

Трансформативный конституционализм в Люксембурге: как Суд может поддерживать демократический транзит

Армин фон Богданди* Лук Димитриос Спикер**

* Армин фон Богданди - доктор права, профессор, Директор Гейдельбергского Института Макса Планка сравнительного публичного и международного права.

**Лук Димитриос Спикер – доктор права, ведущий научный сотрудник Гейдельбергского Института Макса Планка сравнительного публичного и международного права.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность авторам за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Armin von Bogdandy и Luke Dimitrios Spieker, Transformative Constitutionalism in Luxembourg: How the Court Can Support Democratic Transitions**, в: Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2022 – 14.

Содержание:

Введение	3
I. Особенности трансформативного конституционализма	4
А. Основные цели: преодоление системных недостатков	5
В. Действующие акторы: трансформативный мандат судов	7
С. Критика: возражения во имя демократии	8
II. Трансформативный конституционализм в Суде Евросоюза: мобилизация евросоюзных ценностей	9
А. Прорыв	10
В. Доктрина	12
С. Пределы	18

III. К вопросу о доктрине демократических транзитов	22
А. До выборов	22
1. Нерешительность на данный момент	23
2. Потенциал будущего	25
В. После выборов	29
1. Польша: восстановление независимой судебной системы	30
2. Венгрия: разрушение конституционных устоев	35
Заключение	39

Аннотация

Под давлением нелиберальных тенденций развития в Польше и Венгрии Суд Европейского Союза в целях противодействия им приступил к «мобилизации» ценностей Евросоюза, предусмотренных в статье 2 Договора о Европейском Союзе. Первоначально Суд концентрировался на защите этих ценностей от конкретных национальных мер. Однако преодоление глубоко укоренившихся недостатков в этих государствах-членах требует времени, усилий и поддержки. Поэтому мы предлагаем взглянуть на ситуацию с более дальновидной стратегической точки зрения, а именно: рассматривать судебную практику Суда в категориях «трансформативного конституционализма» (*transformative constitutionalism*). Такая постановка вопроса обеспечивает более конструктивное отношение к преобразованиям общества, осуществляемого и направляемого Судом. На этом фоне Суд может стать активным союзником в поддержке демократических преобразований в государствах-членах, страдающих от системных дефицитов. Такая поддержка может принимать две основные формы. Во-первых, Суд может настаивать на обеспечении государствами-членами фундаментальных предпосылок для демократических перемен. В частности, он должен осуществлять судебный контроль того, насколько соблюдаются государствами-членами основополагающие права, закрепленные в Хартии, такие как свобода слова, права СМИ и академические свободы, а также другие минимальные демократические стандарты. Во-вторых, Суд может поддержать вновь избранные правительства в их усилиях по возвращению их стран на путь либеральной демократии, например, путем исключения неадекватностей перегруженной судебной системы или путем устранения партийно-политических посягательств на конституционные устои.

Введение

Уже более десяти лет происходящие в Венгрии и Польше события, находящиеся в противоречии с либеральными принципами, представляют собой все более серьезный вызов Европейскому Союзу и самой идее либеральной демократии. Хотя европейские законодательные органы наконец-то приняли регулирование об обусловленности предоставляемого Евросоюзом финансирования соблюдением принципов верховенства права, реальные политические процессы, похоже, вряд ли способны адекватно ответить на этот вызов. Поэтому в очередной раз Суд встал на защиту стоящей на повестке дня программы европейской интеграции¹ - на этот раз путем мобилизации общих ценностей Евросоюза. Подталкиваемая событиями в Польше и Венгрии, судебная практика Суда развивалась с беспрецедентной скоростью.²

Мы предлагаем переосмыслить эту практику как форму выражения трансформативного конституционализма. В основе этой концепции лежит вопрос о том, как конституционное судопроизводство может стимулировать социально-общественные преобразования (раздел I). В чем дополнительная ценность такого подхода? Во-первых, он позволяет лучше понять проблематику в целом. Для Венгрии и Польши не существует быстрого решения. Даже если соответствующие правительства сменятся, потребуется время, усилия и поддержка для преодоления укоренившихся, системных недостатков и восстановления демократии. Трансформативный конституционализм проливает свет на такие процессы и дает необходимую информацию из других юрисдикций, сталкивающихся с подобными проблемами. Во-вторых, эта концепция может оправдать активное участие суда в подобных трансформативных процессах. Вмешательство Суда Европейских Сообществ (СЕС) критикуется как очередная узурпация власти Люксембургом не только противодействующими правительствами

¹ Более подробно см. Koen Lenaerts, *Some Thoughts About the Interaction Between Judges and Politicians in the European Community*, 12 Y.B. EUR. L. 1, 2, 10 (1992); PIERRE PESCATORE, *THE LAW OF INTEGRATION* at 89 (1974); ROBERT LECOURT, *L'EUROPE DES JUGES* at 306-307 (1976).

² Обзор судебной практики СЕС, касающейся принципа правового государства и верховенства права, см. DIMITRY KOCHENOV & LAURENT PECH, *RESPECT FOR THE RULE OF LAW IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE* (2021). В более широком контексте см. LUKE D. SPIEKER, *EU VALUES BEFORE THE COURT* (PhD thesis, Univ. Frankfurt, 2022).

государств-членов, но и национальными конституционными судами и учеными-теоретиками. Рассмотрение решений в терминах трансформативного конституционализма обеспечивает конструктивное отношение к преобразованиям общества, осуществляемым судебной властью.

Либеральная демократия не может быть навязана извне. Безусловно, она в конечном итоге должна возникнуть внутри общества, в частности путем избрания нового правительства. Однако внешние силы могут поддержать такие процессы самоисцеления. С учётом этого мы покажем, как СЕС задействовал и мобилизовал ценности Союза, и рассмотрим основания, оправдывающие такое широкое толкование его мандата (Раздел II). Затем мы рассмотрим потенциал этой судебной практики для демократических преобразований (раздел III). В последние годы Суд сосредоточился на защите европейских ценностей в ответ на нелиберальные вызовы в государствах-членах. Мы предлагаем расширить пределы горизонта Суда, приняв более дальновидную перспективу. Судебные решения могут поддержать демократические преобразования как до, так и после выборов. До выборов Суд может стремиться обеспечить предварительные условия для демократических процессов. После проведения выборов он может оказать поддержку новым правительствам в восстановлении соответствующих правовых систем сообразно общим ценностям Союза.

I. Особенности трансформативного конституционализма

Концепция трансформативного конституционализма возникла на т.н. Глобальном Юге. Первоначально это понятие было введено *Карлом Кларе* (*Karl Klare*) в связи с исследованием проблем конституционного судопроизводства в Южной Африке в эпоху *Манделы*. "Под преобразующим конституционализмом", говорит *Кларе*, "я подразумеваю долгосрочный проект принятия, толкования и применения конституции, направленный ... на преобразование политических и социальных институтов страны и властных отношений в направлении усиления реализации принципов демократии, широкого политического участия и равенства".³ Тем не менее, трансформативный конституционализм

³ Karl E. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, 14 S. AFR. J. HUM. RTS. 146, 150 (1998). Обзор данного подхода см. Karin van Marle, *Transformative Constitutionalism as/and Critique*, 20 STELLENBOSCH L. REV. 286 (2009).

допускает очень разные толкования. По нашему мнению, он означает судебную практику интерпретации и применения конституционных положений с целью преодоления системных недостатков в данном конкретном обществе. Далее мы кратко опишем его основные цели, средства и акторов.

А. Основные цели: преодоление системных недостатков

Существует две основных линии в понимании трансформативного конституционализма. Более широкое включает в себя практически любую прогрессивную конституционную юриспруденцию.⁴ Наше (более требовательное) понимание сужает его до практик, направленных на устранение системных недостатков.⁵ Речь идет о нарушениях, которые происходят повсеместно с определенной регулярностью и постоянством. Системные недостатки - это не исключение, а скорее глубоко укоренившаяся характеристика. Они часто возникают, когда правовая система не имеет "достаточных структурных гарантий для самостоятельной коррекции возникшей проблемы".⁶ В результате рушится доверие к закону. Системные недостатки могут проявляться в самых разных формах, масштабах и степени интенсивности. Наиболее хорошо изученные примеры включают в себя расовую сегрегацию в Соединенных Штатах, апартеид в Южной Африке или неустойчивую государственность в Колумбии. Некоторые государства-члены ЕС также сталкиваются с системными недостатками, будь то слабость публичных институтов или дефекты демократии.

Трансформативный конституционализм описывает практику интерпретации и применения конституционных положений с целью преодоления таких недостатков. Три архетипа правового порядка, предложенные *Нонетом* (*Nonet*) и *Селзником* (*Selznick*), помогают понять эту функцию конституционного права.⁷ Первый тип - это т.н. *репрессивное*

⁴ См. например Michaela Hailbronner, *Transformative constitutionalism: Not only in the Global South*, 65 AM. J. COMP. L. 527 (2017).

⁵ Armin von Bogdandy & René Urueña, *International Transformative Constitutionalism in Latin America*, 114 AM. J. INT'L L. 403–442 (2020). В европейском контексте см. Armin von Bogdandy, *Principles of a systemic deficiencies doctrine*, 57 COMMON MKT. L. REV. 705 (2020).

⁶ Мнение Генерального адвоката Bobek, *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim, Joined Cases C-748 to 754/19, EU:C:2021:403*, 150.

⁷ PHILIPPE NONET & PHILIP SELZNICK, *LAW AND SOCIETY IN TRANSITION: TOWARD RESPONSIVE LAW* (1978). См. также Manuel J. Cepeda Espinosa, *Responsive Constitutionalism*, 15 ANN. REV. L. SOC. SCI. 21 (2019).

право (repressive law), в котором основная функция правовой системы состоит в том, чтобы сделать власть более эффективной. Право подчинено политике силового давления, юридическая аргументация основана на целесообразности, применение принуждения сдерживается слабо. Черты этого типа можно обнаружить в Польше и Венгрии. Во-вторых, существует тип *автономного права (autonomous law)*, где правовые институты не зависят от прихоти политики, где требуется здравая юридическая аргументация и где принуждение подчиняется правовым ограничениям. Наконец, они предлагают форму *реагирующего права (responsive law)*, при которой правовая система решает насущные социальные проблемы. Ее цель мобилизовать потенциал закона для содействия социальным преобразованиям. Трансформативный конституционализм вписывается в эту последнюю категорию.⁸

Трансформативный конституционализм требует решительности, терпения и настойчивости. Социальные преобразования требуют времени, а системные недостатки не могут быть преодолены в одночасье. Соответственно, оперативное исполнение не может быть главным критерием оценки состоятельности судебного решения.⁹ Это особенно касается решений против несговорчивых правительств. Критерием успеха в таких ситуациях является скорее их более широкое воздействие. Судебные решения имеют такое воздействие, когда они оказывают давление на соответствующее правительство и поддерживают предпринимаемые на внутригосударственном уровне правовые усилия в борьбе за демократические преобразования, т.е. поддерживают граждан в отстаивании своих прав, организации - в противодействии нарушениям, а учреждения - в достижении добросовестного применения закона.

⁸ В этом смысле см. также Ximena Soley, *The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence*, in *TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA* at 337, 342 (Armin von Bogdandy et al., 2017).

⁹ См. James L. Cavallaro & Stephanie Erin Brewer, *Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court*, 102 *AM. J. INT'L L.* 768, 771 et seq. (2008); Rene Urueña, *Compliance as transformation: the Inter-American system of human rights and its impact(s)*, in *RESEARCH HANDBOOK ON COMPLIANCE IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW* at 225 (Rainer Grote, Mariela Morales Antoniazzi & Davide Paris eds., 2021). Однако, подчеркивая важность соблюдения см. Antonio A. Cançado Trindade, *Compliance with Judgments and Decisions - The Experience of the Inter-American Court of Human Rights: A Reassessment*, *REVISTA DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS* 29 (2013).

В. Действующие акторы: трансформативный мандат судов

Трансформативный конституционализм является совокупным продуктом действий разнообразных акторов, включая суды, чиновников, омбудсменов, прокуроров, ученых, журналистов, НПО и, не в последнюю очередь, кадровых политиков. Для этого сообщества трансформативный конституционализм - это не только право, но и общественно-социальная практика.¹⁰ Соответственно, судебные решения - это лишь элемент трансформативного конституционализма. Тем не менее, это понятие тесно связано с ростом "активистских" судов на Глобальном Юге.¹¹ Как таковые, суды остаются центральными действующими акторами. Межамериканский суд по правам человека олицетворяет собой образ наднационального суда, наделенного трансформативным мандатом. Принятие национальных конституций с щедрыми каталогами прав человека в сочетании с конституционными положениями, которые открыли национальные правовые системы для Американской конвенции прав человека (АКПЧ), подкрепляют этот мандат.¹² После падения ряда авторитарных режимов в 1980-х годах многие латиноамериканские общества приняли Межамериканскую систему, чтобы предотвратить возможность возврата к авторитарному правлению.¹³ Такие конституционные тексты можно интерпретировать как выражение ожиданий государств и гражданских обществ, что Американская конвенция прав человека является активным союзником в реализации национальных программ преобразований.¹⁴ Выполняя этот трансформативный мандат, АКПЧ способствует разрешению внутренних блокад и инициирует действия там, где структуры власти, политический коллапс или бюрократическая инерция стоят на пути перемен или где происходит возвращение к прежним формам.

