

**Примирение защиты национальной идентичности с уважением
международных обязательств: предварительное мнение на
неразрешенную проблему**

Доклад на X Международном конгрессе сравнительного правоведения

*«Конституционные изменения в России и в современном мире: диалектика
универсального и национального»*

Москва, 4 декабря 2020 (видеоконференция)

Бертран МАТЬЕ

Профессор права,

Иностранный член Российской Академии Наук.

Эта тема является актуальной и имеет практически универсальный характер. С одной стороны, глобализация, или интернационализация, выходит далеко за экономические и финансовые рамки, и затрагивает также национальные ценности, постепенно создавая универсальную систему, которая в действительности таковой не является, но стремится ею стать. Это происходит, например, с концепцией фундаментальных прав человека, индивидуалистской по своей природе, с переписыванием истории в свете современных и анахроничных представлений. Таким же образом, но более косвенным и глубоким, GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon), создавая и развивая группы (сообщества), объединяемые вокруг своих собственных систем ценностей, пытается униформизировать мышление.

Если мы перенесемся на юридическую почву, то международное или региональное право, будучи в значительной степени сконструированными наднациональными судьями, а потом спущенными на уровень национальных судов, ведут к форсированию единообразия.

Подобные явления ставят под сомнение национальную идентичность, то есть лишают ее жизненных сил. Однако, с другой стороны, подобная попытка унификации приводит к тому, что народы и некоторые государства начинают движение назад, в сторону защиты своей национальной идентичности.

Задача, с которой мы, юристы, столкнулись заключается в совмещении требований, вытекающих из движения интернационализации, к которому государства примкнули посредством закрепленных в Конституциях формулировок, с защитой национальной идентичности, наличие которой оправдывает само существование государства.

В ходе последующего анализа я буду, в основном, ориентироваться на взаимоотношения между Советом Европы и его государствами-членами. Выдвинутые предложения, будучи краткими и нуждающимися в обсуждении и углублении, направлены не только на признание потенциального конфликта, но и на нахождение механизмов разрешения этого конфликта.

Я буду придерживаться следующих руководящих принципов: с одной стороны, необходимо обеспечить, чтобы на государства не были наложены те ограничения, на которые они не давали своего согласия, и чтобы государства сохраняли свою свободу усмотрения в том, что касается их национальной идентичности; с другой стороны, они должны соблюдать взятые на себя обязательства. Более конкретно последнее предполагает, на европейском уровне, поддержание механизмов соблюдения договоров, в частности юрисдикции ЕСПЧ, но также предполагает более четкое разграничение вопросов национальной идентичности, например, вопросов, связанных с концепцией семьи или религии, и общих ценностей, например, таких как независимое правосудие, уважение прав, защита человеческого достоинства, соблюдение принципов свободных выборов.

Задача по формулированию ценностей национальной идентичности отводится учредителю конституционной власти, а задача по обеспечению их соблюдения – национальным судьям, задача по фиксации общих европейских ценностей – договорам, а задача по их обеспечению – европейским судьям. Вопрос заключается в том, как согласовать защиту обеих этих идентичностей.

Проблема заключается в том, что взаимосвязь между международным правом и национальным конституционным правом не поддается однозначной иерархизации норм, последнее привело бы к построению федеральной конституционной системы. Следует отметить, что Европейский суд по правам человека, определив себя в качестве некоего конституционного суда, придерживается этой логики.

В действительности сегодняшняя ситуация проявляется в существовании нескольких правопорядков: международного, европейского и национального, соотношения между которыми регулируются в основном судьями, что приводит к широкому вмешательству в компетенцию политическим органов.

Безусловное признание приоритета судебной практики Европейского суда по правам человека или, напротив, национальных конституционных норм может завести в тупик и заблокировать возможность разрешения конфликта.

I – Европейская идентичность против национальной: диалектическая реальность

Здесь приведём краткий анализ того, как системы ценностей, отражающие эти идентичности, сформулированы в правовой системе Совета Европы и в национальных правовых системах.

1 – Совет Европы и проект европейской идентичности

Что касается Совета Европы, то центральным органом этой организации является Комитет министров, состоящий из министров иностранных дел государств-участников. Однако в вопросах фундаментальных прав основную роль играет Европейский суд по правам человека. Совет Европы создал целый ряд органов, которые выполняют в основном консультативную роль и которые участвуют в работе Совета Европы в отдельных областях. Так обстоит дело и с Европейской комиссией за демократию через право, так называемой « Венецианской комиссией ».

