



РАНХиГС

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАРОДНОГО ХОЗЯЙСТВА
И ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ
ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ГОСУДАРСТВО
И ПРАВО

НАУЧНЫЕ ДОКЛАДЫ 20/14

И. Н. Барциц

КОНСТИТУЦИОННАЯ ИДЕНТИЧНОСТЬ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

*О конституционализации
международного права
и интернационализации
конституционного права*

М О С К В А • 2 0 2 0



РАНХиГС

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАРОДНОГО ХОЗЯЙСТВА
И ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ
ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

И. Н. Барциц

**Конституционная
идентичность
и международное право**

*О конституционализации
международного права
и интернационализации
конституционного права*



| Издательский дом ДЕЛО |

Москва | 2020

УДК 34
ББК 6
Б26

Об авторе:

Барциц Игорь Нязбеевич, доктор юридических наук, профессор, директор Института государственной службы и управления РАНХиГС

Барциц, И. Н.

Б26 Конституционная идентичность и международное право: о конституционализации международного права и интернационализации конституционного права. — Москва : Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2020. — 144 с. — (Научные доклады: государство и право). ISBN 978-5-85006-239-2

Доклад посвящен раскрытию смысла и содержания правовой категории «конституционная идентичность» при развитии конституционного законодательства, практики его реализации в решениях конституционных судов ряда зарубежных стран (США, Израиля, Индии) и России, в праве Европейского союза и его судебных органов. Автором проанализирована ее роль в процессах формирования национального конституционного пространства посредством исследования изменений моральных и философских воззрений общества, политических режимов, взаимоотношений национального, международного законодательства и таких взаимосвязанных тенденций правовой трансформации, как интернационализация конституционного права и конституционализация международного права.

УДК 34
ББК 67

ISBN 978-5-85006-239-2

© ФГБОУ ВО «Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации», 2020

Содержание

Введение	6
Головоломка идентичности	8
Переосмысление соотношения международного и национального права	43
Интернационализация конституционного права	83
Конституционализация международного права, или «Является ли международное право международным»? . .	106
Догонит ли Конституция флаг?	118
Заключение	134
Список литературы	137

Несите бремя белых, —
И лучших сыновей
На тяжкий труд пошлите
За тридевять морей;
На службу к покоренным
Угрюмым племенам,
На службу к полудетям,
А может быть — чертям!
Редъярд Киплинг
«Бремя белого человека» (1899)¹

...взаимодействие европейского конвенционного и российского конституционного правопорядков невозможно в условиях субординации, поскольку только диалог между различными правовыми системами служит основой их надлежащего равновесия, и от уважения Европейским Судом по правам человека национальной конституционной идентичности во многом зависит эффективность норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод в российском конституционном правопорядке. Признавая фундаментальное значение европейской системы защиты прав и свобод человека... Конституционный Суд Российской Федерации готов к поиску правомерного компромисса ради поддержания этой системы, оставляя за собой определение степени своей готовности к нему, поскольку границы компромисса в данном вопросе очерчивает именно Конституция Российской Федерации².

¹ Перевод М. Фромана
Take up the White Man's burden
Send forth the best ye breed –
Go, bind your sons to exile
To serve your captives' need;
To wait, in heavy harness,
On fluttered folk and wild
Your new-caught sullen peoples,
Half devil and half child.
Rudyard Kipling. The White Man's Burden

² Постановление Конституционного суда РФ от 19 января 2017 г. № 1-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 31 июля 2014 года по делу «ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации».

Введение

За время действия Конституции Российской Федерации 1993 года ни одна из ее статей не вызвала столь ожесточенных споров правоведов и так явно не разделяет сторонников противоречащих друг другу доктрин поныне, не имела столь различавшихся не в нюансах, а в принципиальных подходах толкований, как статья 15. Главным предметом дискуссий является закрепленное в пункт 4 положение:

Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

*Пункт 4 статьи 15 Конституции
Российской Федерации*

Различие подходов обусловлено попытками найти и описать правовыми средствами баланс в соотношении международного и национального права. Каждое из них (международное право и конституционное право конкретных

государств) испытывает на себе сильнейшее воздействие контрагента — сильнейшее до такой степени, что применительно к праву глобализация представлена двумя направленными друг на друга тенденциями: конституционализацией международного права и интернационализацией конституционного права.

Конституционное право во все времена своего становления и развития находилось под влиянием интернациональных правовых доктрин, ценностей и взглядов. Но после Второй мировой войны давление международно-правовых актов и решений международных судебных институций на национальные правовые системы европейских государств постоянно усиливалось. Европейская модель принятия базовых конвенций прав человека и формирования международных судебных институтов по их защите была воспринята — хотя бы на уровне демонстрации — и на других континентах. Сила воздействия и скорость изменений идут по нарастающей. Более того, из внешнего фактора это воздействие превращается в значимый элемент самих национальных правовых систем.

