

## Права человека и большинство

Франк Шоркопф\*

\* Франк Шоркопф – доктор права, профессор, заведующий кафедрой публичного и европейского права Университета Гёттингена

"*Дайджест публичного права*" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Frank Schorkopf, Menschenrechte und Mehrheiten**, в: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)/ Heidelberg Journal of International Law (HJIL)*, 82 (2022), 19 и сл.

### Содержание:

I. Демократия – большинство – истина .....	141
II. Права человека как границы действия принципа большинства .....	144
III. Европейский консенсус и процедурализация .....	149
IV. Идентичность и репрезентация .....	155
V. Трансформационный (преобразующий) конституционализм .....	163
VI Заключение .....	167

### Резюме

Данный материал представляет собой письменную версию лекции, прочитанной на вторых чтениях памяти Дёринга в октябре 2021 г. Автор отстаивает тезис, что через обеспеченное судебными гарантиями расширение основных прав и свобод человека секулярно-исторические претензии на истину возвращаются в либеральную демократию, которая собственно на самом деле фактически исключила или нейтрализовала их. Вместо того, чтобы права человека и большинство с необходимостью рассматривать как игру с нулевой суммой, отношения между правами

человека и большинством следует понимать, скорее, как взаимодействие. С этой целью исследуются два вызова для либеральной демократии в связи с ЕКПЧ и механизмом её имплементации: политика идентичности и дескриптивный репрезентационализм, а также трансформативный конституционализм.

Данная статья представляет собой письменную версию лекции, прочитанной на Вторых Чтениях памяти профессора права и бывшего директора Гейдельбергского Института Макса Планка по сравнительному и международному праву *Карла Дёринга*, в Институте Макса Планка в октябре 2021 года. Автор утверждает, что требования секуляризированной истины возвращаются в либеральную демократию через расширение прав человека, поддерживаемое судебными органами. В прошлом эти требования истины были эффективно исключены или нейтрализованы. В наши дни политика идентичности и преобразующий конституционализм бросают вызов этому исключению. Эти два вызова обсуждаются в связи с Европейской конвенцией по правам человека и механизмом ее имплементации. Они сталкиваются с аргументом, что права человека и политическое большинство не обязательно являются игрой с нулевой суммой. Они имеют более сложную взаимосвязь, чем обычно предполагаемое, классическое сдерживание большинства индивидуальными правами представителей меньшинства. Ни политические сообщества, ни государство, ни большинство сами по себе не являются абстрактными сущностями, представляющими угрозу для индивидуальных прав. Тот факт, что существуют исторические и современные эмпирические свидетельства не только угроз, но и нарушений и даже уничтожения прав, не является оправданием для пессимистической модели либеральной демократии. Автор обеспокоен продолжающимся сдвигом парламентского законодательства в сторону "культуры оправдания", что способствует тенденции к нейтрализации принципа большинства в представительной демократии. Дальнейшая активизация культуры оправдания косвенно ставит решение парламентского большинства перед необходимостью объяснения и согласования, что не комплементарно мотивам и рациональности политического большинства. Ведь члены демократического большинства могут преследовать одну и ту же цель, но не всегда по одним и тем же причинам. Тогда рациональные права в суде сталкиваются с неустойчивой политикой в парламенте. Данная статья является энергичной защитой представительной демократии против её современных интеллектуальных угроз.

## **I. Демократия – большинство – истина**

В демократии вместо истины правит большинство.

Демократия означает, что члены политического сообщества сами осуществляют управление сообществом. Народное правление, как теоретически, так и исторически, не обязательно является свободно-демократическим в смысле либеральной демократии современного конституционного государства. Значительное число государств были и остаются демократиями по названию и в то же время имеют автократические или диктаторские системы правления - некоторые даже самоуверенно заявляют, что являются "лучшей демократией". Мои соображения относятся исключительно к форме правления либеральной демократии. В принципе, она следует модели представительства, как она развивалась со времен конституционных баталий в Англии, североамериканской и французской революций вплоть до теории конституционализма.<sup>1</sup> Взрослое население избирает парламент, в котором народ представлен депутатами, которые, в свою очередь, принимают обязательные решения по делам сообщества. В принципе, возможно и прямое участие граждан, прямая демократия с ее плебисцитарными элементами. Однако большое количество членов сообщества неизбежно делает представительство в качестве главной формы участия. Способ принятия решений в обоих случаях основан по общему правилу на принципе большинства, т.е. решающим является мнение преобладающего числа голосов из всей совокупности лиц, имеющих право голосовать или избирать.<sup>2</sup>

Форма правления либеральной демократии характеризуется еще одной отличительной чертой. Большинство не признает истину в качестве руководства к действию для политического сообщества. Оно формально

---

<sup>1</sup> См. обзор у Florian Meinel, *Repräsentation*, в: *Staatslexikon*, 8. Aufl., Freiburg: Herder 2020, Bd. 4, Sp. 1410 и далее; а также Hanna F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press 1967; Nadia Urbinati, *Representative Democracy*, Chicago: University of Chicago Press 2008; германская точка зрения Hasso Hofmann/Horst Dreier, *Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz*, в: Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin/New York: de Gruyter 1989, 165-198.

<sup>2</sup> Werner Heun, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Berlin: Duncker & Humblot 1983, 106 и далее; Diego Pardo-Álvarez, *Das Rechtfertigungsdefizit des qualifizierten Mehrheitserfordernisses*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 37 и далее; к вопросу об историческом развитии от принципа единогласия к правилу большинства см. Ulrich Scheuner, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH 1973; Otto von Gierke, *Über die Geschichte des Majoritätsprinzips*, *Schmollers Jahrbuch* 39 (1915), 565 и далее в: Bernd Guggenberger/Claus Offe (Hrsg.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH 1984, 22-38.

определяет ту политическую возможность, которая также должна быть обязательной для представителей меньшинства и непричастных лиц. На основе опыта, приобретённого в ходе религиозных войн эпохи раннего нового времени, появилась возможность с помощью процедурных правил нейтрализовать изначально конфессионально заряженный вопрос поиска истины, а затем и дальнейшие претензии на последнее слово в политике.<sup>3</sup>

Даже в доминирующих концепциях современной конституционной теории субстанциальные концепции общего блага в духе Руссо рассматриваются критически, и вместо них, с определёнными нюансами в том, что касается деталей, отстаивается процедурное понимание и трактовки.<sup>4</sup> Но "истина" таким образом вовсе не оказывается искоренённой из либеральной демократии. Под этим я не имею в виду, что результат голосования большинства считается ситуативно истинным, или что требование истины вписано в демократическое самоопределение, как это утверждается при критике концепта «пост-истинной демократии» (*post-truth-democracy*).<sup>5</sup>

Скорее, мой тезис заключается в том, что претензии на историческую истину через обеспечиваемое судом расширение фундаментальных прав и прав человека возвращаются в либеральную демократию, которая на самом деле эффективно исключает или нейтрализует их. Вместо того чтобы рассматривать соотношение между элементарными правами человека и решениями, принимаемыми по принципу большинства, как игру с нулевой суммой, мы должны понимать отношения между правами человека и большинством, скорее, как взаимодействие.<sup>6</sup>

*Карл Дёринг (Karl Doehring)* - монографически выдающийся специалист одинаково в области международного, конституционного права и теории государственного правления - размышлял, среди прочего, об условиях и предпосылках стабильной демократии. Там, где это было с его точки

---

<sup>3</sup> Martin Heckel, Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“?, AöR 134 (2009), 309-390 (364); Josef Isensee, Keine Freiheit für den Irrtum, в: Josef Isensee, Staat und Religion. Abhandlungen aus den Jahren 1974-2017, Berlin: Duncker & Humblot 2020, 67-102 (82 и далее).

<sup>4</sup> Winfried Brugger/Stephan Kirste/Michael Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, Baden-Baden: Nomos 2002; Peter Häberle, Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht, Rechtslehre 14 (1983), 253-284 (257 и далее); к концепции «субстанциональной демократии» в стиле Руссо см. Christian Hillgruber, Die Herrschaft der Mehrheit, AöR 127 (2002), 460-474 (470 и сл.).

<sup>5</sup> Marie Christine Kajewski, Wahrheit und Demokratie in postfaktischen Zeiten, ZfP 64 (2017), 454-467 (457) со ссылкой на auf Jürgen Habermas, Religion in der Öffentlichkeit, в: Jürgen Habermas, Zwischen Naturalismus und Religion, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2005, 119-154 (150 и сл.).

<sup>6</sup> См. Christoph Möllers, Gewaltengliederung, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 57.

зрения необходимо, его точка зрения была также направлена против течений того времени - он был тронут растущим "акцентом не только на правах человека, но и на индивидуальных правах как таковых", благодаря чему "интересы общества" отходили на второй план. В подобных формулировках выражается беспокойство за государство, но в большей степени за его граждан и кроме того - вопрос о том, сможем ли мы справиться с фрагментацией.<sup>7</sup> Это продолжает двигать юридическую науку спустя десять лет после смерти *Дёринга*, хотя и с некоторым смещением акцентов. Ведь здесь речь идет не о "нейтральном праве, ограничивающем политические силы",<sup>8</sup> а об индивидуальном и коллективном самоопределении в условиях либеральной демократии.

Условием процедурного понимания общего блага, для формальной идентификации коллективной воли в парламенте, является равноправное сосуществование различных точек зрения. Они формируют пространство возможностей для политического выбора.<sup>9</sup> Для того, чтобы альтернативы, участвующие в выборах, также имели реальные шансы получить большинство, необходима свободная конкуренция между политическими партиями, плюрализм, публичность и разнообразие СМИ, свобода мнений и свобода собраний. Только эти предпосылки позволяют эффективно влиять на парламентскую процедуру и решение о том, какой политический вариант должен быть общеобязательным.

Принцип большинства в либеральной демократии оказывает, таким образом, также социально-психологическое воздействие на признание легитимного большинства и социальную сплоченность. Ведь легитимность решения значительно выше, если оно не кажется результатом победы большинства или поражения меньшинства, а является результатом процесса, "в котором нормативные требования обеих сторон были признаны легитимными и приняты во внимание".<sup>10</sup> Один из важных политических документов Венецианской комиссии Совета Европы подытоживает эту связь: "Парламент по своей природе не является монолитным и однородным институтом, это представительное собрание, основная идея которого заключается в том, что в нем представлены различные интересы и идеи, и где всегда будут существовать различия во

---

<sup>7</sup> Karl Doehring, *Der Mensch in einer veränderten Staatenwelt*, ZaöRV 64 (2004), 659-664 (660); см. также Karl Doehring, *Minderheitenschutz, Integration und Einbürgerung im Spannungsverhältnis*, в: Kay Hailbronner/Eckart Klein (Hrsg.), *Flüchtlinge – Menschenrechte – Staatsangehörigkeit*, Heidelberg: Hüthig-Jehle-Rehm 2002, 246-249 (249).

