Комментарий к постановлению Большой палаты Европейского суда по правам человека по делу «Молла Сали против Греции»

ДЕДОВ Дмитрий Иванович, судья Европейского суда по правам человека, доктор юридических наук
Франция, F-67075, г. Страсбург
E-mail: Dmitry.Dedov@echr.coe.int

ГАДЖИЕВ Ханлар Иршадович, 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
Россия, 117218, г. Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34
E-mail: khanlar9999@gmail.com

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. В деле «Молла Сали против Греции» 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. По мнению ЕСПЧ, особый статус меньшинства не может служить основанием для разграничения в применении норм гражданского права, поскольку такая дифференциация нарушает права граждан Греции, предусмотренные Конституцией этой страны и Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод. Суд постановил, что национальные власти допустили дискриминацию в рамках объединения членов религиозного сообщества, что привело к нарушению ст. 14 Конвенции в системной связи со ст. 1 Протокола 1 к Конвенции.

Ключевые слова: религиозное право, международный договор, завещание, наследодатель, гражданское право, дискриминация, вероисповедание, меньшинство.

Для цитирования: 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. DOI: 10.12737/jflcl.2020.057

Выступая на открытии юридического года, президент Европейского суда по правам человека Гвидо Раймонди назвал постановление по делу «Молла Сали против Греции»¹ самым знаменательным и важным постановлением Суда в 2018 г. Оно было направлено на защиту женщины против ее дискриминации. Как показывает дальнейший анализ, это дело содержит комплекс проблем, касающихся культурной и религиозной идентичности, различных аспектов национальных и религиозных традиций и обычаев, их противопоставления современным представлениям о цивилизованном образе жизни. В этом деле право настолько тесно переплетается с жизнью, что его обстоятельства достойны целого романа. Это подчеркивает ограниченность современного судебного подхода, который, возможно, имел место при рассмотрении данного дела, хотя Европейская конвенция о защите основных прав и свобод человека 1950 г. (далее также — Конвенция) предоставляет ЕСПЧ самую широкую палитру правовых средств, которыми, однако, Суд не воспользовался по тем или иным причинам.

Поводом для комментария по данному делу стало отдельное постановление Большой палаты о присуждении компенсации (just satisfaction) заявительнице, опубликованное 18 июня 2020 г. Суд не стал решать вопрос о присуждении компенсации в основном постановлении и оставил его на рассмотрение самим сторонам, которые в течение предназначенного для этого времени не пришли к соглашению, поэтому Суд самостоятельно вернулся к этому вопросу. Но предмет настоящего комментария составляет как раз основное постановление, в котором изложена позиция Суда.

Постановление ЕСПЧ европейские эксперты называют долгожданным, поскольку впервые перед международным органом правосудия встал вопрос об альтернативе юрисдикций и о возможности применения религиозного права, основанного на религиозном разнообразии, в рамках другого международного договора — Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Европейский суд поставил задачу рассмотреть данную альтернативную юрисдикцию, которая применяется в Греции на протяжении столетия на основе принципа правового плюрализма в европейском контексте. Однако Евро-

¹ Molla Sali v. Greece, no. 20452/14, 19 December 2018.

пейский суд недостаточно подробно рассмотрел контекст и особенности отношений в религиозной общине, сделав несколько поспешный вывод о допущенной дискриминации в отношении заявительницы по религиозным основаниям.

Учитывая богатое содержание отношений, конфликтов коллективных и индивидуальных интересов и правовых режимов в данном деле, необходимо остановиться на многих правовых аспектах, включая проблемы толкования международного права, конкуренцию международных обязательств, проблемы разрешения правовых коллизий и выбора применимого права, вопросы наследования, проблемы выбора правовых средств применительно к дискриминации, методы защиты религиозной автономии и доктринальные проблемы в области правового плюрализма и уязвимости. В связи с этим необходимо уяснить фактические обстоятельства дела².

Факты. Данное дело касается права заявительницы на получение наследства ее умершего мужа. Супруги принадлежат к мусульманскому сообществу, компактно проживающему в Западной Фракии. Отношения в этом сообществе регулируются не только местным национальным законодательством, но и законами шариата. Данная возможность появилась благодаря международным договорам с участием Греции в отношении мусульман, проживающих на территории Греции. Исламское право регулирует семейные отношения, в том числе заключение брака, разводы, опеку над детьми и, как в данном деле, передачу имущества в порядке наследования.

Наследственное имущество в данном случае состоит из объектов, которыми обычно владеют члены мусульманской общины: участок сельскохозяйственной земли, дом, два магазина.

В феврале 2008 г. перед смертью муж заявительницы написал завещание, заверенное нотариусом, по Гражданскому кодексу Греции, в котором все свое имущество, находящееся в Греции и Турции, передал жене, специально исключив из права наследования других родственников, в том числе своих двух сестер. Сестры обжаловали завещание и подали в суд заявление о признании завещания недействительным, так как оно, по их мнению, не может регулироваться греческим гражданским правом, поскольку семья относится к исламской общине Западной Фракии и отношения в этом сообществе регулируются международными обязательствами Греции, а именно Севрским Договором (Treaty of Sevres) 1920 г. и Лозаннским Соглашением (Treaty of Lausanne) 1923 г., согласно которым отношения между греками, испо-

ведующими ислам, регулируются исламским правом. Кассационный суд (высший суд в Греции) согласился с заявленными требованиями и признал завещание недействительным. Если применяется исламское право, то наследственное дело в таком случае должно находиться в юрисдикции местного муфтия (высшее духовное лицо у мусульман). Было ли вынесено решение муфтия, как оно было обосновано — постановление ЕСПЧ не уточняет, но в результате заявительнице досталась одна четверть наследственного имущества.

