

КОНСТИТУЦИОННЫЕ СУДЫ И ДЕЛИБЕРАТИВНАЯ ДЕМОКРАТИЯ*

М. ВАН ХУК**

Автор обозначает проблему легитимации решений конституционных судов, которую предлагает разрешить через делиберативную коммуникацию. Проблема легитимации возникает в связи с тем, что в отличие от законодателя, избираемого демократическим путем, судьи назначаются. По этой причине решения, принимаемые судьями в процессе пересмотра предположительно неконституционных норм, формально не могут считаться легитимными.

Для обоснования их легитимности Ван Хук вводит понятия «циркулярного отношения» и «коммуникативных кругов». Циркулярное отношение обнаруживается как в случае, когда судьи европейских судов контролируют национальных законодателей, так и на уровне отношений между судами в рамках национальной судебной структуры. Это отношение является одним из способов, с помощью которого развивается новая концепция демократической легитимации процесса создания правовых норм, в том числе на международном уровне.

Как право постоянно творится в юридической практике и через нее, так и легитимация непрерывно достигается через делиберативную коммуникацию посредством распространения коммуникативных кругов. Первый коммуникативный круг возникает, когда стороны в судебном процессе сначала убеждают суд в своей правоте, затем суд, вынося решение, в свою очередь убеждает стороны в его справедливости. Если одну из сторон суду не удастся убедить, она обжалует это решение в вышестоящий суд. Так возникнет второй коммуникативный круг. Если дело окажется интересным, оно будет опубликовано, и юридическое сообщество предложит свое мнение по поводу данного решения, — это третий коммуникативный круг с участием профессионального интерпретирующего сообщества. Когда интерес к данному делу выйдет за рамки юридического сообщества и оно будет обсуждаться в СМИ неюридической публикой, образуется четвертый коммуникативный круг с участием общественного форума. И, наконец, пятый коммуникативный круг возникает с участием всей публичной сферы общества.

* *Van Hoecke M. Constitutional Courts and Deliberative Democracy. // P. Popelier, A. Mazmanyan, W. Vandenbruwaene (eds.). The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance. Cambridge; Antwerpen; Portland, 2013. P. 183–197.*

** Марк Ван Хук — профессор Гентского университета (Бельгия), директор Европейской академии теории права.

Mark Van Hoecke — professor of Ghent University (Belgium), director of the European Academy of Legal Theory.

© М. Ван Хук, 2013

Перевод с англ. И. И. Осветимской.

© И. И. Осветимская (пер.), 2013

E-mail: osv.iya@gmail.com

Рассматривая данные процессы делиберативной коммуникации, Ван Хук показывает, насколько общественное обсуждение является необходимым условием для демократии и, следовательно, для демократической легитимации.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: конституционные суды, делиберативная демократия, коммуникативные круги, циркулярное отношение, легитимация судебных решений.

VAN HOECKE M. CONSTITUTIONAL COURTS AND DELIBERATIVE DEMOCRACY

The author refers to the problem of the legitimacy of constitutional review and proposes to resolve this problem through deliberative communication. The problem of legitimacy arises from the fact that the legislator is democratically elected, as opposed to judges who are appointed. Therefore, court decisions as a result of reviewing the unconstitutional rules, seem to lack legitimacy.

To justify the legitimacy of these decisions, Van Hoecke offers the concept of a “circular relationship” and “communicative circles”. The circular relationship is found in the case where European judges control the national legislators, as well as at the level of relations between courts within the national court structure. This circular relationship is one of the ways in which a new conception of the democratic legitimation of law creation is currently developing, including at the level of international law.

Law is constantly made both in and through legal practice and legitimation is constantly achieved through deliberative communication. The first communicative circle is to be found in a trial, wherein parties try to convince each other and the court, and then the court tries to make both parties accept its decision. Furthermore, if the court fails to convince one of the parties, it brings the case to a higher court. This, then, is the second communicative circle. Should the case be interesting enough for publication, the legal community will offer its view on the decision — this is the third communicative circle with a professional interpretive community. Should the discussion of the case go beyond the legal community, and be discussed by non-legal audience in the media, this will make the fourth communicative circle involving a public forum. And, finally, the fifth communicative circle involves the whole public sphere of the society.

Discussing these processes of deliberative communication, Van Hoecke shows that the public debate is a necessary condition for democracy and, hence, for democratic legitimation.

KEYWORDS: constitutional courts, deliberative democracy, communication circles, circular relationship, legitimation of court decisions.

1. ВВЕДЕНИЕ

Европейская политическая история в XX в. создала значительный вызов нашим представлениям о демократии. Защита меньшинств и фундаментальных прав личности поставила под сомнение власть большинства. Многослойная правовая структура Европы и государств — членов Европейского Союза, с возрастающей ролью судов, кардинально изменила традиционную модель монополистического централизованного национального государства с абсолютным приоритетом законодателя в континентальной Европе. Мы по-прежнему почти исключительно полагаемся на теории, лежащие в основе политических завоеваний Французской революции, но реальность уже больше не соответствует этим теориям. Некоторые сожалеют об этом и хотят адаптировать реальность к этим устаревшим теориям, критикуют то, что они называют «дефицитом демократии» Европейского

Союза. Создается впечатление, что их целью является построение Европы в соответствии с моделью национального государства девятнадцатого века, отмена или, по крайней мере, значительное ограничение Европейского Союза и возвращение обратно к старой системе национальных государств. Другие мыслят творчески и реалистично и пытаются разработать теории, которые допускали бы и структурировали более плюралистический и менее иерархический подход к правовой и политической реальности. Понятия, первоначально разработанные для легитимации власти абсолютных монархов (например, «суверенитет»), или возникшие как реакция против власти таких монархов (например, «воля народа»), частично переосмыслены (например, «конституционный плюрализм», или «покойный суверенитет», или «неточный закон»¹) и частично заменены новыми понятиями, такими, например, как «совещательная демократия».