<sup>8</sup> Karl Doehring, *Schlusswort – Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden pouvoir neutre*, ZaöRV 69 (2009), 311-315.

<sup>9</sup> Lino Munaretto, *Der Vorbehalt des Möglichen*, Diss. Göttingen 2021 (не опубликовано).

<sup>10</sup> Ruud Koopmans, *Assimilation oder Multikulturalismus*, Münster: Lit Verlag 2017, 221.

мнениях и различие между большинством и одним или несколькими противостоящими меньшинствами".<sup>11</sup>

## II. Права человека как границы действия принципа большинства

Обсуждения и споры вокруг парламентской демократии<sup>12</sup> заставляют обратить внимание на предпосылки и условия реализации принципа большинства, который характеризует эту форму правления. Эти вопросы уже рассматриваются в основополагающих текстах по современной теории демократии. В своем знаменитом исследовании, посвященном молодой американской демократии, *Токвиль (Tocqueville)* пишет, что, с одной стороны, правление неограниченного большинства лежит в основе демократии. В то же время, однако, он хочет, с другой стороны, связать это большинство общим законом, принятым большинством всех людей, справедливостью, чтобы предотвратить угрожающую тиранию большинства.<sup>13</sup> В литературе требования к условиям действия принципа большинства были разработаны более дифференцированно.

Численное превосходство участвующих в голосовании лиц должно составлять определенное правовое единство, демонстрирующее минимальное согласие - некоторые говорят о внутренней однородности, имея в виду не единообразие, а "соглашение по фундаментальным позициям" (*agreement on fundamentals*).<sup>14</sup> С современной точки зрения, мы

---

<sup>11</sup> European Commission for Democracy through Law, Report on the Role of the Opposition in a democratic Parliament, Berichterstatter: Angelika Nussberger/Ergud Özbudun/Fredrik Sejersted, CDL-AD(2010)025, 7 (собственный перевод автора).

<sup>12</sup> Chantal Mouffe, *Agonistik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2014; Hannah Arendt, *Was ist Politik?*, München: Pieper Verlag 1993.

<sup>13</sup> Alexis de Tocqueville, *Über die Demokratie in Amerika*, 835, dt. Ausgabe Stuttgart: Reclam 1985, 145.

<sup>14</sup> Werner Heun, *Entstehungsvoraussetzungen des Mehrheitsprinzips*, в: Egon Flaig (Hrsg.), *Genesis und Dynamiken der Mehrheitsentscheidung*, München: Oldenbourg Verlag 2013, 21-42 (22); более подробно Heun (сноска 2), 176 и далее с дальнейшими ссылками; Horst Dreier, *Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat*, ZParl 17 (1986), 94-118 (110); Horst Dreier, *Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung*, RW 1 (2010), 11-38 (36): „Не стоит также перед лицом требования однородности вводить себя в заблуждение из-за той дискредитации, которую это понятие пережило благодаря включению в схему "друг-враг" Карла Шмитта. Для Ганса Кельзена и Германа Геллера, демократически настроенных современников Шмитта, минимум социальной однородности является само собой разумеющимся условием успешного достижения единения государства.“; Ernst-Wolfgang Böckenförde, в: Ernst-

скорее говорим о ценностном консенсусе, о "фундаментальных ценностях", которые как "наиндивидуально действующая истина" в бесконфликтном секторе (в смысле Эрнста Фраенкеля (*Ernst Fraenkel*))<sup>15</sup> связывают различные точки зрения друг с другом в "общей системе координат".<sup>16</sup> Говорить об общих ценностях - признак современного настоящего, особенно в Европейском Союзе. Лица, имеющие право голоса, также должны быть равны по своему статусу и весу их голоса. На этом всегда основывалась критика теоретиков-специалистов, которую разделяет и Карл Дёринг,<sup>17</sup> об усреднении и заурядности (в тенденции) демократической политики. Равенство статуса - это требование, которое в настоящее время обсуждается, особенно в Европейском Союзе, в котором граждане Союза как политические субъекты не являются равноправными. Кроме того, должна существовать возможность пересмотра решения (большинства) с тем, чтобы меньшинство всегда имело возможность продвигать свою точку зрения для признания её в качестве позиции большинства в будущем.<sup>18</sup>

В 1970-х и 1980-х годах мирное использование ядерной энергии и проблема хранилищ вызвали дебаты относительно условий и требований к её использованию,<sup>19</sup> которые теперь продолжаются и в актуальных дискуссиях по вопросам защиты климата. В конечном счёте, с точки зрения допустимой контрперспективы следует, что принцип большинства имеет шанс на надёжную и долговременную легитимность только в том случае, если в обществе не складываются т.н. устойчивые «структурные меньшинства», не имеющие шансов стать большинством. Международное право решает эту проблему с начала 20-го века с помощью прав национальных меньшинств, обязывая предоставлять им автономию или

---

Wolfgang Böckenförde/Dieter Gosewinkel, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2011, 305-486 (477).

<sup>15</sup> Ernst Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien* [1960], в: Ernst Fraenkel, *Gesammelte Schriften*: Bd. 5. *Demokratie und Pluralismus*, Baden-Baden: Nomos 2007, 74-90 (84): „Чем более социально дифференцировано общество, тем меньше гарантий, что постулат об автономной реализации *bonum commune* будет в достаточной степени учтен посредством нерелексивного *consensus omnium*.“

<sup>16</sup> Alexander Bogner, *Die Epistemisierung des Politischen*, Stuttgart: Reclam 2021, 116.

<sup>17</sup> Karl Doehring, *Von der Weimarer Republik zur Europäischen Union*, Berlin: wjs Verlag 2008, 209.

<sup>18</sup> Jakob Hohnerlein, *Recht und demokratische Reversibilität*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020.

<sup>19</sup> Bernd Guggenberger/Claus Offe (Hrsg.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH 1984; Thomas Helfen, *Die Kritik am Mehrheitsprinzip als Herausforderung der repräsentativen Demokratie*, Diss. Bonn: 1992, 120 и далее.

наделяя отличающиеся от большинства меньшинства особыми правами в политическом сообществе.<sup>20</sup>

Не должны ли все отличительные группы быть наделены в либеральной демократии особыми правами, потому что они недостаточно представлены, и с их представлениями предположительно также не имеют перспективы большинства? Здесь не отстаивается подобная ориентированная на группу концепция меньшинств, что будет в дальнейшем обосновано более подробно. Защита национальных меньшинств является особенностью международного права, которая не поддается генерализации и не предполагает существенного ограничения свободы выбора действий или усмотрения (*Gestaltungsfreiheit*) конкретного государства.

Идея неприкосновенных и неотъемлемых прав - это защита автономии личности в политическом сообществе возможностей.<sup>21</sup> В силу нормативного требования равенства индивиды имеют возможность в какой-то момент присоединиться к большинству, а в другой - к меньшинству в зависимости от обстоятельств. Модус самоопределения не детерминирован в том смысле, что принадлежность к большинству или меньшинству является заранее предрешенным фактом. Скорее, обладание и пользование индивидом коллективной или индивидуальной автономии зависят от социальных отношений господства, в которых он находится, и от политического вопроса, на который ему предстоит ответить. Индивид может быть представителем меньшинства, не обязательно принадлежа к определенной группе. Если он входит в меньшинство, то здесь и возникает вопрос, нужно ли формально защищать эту позицию с помощью субъективных прав.

---

<sup>20</sup> Francesco Capotorti, *Minorities*, EPIL, Bd. 3, Amsterdam: Elsevier 1997, 410-424 (411); Karl Doehring, *Das Gutachten des Generalsekretärs der Vereinten Nationen über die Fortgeltung der nach dem Ersten Weltkrieg eingegangenen Minderheiten-Schutzverpflichtungen*, ZaöRV 15 (1954), 521-540; Sarah Pritchard, *Der völkerrechtliche Minderheitenschutz*, Berlin: Duncker & Humblot 2001; Manfred Mohr (Hrsg.), *Friedenssichernde Aspekte des Minderheitenschutzes in der Ära des Völkerbundes und der Vereinten Nationen in Europa*, Berlin/Heidelberg: Springer 1996; однако также уже Georg Jellinek, *Das Recht der Minoritäten*, Wien: Hölder 1898.

Федеральное правительство сделало к Конвенции Совета Европы от 1 февраля 1995 года заявление (BGBl. 1998 II, 57), ограничив ее действие представителями датского и сорбского меньшинств, а также фризами, синти и рома, имеющими немецкое гражданство. Другими словами, даже привилегии участия в политике для национальных меньшинств требуют наличия немецкого гражданства, т.е. членства в политическом сообществе, что в принципе исключает аргументы для дифференциации миллионов турецких граждан, например, которые должны получить гражданство, чтобы получить возможность участвовать в политике.

<sup>21</sup> Munaretto (сноска 9).

Современная идеология прав человека, особенно в Европе, формируется под влиянием этой классической контр-мажоритарной перспективы *Токвиля*.<sup>22</sup> Из подозрения, что большинство может злоупотреблять демократией, чему история и современность дают ужасающие доказательства, речь заходит об институциональном сдерживании демократии. Примат наднационального права, связанность национального суверенитета с Европейской конвенцией по правам человека (ЕКПЧ) и решениями Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), акцент на механизмах разделения власти в смысле "сдержек и противовесов", особенно через сильную конституционную юрисдикцию, федеральное устройство и ограничение прямой демократии, складываются в модель демократии, domesticiрованной контр-мажоритарными способами принятия решений. Утверждается, что при этом даже речь идёт о модели специфически европейского конституционализма, у которого есть знающий и влиятельный пропагандист в лице Венецианской комиссии.<sup>23</sup>

В центре этой модели находятся высшие суды, т.е. национальные конституционные суды и наднациональные суды, как например ЕСПЧ и Суд Европейского Союза (СЕС). К ним обращаются те лица, которые подают иск против ограничительных мер государства или в связи с защитой своего права на принятие определенных мер. Их задача - обеспечить соблюдение субъективных прав человека, если присутствует правообразующий фактический юридический состав и правовые последствия предусматривают вынесение такого решения. Этот юридически кодированный конфликт между личностью и государственной властью - по крайней мере, в Европе - не встречает серьезной критики ни теоретически, ни практически, когда речь идёт о фундаментальных правах личности (*core rights*), напрямую связанных с человеческим достоинством, т.е., прежде всего, о праве на жизнь, запрете пыток, рабства и принудительного труда, праве на свободу и безопасность, а также на правовую защиту и справедливый суд.<sup>24</sup> Этот консенсус относительно истины и истинного смягчается тем больше, чем сильнее права могут быть ограничены законодателем или, особенно в случае прав, предполагающих конкретные действия со стороны государства (*Leistungsrechte*), должны

---

<sup>22</sup> Актуализация этой точки зрения у Jon Elster, *Tyranny and Brutality of the Majority*, в: Stéphanie Novak/Jon Elster (Hrsg.), *Majority Decisions*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, 159-176.