¹⁰ Более детально см. von Bogdandy & Urueña, *supra* note 8, 413 et seq.

¹¹ См. например COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES (Roberto Gargarella et al. eds., 2006); CONSTITUTIONALISM OF THE GLOBAL SOUTH: THE ACTIVIST TRIBUNALS OF INDIA, SOUTH AFRICA, AND COLOMBIA (Daniel Bonilla Maldonado ed., 2013); TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM: COMPARING THE APEX COURTS OF BRAZIL, INDIA AND SOUTH AFRICA (Oscar Vilhena, Upendra Baxi & Frans Viljoen eds., 2013).

¹² Об этих внутренних положениях см. Manuel Eduardo Góngora-Mera, *The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a Ius Commune*, in Armin von Bogdandy et al., *supra* note 8, at 235.

¹³ По вопросу об аналогичных процессах в Центральной и Восточной Европе см. THE IMPACT OF THE ECHR ON DEMOCRATIC CHANGE IN CENTRAL AND EASTERN EUROPE. JUDICIAL PERSPECTIVES (Iulia Motoc & Ineta Ziemele eds., 2016)

¹⁴ von Bogdandy & Urueña, *supra* note 8, 431 et seq.

С. Критика: возражения во имя демократии

Подход к правовым текстам с целью осуществления преобразований глубоко укоренившихся структур неизбежно вызывает споры. Многие критики трансформативного конституционализма задаются вопросом, могут ли суды интерпретировать тексты с трансформативной точки зрения, особенно когда это противоречит решениям выборных органов. В ряде случаев, это приводит к общему вопросу о превышении судейских полномочий, теме, которая обсуждалась с большим энтузиазмом и значительными теоретическими усилиями.¹⁵ Мы не собираемся возобновлять эти давние дебаты, а лишь подчеркнём два соображения, которые оправдывают более позитивное отношение к трансформативной деятельности судов.

Во-первых, мы призываем к учёту контекста (т.н. контекстно-зависимый подход; *context-sensitivity*). Контур мандата суда зависят от конкретного специфического контекста. Для того, чтобы сбалансировать соотношение между правом и политикой, существует более, чем один способ. Ключевым является конкретный конституционный контекст.¹⁶ В договорах ЕС, в частности, нашёл своё отражение выбор в пользу сильной судебной системы. Вся структуру договорных инструментов пронизывает важное положение СЕС в институциональной системе Союза, сравнимое с положением наиболее влиятельных конституционных судов.¹⁷ Этот выбор в пользу сильной судебной власти должен быть учтён при рассмотрении вопроса о том, вышел ли Суд за рамки установленных пределов своих полномочий.

Во-вторых, мы ставим под вопрос мнение, что "активизм" судов, что бы это ни означало, ведет к деполитизации. Некоторые авторы утверждают, что судебные процедуры и решения приводят к юридизации и, тем самым, к деполитизации социальных тем, что, в свою очередь, препятствует успешному решению важных социальных проблем.¹⁸ Мы наблюдаем, скорее, обратное. В действительности, судебные процедуры часто могут стимулировать и повышает эффективность публичного дискурса. Это

¹⁵ Краткий обзор европейской дискуссии см. напр. VICTOR FERRERES COMELLA, *CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES: A EUROPEAN PERSPECTIVE* at 86 et seq. (2009). О проблемах и вызовах на уровне ЕС см. *JUDICIAL ACTIVISM AT THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE* (Mark Dawson et al. eds., 2013).

¹⁶ Dieter Grimm, *Constitutional Adjudication and Democracy*, in *CONSTITUTIONALISM* at 213, 217-219 (2016).

¹⁷ См., например ALEC STONE SWEET, *THE JUDICIAL CONSTRUCTION OF EUROPE* at 1 (2004).

¹⁸ См. в частности Ran Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, 11 *ANN. REV. POL. SCI.* 93 (2008).

становится особенно важным, когда политический процесс оказывается недостаточно дискурсивным или инклюзивным.¹⁹ В этом смысле юридизация может предоставить новые площадки для выявления структурных недостатков и новый язык для формулирования требований - все это признаки политизации, а не деполитизации. Иными словами, она не ограничивает, а порождает и формирует политические процессы. Таким образом, юридизация и политизация могут быть конструктивно связаны.

II. Трансформативный конституционализм в Суде Евросоюза: мобилизация евросоюзных ценностей

Широко признано, что прецедентное право Европейского суда является действенным и трансформативным. Многие исследователи даже преподносят решения Суда в конституционных категориях.²⁰ В этом свете такие решения, как *Van Gend en Loos* и *Costa/ENEL*, могут восприниматься как выражение трансформативного конституционализма. Однако это затушевывает тот факт, что первоначальный путь интеграции имел в основном экономическое, а не конституционное направление. Конечно, в этом прецедентном праве есть конституционалистские элементы, например, когда Суд разрабатывал основные права ЕС или усиливал участие и роль Европейского парламента. Но эти нововведения с 1960-х по 1990-е годы скорее понимались как поддержка функциональной рыночной интеграции, а не трансформативный конституционализм.

Основы для более субстанциальной конституционной юрисдикции впервые были заложены в статье 6(1) Амстердамского Договора о ЕС. После Лиссабона общее европейское «конституционное ядро» закреплено в статье 2 Договора о ЕС. Сначала Суд принял это конституционное ядро лишь довольно нерешительно. В течение многих лет системные недостатки демократических конституций государств-членов оставались вне поля его зрения. Показательно, как СЕС отнесся к реорганизации венгерской судебной системы, проведенной новоизбранным

¹⁹ См., например Susanne Baer, *Who cares? A defence of judicial review*, 8 J. BRIT. ACAD. 75, 95 et seq. (2020). Обоснование "представительность аргументации" высших судов, см. у Luís Roberto Barroso, *Countermajoritarian, Representative, and Enlightened*, 67 AM. J. INT'L L. 109, 130 (2019); Mattias Kumm, *On the Representativeness of Constitutional Courts*, in JUDICIAL POWER at 281, 287 (Christine Landfried ed., 2019).

²⁰ См. В частности Eric Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, 75 AM. J. INT'L L. 1 (1981).

правительством *Орбана (Orbán)*, что привело к досрочной отставке многих судей. Когда в 2012 году Комиссия возбудила судебное разбирательство о нарушении, Суд рассмотрел эти меры - как и было заявлено - как вопрос возрастной дискриминации, обойдя тем самым конституционное и системное измерение.²¹ В конечном итоге, это решение не спасло независимость венгерской судебной системы. Напротив, ситуация неуклонно ухудшалась. При этом ещё в 2017 году председатель Суда *Коэн Ленаэртс (Koen Lenaerts)* подчеркнул, что вне рамок права ЕС Договоры возложили на политические институты ЕС - через процедуру, предусмотренную статьей 7 ДЕС, - контроль за соблюдением статьи 2 Договора о ЕС.²²

А. Прорыв

В ответ на реорганизацию польской судебной системы Суд, однако, изменил курс. Эта реорганизация осуществлялась путем принуждения судей к отставке, установления политического контроля над процедурами назначения судей и угрозы принятия дисциплинарных мер в отношении возражающих судей.²³ В то время, как инструментарий ЕС для противодействия подобным событиям в течение последних лет развивался,²⁴ политический процесс оставался поразительно инертным.²⁵ Обе процедуры по Статье 7 ДЕС, возбужденные против Польши и Венгрии, годами находились на рассмотрении зашедшего в тупик Совета. В этих чрезвычайных обстоятельствах Суд предпринял экстраординарный шаг. Он вторгся на неизведанную территорию, мобилизовал общие ценности Союза и стал центральным форумом для рассмотрения их нарушений.

²¹ *Comm'n v. Hungary*, Case C-286/12, EU:C:2012:687, 24 et seq. См. также Gábor Halmaj, *The Early Retirement Age of the Hungarian Judges*, in *EU LAW STORIES* at 471 (Fernanda Nicola & Bill Davies eds., 2017).

²² Koen Lenaerts & José A. Gutiérrez-Fons, *Epilogue on EU Citizenship: Hopes and Fears?*, in *EU CITIZENSHIP AND FEDERALISM* at 751, 774 (Dimitry Kochenov ed., 2017).

²³ О статус-кво в этом отношении см. напр. the Commission's 2021 Rule of Law Report, especially the country chapters on Hungary (SWD(2021) 714 final) and Poland (SWD(2021) 722 final). Более подробно см. WOJCIECH SADURSKI, *POLAND'S CONSTITUTIONAL BREAKDOWN* (2019).

²⁴ См. например Laurent Pech, *The Rule of Law in the EU*, in *THE EVOLUTION OF EU LAW* at 307 (Paul Craig & Gráinne de Búrca eds., 3rd edn., 2021).

²⁵ См. например R. Daniel Kelemen, *Appeasement, Ad Infinitum*, 29 *MAASTRICHT J. EUR. & COMP. L.* 177 (2022); Gráinne de Búrca, *Poland and Hungary's EU membership: On not confronting authoritarian governments*, *INT'L J. CONST. L.* (2022) (forth.).

Перелом в судебной практике произошел в 2018 году с принятием Судом постановления по делу *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.²⁶ С этим решением СЕС приступил к операционализации и практическому применению ценностей, закрепленных в статье 2 ДЕС, и рассмотрению системных недостатков в государствах-членах. На первый взгляд, дело представлялось довольно беспроblemным.²⁷ Оно касалось сокращения заработной платы португальских судей, принятого в контексте реализации программы финансовой помощи ЕС. Суд, рассматривавший дело, задался вопросом, нарушают ли эти сокращения независимость судебной власти. Отвечая на этот вопрос, СЕС опирался на статью 19(1)(2) ДЕС, которая подразумевает обязательство государств-членов гарантировать независимость судебной власти.²⁸ Государства-члены должны обеспечить независимость любого суда, который "может выносить решения ... по вопросам, касающимся применения или толкования права ЕС".²⁹ Учитывая широкие рамки права Союза сегодня, это включает в себя всю судебную систему государства-члена.³⁰

Суд обосновывает такой широкий охват, ссылаясь на статью 2 ДЕС. Он утверждает, что статья 19 ДЕС "придает конкретное выражение" ценности верховенства права в статье 2 ДЕС.³¹ Эта связь имеет двойной эффект. С одной стороны, статья 19(1)(2) ДЕС операционализирует ценность верховенства права. С другой стороны, толкование статьи 19(1)(2) ДЕС в свете статьи 2 ДЕС оправдывает широкое прочтение ее сферы действия. В этом смысле оба положения дополняют друг друга. Их взаимодействие приводит к взаимному усилению.³² Таким образом, Суд может осуществлять проверку конституционных структур государств-членов, которые ранее представлялись вне пределов его досягаемости. Данное

²⁶ *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, Case C-64/16, EU:C:2018:117.

²⁷ К вопросу о контексте данного решения см. Michal Ovádek, *The making of landmark rulings in the European Union: the case of national judicial independence*, 29 J. EUR. PUB. POLICY (2022) (forth.).

²⁸ *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, 36.

²⁹ *Id.* 40.

³⁰ Так, некоторые авторы утверждают, что этим решением был установлен "квази федеративный стандарт", см. Laurent Pech & Sébastien Platon, *Judicial Independence under Threat*, 55 COMMON MKT. L. REV. 1827, 1847 (2018).

³¹ *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, 32.

³² Более детально см. Luke D. Spieker, *Breathing Life into the Union's Common Values*, 20 GERMAN L. J. 1182, 1204 et seq. (2019). Подчеркивая связь со статьей 2 ДЕС, см. также Lucia S. Rossi, *La valeur juridique des valeurs*, REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT EUROPÉEN 639, 650 (2020); Koen Lenaerts, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, 38 Y.B. EUR. L. 3, 5 (2019); José Martín y Pérez de Nanclares, *La Unión Europea como comunidad de valores*, 43 TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL 121, 135 (2019).

решение СЕС было воспринято как эпохальный «конституционный момент», предвещающий судебную активацию ценностей ЕС. По словам *Коена Ленаэртса*, данное решение "имеет такое же значение, как и такие дела, как *Van Genden Loos*, *Costa/ENEL*, *Simmenthal* или *ERTA* - это решение того же порядка, и мы абсолютно точно осознавали этот конституционный момент".³³

В. Доктрина

Трансформативная юриспруденция тестирует правосудную функцию суда и его поддержку со стороны политической системы, в которую он встроен. Даже самые влиятельные суды нуждаются в такой поддержке.³⁴ В этом смысле Люксембургский суд должен учитывать свои горизонтальные отношения с институтами ЕС, а также свои вертикальные отношения с национальными правительствами и судебными органами государств-членов. Даже если и существует общедействующее "правило соблюдения решений" (*«habit of obedience»*), авторитет Суда не остается неоспоримым.³⁵

В этой связи важно подчеркнуть, что все политические институты ЕС одобрили мобилизацию Судом статьи 2 ДЕС. При разработке и принятии спорного регулирования принципа обусловленности все институты согласились обосновать его принятие ссылками на эту судебную практику: Комиссия, Парламент, главы государств и правительств стран в Европейском Совете, а также ответственные министры государств-членов в Совете.³⁶ Соответственно, все институты воспринимают это прецедентное право, как находящееся в пределах мандата Суда. Тем не менее, есть еще и другие институты на национальном уровне, которые требуют убедительных аргументов. В частности, Федеральный Конституционный суд Германии осуществляет мониторинг за тем, придерживается ли его люксембургский коллега своего мандата. Согласно его позиции, это происходит "до тех пор, пока СЕС применяет

³³ Koen Lenaerts, Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue, Speech at King's College London (21 March 2019), <<https://www.youtube.com/watch?v=qBOepzvPBY&t=37s>> [min: 19:23].