Определение минимальных пределов демократии и сферы прав человека представляет собой непрерывный коммуникативный процесс, включающий предварительные решения как национальных, так и европейских законодателей и (конституционный) судов. Эти решения вместе с сопутствующими доктринальными и политическими дебатами способствуют, в свою очередь, выработке общего мнения в обществе и созданию общей европейской конституционной культуры за счет общеевропейского масштаба такого общего мнения. Одобрение решений конституционных судов соответствующими интерпретирующими сообществами представляет собой основу для легитимации такой культуры.

2. ИДЕОЛОГИЧЕСКИЙ ФОН

Согласно традиционной теории, на протяжении последних двух веков суды занимали очень слабую позицию по отношению к политической власти или к компетенции, имеющей отношение к правотворчеству.² Страх перед «правительством судей» заставил власти Франции и многих других стран — последовательниц Французской революции поставить судей в строго подчиненное положение по отношению к законодателю. В это время было бы, конечно, немыслимо создание конституционного суда с полномочиями оценивать конституционность законов, не говоря уже об отмене неконституционных законов.

Отношения между судебной и законодательной властью, по крайней мере в течение последнего столетия, как правило, рассматривались в контексте их демократической легитимации. Говорилось, что законодатель был избран демократическим путем, в то время как судьи — нет. В результате, утверждает классическая теория, определять содержание закона — дело законодателя, а не судьи.

Судьи должны только применять установленные демократическим путем нормы, не изменяя их, и уж тем более не отменяя. Эта сильная идеологическая позиция переоценила возможность организовать общество исключительно за счет общих правил и недооценила необходимость

¹ См. историю понятия «суверенитет» и обновленные концепции суверенитета, адаптированные к нашему современному плюралистическому миру, в: *Grimm D. Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*. Berlin, 2009.

² В странах общего права суды сохраняют важную, пусть и уменьшающуюся, правотворческую роль в области применения частного права, но в области публичного права их позиция, вероятно, даже слабее, чем на континенте.

разделения труда между законодателем и судьями, в том числе в процессе правотворчества.

Кроме того, эта точка зрения предлагает очень формальный подход к концепции *демократии*, неотъемлемой частью которой в настоящее время стала защита прав человека. Это влечет за собой возможный конфликт между *по существу* демократическим судебным решением, защищающим основные права гражданина, которое, однако, не легитимировано демократическим путем с *формальной* точки зрения, с одной стороны, и установленной законом нормой, которая *формально* легитимирована, но не соответствует *по существу* демократическим стандартам в отношении прав человека — с другой.

На самом деле в большинстве стран конституционные суды были созданы для того, чтобы проверять законодательство на соответствие его содержания основным правам граждан, закрепленным в конституции. Это следующий шаг на пути к полному осуществлению *верховенства права*. Если каждый человек и каждое учреждение связаны, по крайней мере, рядом правовых норм, какой-то официальный орган должен отвечать за контролирование соблюдения ими этих норм. Если нормы не соблюдаются, должна существовать возможность применения санкций в целях обеспечения соблюдения закона. В случае судебного пересмотра конституционным судом эта санкция заключается в отмене предположительно неконституционного акта.

В таком смысле конституционный контроль осуществляется в русле естественно-правовой традиции. Акцент на правах человека передает идею естественного права о врожденных правах, которые выходят из-под контроля законодателя или других органов публичной власти: права человека существуют вне рамок законодательного решения и должны быть защищены от органов публичной власти, действующих против них. Основные права считаются абсолютным и общезначимыми, но, в противоположность естественному праву, допускается разнообразие в их интерпретации в соответствии с местными традициями. Это обнаруживается, прежде всего, в условиях высокой оценки доктрины Европейского суда по правам человека,³ конституционных судов, и особенно ярко в том, что Европейский суд по правам человека стал на страже защиты граждан от злоупотребления властью со стороны политического большинства в отношении индивидов или групп меньшинств. Конституционные суды являются своего рода «естественно-правовыми судами». «Контрматриарный» аргумент, отрицающий наличие демократической легитимации таких судов, теряет силу потому, что задача конституционных судов как раз состоит в том, чтобы исправлять злоупотребления или ошибки политического большинства.

3. ЛЕГИТИМАЦИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ

В дискуссии о демократической легитимации конституционного контроля в пользу его легитимации могут быть выдвинуты несколько аргументов.

Во-первых, можно утверждать, что если судьи конституционных судов и не избираются напрямую гражданами, то назначаются непосредственно избираемым органом, обычно самим парламентом.

³ Это очень хорошо иллюстрируется решением ЕСПЧ 2011 г. против Италии по делу о распятии, которое будет рассмотрено далее (в главе 5).

Во-вторых, власть судей, будь то в конституционном суде или в других судах, как правило, гораздо более ограничена, чем власть законодателей или правительства.