<sup>23</sup> Valentina Volpe, *Drafting Counter-Majoritarian Democracy*, *ZaöRV* 76 (2016), 811-843.

<sup>24</sup> Примером дифференциации является решение ЕСПЧ по делу *Pardillo v. Italy*, решение от 25.8.2015, №. 46470/11, пункт 174, в котором Суд установил, что право на получение доносского эмбриона не относится к ключевой сфере статьи 8 ЕКПЧ, иначе, чем право растить детей.

быть конкретизированы. Но и в отношении этих прав существуют необсуждаемые требования, которые мы называем "сущностью или основным содержанием" (Wesens- oder Kerngehalt). Что является необходимым в демократическом обществе - как это сформулировано в ограничительных предписаниях статей 8-11 ЕКПЧ - или когда имеет место соразмерное (пропорциональное) ограничение, открыто для т.н. взвешивающей правовой оценки (*Abwägung*) и поэтому варьируется в вероятностном пространстве различных толкований и понимания.

Однако правовая регламентация конфликта (*Verrechtlichung des Konflikts*) меняет рациональность принятия решений. В то время как парламенты выбирают политический вариант из пространства различных возможностей, суды решают, какой вариант является правильным, а какой нет. По словам *Неттесхайма* (*Nettesheim*), "конституционные жалобы на нарушение основных прав обычно рассматриваются так, как если бы заявители не обладали политической автономией".<sup>25</sup> Суды поступают так, в любом случае, тогда, когда они считают, что рамки для оценки и усмотрения политического органа превышены, и объявляют определенный вариант в качестве единственно допустимого с точки зрения требований, вытекающих из прав человека или фундаментальных прав и свобод. В этом случае не существует, "иной возможности", даже если эта возможность была бы желательна с точки зрения квалифицированного большинства.<sup>26</sup> Скорее, здесь действует исключительно требование послушания праву (*Rechtsgehorsam*) тех, кто обязан соблюдать права человека, и требование умеренности для любых критиков. Так возникают основания для правопритязаний на прожиточный минимум, на поступлении в высшее учебное заведение и на медицинское обслуживание, а также обязательства дополнительно прилагать усилия по сокращению выбросов CO<sub>2</sub>, разрешать въезд в страну или не депортировать людей, предоставлять заключенным право голоса, содержать школы свободными от религиозных символов или терпимо относиться к религиозной одежде и религиозным обрядам в них. Другими словами, парламентское большинство в либеральной демократии устанавливает объективное право, которое не подлежит применению и исполнению, поскольку субъекты с какими-либо отличными предпочтениями ссылаются в суде на своё субъективное право. Правовая защита может в результате - в дополнение к классической защите

---

<sup>25</sup> Martin Nettesheim, *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, Paderborn: Brill/Schöningh 2017, 48; более сложную связь между законодательством и аргументированным определением прав из текста у Andreas Funke, *Auf Augenhöhe? Versuch über die Möglichkeit, Rechtsbefolgung als Ausdruck personaler Autonomie zu denken*, в: Patrick Hilbert/Jochen Rauber (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht?*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 201-226 (213 и далее).

<sup>26</sup> К вопросу о "также иной возможности" см. Munaretto (сноска 9).

от посягательств на основные права<sup>27</sup> - продлить политическую процедуру и, благодаря временному фактору, превратить формальное решение большинства в его противоположность. Процессуальная защита основных прав может стать защитой от принудительного исполнения с помощью судебных процедур, примером чего являются проекты планирования совершенствования законодательства (*Planungsvorhaben*). Эта взаимосвязь в особой степени действует для конституционной юрисдикции. В дальнейшем мы не будем обращаться к конституционной юрисдикции в таком узком смысле.<sup>28</sup> Скорее, внимание следует уделить ЕКПЧ и механизму её имплементации. Там речь идёт о правах человека, конкретизированных для Европы, которые с примерами многочисленных прецедентов из различных европейских государств предоставляют хороший материал для изучения, и в отношении которых рассматриваемая проблема была признана договаривающимися сторонами и должна решаться путем внесения поправок в ЕКПЧ и судебную практику ЕСПЧ.

### III. Европейский консенсус и процедурализация

С вступлением в силу 11-го Дополнительного протокола в 1998 году Страсбургский суд стал весьма заметным и эффективным органом по обеспечению соблюдения ЕКПЧ в (начиная с марта 2022 года) 46 государствах-участниках Совета Европы. Это не означает умаления роли прекратившей свое существование Европейской комиссии по правам человека и старого Суда. Однако расширение защиты прав человека, дифференцированная судебная практика настоящего времени, признание гражданами европейских государств и их большие ожидания, а иногда и отчаянные надежды на Суд являются следствием не только изменившейся геополитической ситуации в Европе после 1990 года, но и реформированной в своё время процедуры.

Многочисленные присоединения к ЕКПЧ после 1990 года и изменившиеся рамки её системы в контексте развития прав человека и глобального "разговора о правах человека" (*rights talk*),<sup>29</sup> которые развернулись с 1970-х годов, привели к существенному расширению судебных практики ЕСПЧ. Отдельные решения, как и практика вынесения решений по социально-политически значимым вопросам в целом, вызвали

<sup>27</sup> Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.

<sup>28</sup> ЕСПЧ также должен быть включен в этот круг конституционной юрисдикции, см. Angelika Nußberger, *Die Europäische Menschenrechtskonvention – eine Verfassung für Europa?*, JZ 74 (2019), 421-428.

<sup>29</sup> Ann Glendon, *Rights Talk*, New York: The Free Press 1991; Jamal Greene, *How Rights Went Wrong*, Boston, Mass.: Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company 2021.

дискуссию о качестве его решений, которая происходила и происходит на фоне хронической перегруженности Суда.<sup>30</sup> Воображаемое европейское пространство прав человека продолжает подвергаться воздействию значительных вызовов с различных направлений, а именно как со стороны России и Турции,<sup>31</sup> так и государств-участников, которые сравнительно редко осуждаются ЕСПЧ, таких как Великобритания и Германия.<sup>32</sup> На многих конференциях государства-участники вели переговоры о новых реформах механизма имплементации, с помощью которых можно было бы добиться снижения процессуального бремени Суда, но также и укрепления первичной роли государств-участников Конвенции и их соответствующих, действующих на основе разделения властей органов по защите прав человека и обуздания чрезмерно ориентированной на детали судебной практики ЕСПЧ.

Государства-участники ЕКПЧ выразили на этих конференциях мнение, что система Конвенции подчинена защите прав человека на национальном уровне и что национальные власти и суды в принципе имеют больше возможностей, чем международный суд, для оценки местных потребностей и условий. В рамках конвенционной системы дискреционные полномочия идут рука об руку с мониторингом. В этом отношении роль Суда заключается в проверке того, совместимы ли решения, принятые национальными властями, с Конвенцией, причём с надлежащим учетом пределов усмотрения государства. Если вспомнить генезис ЕКПЧ, то можно сформулировать следующим образом: Конвенция не призвана стать

---

<sup>30</sup> ECHR, Analysis and Statistics 2020, January 2021, 6, пункт 4: "Pending applications", согласно которому количество дел, рассматриваемых в Палатах и Большой Палате, продолжало расти в 2020 году, с отчетом можно ознакомиться по адресу <[https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2020\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2020_ENG.pdf)>.

<sup>31</sup> 41% дел, ожидающих рассмотрения в ЕСПЧ в 2020 году, поступили из России и Турции, еще 29% дел поступили из Румынии и Украины, т.е. из четырёх из 47 государств Совета Европы "возбудались" 70% ожидающих рассмотрения дел в ЕСПЧ, источник см. сноска 30.

<sup>32</sup> Derek Walton, Subsidiarity and the Brighton Declaration, в: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger (Hrsg.), Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation, 2014, 193-206; Marten Breuer (Hrsg.), Principled Resistance to ECtHR Judgments A New Paradigm?, Berlin/Heidelberg: Springer 2020.

европейским "биллем о правах", а "тревожным сигнальным звонком"<sup>33</sup> на случай серьезных отклонений.<sup>34</sup>

Уже в своей Брайтонской декларации в 2012 году государства-участники приветствовали, что ЕСПЧ разработал такие принципы, как субсидиарность и доктрина пределов усмотрения, и призвали его "придавать большое значение этим принципам в своих решениях и последовательно применять их".<sup>35</sup> Тем временем, принцип субсидиарности и концепция национального усмотрения были закреплены - сравнительно быстро - в преамбуле ЕКПЧ.<sup>36</sup> Это изменение идет рука об руку с конкретизацией судебной практики в отношении пределов усмотрения, которое здесь стоит рассмотреть подробнее, поскольку ЕСПЧ наделяет принцип большинства и национальную парламентскую процедуру значимый для принятия решения функцией.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Jörg Polakiewicz/Julia Katharina Kirchmayr, *Sounding the Alarm: The Council of Europe As the Guardian of the Rule of Law in Contemporary Europe*, в: Armin von Bogdandy/Piotr Bogdanowicz et al. (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin/Heidelberg 2021, 361-382; Jan Eckel, *Die Ambivalenz des Guten*, 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2015, 154 и далее; Ed Bates, *The Evolution of the European Convention of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2010.

<sup>34</sup> Robert Spano, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention of Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary*, *ELJ* 27 (2021), 1-17 (13 и далее); *EGMR, Xero Flor sp. z o. o. v. Polen, Urteil v. 7.5.2021, Nr. 4907/18, Rn. 289* и далее; *EGMR, Reczkowicz v. Polen, Urteil v. 22.7.2021, Nr. 43447/19, Rn. 240* и далее.

<sup>35</sup> High-Level Conference on the Future of the Court, *Brighton Declaration v. 20.4.2012*, пункт 12 а.