Таким образом, европейские государства, в целях обеспечения соблюдения европейских ценностей, находятся в ведении множества компетентных органов. Совместные действия этих органов создают эффективную сеть защиты и поощрения фундаментальных прав и европейских ценностей. В этой схеме Европейский суд по правам человека, как правило, рассматривает себя как неоконституционную судебную инстанцию Европы. Она в некотором роде обеспечивает переход от мягкого права (*soft law*) к жесткому праву (*hard law*) через судебную санкцию.

В этом смысле Европейский суд по правам человека признает за собой право определять как сами европейские ценности, так и границы между этими европейскими ценностями и пространством, в рамках которого сохранено поле усмотрения государств. ЕСПЧ полагает, что он также уполномочен адаптировать признанные Конвенцией права в соответствии с понимаемой им эволюцией европейского общества, что может привести, в крайних случаях, к признанию прав, напрямую не закрепленных в Конвенции. Кроме того, Суд, при толковании прав и свобод, признаваемых Конвенцией, которая отныне не является единственной системой отсчёта, считает, что он должен учитывать все нормы международного права, применимые к отношениям между договаривающимися сторонами. Наконец, Суд свободно толкует принцип субсидиарности, в частности в отношении эволюции законодательства большинства государств-членов (или их подавляющего большинства?). Изменяется, таким образом, дух Конвенции, суть которой эволюционирует с учетом изменений национальных законодательств.

Легитимность межправительственных органов носит в основном политический характер. Правовая легитимность европейских судей носит иной характер. Следует задаться и вопросом о легитимности комитетов экспертов.

С этой точки зрения, Венецианская комиссия имеет главным образом идеологическую миссию по распространению «фундаментальных ценностей верховенства права, прав человека и демократии». Собственно, этот триптих и определяет компетенцию Комиссии. Речь идет о значительном расширении полномочий Совета Европы, основанных главным образом на целях Совета Европы, о которых говорится в преамбуле к его Уставу (Лондонский договор от 5 мая 1949 года). Таким образом, ссылка на демократию объясняется тем, что этот термин содержится в преамбуле Устава. На этом основании компетенция Комиссии распространяется на институциональную и политическую организацию государств. В статьях 1-2 Устава Венецианской комиссии уточняется, что компетенция Комиссии заключается, в частности, в рассмотрении конституционных, законодательных и административных принципов и методов, основных прав и свобод, прав местного самоуправления. Кроме того, если полномочия Венецианской комиссии носят исключительно консультативный характер, то проведение общих

исследований по собственной инициативе (*proprio motu*) позволяет ей составить собственный свод эталонных стандартов.

Подобная компетенция полезна тем, что позволяет определить совокупность общеевропейских ценностей. Функция Венецианской комиссии может выйти за рамки соблюдения этих ценностей, поскольку она может, в частности, играть консультативную роль по отношению к государствам, которые находятся в процессе построения и развития политических систем. Между тем, легитимность этого учреждения основывается на его консультативной и экспертной функциях. С другой стороны, более сомнительным является тот факт, что некоторые из его заключений могут быть наделены обязательным характером, в силу ссылок в решениях ЕСПЧ. Так, например, в деле, рассмотренном Большой палатой 27 апреля 2010 года¹, Суд в значительной степени опирается на доклад Венецианской комиссии о внесении изменений в Избирательный кодекс Молдовы в апреле 2008 года. Суд также ссылается на выступление председателя Парламентской ассамблеи Совета Европы, в котором он настоятельно призвал парламент Молдавии получить одобрение Венецианской комиссии в отношении предлагаемой реформы. Затем, в качестве «соответствующих документов» цитируется Кодекс надлежащей практики проведения выборов, подготовленный Венецианской комиссией².

2 – Творцы конституции и формирование национальной идентичности

Ценности, формирующие национальную идентичность, нельзя отождествлять с фундаментальными правами. Притязание последних на универсализм ослабляет само понятие национальной идентичности. Действительно, эти фундаментальные права определяются и интерпретируются очень широко как наднациональными судебными структурами, так и неправительственными организациями. Если признавать, что народ определяет себя посредством своей национальной идентичности, и что права человека имеют универсальное значение, то такая идентичность не может «раствориться» в этих правах, даже если они являются частью этой идентичности.

