособленный юридический статус мусульманского сообщества не может являться основанием для размежевания от гражданского права, поскольку такое размежевание нарушает права граждан Греции, закрепленные в Конституции этой страны, и Конвенции. Суд нашел, что национальные власти допустили дискриминацию в рамках ассоциации членов религиозного сообщества, что привело к нарушению ст. 14 Конвенции в системной связи со ст. 1 Протокола 1 к Конвенции.

Вопросы идентичности. Решение Кассационного суда Греции базируется на презумпции, что государство должно обеспечить гарантию сохранения идентичности членов мусульманского сообщества. Однако существует мнение, что это предположение не соответствует основополагающим положениям прецедентной практики ЕСПЧ в отношении защиты меньшинств, поскольку ЕСПЧ считает, что Конвенция устанавливает не коллективные права меньшинств, а лишь право отдельных лиц определять свою идентичность. В прецедентной практике ЕСПЧ защита идентичности меньшинства признается в качестве обязательного элемента самоидентификации личности, но не в качестве элемента идентичности, который определяет коллективность по отношению к этнической или религиозной общине большинства в стране. Согласно прецедентному праву ЕСПЧ идентичность остается проблемой, которая касается индивидуума, а не коллектива⁹. Этот момент имеет ре-

шающее значение для оценки решения по делу Молла Сали.

Применимое право религиозных сообществ. В рассматриваемом деле ЕСПЧ впервые затронул вопрос о совместимости с Конвенцией правового статуса религиозных меньшинств, когда такой статус предполагает исключения на основе религии в отношении общих правил, применимых к остальному населению страны. Чтобы понять обоснованность решения в деле Молла Сали, необходимо сначала изучить основные подходы в практике ЕСПЧ к рассмотрению прав религиозных общин. Согласно этой практике религиозные общины пользуются свободой вероисповедания, закрепленной в ст. 9 Конвенции. Поэтому они могут осуществлять права, закрепленные в ст. 9, от имени своих членов. Кроме того, вопросы, касающиеся их внутренней организации, должны регулироваться в соответствии с решениями, принимаемыми самими религиозными общинами, без вмешательства государства.

Право религиозных общин на приобретение правосубъектности является выражением коллективной религиозной свободы, чтобы они могли осуществлять собственные права, такие как право на собственность. ЕСПЧ также признает, что автономия религиозных общин может оправдать несоответствия в степени защиты, которой пользуются их члены в отношении их индивидуальных прав, поскольку участие в религиозной общине является добровольным и предполагает принятие основ религиозной доктрины. Такой подход, основанный на сочетании религиозной свободы и свободы ассоциации (ст. 9 и 11 Конвенции), может быть поддержан по ряду причин. Если государство будет иметь возможность вмешиваться в критерии приема в религиозную общину или его внутреннюю организацию, это приведет к умалению автономии, которая является составной частью религиозной свободы его членов.

Только религиозные общины, которые юридически организованы как объединения людей и четко сформулировали принципы своей доктрины, могут ссылаться на свободу вероисповедания как на ограничение государственного вмешательства. Это возможно, однако, при условии обеспечения гарантий добровольного вступления в членство и добровольного выхода из членства в религиозной общине¹⁰.

Другая область применения религиозной автономии для отдельных сообществ касается объема их полномочий в решении догматических споров. К общей тенденции, направленной на ограничение автономии религиозного меньшинства, добавляется об-

Cultural Diversity and Human Rights: Challenges and Critiques. P. 125—167. International Studies in Human Rights: Martinus Nijhoff Publishers/Brill. 2017.

¹⁰ См.: Laborde C. Liberalism's Religion. Harvard University Press, 2017. P. 181.

⁹ См.: Pentassuglia G. Do Human Rights Have Anything to Say about Group Autonomy? // G. P. Pentassuglia (ed.). Ethno-

щий принцип: исключение из общих законов должно касаться только вопросов, непосредственно связанных с основными целями, которые религиозная община призвана выполнять. При этом требуется различать вопросы, связанные с ядром религиозной доктрины, и вопросы, которые находятся на ее периферии, связаны с религиозной доктриной на региональном уровне. Несомненно, вопросы брака, отношения между мужем и женой находятся в ядре любой религиозной доктрины, а вопросы наследования имущества супругами следуют за этими отношениями и являются их неотъемлемой частью. Вопросы наследования нельзя назвать периферийными.