<sup>36</sup> Пятнадцатый Протокол к ЕКПЧ от 24.6.2013, *BGBI. 2014 II, 1034*, вступил в силу 1.8.2021.

<sup>37</sup> Сравнительно быстрая ратификация 15-го Дополнительного протокола контрастирует с медленной ратификацией 12-го Дополнительного протокола от 2000 года, который должен включить в ЕКПЧ общий запрет дискриминации. Федеральное правительство оправдывает отказ от ратификации, в конечном счете, защитой ситуации по действующему законодательству, т.е. - говоря прямо - принципом большинства: *WT-Drs. 18/4881, 7 (к № 177)*: "Ратификация Протокола была отложена на время с тем, чтобы наблюдать за дальнейшим ходом ратификации другими государствами и развитием прецедентного права Европейского суда по правам человека после вступления Протокола в силу. Это должно было послужить основой для более четкой оценки того, как ратификация Протокола повлияет на внутреннюю правовую систему Германии. До сих пор нет решений, в которых ЕСПЧ более подробно рассмотрел бы Протокол № 12 и сферу действия общего запрета на дискриминацию. Поскольку этот общий запрет включает в себя запрет дискриминации по признаку происхождения и поскольку в случае расширительного толкования этого запрета могут возникнуть проблемы для германского регулирования в области государственной службы, социального законодательства, законодательства об иностранцах и предоставлении убежища, позиция федерального правительства остается выжидательной".

Центральное место в этой судебной практике занимает аргумент европейского консенсуса (*European consensus*).<sup>38</sup> Степень свободы усмотрения государства в вопросах прав человека определяется тем, существует ли и если да, то в какой степени существует согласие государств-участников Конвенции по данному конкретному вопросу. Для ответа на этот вопрос привлекается законодательство, административная и судебная практика. Этот консенсус не должен представляться простым арифметическим действием. Численное соотношение среди государств-участников Конвенции играет определенную роль; для признания наличия консенсуса, в зависимости от обстоятельств, может быть достаточно уже незначительного большинства. Но нередко Суд аргументирует свою позицию также на основе тенденций развития европейской или международной защиты прав человека или привлекает для этого статус ратификации международных договоров или даже практику "мягкого права".<sup>39</sup>

Если такой консенсус констатируется, пределы национального усмотрения в отношении конкретных ограничений сужается, и ЕСПЧ устанавливает свою интерпретацию в качестве обязательного конвенционного стандарта. Очень хорошо известно решение по делу *Тайрера (Tyrer)*, принятое в конце 1970-х годов, в котором ЕСПЧ изменил свою судебную практику в отношении телесных наказаний в школах, поскольку за это время сформировался консенсус в отношении соответствующего запрета.<sup>40</sup> В 2008 году в деле *Демир и Байкара (Demir und Baykara)* Большая палата пришла к выводу, что обеспечение соблюдения профессиональных интересов членов профсоюзов посредством мероприятий по борьбе за улучшение условий труда является одной из основных конвенционных гарантий, но исключила из нее забастовку.<sup>41</sup> Весной 2021 года Большая палата ЕСПЧ отказала в консенсусе по вопросу обязательной вакцинации против коронавирусов и

---

<sup>38</sup> Боле подробно к вопросу о происхождении и развитии этой догматики и её изменениях с 1990-х г.г. см. Ed Bates, *Consensus in the Legitimacy-Building Era of the European Court of Human Rights*, в: Panos Kapotas/Vassilis P. Tzevelekos (Hrsg.), *Building Consensus in European Consensus*, Bambridge: Cambridge University Press 2019, 42-70 (57 и далее) и Kristin Henrard, *How the ECtHR's Use of European Consensus Considerations Allows Legitimacy Concerns to Delimit Its Mandate*, в: Kapotas/Tzevelekos (сноска 38), 141-166.

<sup>39</sup> Kanstantsin Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, 38 и далее.

<sup>40</sup> EGMR, *Tyrer v. UK*, Urteil v. 25.4.1978, Nr. 5856/72, Series A Nr. 26.

<sup>41</sup> EGMR (Große Kammer), *Demir und Baykara v. Turkey*, Urteil v. 12.11.2008, Nr. 34503/97, пункты 125-127 и пункты 167-170.

предоставила государствам-участникам Конвенции широкую свободу действий по этому вопросу.<sup>42</sup>

Если догматическая функция консенсуса между государствами-участниками Конвенции на протяжении десятилетий была закреплена в судебной практике, то следующая тенденция, а именно процессуальное оформление пределов усмотрения проявилась совсем недавно. Вкратце она состоит в том, что ЕСПЧ признает решение, принятое государством-участником Конвенции в рамках его дискреционных полномочий, если оно основано на достаточной "процедурной рациональности" (*prozedurale Rationalität*).<sup>43</sup> В этом случае ЕСПЧ не столь озабочен материальным содержанием вопроса о правах человека, но смотрит, например, в случае правовых ограничений, на эффективное вовлечение различных интересов и научной экспертизы, качество обсуждения, обоснование и наличие правовой защиты. Используя подобный метод, Большая палата в 2013 году в основополагающем решении по делу "Энимал дефендерс" (*Animal Defenders*) отклонила жалобу неправительственной организации с требованием о признании запрета на политическую рекламу в телерадиовещании противоречащим Конвенции.<sup>44</sup>

Широкую известность также получило решение ЕСПЧ по делу S.A.S., которое касалось запрета на скрывающую лицо одежду во Франции. В своём решении, на фоне отсутствия европейского консенсуса, Большая Палата четко постановила, что Суд должен проявлять определенную сдержанность в ходе осуществляемого им контроля, поскольку при таком контроле он должен оценить баланс, установленный путем демократического процесса в обществе, о котором идет речь. За этим Суд признал, что, когда речь идет о вопросах общей политики, относительно которых в демократическом обществе разумно ожидать наличия больших расхождений, особое значение должно придаваться роли национальных органов, принимающих политические решения на внутригосударственном уровне.<sup>45</sup> О том, что демократическому законодательному органу в государствах-участниках Конвенции тем самым не предоставлены неограниченные полномочия (*Pleinpouvoir*), свидетельствуют решения по

---

<sup>42</sup> EGMR (Große Kammer), *Vavricka v. Czech Republic*, Urteil v. 8.4.2021, Nr. 47621/13, Rn. 203: "Поскольку европейского консенсуса по вопросу обязательной вакцинации явно не было, государствам-членам была предоставлена широкая свобода усмотрения. Дополнительная причина для предоставления широкой свободы усмотрения заключается в том, что данный вопрос предполагает оценку экспертных и научных данных национальными властями."

<sup>43</sup> Thomas Kleinlein, *Grundrechtsföderalismus*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 454 и сл.

<sup>44</sup> EGMR (Große Kammer), *Animal Defenders v. UK*, Urteil v. 22.4.2013, Nr. 48876/08.

<sup>45</sup> EGMR (Große Kammer), *S.A. S. v. France*, Urteil v. 1.7.2014, Nr. 43835/11, Rn. 129, 154.

делу *Хёрста (Hirst)* об избирательных правах заключённых лиц в Великобритании. Судебная практика, установившая, что общее лишение заключённых права голоса было нарушением Конвенции, поскольку британская Палата общин приняла это регулирование паушально (т.е. без каких-либо оговорок и ограничений – **прим. Дайджеста**) и без какого-либо взвешивающей оценки и обсуждения конкурирующих интересов, вызвало глубокий конфликт с британцами, который, помимо прочего, способствовал вышеупомянутым дебатам о необходимости реформы.<sup>46</sup>

Для дальнейших наших рассуждений решающим здесь является тот факт, что ЕСПЧ признаёт решение парламентского большинства, ограничивающее права человека, если это решение большинства было рационально обосновано и принято в рамках делиберативной процедуры и основано на веских причинах. Такой совещательный тест на делиберативность (на "процедурализацию") тесно взаимосвязан с установлением масштаба пропорциональности (*proportionality*) и взвешенности (*balancing*), то есть метода "взвешивающей оценки" (*Abwägung*, обеспечение сбалансированного учёта интересов – **прим. Дайджеста**). Благодаря двухступенчатой проверке наличия вмешательства в право человека и его обоснования, каждое ограничение прав человека может быть подвергнуто ЕСПЧ всеобъемлющему обязательству обоснования и поиска баланса со стороны государств-участников ЕКПЧ. Конкретный закон, однако, всегда лишь в предварительном порядке соответствует Конвенции, поскольку его дальнейшее существование зависит от того, сформируется ли европейский консенсус в смысле формирования явного соотношения большинства среди государств-участников Конвенции, которое обяжет его изменить или отменить. Операционализация<sup>47</sup> принципа большинства Европейским Судом, которая еще не устоялась в её деталях, приводит (причём всегда за рамками защитной сферы фундаментальных прав, понимаемых в абсолютных терминах) к парадоксу, признаваемому также и в особых мнениях судей. Универсальное право человека, подлежащее в принципе защите от конкретного партикулярного большинства, т.е. то, что является

---

<sup>46</sup> EGMR (Große Kammer), *Hirst v. UK* (No. 2), Urteil v. 6.10.2005, Nr. 74025/01, пункт 76 и далее; ECHR (Große Kammer), *Scoppola v. Italy* (No. 3), Urteil v. 22.5.2012, Nr. 165/05; EGMR, *Millbank u. a. v. UK*, Urteil v. 30.6.2016, Nr. 44473/14; более подробно по данной теме см. Ed Bates, *Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg*, HRLR 14 (2014), 503-540. Комитет министров удовлетворен незначительными изменениями в правоприменительной практике, Генеральный секретариат, План действий DH-DD(2017)1229 от 2.11.2017.

<sup>47</sup> Более подробно см. Frederike Maaß, *Der europäische Konsens und die Rolle rechtsunverbindlicher Europaratsdokumente in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Berlin: Duncker & Humblot 2021, 241 и далее.