³⁴ Ulrich Everling, The Court of Justice as a Decision-Making Authority, 82 MICHIGAN L. REV. 1294, 1308 (1984).

³⁵ Joseph H.H. Weiler, The political and legal culture of European integration, 9 INT'L J. CONST. L. 678, 691 (2011). О стратегиях несоблюдения и сдерживания в государствах-членах см. Andreas Hofmann, Resistance against the Court of Justice of the European Union, 14 INT'L J. L. CONTEXT 258 (2018).

³⁶ См. пункт 12 of Regulation 2020/2092 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget (Dec. 16, 2020), 2020 O.J. (L 433I) 1.

общепризнанные методологические принципы".³⁷ В этом свете мы кратко приведём основные аргументы, подтверждающие юридическую обоснованность шага Суда. Это касается, прежде всего, правовой природы статьи 2 ДЕС, возможностей её применения в судебном порядке и юрисдикции Суда.

Переход от принципов статьи 6(1) ДЕС в редакции Амстердама и Ниццы к ценностям статьи 2 ДЕС ввел в первичное право ЕС многозначные понятия, вызывающее сомнения в правовой природе этого положения.³⁸ В этом духе Конституционный трибунал Польши утверждает, что статья 2 ДЕС не содержит правовых принципов, а лишь ценности "аксиологического значения".³⁹ Подобные ограничения и оговорки делались и институтами ЕС. Даже судья-докладчик по делу *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, выступал за осторожные оценки.⁴⁰ Однако за последние годы деятельность Суда привела к "общему и широкому согласию" относительно правового характера и возможности судебного применения статьи 2 ДЕС.⁴¹

Действительно, существуют убедительные причины, подтверждающие эту точку зрения. Несмотря на семантику, ассоциирующуюся с категориями общих ценностей, формулировка данного положения не исключает возможность такого прочтения. Терминология Договоров часто непоследовательна и вводит в заблуждение.⁴² Так, например, в преамбуле

³⁷ BVerfG, Judgment of 5 May 2020, 2 BvR 859/15, PSPP, 112.

³⁸ О различии между ценностями моральной нормативности и принципами правовой нормативности см. JÜRGEN HA- BERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS at 255 et seq. (1996).

³⁹ См. пресс-релиз, сопровождающий решение суда от 7 октября 2021 года, К 3/21, 19.

⁴⁰ Egils Levits, L'Union européenne en tant que communauté des valeurs partagées, in LIBER AMICORUM ANTONIO TIZZANO at 509, 521 (2018). Более скептически см. Matteo Bonelli, Infringement Actions 2.0: How to Protect EU Values before the Court of Justice, EUR. CONST. L. REV. (2022) (forth.); CHRISTOPH MÖLLERS, THE EUROPEAN UNION AS A DEMOCRATIC FEDERATION at 127 (2018); Jan W. Müller, Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?, 21 EUR. L. J. 141, 146 (2015). См. также Mark Dawson, How Can EU Law Respond to Populism?, 40 OXFORD J. LEGAL STUD. 183, 211 (2020) ('dubious legal grounding'); RICHARD BELLAMY, SANDRA KRÖGER & MARTA LORIMER, FLEXIBLE EUROPE at 79 (2022) ('weakly based judicial rulings').

⁴¹ Contrast Carlos Closa & Dimitry Kochenov, Reinforcement of the Rule of Law Oversight in the European Union, in STRENGTHENING THE RULE OF LAW IN EUROPE at 173, 183 (Werner Schröder ed., 2015) with Kim L. Scheppele, Dimitry Kochenov & Barbara Grabowska-Moroz, EU Values Are Law, after All, 38 Y.B. EUR. L. 3, 67 (2020).

⁴² Dimitry Kochenov, The Acquis and Its Principles, in THE ENFORCEMENT OF EU LAW AND VALUES at 9, 10 (Id. & András Jakab eds., 2017); Rudolf Streinz, Principles and Values in the European Union, in LIABILITY OF MEMBER STATES FOR THE

понятия "ценности" и "принципы" используются как взаимозаменяемые. Систематически, ценности статьи 2 ДЕС изложены в оперативной части юридического текста - ДЕС. Они применяются публичными учреждениями в законодательно определенных процедурах (статьи 7, 13(1) или 49(1) ДЕС), а их игнорирование приводит к санкциям, которые носят правовой характер. Также исторически существуют важные аргументы в пользу правового характера ценностей статьи 2 ДЕС. Ее предшественница, статья 6(1) Договора ЕС в редакции Ниццы и Амстердама, называла их принципами. Материалы к Европейской конвенции, которые терминологически ввели семантику ценностей, ясно показывают, что составители не намеревались ослабить юридическую силу этого положения.⁴³ Преобладало понимание, что ценности, закрепленные в статье 2 ДЕС, являются "прямыми наследницами" прежних принципов статьи 6(1) Договора ЕС в редакции Ниццы и Амстердама.⁴⁴

Более проблематичным является возможность применения данного положения в судебном разбирательстве. Следует признать, что ценности статьи 2 ДЕС детерминированы крайне неопределенно.⁴⁵ Критерии прямого действия, то есть осуществления правовой защиты в рамках конкретного судебного разбирательства, требуют, чтобы соответствующее положение права ЕС было ясным, точным и безусловным. По этой причине в Суде высказываются сомнения в том, что статья 2 ДЕС может применяться как самостоятельно действующее и применимое положение.⁴⁶ Генеральный адвокат *Танчев (Tanchev)* в 2018 году утверждал, что статья 2

VIOLATION OF FUNDAMENTAL VALUES at 9, 10 (Armin Hatje & Lubos Tichý eds., 2018).

⁴³ Из секретариата Конвенции см. Alain Pilette & Etienne de Poncins, Valeurs, objectives et nature de l'Union, in GENÈSE ET DESTINÉE DE LA CONSTITUTION EUROPÉENNE at 287, 300-301 (Giuliano Amato et al. eds., 2007); Giuliano Amato & Nicola Verola, Freedom, Democracy, the Rule of Law, in THE HISTORY OF THE EUROPEAN UNION: CONSTRUCTING UTOPIA at 57, 60, 74 (Giuliano Amato et al. eds., 2019); Clemens Ladenburger & Pierre Rabourdin, La constitutionnalisation des valeurs de l'Union. Commentaire sur la genèse des articles 2 et 7 du Traité sur l'Union européenne, REVUE DES AFFAIRES EUROPEENNES 231, 236 (2022).

⁴⁴ Florence Benoît-Rohmer, Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution, 41 REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT EUROPEEN 261, 262 (2005); TAKIS TRIDIMAS, THE GENERAL PRINCIPLES OF EU LAW at 15 (2007, 2nd edn.).

⁴⁵ Arguing against its justiciability, see e.g. Bonelli, supra note 40; Tom L. Boeckstein, Making Do With What We Have: On the Interpretation and Enforcement of the EU's Founding Values, 23 GERMAN L.J. 431, 437 (2022); Pekka Pohjankoski, Rule of law with leverage, 58 COMMON MKT. L. REV. 1341, 1345 et seq. (2021).

⁴⁶ См. однако по вопросу о самостоятельном исполнении Rossi, supra note 33, 657; Marek Safjan, On Symmetry: in Search of an appropriate Response to the Crisis of the Democratic State, IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA 673, 696 (2020).

ДЕС не является самостоятельным критерием для оценки национального права.⁴⁷ Аналогичным образом, Генеральный адвокат *Пикамяэ (Pikamäe)* заявил, что ценность верховенства права "недостаточна для того, чтобы служить самостоятельным правовым основанием".⁴⁸

До сих пор Суд избегал этого спорного шага. Как указывалось ранее, Суд решил привести в действие статью 2 ДЕС с помощью более конкретных положений Договора. Суд начинает с систематического толкования статьи 2 ДЕС в свете более специального договорного предписания для придания материального содержания и обоснования этих ценностей.⁴⁹ Затем он дополняет этот шаг систематическим толкованием специального договорного предписания в свете статьи 2 ДЕС.⁵⁰ По существу, такой подход может быть применен к любым положениям Договора, которые придают конкретное содержание и выражение какой-либо ценности. В своем решении по делу о регулировании принципа обусловленности Суд подчеркнул, что "статья 2 ДЕС - это не просто изложение политических ориентиров или намерений, она содержит ценности, которые (...) находят конкретное выражение в принципах, содержащих юридически обязательные обязательства для государств-членов".⁵¹ Кроме того, он отметил, что статьи 6, 10-13, 15, 16, 20, 21 и 23 Хартии основных прав определяют объём и содержание таких правовых ценностей как человеческое достоинство, свобода, равенство и уважение прав человека, в то время как статьи 8, 10, 19(1), 153(1) и 157(1) Договора о функционировании ЕС (ДФЕС) обосновывают ценности равноправия, недискриминации и равенства между женщинами и мужчинами.⁵²

В то время как операционализация статьи 2 ДЕС через конкретные положения Договора стало устоявшейся практикой, вопрос о её самостоятельном (автономном) применении остается нерешенным. Дела по вопросам судебной системы на Мальте и в Румынии могут свидетельствовать о дальнейшем движении в этом направлении. Хотя Суд по-прежнему использует статью 2 ДЕС и статью 19(1)(2) ДЕС в качестве кумулятивных критериев, он поставил статью 2 ДЕС в центр. Государствам-членам запрещено принимать меры, которые ведут к

⁴⁷ Opinion of Advocate General Tanchev, A.B. and Others, Case C-824/18, EU:C:2020:1053, 35.

⁴⁸ Opinion of Advocate General Pikamäe, Slovenia v. Croatia, Case C-457/18, EU:C:2019:1067, 132-133.

⁴⁹ Об этом методе см. THOMAS MÖLLERS, LEGAL METHODS at 259 et seq. (2020).

⁵⁰ 50 Understanding this step rather as a teleological interpretation, see KOEN LENAERTS & JOSE A. GUTIERREZ-FONS, LES METHODES D'INTERPRETATION DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE at 61 et seq. (2020).

⁵¹ Hungary v. Parliament and Council, Case C-126/21, EU:C:2021:974, 232.

⁵² Id. 157 et seq.

"снижению уровня защиты ценности верховенства права, ценности, которая находит конкретное выражение, в частности, в статье 19 ДЕС".⁵³ Аналогичным образом, Комиссия непосредственно основывала свою позицию в рамках инициирования процедуры о нарушении прав ЛГБТ-сообщества в Венгрии и Польше на статье 2 ДЕС: "Из-за тяжести этих нарушений оспариваемые положения также нарушают ценности, изложенные в статье 2 ДЕС".⁵⁴

Однако, даже если статья 2 ДЕС содержит правовые принципы, подлежащие защите, Суд может не обладать юрисдикцией (компетенцией) для их оценки и применения. Этот аргумент может быть выдвинут в двух плоскостях. Суд может быть на общем уровне полностью исключен из рассмотрения вопроса о соблюдении статьи 2 ДЕС в государствах-членах. С одной стороны, можно утверждать, что процедуры о нарушениях разработаны для борьбы с нарушениями права ЕС в конкретных случаях.⁵⁵ Статья 258 ТФЕУ упоминает "обязательство по Договорам" в единственном числе, а не масштабные недостатки. Во-вторых, статья 7 ДЕС в совокупности со статьей 269 ДФЕС может интерпретироваться как *lex specialis* для практического применения ценностей ЕС, что препятствует параллельным процедурам согласно статьям 258 или 267 ДФЕС.⁵⁶

Тем не менее, эти аргументы не кажутся убедительными. Во-первых, не существует причин, объясняющих, почему Комиссия не должна решать структурные вопросы, помимо индивидуальных нарушений права ЕС.⁵⁷ Ни систематические повторяющиеся нарушения, ни меры против общих и

⁵³ См. например *Repubblica*, Case C-896/19, EU:C:2021:311, 63; *Asociația 'Forumul Judecătorilor din România' and Others*, Joined Cases C-83, 127, 195, 291, 355 & 397/19, 162; *Comm'n v. Poland (Régime disciplinaire des juges)*, Case C-791/19, EU:C:2021:596, 51.

⁵⁴ European Commission, *EU founding values: Commission starts legal action against Hungary and Poland for violations of fundamental rights of LGBTIQ people* (15 July 2021), IP/21/3668.

⁵⁵ См. например Hermann-Josef Blanke, *Article 7, in THE TREATY ON EUROPEAN UNION (TEU): A COMMENTARY* at 7 et seq. (Id. & Stelio Mangiameli eds., 2013).

⁵⁶ См. например Editorial, *Safeguarding EU values in the Member States*, 52 COMMON MKT. L. REV. 619, 626 et seq. (2015). См. также Bonelli, *supra* note 40; Peter Van Elswege & Femke Gremmelprez, *Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, 16 EUR. CONST. L. REV. 8, 9 (2020); Bernd Martenczuk, *Art. 7 EUV und der Rechtsstaatsrahmen als Instrument der Wahrung der Grundwerte der Union*, in *VERFASSUNGSKRISEN IN DER EUROPÄISCHEN UNION* at 41, 45 (Stefan Kadelbach ed., 2018).