Юрисдикция религиозных общин не может выходить за рамки религиозной доктрины. Суды не компетентны решать религиозные проблемы, если к разрешению спора необходим богословский подход. Однако этот вывод не может привести к полной неприкосновенности религиозных общин при судебном пересмотре их решений под предлогом того, что суд не занимается религиозными вопросами. В данном деле ЕСПЧ признал возможность для религиозных общин расхождения с нормами, устанавливаемыми государством на основе религиозных убеждений, но оставил за собой возможность проверки этих расхождений, их совместимости с правилами Конвенции.

Важным элементом в обосновании решения ЕСПЧ является то, что правовой режим, регулирующий семейные и личные отношения членов мусульманского меньшинства, проживающих во Фракии, обязывал передавать такие споры под юрисдикцию муфтия без какой-либо возможности распространять на них общие законы, применимые к греческим гражданам (§ 157). По мнению Суда, при таком режиме не соблюдалось условие, которое могло бы оправдать отклонение от применения общих правил к членам общины, поскольку применение шариата стало обязательным, а не добровольным для всех представителей меньшинства независимо от их воли.

С таким мнением, однако, совершенно очевидно можно прийти к выводу, что принятие ислама в общине является обязательным, а не добровольным. Это по-новому ставит вопросы о возникновении веры у человека, что означает избирательное применение гарантий свободы вероисповедания. В противном случае человек может пользоваться своей верой и отказываться от нее, когда ему удобно и выгодно. В прецедентной практике того же ЕСПЧ это равносильно злоупотреблению своим правом на обращение в Суд. При обращении в ЕСПЧ с жалобой Суд не проверяет, возникло ли религиозное чувство у заявителя свободно, или оно навязано родителями с самого рождения заявителя, когда он был младенцем, и его крестили помимо его воли. Кроме того, сама Конвенция (вернее, ст. 2 Протокола 1 к ней) гарантирует право родителей на воспитание своих детей в соответствии с их философскими и религиозными убеж-

дениями. Эта норма оставляет приоритет за родителями и косвенно — приоритет за традициями общины, в которой родители проживают и членами которой являются. Общинные связи могут быть более или менее крепкими, кто-то сильнее верит в Бога и отдается полностью его воле, а кто-то менее воцерковлен, но суть остается прежней: традиции и нормы, вытекающие из религиозной доктрины, продолжают действовать с одинаковой силой независимо от степени религиозности.

Многие были крещены в младенчестве, но каждый вправе изменить религию в зависимости от философских убеждений, сложившихся в зрелом возрасте. Однако оставаться приверженцем этой религии и членом религиозного сообщества, не считая себя при этом связанным его канонами, означает недобросовестное манипулирование своими убеждениями и доверием со стороны членов сообщества. Таким образом, моральные нормы соприкасаются с выбором правового режима и должны лежать в основе выбора независимо от стремления к рациональному выбору. Рациональный выбор возможен в сфере свободы, если не ограничен иными условиями, а в данном случае он ограничен. От этих условий можно освободиться только путем отказа от религиозных убеждений, т. е. путем религиозного выбора. Но если выбор уже сделан и брак заключен по религиозным канонам, придется им следовать. Если в определенный момент что-то разонравилось, нельзя свернуть с пути; можно лишь начать новый путь, предварительно закончив существующую историю и подведя итоги.

Однако ЕСПЧ уже не раз демонстрировал толерантность к такому, скажем, не совсем честному поведению со стороны заявителей. Вспоминается история в деле «Маркин против России», когда заявитель утверждал, что ему одному приходится ухаживать за тремя детьми, и просил отпуск по уходу за ребенком, тогда как ему помогали бабушки и дедушки, да и супруга не уехала в неизвестном направлении, как утверждал заявитель, а была неподалеку и тоже участвовала в выполнении семейных обязанностей. Закон не позволял Маркину получить пособие, соответствующее его заработной плате, и отпуск, а его жена не работала, и ее пособие было минимальным. Это несправедливо по отношению к военнослужащим, большинство которых находятся в аналогичной невыгодной ситуации в силу специфики их службы, поскольку им приходится часто менять место службы и жена не может рассчитывать на постоянное место работы. В семье Маркиных родился третий ребенок, вероятно, их матери стало тяжело за ними ухаживать, и ей хотя бы на время была необходима помощь мужа. Эта логика лежит в основе норм многих европейских стран, которые разрешают военнослужащим (и не только им) брать отпуск по уходу за ребенком.