«объективно истинным», обусловлено процедурализованным обоснованием (оправданием) этого самого большинства, т.е. тем, что в лучшем случае является «ситуативно истинным».<sup>48</sup>

Благодаря триаде участие, инклюзивность и прозрачность, опасения в странах-участницах Конвенции по поводу расширения гарантий ЕКПЧ и углубления судебной практики ЕСПЧ, как представляется, на время рассеялись, хотя детали все еще остаются открытыми и многое остается методологически нерешенным. Тенденция к процедурализации защиты прав человека является достаточно известной и вызывающей доверие, поскольку её можно наблюдать и в конституционном праве либеральных демократий как дополнение к процессу расширения прав.<sup>49</sup> В этом отношении данная тенденция является предварительным ответом на связанное с определёнными конфликтами переплетение судебной и законодательной власти. Вопрос о том, поможет ли это решить проблему окончательно, мы оставляем пока открытым. Ибо теперь, во второй части статьи, этот предварительный синтез прав человека и большинства должен быть исследован в его столкновении с двумя следующими вызовами. Во-первых, необходимо рассмотреть последствия социальных фрагментаций, которые проявляются в феноменах рефлексии политики идентичности и изменившихся потребностях представительства (IV.). Далее мы рассмотрим состояние т.н. трансформационного конституционализма, который неразрывно связан с современным концептом прав человека в либеральной демократии (V.). Наконец, вновь рассматривается взаимосвязь между правами человека и принципом большинства (VI.).

#### IV. Идентичность и репрезентация

Политика многих западных промышленно развитых стран уже давно озабочена вопросом, что удерживает соответствующее сообщество вместе и как можно укрепить его сплоченность, воспринимаемую как

---

<sup>48</sup> В литературе для этого был предложен термин "мажоритарный активизм" („majoritarian activism“), Alec Stone Sweet/Thomas L. Brunell, *Trustee Courts and the Judicialization of International Regimes*, *Journal of Law and Courts* 1 (2013), 61-88 (63 и сл.); Andreas Follesdal, *Building Democracy at the Bar: the European Court of Human Rights as an Agent of Transitional Cosmopolitanism*, *Transnational Legal Theory* 7 (2016), 95-113 (108 и далее).

<sup>49</sup> Специально к вопросу о ЕСПЧ Angelika Nußberger, *Procedural Review by the ECHR: View from the Court*, в: Janneke Gerards/Eva Brems (Hrsg.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, 2018, 161-176 (172 и сл.); по проблемам в немецком праве Arno Wieckhorst, *Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck 2017.

остающуюся хрупкой.<sup>50</sup> В этом наблюдении сходятся долгосрочные и краткосрочные тенденции, которые в социальных науках описываются ключевым словом "сингуляризация".<sup>51</sup> Принцип большинства является подходящей точкой отсчета, поскольку он связывает легитимность решения большинства с внутренним консенсусом участников, основанным на сильных элементах общности и единства. Этот внутренний консенсус членов политического сообщества не может быть определен «математическим методом» (*more geometrico*). Он должен проявиться в реальности. Если предправовой консенсус ослабевает, решения парламентского большинства теряют в степени своей приемлемости для сообщества.

Такое развитие событий подкрепляется феноменом политики идентичности. Политика идентичности означает общественно-политическое движение, члены которого определяют себя в соответствии с формирующими идентичность эссенциалистскими характеристиками, такими как пол, сексуальная ориентация или цвет кожи, и объединяются в группы осознающих свою сопричастность участников. Их деятельность направлена на признание их статуса как идентитарного меньшинства и на борьбу с дискриминацией.<sup>52</sup> Адресатом этих требований о признании является общество большинства, которое, как носитель или выразитель преобладающих отношений и порядка, рассматривается как привилегированное и, исходя из опыта переживаемого на практике неравенства, и воспринимается как причина ощущаемой дискриминации.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Nicole Deitelhoff/Olaf Groh-Samberg/Matthias Middell (Hrsg.), *Gesellschaftlicher Zusammenhalt: Ein interdisziplinärer Dialog*, Frankfurt: Campus Verlag 2020; Werner J. Patzelt, *Ressourcen des gesellschaftlichen Zusammenhalts*, в: Cathleen Bochmann/Helge Döring (Hrsg.), *Gesellschaftlichen Zusammenhalt gestalten*, Wiesbaden: Springer Fachmedien 2020, 11-26; Christoph Lütge, *Was hält eine Gesellschaft zusammen?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007; см. также созданный 1.6.2020 под эгидой Федерального Министерства образования и научных исследований Германии (BMBWF) Исследовательский Институт по вопросам общественного согласия с представительствами в 10-ти городах ФРГ, <<https://www.fgz-risc.de/>>.

<sup>51</sup> Andreas Reckwitz, *Die Gesellschaft der Singularitäten*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2017; Armin Steinbach, *Das Amt in einer Gesellschaft der Singularitäten*, April 2021, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, доступно по адресу <<https://ssrn.com/abstract=3816087>>.

<sup>52</sup> Frank Schorkopf, *Staat und Diversität*, Paderborn: Brill/Schöningh 2017; Eric Hilgendorf, *Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Gesellschaft*, *JZ* 76 (2021), 853-863.

<sup>53</sup> Этот контекст также воспринимается как повод для переопределения статутного равенства как политического равенства возможностей см. Wojciech Sardurski, *Majority Rule, Democracy and Populism: Theoretical Consideration*, в: Giuliano Amato/Benedetta Barbisan/Cesare Pinelli (Hrsg.), *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, London: Bloomsbury 2021, 189-198 (192 и далее).

С политической точки зрения, идентитарные группы стремятся к "свободному от эксклюзивности консенсусу" (*exklusionsfreier Konsens*).<sup>54</sup> Последствия для принципа большинства становятся очевидными сразу же, поскольку законы, игнорирующие наличие и особенности соответствующих идентичностей, воспринимаются, как манифестация привилегированного большинства.

Проблема углубляется тем, что идентитарные группы могут классифицироваться как структурные меньшинства, из чего следует требование признание их особых прав в демократическом процессе. Согласно логике политики идентичности, политические права граждан должны быть расширены за счёт групповых прав.<sup>55</sup> При этом речь идёт, в частности, о разработке новых концепций представительства, ориентированных на учёт интересов различных групп,<sup>56</sup> которые обеспечивают социально-политическое существование группы, о правах вето в системе принятия парламентских решений, о специальных квотах при назначении в органы и службы, о нормах, регулирующих использование языков меньшинств и защиты их культурной идентичности, а также о правовом плюрализме, т.е. о параллельном действии правовых систем на территории государства и их партикулярном применении к идентитарным нормативным коллективам,<sup>57</sup> но также о процедурных правилах, таких как отмена ограничительных оговорок и барьеров в избирательном законодательстве и нарезке избирательных округов с учетом интересов меньшинств,<sup>58</sup> допуске и участии в выборах

---

<sup>54</sup> Chantal Mouffe, *Das demokratische Paradox*, Wien: Turia + Kant 2015 (engl. Orig. 2000), 59, 78.

<sup>55</sup> Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Kap. 6, New Jersey: Princeton University Press 2011 (Orig. 1990), 184 и далее; Claus Offe, „Homogenität“ im demokratischen Verfassungsstaat – Sind politische Gruppenrechte eine adäquate Antwort auf Identitätskonflikte?, *Peripherie* Nr. 64 (1996), 26-45. Этот абзац был взят из Schorkopf, *Staat und Diversität* (сноска 52), 31 и сл.

<sup>56</sup> По поводу специального представительства Daniel Thürer, *Minorities and Majorities: Managing Diversity*, *SZIER* 5 (2005), 659-665 (661); в этом же направлении Arend Lijphart, *The Wave of Power-Sharing Democracy*, в: Andrew Reynolds (Hrsg.), *The Architecture of Democracy*, Oxford: Oxford University Press 2002, 39-54, по данному вопросу Steven Wheatley, *Democracy, Minorities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, 161 и далее.

<sup>57</sup> Ralf Seinecke, *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen: Mohr Siebeck 2016; Klaus Günther, *Rechtspluralismus und universeller Code*, в: Lutz Wingert/Klaus Günther, *Festschrift für Habermas*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2001, 539-567.

<sup>58</sup> Lena Foljanty, *Demokratie und Partizipation*, в: Lena Foljanty/Ulrike Lembke, *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2012, 287-309 (298 и далее); по поводу американского примкера см. Adam B. Cox/Richard T. Holden, *Reconsidering Racial and Partisan Gerrymandering*, *The University of Chicago Law Review* 78 (2011), 553-604.

избирательных платформ меньшинств,<sup>59</sup> о новых обязательствах по исследованию и оценке правовых последствий принимаемых законов для идентитарных групп, а также надлежащая индивидуальная проверка каждого конкретного случая с учётом специальных положений об особых исключениях в качестве общего нормативного правила принятия административных актов.<sup>60</sup> С точки зрения большинства, уступающее в численности и силе политическое меньшинство тем самым всё же получает в демократическом процессе инструмент для представления своей точки зрения в законе, потому что такое квалифицированное меньшинство не может просто игнорироваться.<sup>61</sup>

Исходя из этой внутренней логики, вполне закономерно, что большинство в этих условиях также получает стимулы для определения себя как идентитарной группы, чтобы - с точки зрения собственной внутренней установки - по крайней мере, установить своего рода "равенство сторон" (*Waffengleichheit*). Поэтому политика идентичности не обязательно является "подорожной картой" определенного политического лагеря. Уже давно против левой политики идентичности, которая выступает в защиту мигрантов, религиозных, сексуальных и других меньшинств позиционирует себя правая политика идентичности, которая утверждает, что представляет убывающее большинство автохтонного населения и защищает его национальную идентичность.<sup>62</sup> Однако дискуссии ведутся также и в другом направлении, а именно в направлении предложения также т.н. критическим большинством, отличающимся хрупким или неустойчивым характером, предоставить особые права посредством теории большинства. Это предложение строится на соображениях израильского юриста *Лиава Оргад* (*Liav Orgad*) о культурной защите нации, на основе которых впоследствии - при участии голландского социолога *Рууда Коопманса* (*Ruud Koopmans*) - был сформулирован более широкий подход – концепт

---

<sup>59</sup> См. Европейская Гражданская инициатива „Minority Safepack“, ECI (2017) 4, см. по данному вопросу решение Суда ЕС, EuG, Rs. T-646/13, постановление от 3.2.2017, ECLI:EU:T:2017:59.

<sup>60</sup> Gabriele Britz, *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, 2 и сл.

<sup>61</sup> Этот аргумент можно найти уже в классической критике принципа большинства, см. Peter Graf Kielmansegg, *Das Recht der Mehrheit und die rechte Mehrheit*, в: Michael Salewski/Josef Schröder (Hrsg.), *Dienst für die Geschichte. Gedenkschrift für Walther Hubatsch*, Göttingen: Muster-Schmidt 1985, 301-322 (317).

<sup>62</sup> Francis Fukuyama, *Identity*, London: Profile Books 2017; против симметризации левой и правой политики идентичности Jan-Werner Müller, *Freiheit, Gleichheit, Zusammenhalt – Oder: Gefährdet „Identitätspolitik die liberale Demokratie?*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2021, 12-17.