Вообще говоря, если конституционные судьи проверяют неконституционные законы, они не создают никаких норм. Они просто отрицательно отменяют законодательный акт, даже если в некоторых случаях могли бы выступать в качестве «позитивного законодателя» (при отмене законов с обязыванием законодателя принять другие или при заполнении пробелов в законе,⁴ например). В большинстве случаев в силу вступят нормы, существовавшие до принятия более поздних норм, отмененных судом как неконституционные, так что судьи, очевидно, создают «новые» нормы лишь косвенно. Но ведь эти старые нормы определены и введены в действие с помощью демократически избранного парламента, а не самими судьями. Если это не исключает проблемы формальной демократической легитимации, то, по крайней мере, существенно уменьшает ее важность по сравнению с вопросом формальной демократической легитимации законодателя. При определении сферы прав человека конституционные суды, и в первую очередь Европейский суд по правам человека, явно формулируют нормы, как если бы они были законодателями. Но это обусловлено основной задачей этих судов, защищающих индивидов или группы меньшинств против публичной власти, в том числе против законодателей.

Что касается аргумента о том, что судьи не избираются, в то время как члены парламента избираются, можно утверждать, что прямые выборы дают меньше гарантий того, что на судейскую должность будут избраны лучшие. Действительно, качества, необходимые для того, чтобы быть хорошим судьей, весьма отличаются от тех, которые нужны, чтобы стать популярным и, следовательно, быть избранным народом. Путь прямых выборов судей существует на практике в некоторых странах, в Соединенных Штатах например, являющихся ярким примером этого. Если судьи почти никогда не избираются через систему прямых выборов, а назначаются правительством или парламентом либо другим независимым органом, должны быть веские причины для этого. Такой причиной может быть необходимость взвешивания и уравнивания преимуществ и недостатков системы прямых выборов, которая предлагает лучшую формальную демократическую легитимацию для судебного решения, но меньше гарантий качества такого решения по сравнению с системой назначения, которая предлагает более слабую «демократическую родословную», но больше гарантий качества судей.

Все это показывает, насколько вопрос формальной демократической легитимации является лишь одним из элементов в обсуждении. Она не единственный элемент и даже не основной. Было бы неправильно ограничивать проблему легитимации конституционного контроля законодательства только этим формальным элементом.

Кроме того, проблема демократической легитимации в целом не может быть ограничена взвешиванием и уравниванием формальной и фактической легитимации. Следует задаться вопросом, не оказывается ли сформулированная таким образом проблема неверно поставленной. Такая

⁴ См., напр.: *Brewer-Arias A. Constitutional courts as positive legislators*. Cambridge, 2011. — Конституционный суд может издавать обязательные для исполнения законодателями предписания и директивы, что, похоже, становится распространенной практикой (*Ibid.* P. 165). См. также: *Behrendt Ch. Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*. Brussels; Paris, 2006.

формулировка исходит из линейного, вертикального и иерархического, подхода, который развивается, как кельзеновская дедукция, из некоторой основной нормы: если «демократическая родословная» возвращает нас к консенсусу граждан, то судебное решение считается формально демократически легитимированным; логично, что если судебное решение возвращает нас к основным правам, ранее принятым конституционным законодателем, оно считается демократически легитимированным на основании его содержания.

В обоих случаях предполагается некоторая уже существующая «воля народа» или «воля конституционного законодателя», которая должна легитимировать сегодняшнее судебное решение.

Тем не менее, я утверждаю, что легитимацию судебных решений следует рассматривать в циркулярной, коммуникативной, а не в линейной, иерархической перспективе. Для этого следует признать, что общая дискуссия о легитимации судебных решений отличается от дискуссии о приемлемости одного отдельно взятого решения. Ограничение анализа таким атомистическим подходом почти неизбежно приводит к линейному подходу в кельзеновском смысле. При рассмотрении проблемы с системной, глобальной точки зрения проявляются другие функции и элементы, которые способствуют легитимации судебного решения. Только в рамках такого системного подхода циркулярная перспектива становится видимой.

Линейный, *вертикальный и иерархический*, подход основан на исторической реакции против королей и судей, которые с демократической точки зрения не были легитимированы ни формально, ни по содержанию своих решений. Даже если только очень ограниченный процент населения в демократиях XIX в. обладал правом голоса,⁵ законодательство, введенное в действие их парламентами, было явно лучше легитимировано, чем законодательство, принятое предыдущими монархами, по крайней мере, с формальной точки зрения.

Во второй половине XX в. все яснее становится ограниченность такого чисто формального подхода к демократии. Действительно, он позволяет «демократическое» подавление, дискриминацию и даже физическое уничтожение всех видов меньшинств. Значит, отношение к основным правам будет более серьезным, если поступить, например, как в Европе — действовать путем составления и подписания Конвенции по правам человека, которую применяет международный суд, т. е. Европейский суд по правам человека. Впервые в истории это позволило международному суду осуждать государство и его законодательство на основании нарушения прав человека в отношении своих граждан. В том же ключе на национальном уровне были созданы конституционные суды, наделенные полномочием отменять парламентские законы, когда, согласно решению конституционных судей, такие законы нарушили принципы, заложенные в конституции.

Но к этому времени вертикальное отношение между судами и законодателями эволюционировало в сторону циркулярного отношения. Вместо абсолютного превосходства законодателей (демократически избранных) над судьями (недемократически выбранными) возникло циркулярное отношение господства и подчинения между судьями и законодателями. Сила конституционного суда определяется (конституционным) законодателем. Законодатель, в большинстве случаев, также назначает судей. Но

⁵ В Бельгии в 1850 г. он составлял около 2 или 3 %, тогда как в настоящее время составляет более 70 %.