Полномочия органов религиозной общины. Существует еще один довод, что отклонения от об-

щей юрисдикции судов могут быть оправданы только при рассмотрении вопросов, связанных с религиозной доктриной. Этот довод используется, чтобы продемонстрировать несоответствие исключительной юрисдикции муфтия в отношении личных и семейных дел членов меньшинства Конвенции и практике ЕСПЧ¹¹.

Как видно из прецедентного права, касающегося применения ст. 6 Конвенции, ЕСПЧ допускает компетенцию органов религиозных организаций в случаях прекращения полномочий священнослужителей. Однако других случаев в практике Суда нет. В данном деле не шла речь о том, как именно муфтий рассмотрел спор о наследстве и распределил собственность между родственниками покойного. Не поднимался также вопрос о недостатках процедуры рассмотрения спора муфтием.

Действительно, Суд в тексте постановления постоянно напоминает, что в результате принятия решения о применении законов шариата заявительница была лишена трех четвертей имущества, которое причиталось бы ей по завещанию. ЕСПЧ при этом делает отсылку на решение апелляционного суда. В связи с этим создается впечатление, что апелляционный суд сам принял решение о распределении наследственного имущества, т. е. применил нормы исламского права.

Из текста постановления ЕСПЧ не ясно, кто именно принимал такое решение, значит, для Суда оказалось важнее, что было применено исламское право, в результате заявительница получила четверть имущества, а не все имущество, как если бы наследство передавалось по гражданскому праву Греции. Но важно и другое: каким образом было принято решение, какие нормы лежат в его основе? В постановлении Суда по данному делу не содержится ссылок на нормы исламского права, мотивов решения о распределении наследства и даже не упоминается это решение. Суд удивительным образом проводит тест на пропорциональность, определяет законность цели норм, но не материальных, а процессуальных норм по определению применимого права. Однако методы и даже ошибки с определением применимого права не имеют никакого отношения к вопросу о дискриминации. Ошибочная методологическая посылка привела к ошибочным выводам. Нельзя сравнивать правовые режимы — они действительно разные, но это не является основанием для выводов о дискриминации без сравнения самих материальных норм. А этот анализ не был сделан Судом.

Когда суды используют такой минималистский подход, создается впечатление, что суд что-то не договаривает, о чем-то решил умолчать или специально обходит стороной вопрос, по которому в обще-

стве идут ожесточенные дискуссии. В таких случаях суд неизменно попадает под град критики, и этого необходимо избегать, несмотря на то что трудно сформулировать позицию или она касается очень щекотливого вопроса. Открытость суда, даже если его позиция кому-то не нравится, является залогом доверия к судебной власти, способствует укреплению его авторитета.

Вопросы дискриминации. Начнем с обратного и рассмотрим причины, по которым ЕСПЧ готов признать, что при наличии возможности отклонения от общих правил регулирования отношений такое дифференцированное обращение не является дискриминационным. До настоящего времени ЕСПЧ в контексте изучения вопросов религиозной свободы принимал дифференцированный подход только в отношении применения общих законов, когда он укрепляет религиозную свободу человека. Только такая дифференциация считается совместимой с Конвенцией. Прецедентное право ЕСПЧ в этих случаях основано на принципе «отрицательного равенства» (или «положительной дискриминации»), который требует дифференцированного подхода к различным случаям при условии, что дифференциация в обращении не приводит к ограничению прав лиц, к которым применяется дифференцированное обращение.