В условиях глобализации процессы интернационализации затрагивают неизмеримо более глубокие пласты конституционного права, воздействуя и меняя фундаментальные правовые конструкции — те, которые составляют конституционную идентичность. Сама по себе конституционная идентичность, когда речь заходит об актах, конституирующих интеграционные объединения, приобретает межгосударственный характер. Международное право не только воздействует на конституционное право через систему своих общепризнанных принципов и решения международных судебных институтов, но и выступает основой для разработки конституционных актов интеграционных объединений. Тем самым международное право конституционализируется, его нормы из норм международного права превращаются в конституционно-правовые.

Головоломка идентичности

На организованной Конституционным судом Российской Федерации в рамках Петербургского международного юридического форума 2019 года конференции «Конституционная идентичность и универсальные ценности: искусство соразмерности» Вероника Билкова, заместитель председателя Европейской комиссии за демократию через право Совета Европы (Венецианская комиссия), представила свое образное видение:

До определенных пор конституционная идентичность была щитом против недемократических мер международных институтов. А сейчас зачастую это меч, позволяющий популистам прикрывать недемократические практики¹.

Аллегория вполне яркая с необходимостью поправки, что меч — это не инструмент прикрытия, а все-таки оружие нападения. Мечом прикрываются только в том случае, если на его обладателя направлен меч другого воина². Оппо-

¹ <https://minjust.ru/ru/smi-o-nas/poisk-sorazmernosti-mezhdu-nacionalnym-i-mezhdunarodnym-pravom-obsudili-v-ks-rf>.

² Сравнение отсылает к образам Ледового побоища 1242 года, изображенным в фильме «Александр

ненты В. Билковой могут с наименьшим успехом воспользоваться ее образной находкой в ином контексте, если до определенных пор конституционная идентичность была мечом для продвижения универсальных ценностей. Сейчас ее зачастую используют как щит для защиты национальных устоев и суверенитета или по меньшей мере как «ширму», за которую можно спрятаться¹, а возможно, и в качестве «*юридического аналога ядерной бомбы, которой можно грозить, но лучше никогда не использовать*»².

Доктрина конституционной идентичности определяет «красные» ограничительные линии процессов глобализации и интеграции, которые рисуют политики, правоведы и судьи. Причем эти «красные» линии выставлены не только вовне, например в Европейском союзе, когда определяют пределы действия общеевропейского коммунитарного права и общеевропейских административных и судебных институтов, но и вовнутрь государств, когда задают рамки для национальных правительств и судебных органов в применении ими норм и решений обозначенных институтов.

Опыт использования и практика обращения к доктрине конституционной идентичности в странах Европейского со-

Невский». Председатель Конституционного суда РФ В. Д. Зорькин видит в концепции национальной конституционной идентичности «сдерживающий фактор, правовую преграду на пути непредсказуемой активистской экспансии со стороны наднационального регулирования» (см. подробнее: *Зорькин В. Д.* Конституционная идентичность России: доктрина и практика // Журнал конституционного правосудия. 2017. № 4 (58). С. 1–12). Ему остается лишь воспроизвести вслед за героем битвы, состоявшейся на льду Чудского озера в 250 километрах юго-западнее месторасположения Конституционного суда Российской Федерации: «Кто с мечом к нам придет, от меча и погибнет!»

¹ Такое сравнение использовала профессор Принстонского университета Ким Кеппель (Kim Lane Scheppele) при характеристике позиции Конституционного суда Венгрии. См., например: <https://budapestbeacon.com/hungarys-constitutional-identity-is-whatever-viktor-orban-says-it-its/>.

² *Исполинов А.* Ускользающая красота национальной конституционной идентичности: судебная практика Европейского Союза. https://zakon.ru/blog/2017/5/17/uskolzayuschaya_krasota_nacionalnoj_konstitucionnoj_identichnosti_sudebnaya_praktika_evropejskogo_so_.

юза используются органами конституционного правосудия России и других государств. Формат и мера применения этого опыта и практики непосредственно зависят от политических реалий обращающихся к ним стран. Тем самым концепция конституционной идентичности стала объектом не только конституционно-правового регулирования, но и объектом политических процессов.