конституционный суд сам имеет последнее слово в отношении толкования конституции и сферы законодательства, отведенной для рассмотрения судом.

Это циркулярное отношение также имеет место в рамках Европейского Союза между государствами-членами и Союзом: никто из них не обладает *суверенным* положением: государства-члены отдали часть своих законодательных и судебных полномочий Союзу, но только часть из них (что неизбежно останется так, по крайней мере, в течение достаточно длительного периода, благодаря принципу субсидиарности, введенному в 1992 г. Маастрихтским договором). Государства-члены остаются «суверенными» во многих сферах, но подчинены общеевропейским институтам в увеличивающемся числе других областей. Кроме того, ключевые решения на европейском уровне принимаются министрами национальных правительств.

На европейском уровне такие суды, как Европейский суд (в рамках Европейского Союза) или Европейский суд по правам человека (в пределах Совета Европы и, за очень немногими исключениями, всего континента), в процессе развития стали авторитетными конституционными судами. В отсутствие сильного законодателя на обоих этих европейских уровнях суды заполнили пробел и установили путем толкования соответствующих европейских соглашений новые общие нормы с гораздо более широким охватом, а иногда и иным содержанием по сравнению с тем, что стороны этих соглашений изначально имели в виду.

В связи с многоуровневой структурой Европейского Союза (национальный и европейский уровни) циркулярное отношение становится еще более сложным, когда *европейские судьи* контролируют *национальных законодателей*. Европейские судьи, по сути, устанавливают границы, в рамках которых национальные законодатели (и конституционные суды) могут действовать.

В области «конституционного» контроля законодательства, как на национальном, так и на европейском уровнях, суды иногда явно приобретают полномочия, сопоставимые с полномочиями законодателя: формулирование общих норм. Примером этого является случай, когда суд имеет полномочие решать, что новое толкование конституции или договора, которое положено судом в основу его решения, будет действительно в будущем и не может применяться в период, предшествующий принятию решения (за исключением судебного разбирательства, в котором иск был основан на данном толковании и производство по иску началось еще до этой даты).⁶ В таких случаях законодателем было признано целесообразным делегировать ограниченную законодательную власть (в большем объеме) конституционному суду, несмотря на его «слабую формальную демократическую легитимацию».

Циркулярное отношение также может быть выявлено в отношениях между судами в рамках национальной судебной структуры. В каждой правовой системе существует иерархическая судебная структура, в которой нижестоящие суды подчинены вышестоящим судам: сильнее — в системах

⁶ Такие решения были приняты как Европейским судом, так и Европейским судом по правам человека: Решение Европейского суда от 8 апреля 1976 г. (дело 43/75 *Defrenne v Sabena*), Jur. 1976, (455) 481–482; Решение ЕСПЧ от 13 июня 1979 г. (*Marckx v. the Belgian State*), ЕННР, 1979, II, 330.

В Бельгии Конституционный Суд имеет право решить, что некоторые правовые последствия норм, которые в этом суде отменены, будут оставаться в силе (ст. 8 *Bijzondere Wet Arbitragehof*, 6 января 1989 г.).

прецедентного права, слабее — на континенте. Тем не менее вышестоящие суды иногда изменяют свою позицию на основании того, что предыдущее решение не было принято и ему не следовали суды низшей инстанции, и/или было отклонено в широком масштабе правовой доктриной.⁷ Над формальной властью иногда берут верх аргументы, реальная власть.

Появление этих циркулярных отношений не подчеркивает фиаско существующей правовой системы, некоторые ее слабости можно считать результатом упадка правовых систем с точки зрения их формальной демократической силы. Напротив, такие отношения являются одним из способов, с помощью которых развивается новая концепция демократической легитимации процесса создания правовых норм, в том числе на уровне международного права.⁸

Важной отправной точкой здесь является то, что право — это не что-то, что (полностью) творится в определенный момент времени, а потом просто «применяется» чиновниками, гражданами и судьями в конкретных случаях. *Право постоянно творится, адаптируется и развивается в юридической практике*, и в первую очередь судьями. Если суд адаптирует и даже изменяет содержание законодательной нормы, он, тем не менее, не узурпирует свою роль, но, в большинстве случаев, достаточно полно осуществляет свои задачи и обязанности. Законодатели не могут предвидеть все, они не могут постоянно адаптировать каждый закон к изменившимся обстоятельствам. Это задача и обязанность именно судей: заполнять пробел, который каждый законодатель неизбежно оставляет.

Но тогда возникает вопрос: как мы можем легитимировать такие судебные решения? Не существует формальной легитимации (по крайней мере, сильной) для такой активной роли суда. Не существует и сильной сущностной легитимации: основные права не обязательно затрагиваются. Как тогда мы могли бы легитимировать эти судебные решения? Ответ: через делиберативную коммуникацию.

4. ЛЕГИТИМАЦИЯ ЧЕРЕЗ ДЕЛИБЕРАТИВНУЮ КОММУНИКАЦИЮ

Как право постоянно творится в юридической практике и через нее, так и легитимация непрерывно достигается через делиберативную коммуникацию.

В суде стороны обмениваются аргументами и доказательствами. Они, вероятно, не пытаются убедить друг друга, но они, конечно же, пытаются убедить судей. В некоторых случаях судьи задают вопросы и требуют дополнительной информации от одной или нескольких сторон. Благодаря этому процессу коммуникации между сторонами и судьей (судьями) возникает некоторая «судебная истина». Если суд предложит убедительные основания своего решения, это вполне может заставить обе стороны

⁷ Это, например, имеет место в Бельгии, где такое происходит неоднократно. Верховный Суд (*Hof van Cassatie/Cour de cassation*) пересматривает свои решения на основании отказа нижестоящих судов следовать ранее принятым его решениям. Для того чтобы восстановить «правовой мир», *Hof van Cassatie* принимает интерпретацию, единогласно или большинством принятую нижестоящими судами.