⁵⁷ См. в частности Kim L. Scheppele, *Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, in *REINFORCING RULE OF LAW OVERSIGHT IN THE EUROPEAN UNION* at 105 (Carlos Closa & Dimitry Kochenov eds., 2016); Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis*, 55 COMMON MKT. L. REV. 1061, 1069 et seq. (2018).

постоянных нарушений не представляются особенно революционными.⁵⁸ Кроме того, повышенные процессуальные и материальные условия статьи 7 ДЕС не исключают параллельных процедур в Суде, поскольку обе процедуры совершенно разные по логике и последствиям.⁵⁹ В то время как предметом регулирования статьи 7 ДЕС является политическая процедура, которая может привести к приостановлению прав государства-члена, Суд действует в рамках судебного разбирательства, которое может привести к санкциям по статье 260 ДФЕС. В отличие от прежних договоров, Лиссабонский не содержит положений, которые бы выводили основополагающие принципы ЕС из-под контроля Суда.⁶⁰ Вместе с тем, СЕС пользуется "юрисдикцией по умолчанию".⁶¹ Поскольку статья 269 ДФЕС представляет собой исключение из общей юрисдикции, она должна толковаться узко.⁶²

При более узком подходе отдельные авторы исходят из того, что Суд не обладает юрисдикцией для обеспечения соблюдения ценностей, предусмотренных статьей 2 ДЕС, за пределами областей, охватываемых компетенцией ЕС. В 2014 году юридическая служба Совета утверждала, что практическое применение ценностей ЕС за рамками статьи 7 ДФЕС исключено "в контексте, не связанном с конкретной материальной компетенцией" ЕС.⁶³ Однако Суд с достаточно широким обоснованием сформулировал обратное. Хотя организация судебной системы в государствах-членах относится к компетенции государств-членов, "факт остается фактом: при осуществлении этой компетенции государства-члены

⁵⁸ См. например LUCA PRETE, *INFRINGEMENT PROCEEDINGS IN EU LAW* at 54 et seq. (2017); KOEN LENAERTS, IGNAZ MASELIS & KATHLEEN GUTMAN, *EU PROCEDURAL LAW* at 5.11 et seq. (2014),

⁵⁹ Мнение Генерального адвоката Tanchev, *Comm'n v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, Case C- 619/18, EU:C:2019:325, 50. См. также Schmidt & Bogdanowicz, *supra* note 57, 1061, 1072 et seq.; Rossi, *supra* note 33, at 655 et seq.; VASSILIOS SKOURIS, *ДЕМОКРАТИЕ UND RECHTSSTAAT* at 50 et seq. (2018).

⁶⁰ В соответствии со ст. 46(d) ДЕС в редакции Ниццы Суд обладал юрисдикцией только в отношении ст. 6(2), но не в отношении "принципов" согласно ст. 6(1).

⁶¹ Мнение Генерального адвоката Vobek, *Hungary v. Parliament*, Case C-650/18, EU:C:2020:985, 35.

⁶² *Hungary v. Parliament*, Case C-650/18, EU:C:2021:426, 31. Убедительные аргументы в подтверждение того, что ст. 269 ДФЕС устанавливает юрисдикцию Суда по рассмотрению подготовительных актов в соответствии со ст. 7 ДЕС, а не ограничивает юрисдикцию, см. *Op. Advoc. Gen., Hungary v. Parliament*, Case C-650/18, EU:C:2020:985, 44.

⁶³ Council, *Opinion of the Legal Service: Commission's Communication on a New EU Framework to Strengthen the Rule of Law: Compatibility with the Treaties*, 10296/14, 16 f. Эта концепция была воспринята и ставшим подконтрольным правительству Конституционным трибуналом Польши, см. пресс-релиз, сопровождающий решение от 7 октября 2021 г., К 3/21, 18 et seq.

должны соблюдать свои обязательства, вытекающие из права ЕС".⁶⁴ В соответствии со Статьей 19(1)(1) ДЕС, Суд призван обеспечить соблюдение права ЕС даже в тех областях, которые относятся к компетенции государств-членов.⁶⁵ Это включает такие вопросы, как гражданство, уголовное право, экстрадиция, прямое налогообложение, имена и фамилии, социальное обеспечение, гражданское состояние или организация систем образования.⁶⁶ Таким образом, проверка соблюдения государствами-членами права ЕС автономна от присвоения правотворческих полномочий.⁶⁷

С. Пределы

Активизация статьи 2 ДЕС, безусловно, имеет далеко идущие последствия. Ее применение может привести к масштабной смене компетенций и полномочий в ущерб автономии, идентичности и своеобразию государств-членов. Чтобы предотвратить превращение статьи 2 ДЕС в "сверхмощный инструмент" конституционной гармонизации, Суд должен проявлять определённую сдержанность.⁶⁸ Конечно, призывы к проявлению судебной сдержанности могут показаться на первый взгляд

⁶⁴ A.K. and Others, Joined Cases C-585, 624 & 625/18, EU:C:2019:982, 75; *Comm'n v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, Case C-619/18, EU:C:2019:531, 52; *Repubblika*, EU:C:2021:311, 48. См. также Serena Menzione, *The organization of the national judiciary: A Competence of the Member States within the Scope of EU Law*, ANNUAIRE DE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE 361 (2020).

⁶⁵ Loïc Azoulay, *The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice*, 4 EUR. J. LEGAL STUD. 192 (2011). См. также Koen Lenaerts, *L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres*, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE JEAN PAUL JACQUÉ at 421 (2010); Lena Boucon, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in THE QUESTION OF COMPETENCE IN THE EUROPEAN UNION at 168 (Loïc Azoulay ed., 2014); MARIA E. BARTOLONI, *AMBITO D'APPLICAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI NAZIONALI* at 119 et seq. (2018).

⁶⁶ См. в частности Tjebbes, Case C-221/17, EU:C:2019:189, 32 (nationality); Rimšēvičs, *Joined Cases C-202 & 238/18*, EU:C: 2019:139, 57 (criminal law); Petruhhin, Case C-182/15, EU:C:2016:630, 30 (extradition); Schumacker, Case C-279/93, EU:C:1995:31, 21 (direct taxation); Grunkin and Paul, Case C-353/06, EU:C:2008:559, 16 (surnames); Kohll, Case C-158/96, EU:C:1998:171, 18-19 (social security); Coman, Case C-673/16, EU:C:2018:385, 37 et seq. (civil status); Bressol, Case C-73/08, EU:C:2010:181, 28 (education).

⁶⁷ Bruno de Witte, *Exclusive Member State Competences – Is There Such a Thing?*, in THE DIVISION OF COMPETENCES BETWEEN THE EU AND THE MEMBER STATES at 59, 62 (Sacha Garben & Inge Govaere eds., 2017).

⁶⁸ В этом смысле Dean Spielmann, *The Rule of Law Principle in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union*, in THE RULE OF LAW IN EUROPE at 3, 19 (María Elósegui et al. eds., 2021).

едва ли обнадёживающими. Многие авторы полагают, что СЕС всегда использовал возможности для расширения своих полномочий и власти. Тем не менее, как заметила судья *Сюзанна Баер (Susanne Baer)*, "суды не самоубийцы", и как правило следуют "естественному призыву к сдержанности".⁶⁹ Существует три основных доктринальных конструкта, которые позволяют ограничить трансформационную юриспруденцию Суда.

Во-первых, мы предлагаем минималистское прочтение статьи 2 ДЕС, а именно как исходной основы и уровня минимально необходимых обязательств. Статья 2 ДЕС должна оставаться "чрезвычайным средством защиты в чрезвычайных ситуациях".⁷⁰ Это соответствует соображениям составителей текста, которые подчеркивали, что статья 2 ДЕС может содержать только "основное ядро" ценностей.⁷¹ Соответственно, такая ценность, как "уважения прав человека" не может охватывать весь спектр прав Хартии, а только наиболее существенные из них.⁷² По словам Генерального адвоката *Кокотт (Kokott)*, "проверка на соответствие статье 2 ДЕС должна ограничиваться контролем соблюдения самого существа этих принципов и прав".⁷³ Хотя "сущность" является сложной концептуальной категорией,⁷⁴ как Суд, так и европейская правовая наука все активнее пытаются раскрыть это понятие.⁷⁵ В этом духе недавняя судебная практика Суда подчеркнула связь между категорией «сущность» и статьей 2 ДЕС.⁷⁶

⁶⁹ Baer, *supra* note 19, 91.

⁷⁰ Op. Advoc. Gen., Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim, EU:C:2021:403, 147.

⁷¹ Praesidium, Draft of Articles 1 to 16 of the Constitutional Treaty, CONV 528/03, at 11.

⁷² См. Уже ранее Armin von Bogdandy et al., Reverse Solange, 49 COMMON MKT. L. REV. 489, 509 et seq. (2012).

⁷³ Мнение Генерального адвоката Kokott, Stoliczna obshtina, rayon 'Pancharevo', Case C-490/20, EU:C:2021:296, 118.

⁷⁴ О методологических неопределенностях см. Orlando Scarcello, Preserving the 'Essence' of Fundamental Rights under Article 52(1) of the Charter, 16 EUR. CONST. L. REV. 647 (2021); Sébastien Van Drooghenbroeck & Cécilia Rizcallah, Art. 52, in CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE at 1249, 1254 et seq. (id. & Fabrice Picod eds., 2nd edn., 2020); Mark Dawson, Orla Lynskey & Elise Muir, What Is the Added Value of the Concept of the 'Essence' of EU Fundamental Rights?, 20 GERMAN L. J. 763 (2019).

⁷⁵ В этом смысле см. Daniel Sarmiento, The Essential Content of EU Fundamental Rights, QUADERNI COSTITUZIONALI 851 (2020); Romain Tinière, Le contenu essentiel des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, 57 CAHIERS DE DROIT EUROPEEN 417, 436 (2021).

⁷⁶ См. В частности Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice), Case C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, 48; Repubblica, EU:C:2021:311, 51; A.B. and Others, EU:C:2021:153, 116.

Во-вторых, Суд мог бы применить стратегию судебного минимализма. Люксембургские судьи в этих рамках призваны воздерживаться от развернутого обоснования и объяснения каждой из провозглашённых ценностей. Вместо этого ими только устанавливаются т.н. красные линии и оценивается, имеет ли место выход за пределы этих линий в конкретном случае.⁷⁷ Другими словами, обоснование должно быть широким с точки зрения контекста, но при этом оставаться узким с точки зрения права. Прецедентное право СЕС дает несколько многообещающих примеров в этом отношении. Многие дела демонстрируют его удивительную чувствительность к контексту.⁷⁸ Кроме того, Суд, похоже, придерживается негативного подхода, подчеркивая, что "ни статья 2 ДЕС, ... ни любое другое положение права ЕС не требует от государств-членов принятия конкретной конституционной модели, регулирующей отношения и взаимодействие между различными ветвями государственной власти".⁷⁹ Также минималистская методология выражена в методе т.н. регрессионного тестирования Суда, изложенном в постановлении по делу *Repubblika*.⁸⁰ Этот тест проверяет, демонстрирует ли государство-член значительный отход (регресс) от ранее существовавших национальных стандартов. Государство-член не может "изменить свое законодательство таким образом, чтобы привести к снижению уровня защиты ценности правового государства".⁸¹ Этот тест в значительной степени нейтрален по отношению к материальным стандартам и позволяет сосуществовать различным концепциям.⁸²

Наконец, у Суда есть возможность смягчить воздействие статьи 2 ДЕС на уровне правоприменения. С одной стороны, он может применить

⁷⁷ von Bogdandy, *supra* note 5, at 732 et seq.

⁷⁸ См. в частности *A.B. and Others*, EU:C:2021:153, 129; *Comm'n v. Poland (Régime disciplinaire des juges)*, EU:C:2020:277, 88-89, 99, 102, 107, 110, 154.

⁷⁹ *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, Case C-430/21, EU:C:2022:99, 43; *Euro Box Promotion*, Joined Cases C-357, 379, 547, 811 & 840/19, EU:C:2021:1034, 229; *A.K. and Others*, EU:C:2019:982, 130.

⁸⁰ Mathieu Leloup, Dimitry Kochenov & Aleksejs Dimitrovs, *Opening the door to solving the 'Copenhagen dilemma'? All eyes on Repubblica v Il-Prim Ministru*, 46 *EUR. L. REV.* 692 (2021); Oliver Mader, *Wege aus der Rechtsstaatsmisere: der neue EU-Verfassungsgrundsatz des Rückschrittsverbots und seine Bedeutung für die Wertedurchsetzung*, 32 *EUROPÄISCHE ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT* 917 (2021); Nicola Canzian, *Indipendenza dei giudici e divieto di regressione della tutela nella sentenza Repubblica*, *QUADERNI COSTITUZIONALI* 715 (2021).

⁸¹ *Repubblika*, EU:C:2021:311, 63. См. также *Comm'n v. Poland (Régime disciplinaire des juges)*, EU:C:2020:277, 51.

⁸² Более подробно см. Luke D. Spieker, *The conflict over the Polish disciplinary regime for judges – An acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law*, 59 *COMMON MKT. L. REV.* 777, 781 et seq. (2022).