Негативное равенство не может рассматриваться в качестве основы для дифференцированного отношения к религиозным группам с точки зрения позитивного обязательства государства защищать идентичность групп меньшинств¹². Исходя из этого критерия ЕСПЧ в деле Молла Сали не мог прийти к другому мнению относительно совместимости правовой базы для защиты мусульманского меньшинства с Конвенцией, так как эта правовая база делает обязательным применение законов шариата для представителей религиозной общины и приводит к ограничению их религиозной свободы.

Негативный эффект при этом, как считают некоторые эксперты, заключается в том, что нарушаются право и свобода человека не верить в Бога, не следовать этой религии или следовать не всем ее доктринальным правилам. Согласно решению ЕСПЧ в деле Молла Сали религиозные убеждения любого человека не должны приводить к его отказу от определенных прав (§ 156).

Права меньшинств против прав личности. Другим важным элементом решения является то, что ЕСПЧ был призван изучить связь международного договора о признании статуса меньшинства для мусульман Западной Фракии с Конвенцией. Отметим, что режим защиты мусульман в Западной Фракии является вопросом выживания системы «миллет» Османской империи, т. е. религиозной конфессии, обладающей автономными административными учреж-

¹¹ См.: *Ahdar R., Leigh I. Religious Freedom and Liberal State*. Oxford University Press, 2005. P. 116—119.

¹² См.: *Pentassuglia G. Op. cit.* P. 281.

дениями в сфере судебного производства и других общественных сферах управления¹³.

Это выживание во имя религиозной автономии общины позволяет отойти от общего права в конкретных областях, а также сохранить отдельные школы для меньшинства. В этом случае ЕСПЧ избегал четкой позиции, так как считал, что Лозаннский договор прямо не предусматривает осуществление шариата (§ 151). Следовательно, его обращение не может оправдать отклонение от общих норм законодательства греческого государства. Тем не менее ЕСПЧ в нескольких частях решения придерживается взглядов, которые позволяют понять его подход к взаимосвязи между правами меньшинства и личности.

Права меньшинств подпадают под категорию коллективных прав, поскольку касаются защиты группы людей в целом на основе определенных характеристик¹⁴. Поэтому их можно рассматривать как типичный пример коллективных прав. Однако прежде чем рассматривать связь между коллективными и индивидуальными правами и противоречия между ними, необходимо изучить обоснование, регулирующее защиту коллективных прав. Считается, что коллективные права нацелены на защиту ряда лиц от внешних вмешательств в вопросы, которые считаются жизненно важными для сохранения особой идентичности этих лиц, и на защиту их идентичности от внутренних споров по поводу элементов такой идентичности.

Конечно, основной вопрос заключается в том, что иногда потребность во внешней защите переходит в необходимость сохранения определенной идентичности, даже если сохранение предполагает подавление внутренних споров. В этом случае защита идентичности меньшинства может привести к ограничению прав членов меньшинства, поскольку применение общих законов рассматривается как внешнее вмешательство в вопросы, которые считаются жизненно важными для меньшинства. Например, система «миллет» может рассматриваться как система защиты особой идентичности меньшинств, позволяющая самостоятельно определять осуществление прав их членами.

Однако при таком подходе возникают определенные проблемы. Прежде всего, какие коллективные права меньшинств можно считать совместимыми с правами личности? Еще один вопрос касается наиболее подходящего способа разрешения конфликта между правами человека и меньшинства. Вопрос о том, может ли защита прав меньшинств ограничивать индивидуальные права, отличается от вопроса, как исправить конфликт между ними. В той сте-

пени, в которой личная автономия считается основным принципом либерального правового порядка, невозможно принять ограничения на индивидуальные права в интересах защиты идентичности меньшинства. В противном случае происходит отрицание существенного элемента личной автономии.

В данном случае подходим к ценностям и даже к цивилизационным различиям. Дело в том, что согласно либеральному подходу способность индивида выбирать (идентифицировать) себя является условием для становления личности. Возможен и другой подход, когда вопросы определения пола или веры (человек считает себя мужчиной или женщиной, или даже чем-то средним; человек считает себя христианином или буддистом и т. д.; человек считает себя бисексуалом или гомосексуалом) не являются основными для становления личности по сравнению с важностью убеждений и морально-нравственных установок.