¹ CEDH, 27 avril 2010, *Tanase c/ Moldova*, req. n° 7/08.

² Cf. M. Guerrini, intervention à la conférence de Szeged dans le cadre du projet Balaton, 2014

Связь между ценностями и идентичностью заключается в том, что национальная общность не является плодом случайности или временным образованием. Идентичность уходит корнями в прошлое. *«Она является единственной формой сохранения духовных сокровищ, накопленных теми, кто жил до нас, единственным способом коммуникации, с помощью которого мертвые могут говорить с живыми»*³.

Существование политического сообщества, первейшего условия демократии, предполагает признание своей идентичности и, следовательно, признание инаковости по отношению к тому, чем она не является.

Прежде всего, следует исследовать то, что составляет идентичность нации. Эта идентичность с трудом вписывается в определение или перечисление правовых критериев. Однако можно найти отголосок идентичности в национальной конституции: таков, например, язык, определяемый Жаком Жюльяром как *«знак сплочения, дух, форма отношения к миру»*⁴. Это, конечно, территория, география. Это также культура, литература, архитектура. Это духовность, религия.

Несмотря на то, что вопрос о национальной идентичности с трудом выражается законом, потребность в его юридическом утверждении в условиях правового порядка, который, как правило, строится (или разрушается) исключительно на основе фундаментальных прав индивидуума, проявляется, в частности, в двух юридических конструкциях: «принципах, присущих конституционной идентичности», и «нематериальном общественном порядке»⁵, т. е. таком публичном порядке, который имеет отношение не к безопасности, но к общим ценностям.

II – Как согласовать защиту обеих этих идентичностей?

В настоящее время отношения между системами в основном регулируются судьями, такое регулирование воздействует на национальные суды таким образом, что последние отдают главенство

³ S. Weil, L'engracinement, 1949, Folio, 2016, p. 16.

⁴ *Le Figaro*, 5 juin 2015.

⁵ M.O. Peyroux-Sissoko, L'ordre public immatériel, Lextenso, 2019

европейским судьям и, следовательно, европейской идентичности в ущерб национальной. Поэтому, необходимо искать условия для нового баланса.

1 – Приоритет европейской идентичности и сопротивление национальных правопорядков

В действительности можно констатировать, что европейская интеграция как в системе Европейского Союза, так и в системе Европейской конвенции о правах человека является продуктом деятельности судебной системы. Европейские судебные инстанции фактически приписывают себе не только полномочия по разрешению конфликтов, но и законодательную и даже конституционную функции. В этом смысле можно было говорить о юрисдикционном федерализме. Таким образом, именно судьи регулируют взаимоотношения между системами. Это, во-первых, является фактором укрепления судебной власти перед лицом власти политической. Обладая в арсенале широким спектром правовых норм, в том числе европейских, достаточно широко сформулированных европейскими судами, национальный судья находит в них не принуждение, а скорее свободу. В этом судебная власть усматривает ресурс для утверждения своей власти перед лицом власти политической.

Включение в российскую конституцию положения о верховенстве конституционных норм над нормами, вытекающими из прецедентного права Европейского суда по правам человека, сопротивление некоторых государств миграционной политике Европейского Союза, применение мер, направленных на регулирование полномочий судей, свидетельствуют о сопротивлении судебной политике европейских судов.

В сегодняшних условиях национальные политические полномочия слабы, а защита национальной идентичности является задачей, которую национальные власти выполняют с трудом. Кризис, который затрагивает национальную идентичность и ее связь с европейской идентичностью - это, прежде всего, кризис политической власти.

Наконец, трудно согласиться с тем, что европейский судья выносит решения, затрагивающие вопросы национальной идентичности в последней инстанции. Ведь в таком случае мы вписываемся в логику

федеративного государства, где Европейский суд по правам человека является Верховным судом.

Из этого конфликта, который не вполне признается и плохо разрешается судебными процедурами, не может быть положительного исхода. Либо мы будем двигаться к фактическому федерализму, который не принимается и который в конечном итоге вызовет сопротивление со стороны граждан, более не являющихся просто зрителями, либо произойдет распад европейских структур из-за отказа некоторых стран подчиняться и отречься от своего суверенитета.