групповой дифференциации.<sup>63</sup> Фундаментальной основой теории большинства является мультикультурализм современных миграционных сообществ. Цель подобного подхода - проработать различия между классическими англосаксонскими "странами иммиграции" (*Einwanderungsländer*) с миграционным большинством, с одной стороны, и европейскими государствами, где новые меньшинства накладываются на коренное большинство, с другой. С точки зрения потенциально угрожаемого в результате этого демократического порядка, поскольку считается, что его стабильность тем самым ставится под вопрос, тезис, согласно которому каждая культура сама должна решать вопрос о рецепции мировых достижений, делает теорию прав меньшинств ещё более плодотворной и применяет ее к (все еще существующему) большинству.<sup>64</sup>

Помимо специфических условий тех фактических рамок, в которых возник данный тезис, подход обращается к специфике формирования групп в сообществе и применяет, таким образом, концептуальные элементы политики идентичности. Поэтому данный подход следует оценивать критически. В принципе, подобный тезис ставит под сомнение сами предпосылки либеральной, представительной демократии. Ведь все правила и механизмы политического правления в условиях либеральной демократии, включая механизмы защиты основных прав, с точки зрения группы могут представлять как форма выражения культуры большинства. Культура всеобъемлюща, пишет *Габриэле Бритц (Gabriele Britz)*: "Что бы ни делали государственные институты, это является релевантным в культурном отношении. Формы выражения государственных институтов – и это далеко не только язык в более узком смысле - сами являются культурой (большинства)".<sup>65</sup> Поэтому группизм может отвергать механизм защиты основных прав в принципе, поскольку он в силу своей общерамочной культурной конструкции структурно слеп к отличающимся специфическим требованиям.<sup>66</sup> В какие неисследованные воды мы здесь таким образом вступаем, наглядно демонстрирует уже беглый взгляд в сторону упомянутой выше доктрины *margin of appreciation*. В рамках данной доктрины посредством оправдывающей юридической формулы "необходимо в демократическом обществе" признается потребность защиты демократического большинства, с таким трудом формируемого в

<sup>63</sup> Ruud Koopmans/Liav Orgad, *Majority-Minority Constellations: Towards A Group-Differentiated Approach*, WZB Discussion Paper, SP VI 2020–104, December 2020.

<sup>64</sup> Liav Orgad, *The Cultural Defence of Nations*, Oxford: Oxford University Press 2015; теория меньшинства, о которой идет речь, исходит из Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford: Oxford University Press 1995, 84 и далее, в частности 104.

<sup>65</sup> Gabriele Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 193.

<sup>66</sup> См. Schorkopf (сноска 52), 30.

плюралистическом обществе. Но и за этим большинством также стоят культурно закодированные структуры предпонимания и модели поведения.<sup>67</sup> Другими словами, идентитарное групповое мышление в его строгом соблюдении приводит к сегментированной защите основных прав и свобод человека.

Что может потребовать большего внимания в контексте данного предложения, так это влияние, которое права человека оказывают на принадлежность к политическому сообществу. Даже если и не существует общих конституционно гарантированных прав на иммиграцию и получение гражданства,<sup>68</sup> неграждане могут стать де-факто членами политического сообщества через опосредованные правами человека право требовать предоставления необходимой защиты и исполнение определённых действий (*Schutz- und Leistungsansprüche*). Эта тенденция развивается в русле расширения прав, произошедшего со времени становления современного конституционного государства,<sup>69</sup> которое закономерно последовательно расширяло число граждан, имеющих право голоса.

Продолжая развивать своё прецедентное право в отношении процедурализации института пределов национального усмотрения, ЕСПЧ не должен был совершить ошибку, обременяя парламентское обсуждение необходимостью реализации политики идентичности.<sup>70</sup> С позиции идентитарных групп, которые жалуются на нарушение их прав человека в рамках процедуры рассмотрения индивидуальных жалоб, очевидно, что неполный или лишь частичный учет их точки зрения в парламентской законодательной процедуре является следствием структурных недостатков. Последние могут, по их мнению, заключаться и в том, что члены группы не подключены к соответствующим обсуждениям, или в

---

<sup>67</sup> По поводу интеграционного контекста Samuel Scheffler, *Immigration and the Significance of Culture, Philosophy & Public Policy* 35 (2007), 93-125 (112 и сл.).

<sup>68</sup> Подробный обзор реформ, начиная с 1990, содержится в: Ferdinand Weber, *Staatsangehörigkeitsreform als Gesellschaftsreform? Gemeinschaftsbildung als Frage des Rechts und Diskurs der Bürger*, ZAR 39 (2019), 401-412 (402).

<sup>69</sup> Gerrit Hornung, *Grundrechtsinnovationen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015; Andreas von Arnould/Kerstin von der Decken/Mart Susi (Hrsg.), *The Cambridge Handbook on New Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2020. Другой стратегией аргументации является поворот к глобальному конституционализму, который оправдывает этот шаг, в частности, исключением неграждан и иммигрантов из демократических решений, Erika de Wet, *The International Constitutional Order*, ICLQ 55 (2006), 51-76 (71 и далее).

<sup>70</sup> Об отступлении от требования европейского консенсуса в ситуациях, связанных с меньшинствами, см. Dimitrios Kagiarios, *When to Use European Consensus*, в: Panos Kapotas/Vassilis Tzevelekos (Hrsg.), *Building Consensus in European Consensus*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, 283-310 (292 и далее).

том, что мнение ситуативного большинства не получило всестороннего обоснования и им не были рассмотрены все релевантные аспекты, включая аспекты меньшинства, при поиске баланса и взвешивании интересов. Еще более глубокой и, на наш взгляд, более самоочевидной является критика, в рамках которой утверждается, что составляющие компоненты соответствующего сообщества не представлены адекватно в парламенте. Довольно много голосов в современных дебатах обеспокоены предполагаемой слабостью представительной демократии и ищут исправление этого, по крайней мере частично, в дескриптивных моделях представительства. Дескриптивное представительство рассматривает парламенты как точное социально-экономическое, этническое и культурное отражение общества.<sup>71</sup> Сторонники такого понимания после выборов в Бундестаг оценивают, насколько высока соответствующая доля депутатов с иммиграционной историей в парламентских группах, хотя при высокой явке все избранные имеют как граждане Германии равную свободу.

Достижением современного конституционного государства является то, что равная свобода граждан ставит представительство народа в зависимость исключительно от статуса гражданства и решения избирателей<sup>72</sup> - то, что каждый член парламента является представителем всего народа, означает также, что женщина представляет мужчин, мусульманин - атеистов, а натурализованный иммигрант, получивший гражданство - коренных граждан.

Этот принцип общего представительства обладает также значительно большей убедительностью, чем тезис о том, что конституционные суды представляют права всего народа лучше, чем парламентское большинство, которое всегда представляет только часть электората.<sup>73</sup> Дебаты о представительстве — это особая тема, и здесь мы можем лишь кратко

---

<sup>71</sup> Oliver W. Lembcke, *Repräsentation und Demokratie*, в: Marvin Neubauer/Max Stange/Charlott Renske/Frederik Doktor (Hrsg.), *Im Namen des Volkes*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 9-54; Jens Kersten, *Demokratische Repräsentation und Diversitätsprinzip*, в: Jens Kersten/Stephan Rixen/Berthold Vogel (Hrsg.), *Ambivalenzen der Gleichheit*, Bielefeld: transcript Verlag 2021, 199-216.

<sup>72</sup> Другими словами, компенсация должна осуществляться "изнутри", в рамках формализованного статуса, против которого люди также могут принять решение, в этом смысле Ferdinand Weber, в: Kay Hailbronner/Marcel Kau/Thomas Gnatzy/Ferdinand Weber, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 7. Aufl., München: C. H. Beck 2022, Grundlagen B. пункты 174 и далее, в частности пункт 178.

<sup>73</sup> Pierre Rosanvallon, *Demokratische Legitimität*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2010, 11, 17, passim; по данному вопросу Dirk Jörke, *Die Größe der Demokratie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2019, 156 и далее.

обозначить её.<sup>74</sup> Важно в контексте рассматриваемой здесь проблематики показать, что дальнейшее наделение парламентского законотворчества процедурными элементами, в смысле перехода к "культуре обоснования" (*culture of justification*),<sup>75</sup> способствует тенденции нейтрализации принципа большинства в представительной демократии.<sup>76</sup> Подобно международному конституционализму, мышление, основанное на политике идентичности, лишает политический процесс его субстрата и сужает пространство возможностей. Кроме того, демократическое большинство может хотеть того же самого, но не всегда по тем же причинам. Таким образом, культура обоснования косвенно ставит решения парламентского большинства перед необходимостью их оправдания и согласования, которая отнюдь не комплементарно становится важным мотивом дееспособного политического большинства, и его собственной рациональности. Рациональная судебная защита прав противостоит тогда неустойчивой политике в парламенте.

Это затрагивает не только большинство в законодательном органе, но, скорее и в первую очередь, правительственное большинство, действующее в условиях парламентской демократии. В принципе с точки зрения конституционной политики разумно стремиться к дальнейшему оттеснению исполнительной власти. Однако, как следствие, приходится считаться с возникновением неэтнического порядка правления с латентностью к "тирании меньшинств".<sup>77</sup> В этих условиях защита прав человека меняет свою функцию, поскольку в будущем она должна была бы сопровождать притязания групп на участие,<sup>78</sup> побуждать индивида признать притязания на правильность в сегментированном социальном пространстве<sup>79</sup> и гарантировать возможность его выхода из идентичной группы.

---

<sup>74</sup> David Budde, *Formen der Repräsentation und ihre Legitimation: Die voraussetzungsvolle Anerkennung von Repräsentanten in der Politik*, Working Paper Nr. 3, Mai 2013, Arbeitsbereich Politische Theorie und Ideengeschichte, Berlin: Freie Universität Berlin 2013, и ссылки в сноске 1.

<sup>75</sup> Kleinlein (сноска 43), 459.

<sup>76</sup> По поводу Основного Закона ФРГ Florian Meinel, *Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition*, *Der Staat* 60 (2021), 43-98.

<sup>77</sup> Hans O. Staub, *Tyrannie der Minderheiten*, *Schweizer Monatshefte* 60 (1980), 997-1010; Torben Lütjen, *Populismus oder die entgleiste Aufklärung*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 7.1.2019, 6.