Сестры наследодателя оспорили завещание на основании того, что право наследования, применимое к мусульманам в Греции, основано скорее на нормах исламского права, чем на завещании (отметим, что завещание, хотя и с определенными ограничениями, также принято в исламе). Сестры утверждали, что если у умершего есть близкие родственники, завещание может играть лишь дополнительную, но не основную роль в распределении наследственной массы. Указанные нормы исламского права продолжают действовать, поскольку это прямо предусмотрено ст. 6 Закона о введении Гражданского кодекса Греции применительно к греческим мусульманам, проживающим во Фракии.

Суд первой инстанции отказал в иске. В решении 2010 г. он сделал вывод, что применение исламского права к спору о наследстве для греческих мусульман лишало бы их права распорядиться своей собственностью в случае смерти и привело бы к неоправданной дискриминации по религиозным основаниям. По мнению суда, невозможность написать завещание для таких лиц означала бы нарушение ст. 4 (принцип равенства), ст. 5 (принцип недискриминации) и ст. 13 (свобода вероисповедания) Конституции Греции и ст. 1 Протокола 1 к Конвенции. Суд указал, что применение исламского права о наследовании на основании Закона № 1920/1991 Греции о ратификации Законодательного акта от 24 декабря 1990 г. о министре по делам мусульманства, даже если толкование привело бы к выводу о законах шариата как о применимом праве, не должно приводить к нарушению Конституции Греции и Конвенции. Несоответствие норм исламского права в настоящем деле, по мнению суда, вытекает из толкования исламского права о наследовании, которое приводит к умалению определенных гражданских прав против воли мусульман.

Суд первой инстанции признал, что хотя применение исламского права основано на положениях международного права, а именно ст. 42 и 45 Лозаннского соглашения, эти положения не действуют в отношении права наследования и не могут превалировать над нормами гражданского законодательства Греции, поскольку целью международного соглашения не могло быть лишение членов мусульманского сообщества права использовать такие права по Гречес-

² Авторы комментария не являются специалистами в области ислама и просят заранее не судить строго, если ими были допущены неточности или не использованы возможности более глубокого раскрытия содержания данного религиозного учения.

данскому кодексу Греции. Напротив, международное соглашение было направлено на усиление их защиты.

При этом суд не рассматривает возможность завещания по исламским канонам (а такое возможно, но в отношении одной трети имущества), не анализирует возможные ограничения на предмет пропорциональности, а констатирует, что завещание невозможно. Что касается применения международного права, то такое толкование нельзя назвать обоснованным, так как оно равносильно тому, что мусульмане как будто вообще лишены права на наследство.

Суд первой инстанции пришел к выводу, что греческий мусульманин, написав завещание, использовал свое право распоряжения своей собственностью наравне с другими гражданами Греции. Поэтому последующая отмена такого волеизъявления невозможна лишь на том основании, что завещание запрещено по законам шариата. Удовлетворение требований истцов (сестер покойного мужа) означало бы, по мнению суда, согласие с вопиющим неравенством по отношению к греческим гражданам по религиозным мотивам.

Сестры покойного мужа заявительницы подали апелляцию, которая была отклонена. Апелляционный суд добавил, что международные соглашения не должны противоречить Конституции Греции и Конвенции и поэтому не распространяются на завещание, заверенное у государственного нотариуса, т. е. имеющее публичный характер. В данном случае наследодатель имел право выбора применимого права, и если он выбрал светское право, то обратного пути нет, и у муфтия нет юрисдикции рассматривать вопросы наследства в отношении данного имущества.

Суд кассационной инстанции решил иначе: дал иное толкование международным обязательствам Греции и указал, что положения Закона № 2345/1920 Греции воспроизводят содержание ст. 11 Афинского соглашения, которое устанавливает юрисдикцию муфтий и исламского права для греческих мусульман по вопросам заключения брака, развода, алиментов, опекунов, доверительного управления имуществом, дееспособности несовершеннолетних, исламского завещания (значит оно все-таки существует по исламским канонам в Греции!) и распределения наследственного имущества между наследниками.

Кассационный суд Греции отметил, что применение правил шариата в Греции практикуется уже долгое время, относится еще к более раннему международному соглашению, заключенному в Афинах в 1913 г., а также, что еще более важно, является частью конституционного порядка Греции, поскольку применение исламского права для греческих мусульман предусмотрено ст. 28 Конституции Греции, которая предоставила таким нормам более высокую юридическую силу по сравнению с остальными норма-

ми законодательства, регулирующими сходные отношения.

Кассационный суд Греции также оценил природу наследственного имущества, в частности сельскохозяйственной земли, которая имеет публичное значение (*mulkia*) и когда-то принадлежала Османскому правлению, после чего была передана в собственность мусульман, жизнь которых регулировалась и раньше в период власти Османской империи, и сейчас продолжает регулироваться исламскими законами шариата. Поэтому публичное завещание, написанное по светским законам Греции, не имеет юридической силы, поскольку такой правовой институт не признается исламским правом.

В связи с тем что нижестоящие суды пришли к обратному выводу, их решения были отменены и дело направлено на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции. Апелляционный суд впоследствии согласился с выводами кассации, и последующие жалобы заявительницы были отклонены.