Термин «идентичность»¹ применительно к Европейскому союзу был упомянут уже в Маастрихтском договоре 1992 года, причем как в общеевропейском масштабе в контексте укрепления самобытности (identity) и независимости Европы на международной арене (преамбула, п. 2 ст. 2, затем ст. 3bis, ныне п. 2 ст. 4 Лиссабонского соглашения: «Союз соблюдает равенство государств-членов перед Договорами, уважает национальную индивидуальность государств-членов, присущую их основополагающим политическим и конституционным структурам, в том числе в области местного и регионального самоуправления»), так и через уважение национальной самобытности (national identities) государств-участников (ч. 3 ст. 6). Обе составляющие идентичности-самобытности постоянно, особенно на каждом новом этапе интеграционного европейского процесса, требуют раскрытия и детализации.

Прежде чем укрепиться в правовом пространстве и преобразиться в конституционную идентичность, понятие и содержание национальной идентичности выжили в социологии². Затем они получили политическую поддержку и осмысление различными и нередко противоборствующими политическими направлениями. Президент Франции Н. Саркози (2007–2012 годы) при формировании правительства создал Министерство иммиграции, интеграции, национальной идентичности и совместного развития (Le ministère

¹ В русском официальном переводе понятие identity представлено термином «самобытность». Существуют версии перевода, в которых используется термин «индивидуальность». По мере привыкания понятие «конституционная идентичность» воспринимается как самостоятельное.

² См., например: *Thiesse, Anne Marie. La création des identités nationales: Europe XVIIIe-XXe s. Paris, Éd. du Seuil, 1999.*

de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement). Под этой вывеской министерство просуществовало до 2010 года, после чего из него выпала «национальная идентичность», вероятно, не в последнюю очередь по причине неопределенности, что же собственно оно (министерство) должно регулировать.

Что есть *identité française*? В одном из исследований французам были предложены на выбор следующие варианты: «наши ценности», «наш универсализм», «наша история», «наш язык», «наша культура», «наша сельская местность», «наше сельское хозяйство», «наше кулинарное искусство», «наше вино», «наш образ жизни», «наша архитектура», «наша промышленность», «наши высокие технологии»¹. Не предвосхищая ответы французов, предположим: в случае если бы другие страны последовали французскому примеру и включили в систему органов государственного управления структуры с подобным предназначением, то предметы их деятельности существенно различались бы.

В России русскость понимается скорее как состояние души и мышление по-русски. Поддержание *swissness* — «швейцарскости» — преимущественно состоит в защите товарного знака «произведено в Швейцарии»². Министерство, призванное обеспечить следование правилам *Italianità* — «итальянскости» (принадлежность к итальянской нации), было бы ответственно за надзор, обеспечивают ли итальянские матери столь ярко отраженную в итальянском кино модель взаимоотношений со своими сыновьями, не оспаривает ли какой-либо другой народ приоритет на пиццу и пасту, а также на наследование традициям великой культуры³. Собираатель-

¹ Reestman J.-H., Besselink L.F.M. On the Lissabon-Urteil: democracy and a democratic paradox. *European Constitutional Law Review*. 2009. № 5. P. 374.

² С 1 апреля 2014 года в действие вступили законы о защите товарных знаков и защите гербов, утверждающих стандарт *swissness* как обеспечение экономической ценности швейцарского происхождения товара.

³ Термин *Italianità* (с ударением на последнем слове), пришедший в современный обиход из эпохи Рисорджименто, в частности, активно использовался в 2008–2014 годах в ходе дискуссии о передаче иностранным компаниям контроля над национальным перевозчиком авиакомпании

ное понятие *deutschtum* — сложная комбинация своеобразия немецкого фольклора с требованиями к стандартам немецкого характера и гордости за принадлежность ко всему немецкому. Каноны *britishness* предполагают уважение к гражданским свободам, открытости ведения бизнеса и торговли, сложную систему отношений со старшим американским братом, а возможно, со времен Brexit и скептическое отношение к идеям евроинтеграции.

Больше фантазии в поисках национальной идентичности приходится проявлять небольшим (по численности населения и занимаемой территории, экономическому потенциалу и роли в мировой истории) народам. Названные факторы ни в коей мере не сдерживают полет их фантазии, при этом упор делается на некие нравственные императивы, якобы свойственные именно тому или иному народу.

Абхазский народ сосредоточием национальной идентичности считает свод неписаных морально-этических правил «апсуара», в котором центральное место занимает понятие «аламыс» — совесть. Апсуара — «абхазство», принадлежность к абхазам — предполагает уважение к старшим, гостеприимство, скромность, сдержанность в выражении чувств, терпение, «взаимоснисходительность», своеобразное понимание в обществе категории «стыдно»¹.