⁸ См. о развивающихся циркулярных отношениях между международным правом и национальными судами: *Roberts A. Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law // International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 60. 2011. P. 57–92.

принять его. Это *первый коммуникативный круг* с участием судьи (судей) и сторон в ходе судебного разбирательства.

Если суд своим решением не в состоянии убедить обе стороны и одна из них обжалует дело в вышестоящий суд, процесс коммуникации расширится: вышестоящий суд будет учитывать не только аргументы и доказательства, предлагаемые сторонами, но и решение суда первой инстанции. Это *второй коммуникативный круг* с участием более одного суда в ходе одного разбирательства.

В любом случае вне контекста жалобы судебные решения должны вписываться в более широкую структуру предыдущих решений по подобным делам. Как правило, судьи следуют таким прецедентам. Если этого не происходит, они должны объяснить причины. Эти причины, в свою очередь, вероятно, будут обсуждаться в юридической доктрине и/или им будут следовать либо их отменяют посредством будущих судебных решений.

Когда дело считается достаточно интересным, чтобы быть опубликованным (что обычно свойственно решениям конституционного суда), юристы предложат свои комментарии, критику и/или поддержку решения, поместив данное решение в более широкий контекст, в котором его ценность или слабость станет очевидной. Эти замечания, в свою очередь, могут повлиять на будущие решения того же суда и/или других судов. Это *третий коммуникативный круг* с участием профессионального интерпретирующего сообщества.

Некоторые решения могут привлечь интерес СМИ и обсуждаться также неюридической аудиторией. С решениями конституционного суда это бывает скорее правилом, чем исключением. Это *четвертый коммуникативный круг* с участием общественного форума.

Наконец, дело может обсуждаться в обществе в целом, если речь идет о текущих фундаментальных этических или политических вопросах (например, аборт, эвтаназия, иммиграция, расизм и т. д.). С обычными делами такое бывает очень редко, скорее это случается с конституционными спорами. В таких случаях мы сталкиваемся с очень высокой степенью участия граждан в определении (содержания) права. Это *пятый* и самый большой *коммуникативный круг* с участием всей публичной сферы данного общества.

Различные типы дел и коммуникативных процессов создают разные и всегда более широкие круги делиберативной политики. Они предлагают различные формы и степени «общественного форума». Чем более специальным и индивидуальным будет дело, тем более ограниченным будет делиберативный круг, так как оно представляет только небольшой интерес для сообщества в целом. Чем более этически и политически значимым будет вопрос, тем больше будет общий интерес, так что станет уместно обсуждать его в более широкой аудитории. То же самое касается более специальных дел, которые имеют общее значение, потому что решение по ним может, как прецедент, влиять на многие другие. Здесь также желательными являются более широкие дискуссии.

Посредством делиберативных процессов предлагается демократическая легитимация конституционного контроля и судебной активности в целом. Это функция «общественного форума», через который открывается возможность для общественного контроля, критики и дискуссий. Данная функция присуща и парламентам.⁹ Она так же важна, как и функция

⁹ «В частности, когда политика требует законодательной деятельности, необходимо одобрение парламента. Национальные парламента, помимо осуществления этих

нормотворчества, базирующаяся на демократическом представительстве. Можно спросить, что было бы худшей ситуацией: (1) открытое общество с полным доступом к любой информации и широким спектром возможностей для политических дискуссий, что же касается парламента, то он, возможно, не был бы избран демократическим путем, а, например, учрежден на наследственной основе, или (2) демократически избранный парламент, который бы работал тайно, без информирования общественности (за исключением результата работы парламента, в частности, законодательства как такового) и без предоставления населению возможности обсуждать что бы то ни было.

Если бы нам пришлось выбирать между этими двумя вариантами, то очевидно, что мы бы выбрали первый. Причина в том, что такие публичные дебаты *вне* парламента являются необходимым условием для того, чтобы демократические выборы стали возможными. Если нет возможности для формирования общественного мнения, выборы не могут быть значимыми. С другой стороны, очень вероятно, что публичные дебаты в обществе с недемократически избранным парламентом в итоге приведут к демократическим выборам.

Этот пример показывает, насколько общественное обсуждение является необходимым условием для демократии и, следовательно, для демократической легитимации.

Все это не только вопрос оборонительной тактики с целью легитимировать судебную власть, которая так или иначе страдает от некоторого «демократического дефицита». Способ, с помощью которого юридическая практика действует как постоянное делиберативное сообщество, посредством которого предлагаются, обсуждаются, разрабатываются и, наконец, принимаются новые правовые концепции, нормы, принципы, интерпретации, теории, показывает, что он также качественно предлагает *добавленную стоимость* по сравнению с правотворчеством через делегирование, которое является (только) формально легитимированным. Это подтверждает то, что писал М. Сандел: «Когда в политике все хорошо, мы можем наслаждаться пользой вместе, чего поодиночке сделать бы не смогли».¹⁰ Другими словами, мы имеем дело с «демократическим преимуществом».

Действительно, в краткосрочной перспективе могут случайно приниматься некоторые «неправильные» решения, но в долгосрочной перспективе такое делиберативное правотворчество докажет свою способность творить лучшее право.