<sup>78</sup> О неудачных моделях управления в Боснии и Герцеговине см. Dražen Pehar, *Peace as War*, Budapest: Central European University Press 2019 und Libanon Nizar Saghieh, *Lebanon's Constitutional Council*, в: Anja Schoeller-Schletter (Hrsg.), *Constitutional Review in the Middle East and North Africa*, Baden-Baden: Nomos 2021, 119-135.

<sup>79</sup> См. например *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U. S. \_\_\_\_ (2018); Peter Becker, *Keine Hochzeitstorte zur Homo-Ehe?*, *Verwaltungsrundschau*

## V. Трансформационный конституционализм (преобразующий)

Что касается второго рассматриваемого здесь вызова, мы снова возвращаемся к сформулированному во вступлении предположению о том, что в условиях демократии решает большинство, а не истина. Говорят, что истина не терпит компромиссов. Не случайно в культовом предложении американской Декларации независимости говорится об истине: "Мы исходим из той самоочевидной истины, что все люди созданы равными и наделены их Творцом определенными неотчуждаемыми правами, к числу которых относятся жизнь, свобода и стремление к счастью." Но если права человека выражают то, что является морально правильным, то это признание должно находить своё выражение и обеспечение. Политическое большинство не является мерилем всех вещей. Безусловно, мы сегодня имеем в виду и говорим, что это историческое, сформулированное в конце 18 века, но считавшееся неподвластным времени притязание на истину, исключало рабство и частично отказывало женщинам в праве голоса вплоть до 20 века. Таким образом, это всегда зависит от когнитивной структуры, с которой связано притязание на истину.

Права человека, когда они связаны с эффективным механизмом реализации, таким как конституционная юрисдикция, могут стать инструментом структурных изменений в обществе, действующим вне политического большинства. В литературе на основе опыта Латинской Америки и Южной Африки появился термин "трансформационный конституционализм".<sup>80</sup> Преобразующий конституционализм, если абстрагироваться от контекста его происхождения, направлен на осуществление структурных изменений в обществе не только через демократическое принятие решений, то есть через политику, но и через практику верховных судов. Судебная власть обязуется, не столько явно, сколько косвенно, придерживаться прогрессивной программы, с помощью которой она стремится сделать общество и его форму политической организации более демократичной,

---

2019, 37-47; дело имеет теперь европейский эквивалент в ЕСПЧ, Lee v. UK, App. No. 18860/19, Beschl. v. 7.12.2021, ЕСПЧ признал жалобу неприемлемой в связи с неисчерпанием средств правовой защиты, но сделал прямую ссылку на решение Верховного суда, там же, пункты 38, 75.

<sup>80</sup> Karl E. Klare, Legal Culture and Transformative Constitutionalism, SAJHR 14 (1998), 146-188; Octavio Luiz Motta Ferraz, The Right to Health in the Courts of Brazil, Health and Human Rights 11 (2009), 33-45; Armin von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2022, 119 и далее, 267 и далее.

более равной, более инклюзивной и, в последнее время, более разнообразной. Нередко за этим стоит регулятивная идея общественного прогресса. Концепция трансформации,<sup>81</sup> знакомая также по европейской интеграции, подчеркивает разницу, которая отличает ее от неконтролируемой революции, не отказываясь от претензий на переворот условий. В этой матрице права человека становятся привлекательным инструментом для утверждения политических позиций разумности именно тогда, когда парламентам все труднее решать, что необходимо с точки зрения коммуникативных пространств влияния.<sup>82</sup>

И уже это показывает основополагающую проблему преобразующего конституционализма: Что определяет необходимость структурных изменений в обществе и какими они должны быть конкретно? И должны ли мы оставить решение об этом на усмотрение политического большинства или верховных судов и экспертных органов, а также особых лоббистских групп, с которыми они консультируются? Когда парламентам оказываются больше не в состоянии решать, что необходимо, и кто определяет наличие этого состояния?

Вердикт о практическом опыте использования этой концепции неоднозначен. После первых успехов ситуация в Южной Африке вновь ухудшилась, и возникли новые поляризации. В Латинской Америке произошли структурные изменения в таких социально-политически значимых областях, как права геев, право на аборт, право на здоровье и защиту окружающей среды, реальное практическое значение которых было бы необходимо исследовать. Однако основная структура обществ в целом осталась стабильной; напротив, в Боливии, например, существует вариант, который с либеральной точки зрения должен быть классифицирован как враждебный свободе, поскольку он сталкивает принцип государства всеобщего благосостояния с принципом верховенства права.<sup>83</sup> В результате складывается ситуация - в настоящее

---

<sup>81</sup> Joseph H. H. Weiler, Transformation of Europe, Yale L. J. 100 (1991), 2403-2483; Leone Niglia, The New Transformation of Europe: Arcana Imperii, Am. J. Comp. L. 68 (2020), 151-185; Kiran Klaus Patel/Hans Christian Röhl, Transformation durch Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 2020; Stephan Leibfried et al. (Hrsg.), Transformation of the State, Oxford: Oxford University Press 2015.

<sup>82</sup> Angelika Nußberger, Die Menschenrechte, München: C. H. Beck 2021, 75: При таком подходе [правовые нормы как "живой инструмент" („living instrument“), "подлежащий интерпретации в соответствии с социальными изменениями, 74] суды, которые интерпретируют каталоги прав человека, содержащиеся в конституциях и международных договорах, становятся двигателем общественных преобразований. [...] Нередко бразды правления вырываются из рук политиков."

<sup>83</sup> Karl-Heinz Ladeur, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 377 и далее

время наблюдаемая в Венесуэле - которую можно охарактеризовать как перманентный процесс конституционного законодательства в смысле постоянного пересмотра основ политического порядка, со всеми негативными последствиями для стабильности и предсказуемости политических решений.<sup>84</sup>

Центрально-Восточная Европа также является примером трансформационного конституционализма, что имеет особое значение для Европейского Союза (ЕС). Преобразование бывших социалистических обществ в политические *сообщества*, реализующие европейские ценности свободы, демократии, верховенства права, равенства и прав человека, было неоднозначным по своим результатам.<sup>85</sup> Правоведы диагностируют системные дефициты и вместе с тем одновременно оправдывают необходимость трансформационного конституционализма.<sup>86</sup> Можно ли нестабильную ситуацию в Польше и особенно в Венгрии интерпретировать также как результат политической реакции против слишком глубокой трансформации, поддерживаемой национальными судебными органами? Однако нам даже не нужно смотреть на другие государства и общества, чтобы ощутить «энергию трения», которую высвобождает эта концепция. Защита климата, проталкиваемая через основные права человека и свободы, также способна расколоть общество, поскольку затраты на этот крупный проект трудно совместить с тем, что признается необходимым с точки зрения политики в области климата.<sup>87</sup>

Как представляется, самопонимание трансформативного конституционализма несет в себе немалый риск нанесения ущерба как

---

<sup>84</sup> См. Eduardo Pastrana Buelvas/Andrés Mauricio Valdivieso, Colombia and Its Multilateralism Contradictions, в: Winfried Weck (Hrsg.), Multilateralism, Latin American Perspectives, Bonn: Konrad Adenauer Foundation, 2020, 67-83 (77 и сл.); Kelly Gerard/David Mickler, Remaking the Regional: Legitimacy and Political Participation in Regional Integration, J. Common Mkt. Stud. 59 (2021), 404-416.

<sup>85</sup> Hans-Jürgen Hellwig, The Authority of EU Law: What Does It Require and Why Is It Fading?, в: Wolfgang Heusel/Jean-Philippe Rageade (Hrsg.), The Authority of EU Law, München: C. H. Beck 2019, 149-162 (152); Giandomenico Majone, The Deeper Euro-Crisis or: The Collapse of the EU Political Culture of Total Optimism, EUI Working Paper Law 2015/10, 7: “Поэтому довольно удивительно, что присущие коллективным действиям ограничения в целом игнорируются политологами, правоведами и даже экономистами, пишущими о ЕС.”

<sup>86</sup> Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis, Das systemische Defizit. ZaöRV 74 (2014), 283-328 (293 и далее); von Bogdandy (сноска 80), 275 и далее.

<sup>87</sup> BVerfG, Beschl. des Ersten Senats v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18; контекст также включает протест против увеличения расходов на выбросы CO<sub>2</sub>, например Steffen Vogel, Der Aufstand der Gelbwesten: Eine rechte Revolte?, Blätter für deutsche und internationale Politik 64 (2019), Heft 4, 85-92; Nils Goldschmidt/Stephan Wolf, Klimaschutz auf Kosten der Armen?, ORDO 2019, 125-165.

практической защите прав человека, так и либеральной демократии. Такой риск существует в любом случае в тех областях политики, в которых открывается пространство возможностей. Если это пространство возможностей сужается судебной властью путем идентификации определенного варианта с обоснованием прав человека как правильного и, таким образом, путём придания ему обязательной силы, вопрос истины - с его непримиримыми противоположностями - грозит вернуться в либеральную демократию. И с вопросом об истине нелиберальные стратегии конфессионального государства возвращаются в светской форме, но с не меньшей угрожающей свободой силой: ортодоксия, прозелитизм, изгнание еретиков, запреты на книги, исповедание веры и богохульство.<sup>88</sup>

Против этого можно возразить, что вопрос истины никогда не исчезал из либеральной демократии. Истина является составной частью демократии, которая, как уже указывалось в самом начале, требует внутреннего консенсуса. Мы говорим о сообществе ценностей, как национальных, так и европейских, ссылаемся в Федеративной Республике на идею объективного порядка ценностей и человеческого достоинства,<sup>89</sup> а в Европейском Союзе - на статью 2 Договора ЕС.<sup>90</sup> Но именно каталог ценностей Европейского Союза иллюстрирует, насколько трудно воплотить такой консенсус по демократии, свободе и равенству на практике. Европейская Комиссия не без оснований особенно выделила ценность верховенства права и со значительными затратами конкретизировала её в удобоприменимой форме с тем, что союзный канон мог служить мерилom структурного ущерба верховенству права, в первую

---

<sup>88</sup> Echoes of the Confessional State, *The Economist* v. 4.9.2021, 16; по поводу понимания прав человека как религии см. Ino Augsberg, *Theorie der Grund- und Menschenrechte*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, § 3, 63 и далее; по поводу контекста человеческого достоинства и гражданской религии см. Martin Nettesheim, „Leben in Würde“: Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht hinter den Grundrechten, *JZ* 74 (2019), 1-11 (10); см. также доказательства у Dreier (сноска 14), 115 по поводу параллелей между экологическими протестными группами и представителями конфессиональных противоборств; отношение к популизму см. Lütjen (сноска 77).