Морально-этические и деловые принципы и стандарты поведения кыргызов подверглись кодификации. Был разработан Кодекс кыргыза как воплощение философии кыргызского народа: «Это наша морально-этическая, назовем ее так, Конституция», кодекс отражает «выдающиеся качества кыргызского народа — точность, честь, умение держать слово», «...беречь Родину и честь как зеницу ока; не отделяться от своего народа; знать родословные семи предков; не разру-

ей Alitalia. Ссылками на *Italianità* С. Берлускони в 2008 году удалось предотвратить приобретение итальянского авиаперевозчика французской Air France. Но эти ссылки не устояли в 2014 году под напором эффективных менеджеров из Etihad Airways.

¹ *Инал-Ипа Ш.Д.* Абхазы (историко-этнографические очерки). Сухуми: Абгосиздат, 1960.

шать чужую семью и не давать волю гневу; не зариться на чужое добро; не радоваться чужому горю»¹.

Все обозначенные составляющие национальной идентичности крайне далеки от права и судебной практики. Очевидна их малая применимость при принятии судебных решений и урегулировании актуальных вопросов международных отношений. Тем не менее сложность переноса в правовую материю категорий национального самосознания не стала препятствием для европейской судебной практики исходить из тождественности понятий «национальная идентичность» и «конституционная идентичность». Хотя с точки зрения понятийной чистоты подобное отождествление неоправданно.

Например, Федеральный конституционный суд Германии² истолковал, что в Договоре о Европейском союзе речь идет именно о «национальной идентичности», которая не является синонимом «конституционной идентичности». Избавляет от необходимости разбираться в отличиях понятий используемая в решениях Федерального конституционного суда ФРГ синтетическая версия термина «национальная конституционная идентичность».

Синтетическая версия восходит к политическому декларированию в рамках Европейского союза тезиса, что это межгосударственное объединение создается на основе общих ценностей для их обеспечения и продвижения на европейском пространстве. Подобная ценностная уловка позволяет объявить общие правовые ценности основой конституционной

¹ См.: Российская газета. 2015. 12 февраля. См. также: <https://kloop.kg/blog/2015/02/04/video-zamministra-kultury-predstavil-kodeks-kyrgyza/>.

² См. решение Федерального конституционного суда Германии от 14 января 2014 года о проверке программы Европейского центрального банка по скупке государственных облигаций. Причиной подобного обращения стали опасения (вполне обоснованные) Германии, что в конечном итоге за ее счет будет происходить прямое финансирование бюджетов проблемных стран (Германия обеспечивает 27% от общего объема средств фонда). Bundesverfassungsgericht [BVerfG — Federal Constitutional Court], Case No. 2 BvR2728/13 (Jan. 14, 2014). <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/index.html>.

идентичности государств — участников Евросоюза и определить, в свою очередь, конституционную идентичность составной частью национальной идентичности той или иной страны. Сочетание национальной и конституционной идентичностей в рамках Европейского союза можно образно представить в виде ленты Мебиуса.

Формы такого сочетания многочисленны и увлекательны. Ограничимся примерами трех стран, предпринимающих значительные усилия по защите своей конституционной идентичности: Люксембурга, Венгрии и Израиля. Объединяющим признаком выборки стал фактор размера — речь пойдет о весьма небольших по территории и населению государствах. Необходимо с пониманием относиться к тому, что именно небольшие страны в первую очередь склонны переживать об опасности потери своей идентичности.

ВЕЛИКОЕ ГЕРЦОГСТВО ЛЮКСЕМБУРГ

В попытке обосновать правовые нормы, действие которых объяснялось требованием сохранения национальной идентичности Великого Герцогства Люксембург, люксембургским юристам приходится в полной мере использовать свойство, которое усилиями их соотечественников-писателей принято считать национальной чертой жителей этой страны, — двуличность¹. Далеко не всегда эти старания дают должные результаты. Суд Европейского союза в решении от 2 июля

¹ Злые языки утверждают, что слово «двуличность» не в полной мере характеризует феномен многоликости применительно к стране, испытывающей на протяжении всей истории сильнейшее влияние трех государств: Франции, Германии и Бельгии. Основными написанными на люксембургском языке произведениями, раскрывающими национальную идентичность Люксембурга, считаются поэма Мишеля Роданжа «Лис в человеческом обличи» (1872), роман Лео Мулена «Лис» (1968) и роман Эмиля Коллинга «Лис во время войны» (1978). См. подробнее: Казакова Е.В. Люксембургский национальный код в рецепции европейской сатирической традиции (на примере «Романа о Лисе») // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. Серия «Филология. Искусствознание». 2014. № 2 (3). С. 56–58.