С другой стороны, если кто-то решит установить свою идентичность на основе элементов идентичности меньшинства, даже если эти элементы не соответствуют либеральной модели защиты прав, может ли государство вмешаться, чтобы защитить людей от их собственного выбора? Эта система (коллективное — индивидуальное) в либеральной модели представляет собой противостояние. Наша история напоминает о традиционном общинном укладе, как говорят историки, характерном для способа существования народа. Этот уклад отношений не выдерживает критики, так как в условиях закабаления крестьянства и крепостного права общинность свидетельствует не о единых и общих целях, а о коллективной и общей ответственности перед хозяином (оброк, барщина) или перед монархом (воинская рекрутская повинность). Коллективизм в условиях развитого социализма был раскритикован, поскольку якобы подавлял личность. Однако это также миф. Яркие личности подавлялись вследствие зависти, интриг и невежества. Но социальные лифты существовали всегда, и люди из простого народа, из дальней провинции, сильные личности всегда пробивали себе дорогу на самые высокие посты в государстве. Коллективизм закреплён в демократическом государстве путем принятия коллективных решений большинством голосов. При этом сохраняется право принятия единоличных решений не только высшими руководителями, но и представителями иных ветвей власти, например судьями. Однако даже в этом случае соблюдается принцип выборности судей и принятия судебных решений предпочтительно коллективным образом по мере усложнения рассматриваемых вопросов права и рассмотрения дел в вышестоящих инстанциях.

Коллективность имеет естественное влияние на индивидуальную личность, так как содержится в природе человека. Человек по природе — коллектив-

¹³ См.: Tsitselikis K. Citizenship in Greece: Present challenges for future changes. Brill. 2012. P. 112.

¹⁴ См.: Jackson-Preece J. Minority Rights: Between Diversity and Community // Political Science. 2005.

ное животное. Стремление к объединению с другими людьми обоснованно защищается Конвенцией, закреплено в основных ее принципах, руководствуясь которыми ЕСПЧ рассматривает дела по ст. 8, 9 и 11 Конвенции. Также обстоят дела в религиозной общине, где люди не просто общаются и хотят произвести впечатление, но компактно проживают в течение многих поколений, вместе ходят в мечеть, которая в силу особенностей ислама является не только домом для молитвы, но и местом, где происходят самые важные события в жизни мусульманина. Не обязательно подробно изучать ислам, чтобы понять: это не только религиозное учение, но и нормы жизни, основанные на определенной философской системе. Эти нормы принято соблюдать намного строже, чем заповеди в христианстве, особенно в небольших религиозных общинах. Поэтому исламская община — не просто коллектив, а братья и сестры, объединенные единым началом и относящиеся друг к другу почти как к родственникам. Здесь нет системного, принципиального конфликта между коллективом и личностью. Люди верят, что муфтий справедливо решит спор, так как он обладает необходимыми знаниями и исполнен правозащитным религиозным духом.

ЕСПЧ избрал либеральный подход: он рассматривает проблему идентичности меньшинства как вопрос индивидуальной идентичности, т. е. как вопрос самоидентификации. Когда речь идет о возможности ссылаться на идентичность, отличную от признанной государством для своих граждан, ЕСПЧ рассматривает соответствующие дела в свете права каждого человека определять свою личность при условии, что они не затрагивают права других или публичные интересы.

В деле Молла Сали только либеральный подход мог позволить судить о том, имеют ли люди право добровольно оставаться «в ловушке» личности меньшинства, даже признанной международным договором, который лишает их определенных прав во имя защиты этой идентичности. Именно такая постановка вопроса — с ловушкой (как будто речь идет о заложниках) и с лишением прав — уже настраивает судью негативно по отношению к обстоятельствам рассматриваемого дела. Это позволяет и дальше умалять религиозную идентичность в глазах государства, а значит, и частных лиц.

Более того, тенденции развития национального законодательства ясно демонстрируют, что уже после событий в деле Молла Сали был принят Закон 4511/2018, который введен в действие в декабре 2018 г. Закон предусматривает, что обращение к муфтию является необязательным для членов меньшинства, и его юрисдикция возникает при условии, если обе стороны изъявят желание, чтобы их спор или вопрос разрешался по законам шариата. Если бы какой-нибудь мусульманин оспорил этот Закон в суде на основании того, что он противоречит основам религии

и нарушает его идентичность, Суд скорее всего ответил бы, что этот Закон соответствует Конвенции. В данном деле, следуя устоявшейся практике, Суд изучил совместимость законодательства, действовавшего на момент возникновения отношений, которые были предметом спора, не распространяя свою юрисдикцию на правовой режим, введенный позже (§ 160).