Общая позиция ЕСПЧ. Остановимся на двух важных делах, ранее рассмотренных Судом, в которых он высказывал свое мнение по вопросу соотношения религии и демократии. Естественно, Суд никогда не оценивал и не выражал мнения по поводу религий или их сути, но только в связи с возникшим вопросом и когда была необходимость интерпретации Конвенции. В деле *Refah Partisi*³ Суд проанализировал взаимосвязь между Конвенцией, демократией, ролью политических партий и религией. Дело началось с роспуска Конституционным судом Турции политической партии благоденствия на том основании, что она хотела ввести шариат и теократический режим. Большая палата не нашла нарушения ст. 11 Конвенции, отметив, что свобода мысли, религии, выражения мнений и объединения, гарантируемые Конвенцией, не может лишать государственную власть ее права на защиту в случаях, когда объединение ставит под угрозу институты этого государства. Таким образом, как следовало из этого решения, государство имеет право на защиту демократических институтов в виде превентивного вмешательства. Суд установил также, что представленные в интерпретации лидеров партии религиозные догмы несовместимы с основополагающими принципами Конвенции. В деле *Leyla Şahin*⁴ Суд подчеркнул, что современная демократия основана на принципах секуляризма и равенства. По мнению Суда, ст. 9 Конвенции не всегда гарантировала право на поведение, управляемое религиозными убеждениями, и не давала людям, которые так поступали, право не соблюдать признанные правила.

³ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98 and 3 others, ECHR 2003-II.

⁴ *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI.

Мы не случайно кратко проанализировали важные позиции Суда. Это необходимо, чтобы понять, с одной стороны, как непросто обнаружить разницу предметов рассмотрения и одновременно последовательность действий Суда по защите ценностей Конвенции; с другой стороны — понять сложность самого дела и различные подходы, содержащиеся в принятом постановлении. Не случайно президент Суда Гвидо Раймонди на открытии судебного года в январе 2019 г. особо остановился на постановлении по делу Молла Сали, касающегося применения законов шариата. Это решение, как он выразился, вызвало ошибочные интерпретации, и при этом некоторые комментаторы предположили, что Суд хотел проложить путь для применения законов шариата в Европе. Между тем указанное постановление позволяет сделать прямо противоположные выводы. Такая оценка решения не случайна, поскольку в ней Суд, в отличие от дела *Refah Partisi* придерживаясь более мудрой позиции и воздерживаясь от критики исламского права как такового, упоминал лишь, что оно применяется во многих европейских странах. Однако фактически никакое религиозное право в Европе не применяется в качестве государственного права как в случае с Грецией, где существуют определенные обязательства по международному праву. Во многих европейских странах нормы мусульманского семейного права практикуются на добровольной основе среди мусульман, так же как католики, протестанты и иудеи действуют в соответствии с собственными религиозными семейными правилами. Такие правила не имеют юридической силы в судах. Все граждане пользуются одинаковым уровнем защиты национального законодательства, которое регулирует соответствующие правоотношения. Сами люди свободны в применении религиозных норм в отношениях в семье даже с дискриминационными нормами, которым следуют многие ортодоксальные общины⁵.

В анализируемом деле заявительница обосновывала нарушение ее прав ст. 6 (§ 1), в том числе в сочетании со ст. 14 Конвенции, а также ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции. Она считала, что, применяя законы шариата к воле своего мужа вместо норм гражданского права Греции, Кассационный суд Греции лишил ее трех четвертей наследства. По мнению заявительницы, суд необоснованно отказал применять обычное право, которое касается всех греческих граждан, и не учел, что наследство было составлено в соответствии с Гражданским кодексом Греции. Ссылаясь на ст. 6 (§ 1) в сочетании со ст. 14 Конвенции, она утверждала, что пострадала от неравного обращения по признаку религии. Суд посчитал, что, поскольку в данном деле основное внимание уделено отказу Кассационного суда применять закон о наследовании, как

это предусмотрено ГК Греции, по причине, связанной с мусульманским вероисповеданием наследодателя, основной вопрос состоит в следующем: существует ли разница в обращении, потенциально равносильном дискриминации, по сравнению с применением закона о наследовании, как это предусмотрено в ГК, к тем, кто стремится воспользоваться волей завещателя, который не был мусульманином.

Поэтому Суд стал рассматривать дело исключительно в соответствии со ст. 14 Конвенции в сочетании со ст. 1 Протокола № 1. В § 122 постановления Суд особо подчеркнул, что дело касается права заявительницы наследовать по завещанию, сделанному в ее пользу в соответствии с ГК Греции, наследодателем мусульманского вероисповедания. При этом, несмотря на то что муж заявительницы завещал ей все свое имущество согласно гражданскому законодательству, Кассационный Суд решил применить в данном деле мусульманское право.

Для выяснения вопроса о дискриминации ЕСПЧ следовал обычной методологии, чтобы определить: а) подвергается ли данное лицо дискриминации; б) оправдана ли эта дискриминация преследуемой законной целью (имея в виду «предел усмотрения» государства); в) пропорциональны ли преследуемой цели используемые средства. Суд провел сравнение между вдовой лица мусульманского вероисповедания (к которой применяется исламское семейное право) и вдовой мужчины иной веры (к которой применяется гражданское законодательство). Разница была очевидна, поскольку согласно исламскому праву о наследовании супруга человека мусульманской веры будет наследовать только одну четвертую часть имущества своего мужа, а сестры умершего имеют право на оставшиеся три четверти, тогда как супруга мужчины иного вероисповедания по гражданскому праву Греции унаследовала бы все имущество, поскольку сестры умершего не считаются наследниками.

Применение законов шариата, по мнению Суда, лишает вдову человека мусульманской веры трех четвертей наследства и таким образом поставит ее в положение, отличное от положения замужней женщины — бенефициара воли супруга иного вероисповедания. Суд определил свою задачу в решении вопроса о том, насколько было объективно различие в обращении, которое послужило основанием для применения внутреннего права и обоснована ли эта неодинаковость законной целью. Как следует из постановления, Суд не охватил всю проблему, заявив, что нет необходимости принимать устойчивое мнение по данному вопросу, потому что в любом случае оспариваемая мера не была пропорциональна преследуемой цели. Другими словами, Суд не считал необходимым оценивать цель государства в применении исламского наследственного права, поскольку этот предмет аргументации будет определен при окончательном решении соразмерности. По мнению

⁵ См.: *Berger M.* The Last Shari'a Court in Europe // *Journal of Islamic Law*. 2020. Vol. 1. No. 1.