5. КОНСТИТУЦИОННОЕ ИНТЕРПРЕТИРУЮЩЕЕ СООБЩЕСТВО

В настоящее время благодаря многослойной структуре европейской правовой системы и тому, что конституционные полномочия распространяются, по меньшей мере, на три правовых уровня (национальный, ЕС, ЕСПЧ), картина делиберативной коммуникации внутри общественного форума стала довольно сложной, с главенствующей ролью конституционных судов (национальных, в Люксембурге, в Страсбурге). Взаимодействие между этими конституционными судами (и законодателями) хорошо проиллюстрировал К. Туори случаем из финской практики:

«властных функций», выполняют также функцию «общественного форума», описанную по-разному (как информация, коммуникация, легитимация и т. д.)» (Weiler J. H., Haltern U., Mayer F. *European Democracy and its Critique. Five Uneasy Pieces* // EUI Working Paper RSC. (European University Institute, Florence.) № 95/11. 1995. P. 5).

¹⁰ Sandel M. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge, 1998. P. 143.

«Распространенным взглядом является то, что международно-правовые обязательства Финляндии относятся к Конвенции, как установлено в прецедентном праве Страсбургского суда. Конвенция была инкорпорирана в национальную правовую систему на основании акта Парламента, и во внутреннем законодательстве она также обладает содержанием, которое Страсбургский суд вложил в нее. Следовательно, наднациональный суд постоянно пересматривает нормативную сущность национального правопорядка Финляндии. Кроме того, в соответствии с господствующей доктриной, права, закрепленные в Конвенции, определяют базовые линии защиты, обеспечиваемые соответствующими конституционными положениями. Вследствие этого практика Страсбургского суда также имеет непосредственное влияние на национальное конституционное право. По этой причине парламентский комитет по конституционному праву в своих *ex ante* решениях о конституционности законопроектов прибегает к прецедентному праву Страсбургского суда. В некоторых из недавних его прецедентов Верховный суд также сослался на судебную практику Страсбурга, например, взвешивая право на частную жизнь и свободу прессы как принципы толкования в области применения уголовно-правовых положений о нарушении неприкосновенности частной жизни. Высший административный суд также в некоторых решениях применяет Конвенцию и прецедентное право ЕСПЧ при определении оснований защиты, предлагаемой соответствующими конституционно-правовыми положениями».¹¹

Властные постановления парламентов или национальных верховных судов были заменены общеевропейским интерпретирующим сообществом, которое определяет сферу демократии и фундаментальных прав гражданина через постоянный диалог. Как национальные суды не всегда следуют решениям верховных судов, так и национальные конституционные суды могут занять критическую позицию по отношению к общеевропейским судам, что особенно регулярно демонстрирует немецкий конституционный суд (*Bundesverfassungsgericht*). Вместе с доктринальными и политическими комментариями по конституционным решениям это создает коммуникативный процесс с тщательным обсуждением вопросов. В свою очередь это вливает на позиции, занимаемые конституционными судами.

Например: в 2009 г. ЕСПЧ постановил, что вешание распятий в (итальянских) государственных школах нарушает свободу вероисповедания.¹² Для многих итальянцев, в том числе для правительства Италии, это решение было шокирующим. В результате итальянское правительство потребовало передачи дела в Большую палату. Очевидно, Европейский суд проявил чувствительность к критике, связанной с тем, что он переборщил с ролью законодателя за счет национальных парламентов. Во втором решении Большая палата посчитала, что в Европе нет единодушия по этому вопросу, в связи с этим решение о том, могут или должны распятия вешаться в общественных зданиях, относится к компетенции национальных государств и принимается в рамках их свободы усмотрения.¹³ Примечательно, что суд принял последнее решение почти единогласно (15 голосов против 2), в то время как противоположное решение почти полтора года назад было принято совершенно единогласно. Это показывает, как влияние

¹¹ Tuori K. Judicial Constitutional Review as a Last Resort // T. Campbell, e.a. (eds.) The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays. Oxford, 2010. P. 365–391.

¹² Решение ЕСПЧ от 3 ноября 2009 г. Lautsi v. Italy.

¹³ Решение ЕСПЧ от 18 марта 2011 г. Lautsi v. Italy.

широкого коммуникативного процесса приводит к вынесению более приемлемых судебных решений в пределах Европы.¹⁴

Определение минимальных пределов демократии и сферы прав человека является непрерывным процессом, где решения, принимаемые законодателями и судами, имеют только временное значение. Эти решения наряду с сопутствующими доктринальными и политическими дебатами способствуют в свою очередь формированию общего мнения в обществе и — благодаря сильному общеевропейскому контексту — созданию общей европейской конституционной культуры. Конституционные суды в Европе не только в значительной степени последовали за изменениями в мировоззрении общества, но также внесли свой вклад в создание изменившихся представлений о демократии и основных правах.