логику, подобную той, которая была использована в постановлении по делу *Solange*. Суд не будет применять статью 2 ДЕС до тех пор, пока в целом можно исходить из презумпции её соблюдения.⁸³ Порог для опровержения этой презумпции может быть установлен на двух уровнях. На макроуровне требуется наличие системного недостатка.⁸⁴ На микроуровне Суд может обратить внимание на серьезность индивидуального нарушения в конкретном случае, что само по себе может указывать на лежащие в основе этого системные недостатки. Если умаляется сущность права, то даже единичного случая может быть достаточно, чтобы опровергнуть презумпцию соблюдения провозглашённой ценности. В таком случае серьезность нарушения - если воспользоваться терминологией статьи 7 ДЕС - может перевесить отсутствие длительного характера нарушения. Это касается, например, случаев пыток или внесудебных казней без предоставления доступных средств правовой защиты. С другой стороны, Суд может применить выдержанную в уважительном тоне стратегию уступчивости (*deferential strategy*). В целом, существует два пути реализации "стратегии уступчивости": децентрализованный судебный контроль и пределы свободы усмотрения.⁸⁵ Первый обычно применяется в процедуре предварительного судебного производства и касается вопроса институционального характера, а именно места рассмотрения дела. В отличие от этого, пределы свободы усмотрения, в первую очередь, является вопросом по существу дела и относится к степени интенсивности и глубины или уровню проверки. В то время как Суд уже часто применял первый из названных путей, оставляя окончательные оценки на усмотрение судов, обратившихся с соответствующим запросом,⁸⁶ потенциал пределов усмотрения еще предстоит изучить.⁸⁷

⁸³ См. von Bogdandy et al., supra note 72.

⁸⁴ См. также Op. Advoc. Gen., Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim, EU:C:2021:403, 140-148, 159.

⁸⁵ Jan Zgliniski, The Rise of Deference: The Margin of Appreciation and Decentralized Judicial Review in EU Free Movement Law, 55 COMMON MKT. L. REV. 1341, 1343 et seq. (2018).

⁸⁶ См. в частности Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice), EU:C:2018:586 or A.K. and Others, EU:C:2019:982. Критика в отношении этого деференциального подхода, см. напр. Mathieu Leloup, An uncertain first step in the field of judicial self-government, 16 EUR. CONST. L. REV. 145, 157-158 (2020); Stanisław Biernat & Paweł Filipek, The Assessment of Judicial Independence Following the CJEU Ruling in C-216/18 LM, in DEFENDING CHECKS AND BALANCES IN EU MEMBER STATES at 403, 423 et seq. (Armin von Bogdandy et al. eds., 2021).

⁸⁷ Для оценки см. Spieker, supra note 2, at 266 et seq.

III. К вопросу о доктрине демократических транзитов

Судебная мобилизация ценностей ЕС является важным шагом для либеральной демократии в Европе. Конечно, одни только решения СЕС не могут обратить вспять нелиберальные тенденции в некоторых государствах-членах. Юридические действия - это лишь один из нескольких способов реагирования, и они должны сопровождаться усилиями по укреплению обыкновения уважать ценности, изложенные в Статье 2 ДЕС.⁸⁸ В конечном итоге, переход к подлинной демократии зависит от общества самого государства-члена. Однако если трансформативный конституционализм чему-то и учит нас, так это тому, что суды могут играть определенную роль в поддержке этих обществ в их решении преодолеть нелиберальные правительства. В этом плане мы утверждаем, что СЕС может способствовать демократическим переходам как до проведения выборов нового правительства, и после этого. Он может не только помочь сохранить открытыми каналы для демократических изменений, но и поддержать новые правительства в осуществлении демократических преобразований. В Польше и Венгрии любое новое правительство столкнется с укоренившимися структурами и ситуацией, будь то неразбериха в судебной системе или сложившееся законодательство, предоставляющее преимущества правящей партии. Статья 2 ДЕС может сыграть решающую роль в обоих отношениях. В перспективе это положение может стать центральным элементом формирующейся доктрины демократических транзитов.

A. До выборов

Сохранение каналов демократических изменений открытыми особенно важно в такой правовой системе, как Венгрия. Многие авторы утверждают, что она перестала быть полноценной демократией.⁸⁹ Миссия ОБСЕ, например, отметила, что избирательная кампания 2022 года была отмечена

⁸⁸ О таких дополнительных направлениях см. напр. KRIS GRIMONPREZ, THE EUROPEAN UNION AND EDUCATION FOR DEMOCRATIC CITIZENSHIP. LEGAL FOUNDATIONS FOR EU LEARNING AT SCHOOL (2020); Bojan Bugarić, The Populist Backlash against Europe. Why Only Alternative Economic and Social Policies Can Stop the Rise of Populism in Europe, in EU LAW IN POPULIST TIMES at 477, 493 et seq. (Francesca Bignami ed., 2020).

⁸⁹ Включение Венгрии и Польши в топ-5 " стран с тенденциями к авторитаризму", а Венгрии даже в список "электоральной автократии", см. V-DEM INSTITUTE, DEMOCRACY REPORT 2022, at 33, 45. См. также FREEDOM HOUSE, NATIONS IN TRANSIT 2022.

"отсутствием равных условий", поскольку предвзятость СМИ и правила финансирования избирательных кампаний ограничивали подлинные политические дебаты.⁹⁰ Когда судебная система и парламентская оппозиция вытеснены, когда свободные СМИ, гражданское общество и научные круги систематически заглушаются, когда законы, регулирующие выборы, джерримендеринг, финансирование партий или проведение избирательных кампаний, составлены в пользу правящей партии, смена правительства становится все более маловероятной. Если Суд мобилизует Статью 2 ДЕС против таких мер, он помогает гарантировать основные предпосылки для демократических процессов. Даже критические оценки судебного контроля утверждают легитимность судебных вмешательств, поскольку они обеспечивают функционирование демократического процесса принятия решений.⁹¹ Если на перестройку польской судебной системы Суд отреагировал мощными доктринальными инновациями, то к событиям в Венгрии он подошел гораздо более нерешительно. Мы полагаем, что существует большой потенциал для более активного и жёсткого участия Суда.

1. Нерешительность на данный момент

Комиссия возбудила против Венгрии различные дела о нарушениях, связанных с несоблюдением евросоюзных ценностей. Они касались не только таких мер, как требования венгерских властей, касавшиеся прозрачности для НПО, финансируемых из-за рубежа, но и притеснений академической свободы. В отличие от своих решений относительно польской судебной системы, в этих делах Суд воздержался от мобилизации ценностей Союза. Решение, касающееся НПО, финансируемых из-за рубежа, иллюстрирует этот момент. В 2020 году Комиссия подала иск против венгерского закона, который налагал обязанности по регистрации, отчетности и раскрытию информации на организации гражданского общества, получающие финансирование из-за рубежа.⁹² Такие законы

⁹⁰ OSCE, Hungary, Parliamentary Elections and Referendum, 3 April 2022: Statement of Preliminary Findings and Conclusions. См. уже OSCE, Hungary, Parliamentary Elections, 8 April 2018: Statement of Preliminary Findings and Conclusions; European Parliament, Resolution on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (12 September 2018), 2017/2131(INL), Rec. 10.

⁹¹ См. в частности JOHN H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST at 73 et seq., 105 (1980); Habermas, supra note 38, at 264, 285. Далее Grimm, supra note 16, at 215; CHRISTOPH MÖLLERS, THE THREE BRANCHES at 127 et seq. (2013); Michel Troper, The Logic of Justification of Judicial Review, 1 INT'L J. CONST. L. 99, 109 (2003).

⁹² Comm'n v. Hungary (Transparency of Associations), Case C-78/18, EU:C:2020:476.

ослабляют силы гражданского общества, которые позволяют осуществлять демократические дискурс и контроль. К сожалению, решение суда отстает от уже сложившейся судебной практики в двух аспектах.

Во-первых, он рассматривал венгерские меры в основном как нарушение свободного движения капитала в соответствии со статьей 63 ДФЕС. Ни Комиссия, ни СЕС не ссылались на ценности, закрепленные в статье 2 ДЕС. Вместо этого дело было решено на основании бесспорного фундаментального принципа функционирования внутреннего рынка.⁹³ Однако, нельзя не признать, что Суд также опирался на основные права ЕС, подчеркнув, что "право на свободу объединения представляет собой одну из важнейших основ демократического и плюралистического общества, поскольку оно позволяет гражданам действовать коллективно в областях, представляющих взаимный интерес, и таким образом вносить вклад в надлежащее функционирование публичной жизни".⁹⁴ В этом смысле решение представляет собой прогресс по сравнению с первыми ещё довольно робкими решениями по делам о перестройке венгерской судебной системы.⁹⁵ Тем не менее, фундаментальные права остаются здесь скорее довольно уклончиво сформулированным аксессуаром к принципам внутреннего рынка. Безусловно, воздержание от крайне политизированной ценностной риторики может способствовать разрядке конфликта. В то же время, однако, это способствует маргинализации эрозии европейских ценностей. Акцент на внутреннем рынке создает образ "бизнеса как обычно" и скрывает реальные угрозы.

Во-вторых, в отличие от постановлений относительно польской судебной системы, венгерским решениям не хватает контекстуализации. Соответствующие меры вырваны из общего контекста и оцениваются изолированно. Этим игнорируется тот факт, что действия правительства против критиков приобретают системное измерение. Действительно,

⁹³ Аргументы в пользу такого подхода см. Mark Dawson & Elise Muir, *Hungary and the Indirect Protection of EU Fundamental Rights and the Rule of Law*, 14 GERMAN L. J. 1959 (2013). Аналогичную стратегию можно наблюдать в одном из решений СЕС, см. *Comm'n v. Hungary (Enseignement supérieur)*, Case C-66/18, EU:C:2020:792. Более подробно см. Andi Hoxhaj, *The CJEU in Commission v Hungary Higher Education Defends Academic Freedom Through WTO Provisions*, 85 MOD. L. REV. 773 (2022); Erich Vranes, *Enforcing WTO/GATS Law and Fundamental Rights in EU Infringement Proceedings*, 28 MAASTRICHT J. EUR. & COMP. L. 699 (2021); Vasiliki Kosta & Darinka Piqani, *Where trade and academic freedom meet: Commission v. Hungary (LEX CEU)*, 59 COMMON MKT. L. REV. 813 (2022).

⁹⁴ *Comm'n v. Hungary (Transparency of Associations)*, Case C-78/18, EU:C:2020:476, 112.

⁹⁵ Как перспективное решение, см. Matteo Bonelli, *European Commission v Hungary (Transparency of associations) (C-78/18): The 'NGOs case': on how to use the EU Charter of Fundamental Rights in infringement actions*, 46 EUR. L. REV. 258, 268 (2021).

контекст имеет решающее значение при оценке нарушений ценностей ЕС. Многие события состоят из совокупности отдельных мер, которые, если рассматривать их по отдельности, не переступают критический порог. Только в совокупности они представляют собой нарушение статьи 2 ДЕС.⁹⁶ Некоторые авторы называют это "коктейльным эффектом".⁹⁷ Кроме того, такие события часто, хотя и не всегда, маскируются под законные меры, скрывающие основную политическую повестку дня.⁹⁸ Только применяя комплексный и контекстуальный подход, Суд может рассматривать эти меры именно как то, чем они являются: нарушением общих ценностей Союза.

2. Потенциал будущего

Для защиты демократических процессов в Венгрии Комиссия и СЕС могли бы последовать уже предпринятым трансформативным тенденциям в направлении судебной активации статьи 2 ДЕС. Продолжающиеся нападки на свободу прессы и плюрализм СМИ могут стать трамплином для такого более решительного подхода. Уже в 2011 году Европейский парламент выразил обеспокоенность по поводу плюрализма СМИ в Венгрии.⁹⁹ С тех пор ситуация только ухудшилась.¹⁰⁰ Тем не менее, эти проблемы не вызвали никаких судебных разбирательств до июня 2021 года, когда Комиссия инициировала процедуру разбирательства нарушения Договора против Венгрии за отклонение заявки *Klubrádió* - последнего открытого оппозиционного канала Венгрии - на использование национального радиочастотного спектра.¹⁰¹ К сожалению, Комиссия опиралась только на Европейский кодекс электронных коммуникаций (Директива (ЕС) 2018/1972). На наш взгляд, такое действие могло бы в равной степени основываться на нарушении самой сущности свободы

⁹⁶ Scheppele, *supra* note 57, at 108.

⁹⁷ Sébastien Platon, Preliminary references and rule of law, 57 COMMON MKT. L. REV. 1843, 1864 (2020).

⁹⁸ О данной стратегии см. напр. Kim L. Scheppele, Autocratic Legalism, 85 U. CHI. L. REV. 545 (2018).

⁹⁹ European Parliament, Resolution of 10 March 2011 on media law in Hungary.

¹⁰⁰ European Parliament, Resolution of 12 September 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/2131(INL)), Annex 27-32; Venice Commission, Opinion of Media Legislation of Hungary, No. 798/2015. В более общем контексте, European Parliament, Resolution of 3 May 2018 on media pluralism and media freedom in the European Union, 2017/2209(INI).

¹⁰¹ О статус-кво см. European Commission, Media freedom: The Commission calls on Hungary to comply with EU electronic communications rules (Dec. 2, 2021).

СМИ, защищенной Статьей 11(2) Хартии прав и свобод, которая дает конкретное выражение ценности "прав человека" в Статье 2 ДЕС.