Суда, основной подход, установленный Кассационным судом Греции по делам о наследовании, начиная с 1960 г., которому следовали суды низшей инстанции, заключался в следующем: вопросы наследования, касающиеся представителей религиозного меньшинства, должны регулироваться законом шариата.

Изложенное означает, что нотариально заверенные завещания греческих граждан мусульманского вероисповедания лишены юридической силы, поскольку должно признаваться право наследования только по исламскому праву, требующее соответствующего составления завещания (§ 148). Суд напомнил, что его роль состоит в определении соответствия примененного толкования Конвенции, а интерпретация местного права является задачей национальных властей в лице судов. Изложенное относится также к случаям, когда местное право ссылается на общие нормы международного права или международных соглашений (§ 149). В связи с этим суд отметил, что по настоящему делу Кассационный суд аргументировал применение закона шариата исходя из характера имущества, «находящегося в полной собственности». Однако концепция полной собственности (*mulkia*) применима только в тех случаях, когда распоряжение имуществом покойного регулируется муфтием согласно закону шариата (см. § 19). Как считает Суд, обоснование, которое государство-ответчик выводит из закона шариата или из его международных обязательств, не является убедительным.

Суд подчеркнул, что нет никаких сомнений в том, что при подписании и ратификации международных договоров Греция обязалась уважать обычаи мусульманского меньшинства. Однако, несмотря на использование формулировки, они не требуют от Греции применения законов шариата. В действительности заявительница и правительство придерживаются того же мнения. Более того, в Лозаннском договоре прямо не упоминается юрисдикция муфтия, хотя и гарантируется религиозная самобытность греческой мусульманской общины, которая была исключена из обменного процесса между населением как остающаяся в Греции, где большинство христиане. Ни один из договоров не предоставляет какую-либо разновидность юрисдикции особому органу в отношении осуществления религиозной практики.

Кроме того, в ходе слушаний представители ответчика заявили, что положения Афинского договора относительно защиты прав меньшинств и Севрского договора утратили силу, как об этом уже было упомянуто в решении по делу *Serif*⁶. Как следует из ст. 5 (2) Закона № 1920/1991, сфера компетенции муфтия по вопросам наследования касается исключительно завещаний, сделанных на основе ислама и правопреемственности. У муфтиев не существует иной юрисдикции, касающейся других видов наследования, как это

установлено в Греции. Нотариус, чьими услугами воспользовался муж заявительницы, согласился составить завещание именно по его просьбе (см. § 9).

Как считает Суд, имеются также расхождения в прецедентном праве судов в отношении, в частности, вопроса совместимости применения законов шариата с принципами равного обращения и международными стандартами в области защиты прав человека. Такие различия существуют между судами одной и той же ветви судебной власти как между Кассационным судом и судами обычной юрисдикции, между Кассационным судом и Высшим административным судом, так и в самом Кассационном суде. Указанная неодинаковость создает правовую неопределенность, что противоречит требованиям верховенства права (§ 151—153).

Далее Суд сформулировал позицию о том, что свобода вероисповедания не требует от государств создавать специальную правовую базу для предоставления религиозным общинам особого статуса, влекущего определенные привилегии. Государство, которое предоставило такой статус, должно обеспечить соблюдение критериев, установленных для данной группы, чтобы исключить дискриминацию при их применении. Более того, нельзя предполагать, что наследодатель мусульманского вероисповедания, составив завещание в соответствии с Гражданским кодексом, автоматически отказался от своего права или права бенефициаров не подвергаться дискриминации на основе его религии. Религиозные убеждения человека не могут считаться законным основанием для отказа от определенных прав, если это противоречит важным общественным интересам.

Государство не может взять на себя роль гаранта идентичности меньшинства определенной группы населения в ущерб правам членов этой группы свободного выбора принадлежности к этой группе или ее поддержки. Как следует из постановления Суда, отказ членам религиозного меньшинства в праве добровольно выбирать и пользоваться обычным правом сводится не только к дискриминационному обращению, но и к нарушению права значительной важности в области защиты меньшинств, т. е. права на свободу самоидентификации. Негативный аспект этого права, а именно право выбора, не рассматривается в качестве члена меньшинства, не ограничивается так же, как и позитивный аспект этого права (§ 67—68). Условием реализации свободы выбора служит информированность. Право выбора должны уважать как другие члены меньшинства, так и государство.

Изложенное подтверждается п. 1 ст. 3 Рамочной конвенции Совета Европы о защите национальных меньшинств 1995 г., предусматривающим, что никакие неблагоприятные последствия не должны возникать в результате этого выбора или осуществления прав, которые связаны с этим выбором. Право на

⁶ *Serif v. Greece*, no. 38178/97, par. 40, ECHR 1999-IX.

свободную самоидентификацию не является определенным по Рамочной конвенции. Оно в целом представляется краеугольным камнем международного права о защите меньшинств. Изложенное особенно относится к негативному аспекту права: ни один двусторонний или многосторонний договор или другой документ не требует от кого-либо подчиняться против его или ее желания особому режиму с точки зрения защиты меньшинств.

Суд подчеркнул, что Греция является единственной в Европе страной, которая продолжает применять законы шариата к части своих граждан против их воли. Особенно это заметно в настоящем деле, поскольку применение законов шариата создало ситуацию, наносящую вред индивидуальным правам вдовы, которая унаследовала имущество своего мужа в соответствии с нормами гражданского права и оказалась впоследствии в правовой ситуации, не входящей в намерение ее супруга (§ 155—158).