2 – Обобщенные предложения по решению конфликтов

В рамках данного небольшого выступления я лишь хотел бы предложить несколько возможных путей решения, которые, однако, имеют частичный и схематичный характер.

- Необходимо переосмыслить соотношение между национальными и европейскими компетенциями

Определение такого соотношения должно быть делом политики. С этой точки зрения, в защиту судей, следует отметить, что усиление полномочий судебной власти происходит в контексте отказа политиков от осуществления своей компетенции и ввиду их неспособности договориться друг с другом.

На самом деле речь идет о четком определении того, что должно подпадать под компетенцию европейских структур, а какие полномочия должны оставаться в руках государств. Для этого необходимо разграничивать вопросы европейской идентичности, что оправдывает существование объединений ряда государств, и вопросы, относимые к национальной идентичности.

Размышления должны идти в двух направлениях: более точное определение национальной компетенции и более точное определение европейской компетенции.

В этом смысле следует признать, что ссылка на принцип идентичности представляет собой реакцию сопротивления на абсолютный приоритет европейских правопорядков над национальным. Такой

приоритет закреплен договорами и легитимен лишь в силу того, что он принят национальными конституциями.

- Необходимо обеспечить соблюдение принципа субсидиарности

Распределение компетенции, осуществленное преимущественно в результате политической работы, позволит обеспечить соблюдение Европейским судом по правам человека принципа субсидиарности.

Этот принцип подразумевает, что только в том случае, если конституционная защита окажется недостаточной, вопрос должен решаться на европейском уровне. Действительно, как отмечает Жан Поль Коста, этот принцип подразумевает, что задача обеспечения соблюдения прав, закрепленных в Европейской конвенции, лежит в первую очередь на компетентных органах договаривающихся государств, а не на Суде, поскольку последний будет вмешиваться только в случае неисполнения национальными властями взятых на себя обязательств. Таким образом, в отношении прав и свобод, содержащихся как в Конституции, так и в договорах, следует исходить из того, что эта защита в первую очередь обеспечивается в порядке нормоконтроля в рамках конституционного правосудия.

Сегодня ЕСПЧ, как представляется, развивается в сторону признания принципа субсидиарности по некоторым так называемым «социальным»⁶ вопросам, оставляя их на усмотрение национального законодателя. Между тем, оценка масштабов этого принципа остается в руках Суда.

- Переход от обязательства подчиняться к обязательству конструктивного диалога

Конфликт, подобный тому, который возник между конституционным судом Германии и Судом Европейского Союза или остается в рамках Совета Европы, сопротивление Великобритании прецедентному праву Европейского суда по правам человека, касающемуся избирательных прав заключенных, свидетельствует как о тупике, возникающем в связи с требованием единого вертикального соотношения между европейскими и национальными судами, так и о необходимости поиска способа разрешения конфликтов. Таким образом, можно предположить, что

⁶ Например, по вопросам усыновления: CEDH 22 mars 2012, n° 45071/09 Ahrens c Allemagne et n° 23338/09 Kautzor c Allemagne

национальные суды могут вновь поставить вопрос о соотношении между юрисдикциями перед европейскими судами в тех случаях, когда возникает или может возникнуть конфликт между национальной и европейской правовыми системами. Можно было бы также представить себе создание своего рода коллизионного трибунала, состоящего из национальных и европейских судей для урегулирования споров о юрисдикции, как это происходит во Франции в отношении коллизий юрисдикции между судебным и административным судьей. Речь идет не о создании нового уровня юрисдикции и о еще большем усложнении и без того тяжеловесной организации, а о создании гибкого согласительного органа. Например, в случае конкретного конфликта между ЕСПЧ и Конституционным судом или национальным Верховным судом может быть созвана специальная коллегия. Можно было бы организовать более долгосрочную платформу для решения повторяющихся или системных вопросов. Если конфликт не будет разрешен, или если решение конфликта будет сталкиваться, в зависимости от соответствующего государства, с основополагающим принципом, признанным конституционным порядком, то в этом вопросе политическим властям должно быть предоставлено последнее слово.

Заключительное слово: не следует забывать, что, хотя защита фундаментальных прав и свобод приобрела свою совершенную форму в горниле европейского правопорядка, национальные государства остаются естественной основой демократии.