Суд начал практическую операционализацию статьи 2 ДЕС через более конкретные положения законодательства ЕС (см. раздел II.B.). Прочтение конкретного положения в свете ценностей Союза оправдывает его расширительное толкование. Этот подход может быть распространен на другие положения, которые выражают ценности статьи 2 ДЕС, такие как Хартия основных прав: человеческое достоинство (Раздел I), свобода (Раздел II), равенство (Раздел III), демократия (Статьи 10-12 и Раздел V) и верховенство права (Раздел VI).¹⁰² Именно в этом духе Суд связал статью 2 ДЕС с правами Хартии. В постановлениях по делу *Patriciello* и по делу *Tele2 Sverige* он установил связь между свободой выражения мнений, предусмотренной статьей 11 Хартии, и ценностью демократии.¹⁰³ Аналогичным образом, Суд подчеркнул в делах *La Quadrature du Net* и *Privacy International*, что "свобода выражения мнений ... является одной из ценностей, на которых, согласно статье 2 ДЕС, основан Союз".¹⁰⁴

Если в таком стандарте сделать еще один шаг вперед, Суд мог бы начать рассматривать нарушения существа прав Хартии даже вне рамок иного права ЕС.¹⁰⁵ В частности, он мог бы интерпретировать статью 51(1) Хартии в свете статьи 2 ДЕС как не исключющую защиту ценностей ЕС. В конечном итоге, это очень близко к предложению *Андраша Якаба (András Jakab)*.¹⁰⁶ Он предположил, что статья 2 ДЕС может привести в действие предметную область Хартии в соответствии со статьей 51(1) Хартии¹⁰⁷ и сделать фундаментальные права ЕС общеприменимыми в государствах-членах. Однако следует подчеркнуть, что это не может привести к

¹⁰² Hungary v. Parliament and Council, EU:C:2021:974, 157 et seq. О понимании составителем проекта этой взаимосвязи см. Amato & Verola, supra note 43, at 71; Jürgen Meyer, Präambel, in CHARTA DER GRUNDRECHTE DER EUROPÄISCHEN UNION at 6 (Id. & Sven Hölscheidt eds., 5th edn., 2019); Justus Schönlaue, New Values for Europe?, in THE CHARTERING OF EUROPE at 112 (Erik O. Eriksen et al. eds., 2003).

¹⁰³ Patriciello, Case C-163/10, EU:C:2011:543, 31; Tele2 Sverige, Joined Cases C-203 & 698/15, EU:C:2016:970, 93.

¹⁰⁴ La Quadrature du Net, Joined Cases C-511, 512 & 520/18, EU:C:2020:791, 114; Privacy International, EU:C:2020:790, Case C-623/17, 62. О несколько более слабой связи см. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, Case C-507/18, EU:C:2020:289, 48.

¹⁰⁵ См уже Armin von Bogdandy & Luke D. Spieker, Protecting Fundamental Rights Beyond the Charter, in THE EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE MEMBER STATES at 525, 531 et seq. (Michal Bobek & Jeremias Adams-Prassl et al. eds., 2020).

¹⁰⁶ András Jakab, Application of the Charter of Fundamental Rights by National Courts in Purely Domestic Cases, in id. & Kochenov, supra note 42, at 252, 255.

¹⁰⁷ О таких "триггерных правилах", см. Daniel Sarmiento, Who's Afraid of the Charter?, 50 COMMON MKT. L. REV. 1267, 1279 (2013).

применению всего свода основных прав за пределами статьи 51(1) Хартии. Статья 2 ДЕС охватывает только суть основных прав (см. раздел II.C). За пределами действия Хартии основные права ЕС могут применяться только в той мере, в какой их сущность защищена Статьей 2 ДЕС.

Тем не менее, фундаментальные права личности не отражают всех угроз демократии в Венгрии. Ограничение прав оппозиции, несправедливые и тенденциозные избирательные законы, джерримендеринг, финансирование партий и правила проведения предвыборных кампаний в значительной степени выходят за пределы сферы действия Хартии. Тем не менее, такая практика нарушает ценности демократии, которые могут быть операционализированы в рамках предложенной схемы. Касаясь состава Европейского парламента, Суд отметил, что принцип представительной демократии в статье 10(1) ДЕС "придает конкретную форму ценности демократии, упомянутой в статье 2 ДЕС".¹⁰⁸ Хотя статья 10 ДЕС, как представляется, касается, прежде всего, демократии на уровне ЕС, последний не может функционировать, если демократическое принятие решений в государствах-членах даёт сбой.¹⁰⁹ Выборы в Европейский парламент частично регулируются национальными положениями и зависят от специфики публичной сферы в каждом государстве-члене.¹¹⁰ Более того, правительства государств-членов, представленные в Совете, черпают свою легитимность на национальном уровне. Статья 10(2) ДЕС определяет, что они должны быть "демократически ответственными перед своими национальными парламентами либо перед своими гражданами".¹¹¹ Как следствие, демократическая легитимность на уровне ЕС в значительной степени зависит от ситуации в каждом государстве-члене.

Эта логика отражает логику, лежащую в основе статьи 19(1)(2) ДЕС. Последняя интегрирует национальные судебные органы в систему судебной защиты ЕС. Национальная демократия аналогичным образом переплетается с европейской. Поскольку трудно разделить "европейские" и

¹⁰⁸ *Junqueras Vies*, Case C-502/19, EU:C:2019:1115, 63. См. также *Pupinck and Others v. Comm'n*, Case C- 418/18 P, EU:C:2019:1113, 64.

¹⁰⁹ Ст. 8 Закона о выборах представителей Парламента на основе всеобщего прямого избирательного права. См. также *Junqueras Vies*, EU:C:2019:1115, 69.

¹¹⁰ О евросоюзной структуре двойной легитимности см. *Armin von Bogdandy, Founding Principles*, in *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW* at 11, 50 (id. & Jürgen Bast, 2nd edn., 2009). Более подробно см. *JELENA VON ACHENBACH, DEMOKRATISCHE GESETZGEBUNG IN DER EUROPÄISCHEN UNION: THEORIE UND PRAXIS DER DUALEN LEGITIMATIONSSTRUKTUR EUROPÄISCHER HOHEITSGEWALT* (2014).

¹¹¹ Об этом "примечательном" вмешательстве в конституционную автономию государств-членов см. *Martin Nettesheim, Art. 10 EUV*, in *DAS RECHT DER EUROPÄISCHEN UNION* at 74 (Eberhard Grabitz et al. eds., 74th edn., loose-leaf, 2022).

"внутренние" функции национальных судов, обязательства по статье 19(1)(2) ДЕС, трактуемые в свете статьи 2 ДЕС, распространяются на судебные органы государств-членов даже в случаях, не связанных с правом ЕС. Европейский и "национальный" аспекты демократии в государствах-членах связаны аналогичным образом. Правительство не может быть "демократически ответственным" на европейском уровне, если внутри страны оно управляет автократически. Следовательно, статью 10 ДЕС можно интерпретировать как конкретное выражение ценности демократии, изложенной в статье 2 ДЕС. Их совместное прочтение дает веские основания требовать от государств-членов необходимых существенных демократических гарантий.¹¹² Это относится как к "европейским" аспектам демократии в государствах-членах (например, выборы в Европейский парламент), так и к внутренней демократии. Например, Суд мог бы рассмотреть, в соответствии со статьей 10 ДЕС в сочетании со статьей 2 ДЕС, "аномальный джерримендеринг", который благоприятствует правящей партии *Фидес* (*Fidesz*).¹¹³

Можно возразить, что статья 10 ДЕС является столь же неопределенной, как и статья 2 ДЕС, и поэтому также является положением, в отношении которого не существует возможности рассмотрения и защиты в судебном порядке, и которое не имеет прямого действия. Действительно, понимание демократии среди государств-членов столь же различно, как и их понимание верховенства права. Они включают республики и монархии, парламентские и полупрезидентские системы, режимы с сильными и слабыми парламентами, а также сильные и слабые системы политических партий. Тем не менее, европейские организации, занимающиеся разработкой стандартов, такие как Венецианская комиссия, в течение многих лет разрабатывали общеевропейские первоосновы.¹¹⁴ Кроме того, необходимо подчеркнуть, что в распоряжении Суда имеется множество инструментов для поддержания разнообразия между государствами-членами. К ним относятся минималистский, контекстуальный,

¹¹² См. John Cotter, To Everything There is a Season: Instrumentalising Article 10 TEU to Exclude Undemocratic Member State Representatives from the European Council and the Council, 46 EUR. L. REV. 77 et seq. (2021); David Krappitz & Niels Kirst, An Infringement of Democracy in the EU Legal Order, EU LAW LIVE (May 29, 2020); Thomas Verellen, Hungary's Lesson for Europe: Democracy is Part of Europe's Constitutional Identity. It Should be Justiciable, VERFASSUNGSBLOG (April 8, 2022). Критику см. Christian Hillgruber & Simon Strickrodt, Unter der Kuratel des Europäischen Gerichtshofs, FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG - EINSPRUCH (Feb. 2, 2022).

¹¹³ В результате тенденциозной нарезки избирательных округов венгерскую партию *Фидес* трудно сместить. Избиратели оппозиции собраны в нескольких крупных избирательных округах, THE ECONOMIST (Apr. 2, 2022).

¹¹⁴ См. в частности Venice Commission, Parameters on the relationship between the parliamentary majority and the opposition in a democracy: A checklist, CDL-AD(2019)015-e.

индивидуальный подход или регрессионный тест, разработанный в деле *Repubblika* (см. раздел П.С). В конечном итоге, на такие демократические стандарты могут ссылаться даже частные лица в своих жалобах против национальных мер. Статья 10(3) ДЕС предусматривает "право граждан на участие в демократической жизни Союза". Многие понимают это как установление индивидуального права на демократическое участие.¹¹⁵ Таким образом, статья 10(3) ДЕС соответствует даже самой узкой трактовке концепции прямого действия, которая требует, чтобы положение содержало право, на которое человек может ссылаться в судах или других органах власти.¹¹⁶ Такое право будет касаться демократических стандартов не только на уровне ЕС, но и на национальном уровне. Как уже указывалось ранее, демократическая жизнь Союза предполагает демократическую жизнь в государствах-членах. Поэтому статья 10(3) ДЕС может стать положением, которое переводит ценность демократии в обязательства, в отношении которых для частных лиц существует возможность защиты в судебном порядке. Ссылка на "бдительность заинтересованных лиц в защите своих прав" была центральным инструментом обеспечения соблюдения законодательства ЕС в государствах-членах после постановления СЕС по делу *Van Gend en Loos*.¹¹⁷ Наше предложение следует по этому проторенному пути европейской интеграции.

В. После выборов

Помимо обеспечения предпосылок для демократических процессов, Суд может также поддержать демократические преобразования в государстве-

¹¹⁵ См. в частности Matthias Ruffert, Art. 10 EUV, in EU-VERTRAG ¶ 12 (Christian Calliess & Matthias Ruffert eds., 6th edn., 2022); Marcel Haag, Art. 10 EUV, in EUROPÄISCHES UNIONSRECHT 12 (Hans von der Groeben et al., 7th edn., 2015). См. Однако критику у Thomas Kröll & Georg Lienbacher, Art. 10 EUV, in EU-KOMMENTAR at 16 (Jürgen Schwarze et al., 4th edn., 2019).

¹¹⁶ В этом смысле см. Koen Lenaerts & Tim Corthaut, Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law, 31 EUR. L. REV. 287, 311 (2006). Критически Bobek, The effects of EU law in the national legal systems, in EUROPEAN UNION LAW at 143 (Catherine Barnard & Steve Peers eds., 3rd edn., 2020); Olivier Peiffert, Un possible malentendu en droit de l'Union européenne: le droit subjectif comme condition de l'effet direct, REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT EUROPEEN 665, 689 et seq. (2017).

¹¹⁷ Van Gend en Loos, Case C-26/62, EU:C:1963:1. См. также Damian Chalmers & Luis Barroso, What Van Gend en Loos stands for, 12 INT'L J. CONST. L. 105, 121 et seq. (2014); Joseph H.H. Weiler, Van Gend en Loos: The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy, 12 INT'L J. CONST. L. 94, 102 (2014); JOHANNES MASING, DIE MOBILISIERUNG DES BÜRGERES FÜR DIE DURCHSETZUNG DES RECHTS at 44 (1997).

члене. Перенесемся на следующие выборы в Польше и представим, что партия *Право и справедливость* терпит поражение на выборах. Посмотрим вперед еще дальше и представим, что венгерский народ проголосует за отставку партии *Фидес*. Конечно, после выборов 2022 года этот момент может показаться далеким. Тем не менее, ни одно правительство не вечно. И наконец, представьте, что эти новые правительства нацелены на преодоление системных недостатков своих стран. Учитывая их укоренившийся характер, эта программа не может быть реализована в одночасье, а потребует настоящего демократического транзита. Далее мы оценим, как СЕС мог бы поддержать такие демократические преобразования в Польше и Венгрии.