Особо Суд отметил вступление 15 января 2018 г. в силу закона, отменяющего особые правила, определяющие использование законов шариата в регулировании семейно-правовых дел в мусульманском меньшинстве. Обращение к муфтию по вопросам брака, развода или наследования теперь возможно исключительно с согласия всех заинтересованных сторон (см. § 57). Тем не менее положения нового закона не влияют на ситуацию заявителя, дело которого было решено на основе функционирования бывшей системы, действовавшей до принятия законодательной новеллы⁷. Суд, принимая во внимание изложенные обстоятельства, нашел, что не существовало достаточных оснований для различия в обращении с заявительницей как бенефициаром завещания, составленного в соответствии с Гражданским кодексом Греции завещателем мусульманского вероисповедания, по сравнению с бенефициаром завещания, составленного согласно требованиям ГК завещателем иного вероисповедания. Учитывая это, Суд посчитал, что права заявительницы были нарушены на основании ст. 14 Конвенции в соответствии со ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции (§ 155—162).

Написавший совпадающее мнение судья Митс согласился с общим выводом Суда, высказав одновременно оговорки относительно того, должен ли Суд рассматривать жалобу по признаку пола заявителя, а также по результатам применения особого религиозного режима в культурном отношении в контексте разнообразия в более широких границах Европы. Он также подчеркнул, что имело место нарушение упомянутых статей, которое было связано с религиозными убеждениями заявительницы и ее мужа.

Таким образом, Суд занял следующие принципиальные позиции, составившие основу постановления:

1) различие в обращении может быть оправдано, если оно преследует законную цель и существует разумная связь между используемыми средствами и преследуемой целью. Суд установил, что формулировки международных соглашений не предусматривают какого-либо применения религиозного права, в том числе по вопросу, относящемуся к юрисдикции муфтия, и различие в обращении нельзя считать обоснованным, а сами действия пропорциональными преследуемой цели;

2) различие в прецедентном праве в национально-правовом порядке в отношении применения исламского права и его соответствия принципу равенства и стандартам в области защиты прав человека создали правовую неопределенность, противоречащую принципу верховенства права;

3) свобода вероисповедания не требует установления такого специального режима, когда предоставленный особый статус мог бы быть признаком, имеющим дискриминационный характер. Отказ членов общины выйти за пределы меньшинства и обратиться к нормам обычных законов привел к дискриминационному обращению и нарушению важного права, каковым является право на самоопределение, что представляется ключевым фактором в международно-правовой защите меньшинств.

Проблемы международного права. Европейский суд признал, что Севрский и Лозаннский международные договоры заключались с целью защиты религиозного меньшинства, поэтому специальное регулирование было обусловлено его религиозными верованиями. Это означает, что правовой плюрализм был направлен на обеспечение и защиту религиозной идентичности религиозного меньшинства. Однако Суд, основываясь на буквальном толковании текстов международных договоров, отметил, что эти соглашения не предусматривают обязательной юрисдикции религиозного права и не предполагают его применения и признания со стороны национальных властей. Возникает справедливый вопрос: зачем тогда было заключать международные соглашения? Почему Европейский суд не дал оценку того, что исламское право применяется в отношениях между членами религиозной общины уже в течение столетия? Другими словами, Суд не придал должное значение сложившейся практике, т. е. международному обычаю.

Буквальное толкование в подобных случаях имеет серьезные недостатки, так как не учитывает и игнорирует общий исторический, религиозный, культурный и правовой контексты. Оно также игнорирует природу указанных международных соглашений, заключенных в интересах религиозного меньшинства.

При изучении практики заключения таких международных соглашений следует учитывать и обратную ситуацию, так как во многих мусульманских странах имеются христианские общины, т. е. также проживает религиозное меньшинство, защита инте-

⁷ См. *mutatis mutandis*: *Söderman v. Sweden*, no. 5786/08, § 107, ECHR 2013.

ресов которого имеет важное значение. Необходимо учитывать существование принципа отделения церкви от государства и светскости последнего. Однако указанные принципы и ценности не являются препятствием на пути защиты единоверцев. Поддержка государства может осуществляться и по национальному признаку, и на основании общих культурных ценностей и религиозных традиций. В общем, международный договор может являться эффективным инструментом защиты религиозного христианского меньшинства.

Возвращаясь к данному делу, отметим, что Лозаннское соглашение является отзвуком международного права времен Лиги Наций. Вместе с Афинским и Севрским соглашениями оно составляет основу для правового плюрализма, ставшего возможным благодаря прежнему владычеству Османской империи на территории Греции, когда мусульманское меньшинство, осевшее или образовавшееся в Греции, пользовалось законами шариата для регулирования семейных и наследственных отношений и самостоятельного урегулирования возникающих споров между членами религиозного сообщества уполномоченными религиозными судами муфтий. Международные соглашения были призваны закрепить такого рода религиозную автономию, отличительную особенность религиозного меньшинства. Такая особенность предполагает телеологическое, а не буквальное толкование этих текстов. Поэтому применение религиозного права можно назвать соответствующим целям и природе указанных международных соглашений.

В деле Молла Сали вопрос поставлен таким образом: соответствует ли требованиям Конвенции применение законов шариата в области семейных отношений между мусульманами в Западной Фракии, которая осталась в границах греческого государства после обмена жителями на основании Лозаннского соглашения? Обычно нормы международных соглашений не обладают достаточной ясностью и точностью и представляют собой компромисс между сторонами для достижения принципиальных целей этого соглашения. В данном случае можно утверждать, что Лозаннское соглашение (ст. 42 и 45) не ссылается напрямую на законы шариата, а содержит более обтекаемую формулировку о регулировании личных и семейных отношений в религиозном сообществе в соответствии с обычаями этого сообщества.