В Бельгии всегда существовали различия между «рабочими» и «работниками» в трудовых отношениях. Смоделированное в XIX в. ситуацией существования большого количества рабочих, занимающихся физическим трудом, и малого числа работников — «белых воротничков», работающих в офисе, это различие повлекло за собой гораздо лучшую правовую защиту для работников, особенно в отношении предварительного уведомления (не менее семи дней для рабочих, но три месяца — для работников). Это различное обхождение с соответствующими группами так глубоко укоренилось в бельгийской традиции, что мало кто считает это «дискриминацией». Тем не менее в 2011 г. Конституционный суд Бельгии счел это дискриминацией и, следовательно, противоречием Конституции.¹⁵ Интересно отметить, что суд уже решил в 1993 и 2001 гг.,¹⁶ что различие, основанное на противопоставлении физического и интеллектуального труда, вряд ли можно считать «объективным и разумным». Таким образом, законодателю потребовалось около 20 лет, чтобы адаптировать соответствующим образом трудовое законодательство. Это показывает сдержанность Конституционного суда в принятии таких решений, которые бы могли спровоцировать внезапные, важные изменения, затрагивающие большую часть общества, и тем самым создать важные практические проблемы. Коммуникативный процесс между Конституционным судом и вовлеченными властями не дал должных результатов. Наконец, Конституционный суд действовал в определенной степени как законодатель, потому что компетентному законодателю не удалось решить вопрос. Тем не менее в 2011 г. Суд также установил действительность различной трактовки для существующих трудовых договоров (потому что в противном случае это могло бы создать слишком много финансовых проблем для работодателей) и предложил законодателю еще два года на введение нового, единого трудового законодательства, которое должно отменить различное обхождение с рабочими и работниками.

Вклад в изменение представлений о демократии и основных правах, несомненно, наиболее заметен в прецедентном праве Европейского суда по правам человека. Можно привести два примера.

Первый пример — решение ЕСПЧ от 10 января 2012 г., которым государство Италия было признано нарушившим ст. 8 ЕКПЧ в связи с тем,

¹⁴ Очевидно, что первое решение ЕСПЧ было неприемлемо для большинства итальянских политиков, между которыми был достигнут консенсус о том, что они не уберут распятия из общественных зданий. Такое решение могло бы значительно ослабить авторитет Страсбургского суда.

¹⁵ *Grondwettelijk Hof / Cour constitutionnel*. Решение 125/2011 от 7 июля 2011 г.

¹⁶ *Arbitragehof / Cour d'arbitrage* (название Бельгийского конституционного суда до 2007 г.). Решение 56/93 от 8 июля 1993 г. и решение 84/2001 от 21 июня 2001 г.

что улицы Неаполя оставались полными мусора в течение длительного периода (семь месяцев).¹⁷ Право на здоровую окружающую среду явно не включено в Конвенцию, но суд связывает его с правом на уважение частной жизни. Очевидно, что в общем понимании «уважение частной жизни» не включает в себя право на здоровую окружающую среду. Мало кто из европейских граждан посчитает вопрос о неаполитанском мусоре вопросом, касающимся «прав человека», даже если большинство согласится, что это пример плохой политики, тем более если была вовлечена Каморра. Данным решением, несколько удивительным для среднестатистического гражданина, ЕСПЧ вносит свой вклад в становление убеждения в том, что правительство нарушило права человека и что это случилось, кроме всего, по чистой небрежности.

Вторым примером является реакция бельгийских политиков и судебных органов на решение ЕСПЧ по Салдусу (Турция).¹⁸ До этого решения во многих странах, включая Бельгию, как правило, не считалось проблемой, когда кто-то допрашивался полицией в отсутствие адвоката, так как это право не было явно предусмотрено законом. В результате принятия решения, осудившего такую практику, Бельгии пришлось преобразовывать свою уголовную процедуру¹⁹ с сопровождающими данный процесс значительными практическими проблемами и дискуссиями.²⁰ То, что казалось немыслимым и практически невозможным до 2011 г., вдруг стало очевидным и процедурно реальным с января 2012 г. Интересно отметить, что здесь мы снова столкнулись с ситуацией, когда законодатель следует решению суда. Это стало вполне привычным для национальных парламентов по отношению к решениям Страсбурга, но в данном случае бельгийскому закону 2011 г. предшествовало решение Кассационного Суда от 2010 г., в котором суд, следуя решению ЕСПЧ по Салдусу, повернул в обратную сторону свою собственную практику и посчитал теперь, что присутствие адвоката во время первого допроса является необходимым условием для надлежащей защиты подозреваемого.²¹ Кроме того, Апелляционный суд Антверпена в 2009 г. уже исключил в качестве доказательств по уголовному делу признания, сделанные подозреваемым в отсутствие его адвоката.²² Более того, политики, казалось, имели некоторые проблемы с быстротой и тщательностью внесения изменений об участии адвокатов на самой ранней стадии уголовного расследования. Новый законопроект, который обсуждался в бельгийском парламенте 13 октября 2010 г., ограничивал право подозреваемого в возможности консультироваться с адвокатом. Тем не менее решение ЕСПЧ, принятое на следующий день,²³ вынудило парламент расширить права подозреваемого. За день до этого решения Союз фламандских адвокатов (*Orde van Vlaamse balies*) также проинформировал парламентскую

¹⁷ Решение ЕСПЧ по делу *Di Sarno v. Italy* № 30765/08 от 10 января 2012 г.

¹⁸ Решение Большой палаты ЕСПЧ по делу *Salduz v. Turkey* от 27 ноября 2008 г.

¹⁹ Закон от 13 августа 2011 г. вступил в силу с 1 января 2012 г.

²⁰ Которые уже привели к принятию решений, касающихся нового закона, как Кассационным Судом (29 ноября 2011 г.), так и Конституционным Судом (22 декабря 2011 г.) менее чем за пять месяцев после его принятия и до вступления в силу. Очевидно, что после бельгийского федерального парламента также и бельгийский Верховный Суд и Конституционный Суд полностью согласились с мнением ЕСПЧ по данному вопросу, не критикуя и не корректируя его никоим образом.