<sup>89</sup> Uwe Volkmann, *Die Dogmatisierung des Verfassungsrechts*, *JZ* 75 (2020), 965-975 (966).

<sup>90</sup> Joseph H. N. Weiler, *The Authority of European Law: Do We Still Believe In It?*, в: Heusel/Rageade (сноска 85), 3-20 (8 и сл.); Egils Levits, *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, в: Thomas Jaeger (Hrsg.), *Europa 4.0?*, Wien: Jan Sramek Verlag 2018, 239-270; Christof Mandry, *Europa als Wertegemeinschaft*, Baden-Baden: Nomos 2009; Christian Calliess, *Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?*, *JZ* 59 (2004), 1033-1045.

очередь, в Польше и Венгрии.<sup>91</sup> Для других, не менее важных ценностей, этих вторичных конкретизаций не существует, потому что Союз либо не выполняет их сам (демократия), либо для этого не может быть мобилизовано квалифицированное большинство среди стран-членов.<sup>92</sup>

ЕСПЧ иногда прямо указывает на отсутствие европейского консенсуса по социально-политическим вопросам, который не всегда является прочным даже там, где Суд может указать на квалифицированное большинство. Т.н. «комплекс *Гёргиюлю*», известный спор между ЕСПЧ и Федеральным Конституционным судом<sup>93</sup> и решение по делу *Херста* об избирательных правах заключенных в Великобритании доказывают, что судебное исполнение того, что признано правом, иногда встречает жесткое сопротивление и может вызвать конфликты даже в странах либеральной демократии, в принципе сохраняющих приверженность Конвенции.

За исключением некоторых самоочевидностей объективно истинного и проверенных пригодных на практике консенсусов, заявления о закодированных в области прав человека притязаний на истину - это «белый слон» в комнате.

## VI Заключение

Исходя из вышеизложенных соображений, можно предположить, что между правами человека и большинством существует более сложная взаимосвязь, чем обычно предполагаемое классическое сдерживание большинства субъективными правами представителей меньшинства. Ни политические сообщества, ни государство, ни большинство не являются абстрактными сущностями, представляющими угрозу правам личности как таковым. Тот факт, что существуют исторические и современные эмпирические свидетельства не только угроз правам, но и нарушений и даже отрицания прав, не является оправданием для пессимистической модели либеральной демократии.

---

<sup>91</sup> Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat – Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips v. 11.3.2014, KOM (2014) 158 endg.; Frank Schorkopf, Wertekonstitutionalismus in der EU, JZ 75 (2020), 477-485.

<sup>92</sup> Meinhard Hilf/Frank Schorkopf, в: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Art. 2 EUV, пункт 19 и далее (Mai 2020); см. однако EuGH (Plenum), Ungarn v. Europäisches Parlament und Rat, Urteil v. 16.2.2022, Rs C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, пункты 127, 232, в соответствии с которыми ценности конкретизируются в принципах.

<sup>93</sup> BVerfGE 111, 103 и далее; EGMR, *Görgülü v. Germany*, App. No. 74969/01, Urteil v. 26.2.2004.

Ведь с глобальной точки зрения либеральная демократия, организованная в государстве, на сегодняшний день является единственной формой организации политического правления, которая защищает права человека, а также может обеспечить их соблюдение в борьбе с могущественными интересами. Парламентское большинство является формальным принципом этой либеральной демократии и поэтому не должно в своей исходной точке рассматриваться как "аватар государства".<sup>94</sup> И оно, конечно, не подчинено демократической легитимности верховных судов и, в последнее время, центральных банков, как это утверждают современные голоса в теории правления.<sup>95</sup> Скорее, оно является ситуативным выражением демократической воли к действию на принципах самоопределения политического сообщества равных индивидов, осознающих себя в нём.

Решения большинства в представительной демократии, несомненно, иногда требуют времени. Но когда они приняты, то по своей юридической форме они не менее преобразующие, чем постановления верховных судов. Мы должны верить в это, и как граждане мы несем ответственность за то, чтобы политики в ходе парламентских процедур принимали "правильные решения". Структурное изменение общества посредством трансформационного конституционализма подрывает легитимность верховных судов, которые нам крайне необходимы как "тревожный звонок" и гарантия основных прав. В Европейском Союзе трансформационный подход также сталкивается с концепцией "национальной идентичности", которая постоянно укрепляется странами-членами.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Karl-Heinz Ladeur, *Bitte weniger Rechte*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 7.12.2016 (online).

<sup>95</sup> Etwa Jörke (сноска 73), 156 и далее; von Bogdandy (сноска 80), 387 и далее: *Demokratische Gerichte. § 62 Das Mandat zum Strukturwandel*; аргументация особенно связана с европейским законодательством, в котором компактная воля большинства плюралистического, дифференцированного, разнообразного общества является в основном фикцией, которая объединяет пересекающиеся различия в общую волю большинства, там же, 260.

<sup>96</sup> Armin von Bogdandy, *Der europäische Rechtsraum*, *AöR* 144 (2019), 321-357 (336): „Концепция европейского права, которая отдает предпочтение продвижению интеграции, представляется устаревшей.“; Rolf Grawert, *Europa: in varietate concordia. Zur Union von Integration, Identität und Kohärenz*, в: Andrzej Dziadzio Grodziski et al. (Hrsg.), *Regnare, Gubernare, Administrare*, Krakau: Oficyna Wydawnicza AFM 2012, 397-419 (401): „Изменения от Маастрихта до проекта Конституции и Лиссабонского договора национальная идентичность стран-членов пережила не только невредимой, но и вербально укрепленной.“ Armin von Bogdandy, *Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union*, в: Peter M. Huber/Michael Brenner/Markus Möstl

Ссылка на характеристику верховных судов как наименее опасной ветви власти (*least dangerous branch*)<sup>97</sup> и их обусловленность кадровыми перестановками, изменениями законодательства, затягиванием выполнения их решений или даже их неисполнением не являются контраргументами. В либеральной демократии освобождение политики от связанности правом является в принципе неприемлемым аргументом, а опции реформирования являются возможной, одновременно реактивной реакцией на трансформационные решения. Юрисдикцию верховных судов всегда можно отнести к наименее опасной ветви власти, поскольку судебная власть никогда не застрахована от изменения закона правительственным большинством, поддерживаемым парламентом. Однако эта взаимосвязь не поможет в догматическом и методологическом обсуждении линий судебной практики. Скорее, она указывает на радикальную - и относительно редко используемую - возможность реагирования на реальные и постулируемые тенденции развития.

У нас пока нет уверенности в том, будет ли прогресс, вызванный правами человека и прописываемый судами и другими контр-мажоритарными институтами в смысле "общественного консенсуса",<sup>98</sup> принят с течением времени. Верховные суды должны убедить граждан, что они совершают не акт регистрации, а акт прочтения.<sup>99</sup> В Соединенных Штатах нынешняя переоценка роли Верховного суда США привела к тезису о том, что американская история показывает, что политика прав нуждается в демократии больше, чем многополярное уравнивание фундаментальных прав через взвешивающие правовые оценки судов.<sup>100</sup>

Общий закон, принятый большинством, имеет то преимущество, что является институтом, который является согласующим посредником между коллидирующими правами. Для успеха парламентской демократии необходимо поддерживать демократический процесс открытым, создавать условия для формирования большинства и защищать его от попыток нанести ему ущерб. Тот факт, что защита находящегося сегодня под угрозой большинства и будущего большинства также на европейском уровне стала областью исследования - иногда не воспринимаемого таким образом - должен вдохновить нас на дальнейшие размышления о принципе

---

(Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 1033-1052 (1035).

<sup>97</sup> Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New York: The Bobbs-Merrill Co. Inc. 1962.

<sup>98</sup> Nußberger (сноска 28), 425.

<sup>99</sup> Следуя формулировке из Ulrich Haltern, *Europarecht*, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2017, пункт 1972.

<sup>100</sup> Sam Moyn, *Why Do Americans Have So Few Rights?*, v. 9.3.2021, <<https://bit.ly/3otzORI>>.

большинства. В дебатах о верховенстве права в ЕС защита будущего большинства становится мерилom для изучения возможностей реагирования Союза на кризисы в сфере верховенства права.<sup>101</sup> И Суд ЕС уже на протяжении десятилетий защищал большинство, которое вводит вторичный акт права Союза, от прямого применения права Всемирной торговой организации (права ВТО), поскольку отсутствие взаимности в мировой торговле подрывает правовой консенсус, достигнутый в Союзе.<sup>102</sup>

Так, идентичные меньшинства не следует отождествлять с национальными меньшинствами, даже если последние уже открывают двери для мощного представительства коллективных интересов меньшинств - хотя это, в тенденции и имеет веские основания в международном праве.<sup>103</sup> То, как может выглядеть позитивная модель субъективных прав в условиях демократии, требует дальнейшего осмысления. Исторически фундаментальные права и свободы человека сыграли важную роль в отеснении претензий на истину; в настоящее время они становятся инструментом новых претензий на истину со стороны рационалистического монизма. Возможно, в поисках такой модели нам следует в первую очередь больше обращать внимание, если обществу разрешается в больших масштабах создавать свод права, который изъят из демократического процесса и может быть изменен только судами.<sup>104</sup> Ведь гражданское общество сначала организует себя само. Обеспечение равной свободы в этом процессе и сохранение его открытости является основной функцией фундаментальных прав и свобод человека.

---

<sup>101</sup> Christoph Möllers/Linda Schneider, *Demokratiesicherung in der EU*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018.

<sup>102</sup> Haltern (сноска 99), пункт 553 и далее; Meinhard Hilf/Frank Schorkopf, *WTO und EG: Rechtskonflikte vor den EuGH? Besprechung des EuGH-Urteils vom 23.11.1999, Rs. C-149/96, Portugal ./ Rat, Europarecht 35 (2000), 74-91.*

<sup>103</sup> Will Kymlicka, *Multikulturalismus und Demokratie*, Hamburg: Rotbuch Verlag 1999; о культурных аспектах защиты меньшинств Rainer Hofmann, *Menschenrechte und der Schutz nationaler Minderheiten*, *ZaöRV* 65 (2005), 587-613 (598 и далее), специально по групповым правам Dieter Kugelmann, *Minderheitenschutz als Menschenrechtsschutz AVR* 39 (2001), 233-267 (263 и далее); Sujit Choudhry, *Group Rights in Comparative Constitutional Law: Culture, Economics, or Political Power*, в: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, 1100-1123.

<sup>104</sup> Jonathan Sumption, *Trials of the State*, London: Profile Books 2020, 47.