Это может означать дискрецию государства, в данном случае Греции, выбрать приемлемые шаги для имплементации международного соглашения и достижения его целей, поэтому может не предполагать каких-либо обязательств по соблюдению законов шариата среди членов сообщества. Конечно, такое толкование представляется сомнительным, поскольку открывает возможность для игнорирования исламского права, несмотря на желание членов сообщества

не просто иметь возможность выбирать правовой режим, а следовать нормам, которые предписаны их вероисповеданием.

Следовательно, для разрешения вопроса по существу суды в данном деле должны были решить, налагают ли международные соглашения обязательства на власти Греции или такие обязательства не предусмотрены, а вместо них существует усмотрение государства, которое должно в первую очередь соблюдать Конституцию Греции. Судебная практика по этому вопросу довольно противоречива. Тем не менее судья Кассационного суда Греции Арейос Пагос (Areios Pagos) постановил, что личные и семейные отношения греческих мусульман, проживающих во Фракии, имеют свои особенности и поэтому должны регулироваться специальными нормами права, которые призваны защитить идентичность представителей данного религиозного меньшинства. Применение специальных норм, по его мнению, обусловлено выполнением международных обязательств и не противоречит Конституции Греции или Конвенции. Что касается возможного противоречия между международными обязательствами и необходимостью защиты основных прав и свобод, Кассационный суд Греции отдает приоритет законам шариата, которые не противоречат Конвенции или Конституции Греции.

Ценности. Дискриминация. Подход, избранный Европейским судом и основанный на буквальном толковании текстов международных соглашений, является значительно более узким, чем ценностный подход, который бы более соответствовал принципу защиты от дискриминации. Это означает, что Суд не был уверен, что одной дискриминации будет достаточно, чтобы прийти к выводу о неприменимости религиозного права. Действительно, дело может выглядеть так, как будто в одном частном споре между частными лицами ЕСПЧ выбрал сторону заявительницы и подтвердил право ее покойного супруга выбрать гражданское право Греции, так как в противном случае она получила бы только четверть имущества, которое хотел передать ей супруг. Но на другой чаше весов оказались его сестры, тоже его близкие родственницы, которые вообще ничего не получили бы, если бы позиция национального суда соответствовала позиции Европейского суда по правам человека.

Обычно в делах ЕСПЧ по дискриминации третьи лица отсутствуют и, как правило, речь идет о прямом вмешательстве государства в права и свободы заявителя в связи с неприменением или, наоборот, неоправданным применением правил, которые дискриминируют заявителя по отношению к другому человеку. Например, в деле «Хамтоху и Аксенчик против России»⁸ заявитель просил признать дис-

⁸ Khamtokhu and Aksenchik v. Russia [GC], nos. 60367/08 and 961/11, ECHR 2017.

криминационными нормы Уголовного кодекса, которые предусматривают пожизненное заключение для мужчин зрелого возраста, а для несовершеннолетних, пожилых и женщин делают исключение. В том деле права заявителя были противопоставлены правам абстрактных лиц.

Когда речь идет о частном споре, то конкретное третье лицо всегда оказывается потерпевшим, если суд становится на сторону заявителя, и здесь более справедливым было применение не принципа (доктрины) дискриминации, а принципа (доктрины) уязвимости заявителя, который принадлежит к определенной категории лиц по признаку уязвимости. Однако в рассматриваемом деле ЕСПЧ взял за основу своей позиции противопоставление между правами заявительницы и правами абстрактного гражданина Греции, который имел бы право завещать все свое имущество супруге. Еще раз отметим ошибочность (или, по крайней мере, недостаток) этой позиции, которая заключается в том, что в конкретных обстоятельствах дела интересы заявительницы противостоят правам не абстрактного лица, а конкретных лиц.

Можно было бы рассуждать иначе и положить признаки уязвимости в основу правовой позиции. В данном случае речь идет о зависимом положении женщины (жены) по мусульманскому праву. Встречаются такие толкования Корана, которые говорят, что женщина подчиняется мужу в силу его превосходства; она не может позаботиться о себе, и поэтому о ней заботится ее муж. Он приносит в дом деньги, а она следит за домашним хозяйством. После смерти мужа ее берет в жены один из братьев покойного супруга. В противном случае женщину ждет позор и нищее существование. Чтобы не навлечь в будущем позор на семью, существовал обычай убивать только что родившихся девочек.

Такое описание, как может показаться современному человеку, живущему в век глобализации, соответствует нравам и обычаям скорее не религиозного, а средневекового быта. Однако современные мусульманские семьи живут по-разному, но для нахождения признака уязвимости достаточно определенного канона. Кроме того, практики подобного рода, унижающие достоинство женщины, а также допускающие убийства детей, относятся, как выясняется, к джахилийским (языческим) обычаям и были отменены священным Кораном. Коран установил равенство между мужчиной и женщиной исходя из того, что они сотворены из одной души. Священный Коран подчеркивает, что Бог сотворил все виды живых существ парами; также были сотворены и человеческие существа: «Он тот, кто сотворил вас из единой души и сделал из нее супругу, чтобы успокаиваться у нее»⁹.

Женщина-мусульманка подчиняется тем же правилам, что и мужчина. Например, ей нельзя употреб-

лять алкогольные напитки, поскольку она является матерью, передает свое здоровье ребенку, новым поколениям и будущему человечеству. Ислам учитывает особенности женского пола в социальной жизни. Так, некоторые различия прав мужчины и женщины исходят из выполняемых ими функций и обязанностей, предписанных самой их природой. Возложенная на женщину обязанность деторождения накладывает на нее груз, от которого освобожден мужчина, и он обязан содержать семью. Считается, что у мужчины больше обязанности и больше ответственности, хотя женщина также имеет право участвовать в решении семейных проблем.