1. *Польша: восстановление независимой судебной системы*

Любое новое польское правительство столкнется с проблемой, как справиться с разлаженной судебной системой, недостатки которой были установлены Люксембургским и Страсбургским судами. Правительство во главе с партией *Право и справедливость* не исправляет эти недостатки, а продолжает назначать судей, открыто нарушая право ЕС и ЕКПЧ.¹¹⁸ Представляется, что оно очень близко к завершению радикальной ревизии польской судебной системы, которую невозможно отменить. Каковы возможности нового правительства по восстановлению независимой судебной системы, заслуживающей "доверия, которое суды в демократическом обществе должны вызывать у людей".¹¹⁹ Например, правительство может применить «метод кувалды» и отменить все назначения, которые были проведены в нарушение европейских принципов правового государства верховенства права. Однако в 2023 году последствия такой полной отмены могут оказаться довольно серьезными. Слишком много судей уже было назначено в соответствии с незаконными процедурами. Отмена этих назначений может привести к правовому хаосу. Также неясно, что должно произойти с решениями, вынесенными незаконно назначенными судьями. Должна ли в отношении этих решений быть обеспечена возможность обжалования в судебном порядке? Наконец,

¹¹⁸ Эти процедуры назначения были предметом нескольких решений, см. W.Ż. (Chamber of Extraordinary Control and Public Affairs of the Supreme Court – Appointment), EU:C:2021:798, 138-152; Comm'n v. Poland (Régime disciplinaire des juges), EU:C:2021:596, 95 et seq.; A.B. and Others, EU:C:2021:153, 121 et seq.; A.K. and Others, EU:C:2019:982, 123 et seq. Finding a violation of Art. 6 ECHR, see also Reczkowicz v. Poland, app. no. 43447/19; Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland, app. no. 49868/19 & 57511/19; Advance Pharma sp. z o.o v. Poland, app. no. 1469/20.

¹¹⁹ Об этой формулировке см. напр. Comm'n v. Poland (Régime disciplinaire des juges), EU:C:2021:596, 167.

нельзя исключать, что многие из этих судей, несмотря на незаконное назначение, могут быть преданы своей миссии независимого правосудия. Таким образом, единое комплексное решение вряд ли уместно.

Мы предлагаем значительно более сдержанный подход, напоминающий скорее скальпель, чем кувалду. Для восстановления независимой судебной системы и - в более широкой перспективе - верховенства права, возможно, будет достаточно убрать из судебной системы главных виновных лиц. Для достижения этой цели мы призываем к уголовной или дисциплинарной ответственности тех судей, которые серьезно и намеренно пренебрегают ценностями ЕС. Установление дисциплинарной или уголовной ответственности в ходе справедливого разбирательства оправдывает - фактически, потребует - их отстранения от должности. Другими словами, привлечение к ответственности судей, не уважающих ценности ЕС, может привести к целенаправленному восстановлению верховенства права. Ниже мы изложим это предложение на примере уголовного права. Однако следует отметить, что весьма схожие результаты могут быть достигнуты в рамках дисциплинарного производства.

Прежде чем перейти к конкретике, мы должны кратко объяснить, почему мы предлагаем полагаться на нарушения ценностей ЕС, а не конституционного права Польши, для определения того, какие судьи должны быть удалены из судебной системы. Как утверждают многие авторитетные польские судьи и ученые, реорганизация судебной системы произошла с вопиющим нарушением Конституции Польши. Аналогичным образом, судьи дисциплинарной палаты Верховного суда, которые превращаются в инструмент правительственных репрессий, нарушают конституцию Польши. Почему же мы предлагаем ценности ЕС в качестве точки отсчета? Один из ответов кроется в том, что Конституционный трибунал Польши, учреждение, призванное авторитетно толковать конституцию, был взят под контроль правительством, ведомым партией *Право и справедливость*, и использовался в его интересах. ЕСПЧ установил в решении по делу *Xero Flor*, что в связи с незаконным избранием судей Конституционного трибунала на должность этот суд не может считаться судом, "созданным на основании закона" в соответствии со статьей 6 ЕКПЧ.¹²⁰ Практика Трибунала ясно демонстрирует его низведение до уровня верного слуги, лишь штампующего и подтверждающего повестку дня правительства.¹²¹ В этом контексте польская конституция вряд ли может служить мерилom для определения

¹²⁰ *Xero Flor v. Poland*, app. no. 4907/18, 252 et seq.

¹²¹ См. в частности Wojciech Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, 11 HAGUE J. RULE OF LAW 63 (2018).

уголовной ответственности виновных лиц. Другой ответ заключается в том, что, опираясь на ценности ЕС, новое правительство может рассчитывать на поддержку на европейском уровне. Другие примеры трансформативного конституционализма показывают, что такая поддержка имеет решающее значение для успеха переходного периода (см. раздел I, В).

Как мы можем установить ответственность судей, которые превращаются в инструмент правительственных репрессий? Превышение государственных полномочий, даже в качестве судьи, наказывается в большинстве правовых порядков (см., например, § 339 немецкого Уголовного кодекса, ст. 434-7-1 французского УК, ст. 323, итальянского УК, ст. 446 f. испанского УК или разделы 305 и 306 Уголовного кодекса Венгрии).¹²² В этом духе статья 231(1) польского Уголовного кодекса предусматривает наказание за превышение полномочий: "Государственный служащий, который, превышая свои полномочия или не выполняя свои обязанности, действует в ущерб общественным или индивидуальным интересам, подлежит тюремному заключению на срок до трех лет". Это включает - при соблюдении жестких условий - также деятельность судей.¹²³

Такое "превышение полномочий" может также возникнуть в результате игнорирования права ЕС. Принципы примата и прямого действия требуют от национального судьи применять право ЕС в национальных процедурах. Эта обязанность может сделать необходимым отказаться от применения противоречащих национальных законов или их новое толкование. Таким образом, по существу, нет разницы, пренебрегает ли национальный судья национальным законодательством или правом Союза: и то, и другое в равной степени может повлечь за собой уголовную ответственность судей. Кроме того, нарушения права ЕС должны наказываться на условиях, "аналогичных тем, которые применяются к нарушениям национального законодательства аналогичного характера и значения".¹²⁴ Если пренебрежение национальным законодательством в ущерб лицу, в

¹²² Сравнительные исследования, например, см. Guy Canivet & Julie Joly-Hurard, *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, 58 *REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE* 1049, 1052 et seq. (2006); Mauro Cappelletti, *Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility*, 31 *AM. J. COMP. L.* 1, 36 et seq. (1983).

¹²³ См. также *Sąd Najwyższy*, Judgment of 30 August 2013, SNO 19/13.

¹²⁴ См. Мнение Генерального адвоката Kokott, Taricco, Case C-105/14, EU:C:2015:293, 80. См. также Scialdone, Case C-574/15, EU:C:2018:295, 28; Rēdlihs, Case C-263/11, EU:C:2012:497, 44; Berlusconi and Others, Joined Cases C-387, 391 & 403/02, EU:C:2005:270, 65. См. также Koen Lenaerts & José Gutiérrez-Fons, *The European Court of Justice and fundamental rights in the field of criminal law*, in *RESEARCH HANDBOOK ON EU CRIMINAL LAW* at 7 (Valsamis Mitsilegas et al. eds., 2016).

отношении которого ведется разбирательство, является уголовным преступлением по национальному праву, то то же самое должно действовать и в случаях, когда национальный судья намеренно пренебрегает правом ЕС.

Без сомнения, судьи могут ошибаться. Неподотчётность является основой независимости судей. В то же время судья должен соблюдать право и закон. Соответственно, независимость судей не может оправдывать полное исключение какой-либо дисциплинарной или уголовной ответственности.¹²⁵ Уравновешивая эти два принципа, все правовые порядки ограничивают уголовную ответственность судей крайними случаями.¹²⁶ Хотя конкретный порог является вопросом национального уголовного законодательства, право ЕС может дать некоторые направляющие ориентиры. В отношении дисциплинарных режимов для судей, СЕС постановил, что соответствующие правонарушения должны ограничиваться "серьезными и совершенно непростительными формами поведения ... которые заключаются, например, в умышленном и недобросовестном нарушении национального законодательства и права ЕС или в результате особо серьезного и грубого их игнорирования".¹²⁷ В этом свете уголовная ответственность судей может наступить только в том случае, если они серьезно и умышленно нарушают право в ущерб стороне в судебном процессе.

Когда достигается этот порог? В рамках концептов «радикального федерализма» можно было бы представить себе возможность привлечения национальных судей к ответственности за игнорирование примата права ЕС. Это могло бы затронуть, например, судей Второго сената Федерального Конституционного суда Германии после вынесения им решения по делу о покупке ценных бумаг публичного сектора (*PSPP*) или судей Верховного суда Дании после его решения по делу *Ajos*. Тем не менее, при этом упускалась бы из виду основная проблема, которая заключается в обеспечении независимой судебной власти. Ни один компетентный наблюдатель не сомневается в независимости этих судов. По этой причине мы выступаем за гораздо более узкую концепцию. Серьезное нарушение требует несоблюдение статьи 2 ДЕС. Даже если эти ценности расплывчаты и открыты для толкования, а значит, трудно применимы, это

¹²⁵ *Comm'n v. Poland (Régime disciplinaire des juges)*, EU:C:2021:596, 137.

¹²⁶ Это особенно справедливо для Польши, где судебный иммунитет прямо закреплен в Конституции (см. статьи 173, 180(1) и (2) и 181 Конституции Польши), см. *Trybunał Konstytucyjny, Judgment of 28 November 2007, Case K 39/07; Judgment of 2 May 2015, Case P 31/12*. О специальной процедуре снятия судебного иммунитета см. Adam Bodnar & Łukasz Wojarski, *Judicial Independence in Poland*, in *JUDICIAL INDEPENDENCE IN TRANSITION* at 667, 716 (Anja Seibert-Fohr ed., 2012).

¹²⁷ *Comm'n v. Poland (Régime disciplinaire des juges)*, EU:C:2021:596, 137-140.

не исключает ни их правовой природы, ни их применимости в судебном порядке (см. раздел II.B). Национальное законодательство должно применяться или толковаться таким образом, чтобы оно соответствовало статье 2 ДЕС. Это включает в себя понимание и толкование в том значении, которое эти ценности приобрели благодаря интерпретации СЕС.¹²⁸ По крайней мере, суды последней инстанции не могут игнорировать консолидированную судебную практику СЕС, без того, чтобы в свою очередь не обратиться с соответствующим запросом в Суд.¹²⁹

Таким образом, судьи могут достичь порога уголовной ответственности, толкуя закон таким образом, что он грубо нарушает ценности, защищаемые статьей 2 ДЕС. Безусловно, для вынесения обвинительного приговора необходимо доказать намерение судьи, т.е. доказать, что он или она знали соответствующие правовые нормы и сознательно проигнорировали их предписания. Определение этого намерения возлагается на судью первой инстанции. Но и здесь важную роль будут играть действия институтов ЕС. Если польский судья намеренно пренебрегает решением СЕС, основанным на ценностях ЕС в рассматриваемом деле, то пересекается красная черта и, по всей вероятности, порог уголовной ответственности.

Против такого толкования можно выдвинуть два фундаментальных возражения. Во-первых, уголовная ответственность судей за нарушения права Союза может быть воспринята как недопустимая гармонизация уголовного законодательства государств-членов. В частности, Конституционный суд Германии высказал серьезные оговорки по этому поводу, полагая, что материальное уголовное право "особенно восприимчиво к способности конституционного государства демократически формировать себя".¹³⁰ Тем не менее, в нашем толковании уголовное правосудие прочно остается в руках государства. Предлагаемое уголовное судопроизводство будет частью национального процесса по

¹²⁸ Об обязательном действии толкований в предварительных постановлениях см. напр. MORTEN BROBERG & NIELS FENGER, PRELIMINARY REFERENCES TO THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE at 406 et seq. (3rd edn., 2021); Jürgen Schwarze & Nina Wunderlich, Art. 267 AEUV, in EU-KOMMENTAR at 72 (Jürgen Schwarze et al. eds., 4th edn. 2019); Bernd Schima, Article 267 TFEU, in THE EU TREATIES AND THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A COMMENTARY at 61 (Manuel Kellerbauer, Marcus Klamert & Jonathan Tomkin eds., 2018). Critically, see ROBERT SCHÜTZE, EUROPEAN UNION LAW at 398 et seq. (3rd edn., 2021).

¹²⁹ См уже CILFIT, Case 283/81, EU:C:1982:335, 21, а также сравнительно недавно Consorzio Italian Management, Case C-561/19, EU:C:2021:799, 33. Обсуждение обязанности нижестоящих судов передавать дела, см. Lenaerts, Maselis & Gutman, supra note 58, at 3.61; Ulrich Ehricke, Art. 267 AEUV, in EUV/AEUV at 69 (Rudolf Streinz ed., 3rd edn., 2018).

¹³⁰ BVerfG, Judgment of 30 June 2009, Lisbon, 2 BvE 2/08, 252.

восстановлению верховенства права, осуществляемого в национальных судах в соответствии с национальным уголовным законодательством.

Во-вторых, Конституционный трибунал Польши запрещает национальным судам следовать решениям СЕС¹³¹ и скорее подтверждает конституционность соответствующих положений.¹³² Это ставит польских судей в затруднительное положение. Расхождения в решениях Люксембурга и Варшавы можно рассматривать как создание ситуации правовой неопределенности, исключающей уголовную ответственность. Однако состав Трибунала был образован с явным нарушением польского законодательства и не может считаться "трибуналом, созданным на основании закона". По этой причине решения, принятые соответствующими коллегиями, должны быть проигнорированы. Такова суть решений Европейского суда по делам *Euro Box Promotion* и *RS*.¹³³

Уголовная ответственность судей - это очень деликатная тема. Мы признаем, что наше предложение не согласуется с требованиями независимости судей. Тем не менее, его следует рассматривать в свете альтернатив: либо ничего не делать, либо отстранить всех судей, назначенных незаконно. Наш подход направлен на преследование немногих основных виновных лиц, которые согласились стать проводниками правительственных репрессий. Более того, эти процессы сами по себе должны соответствовать ценностям ЕС.¹³⁴ В этих условиях уголовная ответственность судей может поддержать усилия по восстановлению судебной системы в соответствии с верховенством права.