²¹ Cass. 23 ноября 2010 г., с. 10.1428.

²² Апелляционный суд Антверпена, 9-я палата, 24 декабря 2009 г., 973P09.

²³ Решение ЕСПЧ по делу *Brusco v. France* от 14 октября 2010 г.

комиссию Сената, что данный законопроект был неудовлетворительным. Таким образом, широкий коммуникативный процесс, в котором ЕСПЧ как конституционный суд, интерпретирующий основные права, закрепленные в Европейской конвенции по правам человека, инициирует и имеет в результате существенное изменение мнения относительно давней традиции.

В конце концов, признание решений конституционных судов обществом, к которому они относятся, является основным критерием для их легитимации. Это не значит, что большинство должно согласиться, но значит, что большинство способно принять решение, а не посчитать его явно необоснованным или неприемлемым.

В этом процессе интерпретирующее сообщество конституционных судей и ученых-конституционалистов играет важную роль в качестве *посредника* между политикой и общественным мнением. Чем больше согласия внутри этого интерпретирующего сообщества (национальные конституционные суды, ЕСПЧ, ученые), тем скорее решение будет принято как общественным мнением, так и политиками²⁴.

Во Франции отсутствие формальной власти решений Конституционного совета сделало этот суд открытым для делиберативного общения²⁵ с другими судами также и в понимании единства толкования.²⁶ Поскольку Конституционный совет принимает во внимание их позиции, гражданские и административные судьи делают то же самое. Когда другой судья принимает интерпретацию Конституционного совета, он/она иногда добавляет «личную черточку», которая далеко не безразлична для Конституционного совета.²⁷

В Бельгии²⁸ пример такого диалога может быть найден в толковании ст. 23 Конституции, гарантирующей каждому жизнь в соответствии с человеческим достоинством. Нежелание Конституционного Суда определить границы содержания этого субъективного права²⁹ исчезло вскоре после

²⁴ И наоборот, отсутствие такого консенсуса в интерпретирующем сообществе может поставить под угрозу позицию конституционного суда из-за отсутствия легитимации. Незадолго до своего выхода на пенсию лорд Хоффман, член Палаты лордов по рассмотрению апелляций в 2009 г., критиковал Европейский суд по правам человека за расширение роли этого суда без какой-либо «демократической легитимации». В 2010 г. президент Конституционного Суда Бельгии М. Боссайт сформулировал аналогичные замечания в своей книге *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant* (Brussels, 2010). С одной стороны, это демонстрирует отсутствие консенсуса в судебном мире Европы, но, если посмотреть на ситуацию в позитивном аспекте, это является примером открытого обсуждения в коммуникативном процессе, которое заставило ЕСПЧ вопреки воле этого суда быть более чувствительным к обстановке, как показало итальянское дело о распятии.

²⁵ *Bonnet J.* Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus. Paris, 2009. P. 96; *Desaulnay O.* L'application de la Constitution par la Cour de cassation. Paris, 2009. P. 207.

²⁶ *Desaulnay O.* L'application de la Constitution par la Cour de cassation. P. 239.

²⁷ *Butéri K.* L'application de la Constitution par le juge administratif: (unpublished) doctoral thesis. Aix-en-Provence, 2000. P. 334–335.

²⁸ Я благодарен моему докторанту Т. Мунену за предоставленную мне информацию по данному бельгийскому примеру, как и по предыдущему французскому.

²⁹ GwN 80/99 (в своем решении утверждая, что не было необходимости приступить к рассмотрению данного вопроса), 131/2001, 50/2002 (утверждая, что применение данного принципа не приведет к иному результату, чем применение принципа равенства). Очевидно, что отказ суда от применения этого принципа подразумевал собственную предварительную интерпретацию принципа, т. е. наделение рассматриваемой статьи Конституции минимальным содержанием.

того, как Кассационный суд дал четкое определение данного принципа.³⁰ Конституционный Суд принял предыдущее прочтение с добавлениями к нему.³¹

Дискуссии в общественной сфере о концепциях демократии и сфере прав человека — это постоянно ведущиеся дискуссии, в которых принимают участие большие группы. Конституционные суды имеют привилегированное положение в этом коммуникативном процессе, так как они могут авторитетно определить точные рамки конституционных норм и принципов. Но так как мы сталкиваемся с продолжающейся дискуссией, каждое решение по определению является предварительным и может быть изменено в будущем либо вследствие изменения позиции конституционного суда, либо посредством введения новых норм конституционным законодателем.³²

³⁰ См.: Cass. 17 июня 2002 г. и 7 октября 2002 г.

³¹ GwH 169/2002. — См.: *Martens P.* La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Les paradoxes du respect // *Marchal P.* Imperat lex: liber amicorum. Brussels, 2003. P. 97, 117.

³² Ж. Шевалье пишет то же самое, хотя и с другой точки зрения. Он видит отношения между различными субъектами не как идею коммуникации, но *соперничества*: «Акты судебного толкования всегда наделены известной долей хрупкости и нечеткости. Во-первых, конституционный судья находится в конкурентной среде: ему противопоставит группа акторов, а именно представители доктрины. Даже если такие акторы и не обладают статусом авторов «аутентичного толкования», они, тем не менее, оказывают влияние на работу по толкованию права и на процессы рецепции» (*Chevallier J.* Pour une sociologie du droit constitutionnel // *D. de Béchillon, e. a. (eds.)*. L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper. Paris, 2006. P. 281–297.