Такое природное понимание различий между полами характерно для традиционных обществ. Как написано в Коране, «не следует Солнцу догонять Луну, а ночи день опережать, и плывет по орбите своей каждое тело небесное». Европейский суд по правам человека, однако, свои позиции основывает на абсолютном равенстве мужчины и женщины. В деле Хамтоху и Аксенчик на значительное количество судей ЕСПЧ (которые, впрочем, остались в меньшинстве) не произвели впечатления даже положения Европейских правил содержания заключенных (European Prison Rules), которые указывают во многом на уязвимость осужденных женщин, необходимость учитывать их физиологию и другие природные особенности и потребности. Феминистичное стремление к абсолютному равенству не знает границ, и это является одной из важных сфер культурных и ценностных различий между Советом Европы и отдельными странами, включая Россию.

Данная политика приносит негативные результаты и критику со стороны традиционалистов. Все чаще слышны сетования западных мыслителей по поводу разрушения семейных устоев, ослабления основ брачного союза, пренебрежения семейной ответственностью со стороны молодежи, неприязни женщин к материнству, а равно ослабления связи между отцом и матерью и уменьшения привязанности матери к детям. Обсуждаются моральное падение современной женщины, замена любви поверхностным влечением, неуклонный рост количества разводов и численности незаконнорожденных детей, а также дефицит искренности и солидарности между супругами¹⁰.

Основным фактором, способствующим распаду семейных устоев, автор называет не предоставление женщине большей свободы в условиях индустриального общества и прогресса, а невежественное отношение к женщине, непонимание ее природы и предназначения.

Правовой плюрализм. Нарушение прав, не совместимое с нормами Конвенции, встречалось ранее в

⁹ Коран, сура 17:33 / пер. И. Ю. Крачковского. М., 1986.

¹⁰ См.: Муртаза Муртахаари. Правовой статус женщины в исламе. М., 2010.

российской практике в связи с косвенным применением норм исламского права. В современной России эти проблемы возникают при определении опеки над ребенком в случае развода супругов. Как известно, согласно исламским традициям дети должны находиться с матерью до достижения определенного возраста (мальчики до семи лет и девочки до девяти лет). По достижении такого возраста они передаются на воспитание отцу. Суд принял такое решение, конечно, без ссылки на законы шариата, а ЕСПЧ нашел нарушение права матери на уважение ее семейной жизни в связи с тем, что после передачи ребенка отцу его семья препятствовала свиданиям матери с ребенком, и она потеряла всякую связь с ним. Решение суда о свиданиях с ребенком не было исполнено, и Суд установил, что власти не предприняли достаточных мер для обеспечения контактов матери с ребенком и исполнения этого решения. То есть в данном случае ЕСПЧ критиковал не мусульманские обычаи как таковые, а нарушение фундаментальных прав матери, которое, возможно, стало следствием неверного, слишком жесткого истолкования исламских традиций: возрастание роли отца в воспитании детей по мере их взросления не должно истолковываться как запрещение детям видеться с матерью.

Складывается впечатление, что отсутствие ясности в национальной судебной практике повлияло на позицию Суда. На национальном уровне отсутствует законодательство, которое бы запрещало мусульманам самим выбирать применимое право. Согласно информации о случаях такого рода в последнее время появилась все возрастающая тенденция заключения браков между членами мусульманского сообщества по официальной светской процедуре, передача имущества в порядке гражданско-правовых сделок или в порядке наследования в соответствии с нормами греческого гражданского права.

Правда, в тех случаях, когда юрисдикция выбрана, ее изменить уже невозможно. Например, после заключения брака по мусульманской традиции гражданский брак уже нельзя зарегистрировать. Возникает вопрос: можно ли регулировать вопросы наследования по гражданскому праву, если изначально семейные отношения возникли согласно мусульманским канонам? Отсутствие ясности по этому и другим спорным вопросам определения и смены правового режима привело к данной правовой проблеме.

На наш взгляд, в деле «Молла Сали против Греции» кассационный суд руководствовался принципом единства, системности выбранного режима: если брак изначально заключен по мусульманским обычаям, значит, супруги уже не могут поменять правовой режим, какие бы неожиданности ни ждали их на жизненном пути (например, вероятный конфликт покойного мужа с остальными членами семьи из-за жены, которую он сильно любил, а семья ее не принимала). Очевидно, супруг заявительницы понимал,

каким образом будет распределено его имущество после смерти и, написав завещание, таким образом пошел на нарушение законов шариата. То есть в данном случае мы имеем дело не со свободным выбором юрисдикции, а с намеренным уклонением от соблюдения норм поведения, которые приняты в данном религиозном сообществе.

Проблема конфликта традиционных норм с современными представлениями о фундаментальных свободах не является новой. Обычно западные эксперты защищают фундаментальные права и свободы отступников, если традиционные обычаи настолько архаичные, что нарушают само достоинство личности. В данном случае речь идет не о нарушении достоинства, а о распределении богатства в религиозной общине, что имеет совершенно иной смысл.

В связи с этим можно заключить, что на решение кассационного суда могли повлиять долг следования мусульманским традициям и понимание справедливости законов шариата. Дело в том, что жизнь в небольших сообществах имеет некоторые особенности: население там более тесно связано друг с другом, чем в обычном обществе, где люди более разделены, но участвуют в широком разделении труда. В небольших сообществах принято совместно организовывать предпринимательскую деятельность, как правило, семейный бизнес, так что результаты этой деятельности зависят не от усилий одного, а от совместных усилий многих, всех членов семьи. Этим может быть обусловлено право требования других членов семьи на часть имущества покойного супруга. Доля, причитающаяся жене, соответствует, таким образом, вкладу семьи супруга в благосостояние одного из ее членов. Можно сказать, что имущество членов семьи не является чем-то обособленным и должно рассматриваться как общее имущество с учетом доли, причитающейся супруге.