2. Венгрия: разрушение конституционных устоев

Ситуация в Венгрии кажется еще более серьезной и укоренившейся, чем в Польше. За последнее десятилетие правящая партия *Фидес* умело и жестко укрепила свою власть, кадры и политику. Центральными инструментами этого закрепления являются поправки к конституции и так называемые «кардинальные законы», для внесения поправок в которые

¹³¹ См. также Polish Constitutional Tribunal, Judgment of 14 July 2021, P 7/20 and Judgment of 7 Oct. 2021, K 3/21.

¹³² Polish Constitutional Tribunal, Judgment of 20 April 2020, U 2/20 and Judgment of 21 April 2020, Kpt. 1/20.

¹³³ *Euro Box Promotion*, EU:C:2021:1034, 230; *RS*, EU:C:2021:1034, 44. См. также Luke D. Spieker, *Werte, Vorrang, Identität: Der Dreiklang europäischer Justizkonflikte vor dem EuGH*, 33 *EUROPÄISCHE ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT* 305, 309 (2022).

¹³⁴ В отношении дисциплинарных режимов см. *Comm'n v. Poland (Régime disciplinaire des juges)*, EU:C:2021:596, 61.

требуется большинство в две трети голосов присутствующих в парламенте депутатов.¹³⁵ В преддверии выборов 2022 года обсуждалось множество вариантов реформ.¹³⁶ Некоторые предлагали принять новую конституцию.¹³⁷ Но даже если новое венгерское правительство наконец-то сменит *Фидес*, принятие новой конституции будет не только юридически сложным - учитывая маловероятность большинства в две трети голосов - но и долгим и обременительным процессом. Это стоит особенно остро, если новое правительство не хочет повторять прежних ошибок и выполнить свое обещание о большей инклюзивности.¹³⁸ В ходе этого процесса новое правительство, тем не менее, столкнется с длинным списком проблемных конституционных положений и кардинальных законов.

Как новое большинство сможет преодолеть эти законы и привести венгерский правовой порядок в соответствие с европейскими стандартами? Опять же, надлежащее применение статьи 2 ДЕС может поддержать новое правительство и помочь заручиться поддержкой внутри страны и за рубежом. Мы полагаем, что статья 2 ДЕС позволит новому венгерскому правительству - фактически даже потребует от него - отменить конституционные положения и кардинальные законы, которые нарушают эти ценности.¹³⁹ Одним из примеров такого кардинального закона, который может противоречить статье 2 ДЕС, является Закон CLXVII от 2020 года, который внес изменения в венгерское избирательное законодательство. Принятый в рамках "ускоренной процедуры" без консультаций с общественностью и в условиях чрезвычайного положения, этот

¹³⁵ К вопросу о прежней практике, см. напр. Pál Sonnevend, András Jakab & Csink, Lóránt, The constitution as an instrument of everyday party politics: The basic law of Hungary, in CONSTITUTIONAL CRISIS IN THE EUROPEAN CONSTITUTIONAL AREA at 33 (Armin von Bogdandy & Pál Sonnevend eds., 2016).

¹³⁶ Краткий обзор см. напр. Beáta Bakó, Governing Without Being in Power? Controversial Promises for a New Transition to the Rule of Law in Hungary, 82 HEIDELBERG J. INT'L LAW 223, 236 et seq. (2022).

¹³⁷ Среди многих других, см. Andrew Arato & Gábor Halmai, So that the Name Hungarian Regain its Dignity: Strategy for the Making of a New Constitution, VERFASSUNGSBLOG (July 2, 2021).

¹³⁸ Об отсутствии представительства в процессе принятия нынешнего Основного закона см. напр. Venice Commission, Opinion on the new Constitution of Hungary, No. 621/2011, 11, 144. См. также András Jakab & Pál Sonnevend, Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary, 9 EUR. CONST. L. REV. 102 (2013).

¹³⁹ Очень похожая идея была предложена ранее у Kim Scheppele. Её предложение, однако, сосредоточено на том, как венгерский Основной закон может позволить игнорировать те кардинальные законы, которые нарушают право ЕС, см. Kim L. Scheppele, Escaping Orbán's Constitutional Prison: How European Law Can Free a New Hungarian Parliament, VERFASSUNGSBLOG (Dec. 21, 2021).

законодательный акт может рассматриваться как противоречащий ценностям ЕС. Действительно, статья 2 ДЕС требует "прозрачного, подотчетного, демократического и плюралистического процесса законотворчества".¹⁴⁰ Как и Венецианская комиссия, так и ОБСЕ отметили, что соответствующие поправки не отвечают этим стандартам и считают, что они препятствуют проведению честных выборов.¹⁴¹

Что следует из такого заключения? Правительство государства-члена должно изменить или, если оно не в состоянии это сделать, игнорировать национальные законы, нарушающие право ЕС. Примат требует, чтобы не только национальные суды, но и все органы государства-члена ЕС обеспечивали действие в полном объеме права ЕС.¹⁴² Соответственно, они должны воздерживаться от применения национального законодательства, противоречащего праву ЕС, включая конституционные положения.¹⁴³ Безусловно, такое обязательство ЕС несовместимо с принципами законности и правовой определенности, которые также являются важными компонентами верховенства права.¹⁴⁴ В то же время, конфликты между нормами являются обычной чертой всех правовых порядков. По этой причине существуют нормы, регулирующие коллизии законов. Примат права ЕС представляет собой такое правило, которое требует от всех государственных органов отмены противоречащего национального законодательства.¹⁴⁵ Существуют исключения из этого правила, основанные на "приоритетных соображениях правовой определенности".¹⁴⁶ Тем не менее, эти исключения носят узкий характер и, вероятно, не будут применяться, если будет установлено нарушение статьи 2 ДЕС. Кроме

¹⁴⁰ Ст. 2 (a) of Regulation 2020/2092 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget.

¹⁴¹ Venice Commission & OSCE/ODIHR, Hungary – Joint Opinion on amendments to electoral legislation, Opinion No. 1040/2021.

¹⁴² См. в частности Garda Síochána, Case C-378/17, EU:C:2018:979.

¹⁴³ Internationale Handelsgesellschaft, Case 11/70, EU:C:1970:114, 3; Euro Box Promotion, EU:C:2021:1034, 251; RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle), EU:C:2022:99, 51.

¹⁴⁴ Venice Commission, Rule of law Checklist, Study No. 711/2013.

¹⁴⁵ Оценка функции правила примата как коллизионного правила в качестве его первой и главной функции, см. Clara Rauegger, Four Functions of the Principle of Primacy in the ECJ's Post-Lisbon Case Law, in RESEARCH HANDBOOK: THE GENERAL PRINCIPLES OF EU LAW at 157, 159 et seq. (Katja Ziegler et al. eds., 2022). См. также Herwig Hofmann, Conflicts and Integration: Revisiting Costa v ENEL and Simmenthal II, in THE PAST AND FUTURE OF EU LAW at 62 (Miguel Maduro & Loïc Azoulay eds., 2010).

¹⁴⁶ A and Others (Wind turbines at Aalter and Nevele), Case C-24/19, EU:C:2020:503, 84; Inter-Environnement Wallonie, Case C-411/17, EU:C:2019:622, 177; Winner Wetten, Case C-409/06, EU:C:2010:503, 67.

того, они требуют, чтобы соответствующее государство-член предприняло шаги по устранению незаконности. Если новое правительство не наберет необходимого большинства для отмены рассматриваемых законов, оно должно тем не менее отказаться от их применения.

Как может действовать новое правительство? Оно может начать с выявления наиболее проблемных положений и оценки их совместимости со статьей 2 ДЕС. Для этого оно могло бы опираться на решения и отчеты многочисленных европейских, международных и академических институтов. После такой оценки правительство могло бы выпустить мотивированное решение, объявив о своем намерении больше не применять выявленные нормы. Для поддержки этих шагов можно привлечь европейские институты. Во-первых, оно может обратиться в Венецианскую комиссию с просьбой принять мнение, совпадающее с позицией правительства. Хотя Венецианская комиссия не может установить факт нарушения статьи 2 ДЕС, она признана в Европе как орган, устанавливающий конституционные стандарты.¹⁴⁷ Согласно статье 1 Устава комиссии, её миссия заключается в распространении "фундаментальных ценностей верховенства права, прав человека и демократии". Её оценки являются не просто "ценным источником информации" в контексте права ЕС,¹⁴⁸ поскольку они имеют непосредственное отношение к толкованию статьи 2 ДЕС. Ценности Союза должны интерпретироваться на основе общих конституционных традиций государств-членов.¹⁴⁹ Мнения Венецианской комиссии могут помочь в идентификации этих традиций.¹⁵⁰

Во-вторых, новое венгерское правительство может попросить Европейскую комиссию возбудить процедуру о нарушении против своей страны. Такой запрос может показаться очевидно нелогичным. Обычно процедура нарушения в соответствии со статьей 258 ДФЕС представляет собой состязательную процедуру между Комиссией и правительством государства-члена. В данном случае и Комиссия, и правительство Венгрии будут представлять одну и ту же сторону. Тем не менее, выводы из

¹⁴⁷ Christoph Grabenwarter, *Standard-Setting in the Spirit of the European Constitutional Heritage*, in *THIRTY-YEAR QUEST FOR DEMOCRACY THROUGH LAW* at 257 (2020).

¹⁴⁸ Мнение Генерального адвоката Bobek, *Asociația 'Forumul Judecătorilor din România'*, Joined Cases C-83, 127, 195, 291 & 355/19, EU:C:2020:746, 170; Opinion of Advocate General Hogan, *Repubblika*, Case C- 896/19, EU:C:2020:1055, 88.

¹⁴⁹ См. в частности, мнение Генерального адвоката Cruz Villalón, *Gauweiler*, Case C-62/14, EU:C:2015:7, 61. Сложилось общее согласие по этому вопросу, см. напр. *ANDREAS VOßKUHLE, THE IDEA OF THE EUROPEAN COMMUNITY OF VALUES* at 114 (2018).

¹⁵⁰ См. в частности Sergio Bartole, *Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Trans- national Law*, 13 *EUR. CONST. L. REV.* 601 (2017).

латиноамериканского контекста подтверждают такой подход. Некоторые правительства обратились в Межамериканский Суд по правам человека (МАСПЧ) с просьбой вынести решения, поддерживающие их политические меры. В мае 2016 года правительство Коста-Рики подало запрос на консультативное заключение по вопросу об однополых браках с целью решить его против воли колеблющегося законодателя. В 2017 году Суд вынес новаторское заключение, постановив, что однополые пары должны пользоваться всеми правами, включая право на вступление в брак, без дискриминации.¹⁵¹ Другой пример - дело *Barrios Altos*, хотя формально инициатором процедуры было не правительство.¹⁵² Решение касалось закона об амнистии, принятого по инициативе президента *Альберто Фухимори (Alberto Fujimori)*, который защитил его и его приспешников после так называемого "самопереворота" 1992 года. Когда дело дошло до Межамериканского суда, режим *Фухимори* пал, и новое демократическое правительство обратилось в МАСПЧ с просьбой признать незаконность этого закона, чтобы поддержать демократические преобразования в Перу. Суд сделал это, объявив, что закон не имеет юридической силы.

Заключение

Мы предлагаем рассматривать мобилизацию Судом статьи 2 ДЕС в терминах трансформативного конституционализма. Такая трактовка обеспечивает конструктивное отношение к преобразованиям общества, осуществляемым в соответствии с инициативами Суда. На этом фоне Суд может стать активным союзником в поддержке демократических изменений и переходных процессов в государствах-членах, страдающих от системных недостатков. Такая поддержка может принимать две формы.

Во-первых, Суд может настойчиво требовать соблюдения основных предварительных условий для проведения демократических выборов. В частности, он должен начать проверку того, соблюдают ли государства-члены сущность прав Хартии, таких как свобода слова, СМИ и научных исследований, и других демократических минимальных стандартов в соответствии со статьей 10(1) и (2) ДЕС. Во-вторых, Суд может оказать поддержку вновь избранным правительствам в попытках возвращения их стран к либеральной демократии, например, путем удаления виновных лиц из тенденциозно подобранного состава судебных органов или путем

¹⁵¹ IACtHR, Advisory Opinion of November 24, 2017, OC-24/17, Series A, No. 24.

¹⁵² IACtHR, *Barrios Altos v. Peru*, Decision of 14 March 2001, Series C, No. 75.

устранения тенденциозных партийно-политических посягательств на конституционные устои.

Является ли всё это лишь научно-юридической фантастикой? Конечно, это ещё не стало юридической практикой. Однако право ЕС всегда было динамичным правовым порядком, отвечающим на вызовы времени творческим подходом. Наши предложения, безусловно, являются инновационными, но при этом соответствуют конституционным рамкам Европы и мандату СЕС. Станут ли они действующим правом (*good law*) - решать другим.