Тот факт, что особая идентичность мусульманского меньшинства защищена Лозаннским договором, как уже упоминалось, отличает дело Молла Сали от дел с запретом носить религиозную одежду (головные платки, буркини, хиджабы) в светских учреждениях, так как в последнем случае нет международных обязательств для светского государства уважать определенную религиозную принадлежность людей, которые предпочитают носить платок или хиджаб в общественном месте. Отметим, что в этих делах светское превалирует там, где речь идет о публичных светских учреждениях (школы, университеты, здания судов), но не о религиозных учреждениях типа мечети и тем более не в рамках религиозного меньшинства.

В постановлении по делу Молла Сали ЕСПЧ подчеркнул, что предыдущий правовой режим в Греции, применяемый судами, не уважал принцип самоидентификации членов меньшинства, т. е. принцип, закрепленный в Рамочной конвенции Совета Европы о меньшинствах, что делает участие в меньшинстве добровольным и необязательным (§ 157). Согласно мнению ЕСПЧ это был решающий элемент, который сделал предыдущий правовой статус мусульман в Западной Фракии несовместимым с Конвенцией, и статус нового Закона не противоречит Конвенции, поскольку согласно новому Закону применение шариата больше не является обязательным для представителей мусульманского меньшинства. Принцип, закрепленный в Рамочной конвенции Совета Европы о меньшинствах, гласит: «Никто не может быть поставлен в невыгодное положение в результате своего выбора религии или в связи с осуществлением своих прав, обусловленным таким выбором». Такой либеральный подход, не признающий границы и ограничения свободы, не признает разницы между выгодой и серьезным нарушением фундаментальных прав.

Тем не менее ЕСПЧ воздержался от решения этой проблемы, но в других решениях установил, что сам шариат несовместим с Конвенцией. Как видно из решения ЕСПЧ по делу *Refah Partisi*, признание организационной автономии религиозных общин не означает оправдания существования множества параллельных режимов для регулирования правовых отношений между гражданами, основанных на религиозных убеждениях различных общин. Автономия религиозных меньшинств может выступать в качестве внешнего ограничения, направленного на защиту меньшинства от большинства, но не может выступать в

качестве внутреннего ограничения для представителей меньшинства. Религиозная автономия защищена от государства, но когда государство признает отдельный правовой статус религиозных общин, назначая зоны ответственности государства, тогда религиозные общины воспринимаются как формы государственной власти, которые должны уважать религиозную свободу своих членов.

На первый взгляд кажется, что ЕСПЧ осудил обязательное применение шариата, а не осуждал сами законы шариата. Действительно, прямо он этого не сделал, хотя все постановление основано на сравнении того, сколько могла получить заявительница по завещанию и сколько фактически получила. В этой точке Суд останавливается и не указывает, что меньшую часть имущества она получила в результате применения законов шариата, а ведь упущенная выгода возникла не в результате смены правового режима, признания законов шариата обязательными, а в результате несправедливого решения по отношению к заявительнице. Предположим, что если бы она получила больше в результате применения исламского права (как это и произошло с сестрами, которые в противном случае также могли бы стать заявительницами в Страсбурге), обязательное применение законов шариата становится более выгодным, и уже греческий Гражданский кодекс дискриминирует по религиозному признаку религиозное меньшинство, если одна из сторон решит выбрать правовой режим светского права.

Суд не предложил греческим властям отменить применение шариата в Западной Фракии, но косвенно одобрил добровольное применение исламского права. Согласно решению Суда Конвенция не против предоставления членам мусульманского меньшинства свободы, которой должен управлять шариат, когда такой выбор является факультативным для представителей меньшинства.