К сожалению, ЕСПЧ сделал общие заключения по поводу исламского права как источника негуманного отношения к отдельным представителям этого сообщества религиозного меньшинства в Греции. Описание практики рассмотрения споров и разрешения возникающих проблем со стороны муфтий свидетельствует о наличии определенных проблем (бывают случаи, когда муфтии сами не следуют требованиям законов шариата), однако в данном случае позицию Европейского Суда также нельзя назвать идеальной.

Исламское право не является собранием четко прописанных норм поведения. Как и другие религии, оно может быть предметом толкования (что и существует на самом деле) в зависимости от контекста, места и времени. Аналогично этому религиозная правовая практика во Фракии имеет свои особенности, так как исламское право в данном регионе не относится к мусульманской турецкой традиции, которая не имеет определенной кодификации. Сфе-

ра применения исламского права довольно ограничена и подвержена влиянию со стороны законодательства Греции и со стороны не всегда адекватной политики государства по отношению к религиозному меньшинству¹¹. Поэтому данный контекст необходимо считать ограниченным применительно исключительно к данному сообществу, что не может иметь последствий для сообществ, проживающих в других европейских странах. Об этом пишет в своем особом совпадающем мнении по данному делу судья Митс.

Решение ЕСПЧ подвергается критике в связи с тем, что Суд не совсем верно понимает природу и контекст применения правил шариата в Западной Фракии (Western Thrace). Эти нормы не были направлены на дискриминацию женщин. Суд воздержался от оценки законности целей, которые преследуют религиозные правила. Он не оценил цели политики Греции, направленной на сохранение идентичности и автономности религиозного меньшинства, хотя, возможно, меры по достижению таких целей не всегда соответствовали требованиям качества закона (quality of law), которые Суд в настоящее время

предъявляет к современным методам регулирования отношений.

Регион Западной Фракии в настоящее время представляет собой место политического противостояния и поляризации политических интересов между Грецией и Турцией, которая является родственным государством религиозного меньшинства во Фракии¹².

Напряжение это не убывает потому, что возможность применения исламского права была серьезно ограничена за несколько месяцев до принятия постановления по данному делу. Законом № 4511/2018 отношения между членами религиозной общины должны регулироваться гражданским правом, а применение религиозного права стало возможным лишь в исключительных случаях, если обе стороны выразили свое желание передать спор на рассмотрение муфтия.

В заключение обратим внимание на категорию дел, связанных с установлением ограничений деятельности, когда такие пределы вводятся по религиозным основаниям. Например, в деле *Гриммарк*¹³ заявительнице было отказано в приеме на работу в качестве акушерки, поскольку она отказалась по религиозным причинам ассистировать при проведении аборт.

¹¹ См.: *Thornberry P. International Law and the Rights of Minorities*, Oxford University Press, 1991; *Tsavousoglou I. The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace* // *Oslo Law Review*. 2015. Vol. 2. No. 3.

¹² См.: *Tsitselikis K. Seeking to Accommodate Shari'a within a Human Rights Framework: The Future of the Greek Shari'a Courts* // *Journal of Law and Religion*. 2013. Vol. 28. Iss. 2.

¹³ *Grimmark v. Sweden*, dec., no. 43726/17, 11 February 2020.

Библиографический список

- Berger M. The Last Shari'a Court in Europe // *Journal of Islamic Law*. 2020. Vol. 1. No. 1.
 Thornberry P. *International Law and the Rights of Minorities*. Oxford University Press, 1991.
 Tsavousoglou I. The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace // *Oslo Law Review*. 2015. Vol. 2. No. 3.
 Tsitselikis K. Seeking to Accommodate Shari'a within a Human Rights Framework: The Future of the Greek Shari'a Courts // *Journal of Law and Religion*. 2013. Vol. 28. Iss. 2.
 Коран, сура 17:33 / пер. И. Ю. Крачковского. М., 1986.
 Муртаза Мутаххари. Правовой статус женщины в исламе. М., 2010.

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

D. I. Dedov^a, Kh. I. Hajiyev^b

^aEuropean Court of Human Rights, Strasbourg F-67075, France

^bInstitute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow 117218, Russian Federation

E-mail: Dmitry.Dedov@echr.coe.int; khanlar9999@gmail.com

DOI: 10.12737/jflcl.2020.057

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. 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. According to

the European Court, the special status of a minority cannot serve as a basis for differentiation in the application of civil law, since it violates the rights of Greek nationals prescribed by the Constitution of the State and the European Convention on Human Rights. The Court held that the national authorities had discriminated the applicant by association of the members of a religious community, which had resulted in a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 thereto.

Keywords: religious law, treaty, will, testator, civil law, discrimination, religion, minority.

For citation: Dedov D. I., Hajiyeve Kh. I. Commentary on the Judgment of the ECtHR Grand Chamber in the Case “Molla Sali v. Greece”. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* = *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*, 2020, no. 6, pp. 135—145. (In Russ.) DOI: 10.12737/jflcl.2020.057

References

- Berger M. The Last Shari'a Court in Europe. *Journal of Islamic Law*, 2020, vol. 1, no. 1.
- Koran, sura 17:33. Translated by I. Yu. Krachkovskiy. Moscow, 1986.
- Murtaza Mutakhkhari. *Pravovoy status zhenshchiny v islame*. Moscow, 2010.
- Thornberry P. *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford University Press, 1991.
- Tsavousoglou I. The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace. *Oslo Law Review*, 2015, vol. 2, no. 3.
- Tsitselikis K. Seeking to Accommodate Shari'a within a Human Rights Framework: The Future of the Greek Shari'a Courts. *Journal of Law and Religion*, 2013, vol. 28, iss. 2.