Существенный момент содержания шариата не оценивается в этом деле, но положен в основу решения о дискриминации, и такое решение нельзя оправдать лишь ограничением сферы рассмотрения вопросов об обязательном применении религиозного правового режима. Суд рассматривает вопрос с точки зрения самоидентификации, которая, по его мнению, не может оправдать блокирование членов меньшинства внутри него, но может оправдать отказ от определенных прав по религиозным причинам, если такой отказ основан на свободном согласии отдельных лиц (§ 154—157 постановления). На этом этапе аргументация Суда основывается на его судебной практике в отношении прав меньшинств и разграничении позитивных и негативных аспектов прав меньшинств. Суд не уточняет, совместим ли шариат как таковой с правами человека. Суд также не разъясняет, в какой степени исполнение шариата может быть совместимо с Конвенцией. Следует ли применять шариат добровольно только в отношении семейных вопросов, или факультативное правоприменение может быть распространено на любой аспект жизни, если это не затрагивает жизненно важные общественные интересы? Решение Суда не ясно в этом вопросе, как в деле “S.A.S. против Франции”¹⁵, в котором общественные ценности (открытое лицо) явно рассматриваются как источник законного ограничения свободы вероисповедания. Рассматривая спор в контексте обязательного или факультативного применения шариата, Суд рассматривает дело через призму прав меньшинств и признает форму коллективной защиты личности — положение, которое отличается от его прежней судебной практики в отношении совместимости шариата с основными ценностями Конвенции.

¹⁵ S.A.S. v. France [GC], no. 32835/11, 1 July 2014.

Список литературы

- Ahdar R., Leigh I. *Religious Freedom and Liberal State*. Oxford University Press, 2005.
- Coulson N. J. *Succession in the Muslim Family*. Cambridge University Press, 1971.
- Jackson-Preece J. *Minority Rights: Between Diversity and Community* // *Political Science*. 2005.
- Laborde C. *Liberalism's Religion*. Harvard University Press, 2017.
- Pentassuglia G. Do Human Rights Have Anything to Say about Group Autonomy? // G. P. Pentassuglia (ed.). *Ethno-Cultural Diversity and Human Rights: Challenges and Critiques*. International Studies in Human Rights: Martinus Nijhoff Publishers/Brill. 2017.
- Sait S., Lim H. *Land, Law and Islam: Property and Human Rights in the Muslim World* Zed Books. London; New York, 2006.
- Tsitselikis K. *Citizenship in Greece: Present challenges for future changes*. Brill. 2012.
- Дедов Д. И., Гаджиев Х. И. Комментарий к постановлению Большой палаты Европейского суда по правам человека по делу «Молла Сали против Греции» // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2020. № 6.
- Нургалиев Р. М. *Наследственное право в исламе*. Казань, 2009.

References

- Ahdar R., Leigh I. *Religious Freedom and Liberal State*. Oxford University Press, 2005.
- Coulson N. J. *Succession in the Muslim Family*. Cambridge University Press, 1971.
- Dedov D. I., Hajiyevev Kh. I. Commentary on the Judgment of the ECtHR Grand Chamber in the Case “Molla Sali v. Greece”. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*, 2020, no. 6, pp. 135—145. (In Russ.) DOI: 10.12737/jflcl.2020.057
- Jackson-Preece J. *Minority Rights: Between Diversity and Community*. *Political Science*, 2005.

Laborde C. *Liberalism's Religion*. Harvard University Press, 2017.

Nurgaliev R. M. *Nasledstvennoe pravo v islame*. Kazan', 2009.

Pentassuglia G. Do Human Rights Have Anything to Say about Group Autonomy? In G. P. Pentassuglia (ed.). *Ethno-Cultural Diversity and Human Rights: Challenges and Critiques*. International Studies in Human Rights: Martinus Nijhoff Publishers/Brill. 2017.

Sait S., Lim H. *Land, Law and Islam: Property and Human Rights in the Muslim World*. Zed Books. London; New York, 2006.

Tsitselikis K. *Citizenship in Greece: Present challenges for future changes*. Brill. 2012.

Информация об авторах

Дмитрий Иванович Дедов, судья Европейского суда по правам человека, доктор юридических наук

Ханлар Иршадович Гаджиев, заведующий отделом судебной практики и правоприменения Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, судья Европейского суда по правам человека в 2003—2017 гг., доктор юридических наук

