

**Доклад на Международной конференции «Конституционная  
идентичность и универсальные ценности:  
искусство соразмерности»**

14 мая 2019 года, г. Санкт-Петербург

*Ангелика НУССБЕРГЕР, Заместитель Председателя Европейского  
Суда по правам человека, Судья от Федеративной Республики Германии*

**Национальные и всеобщие ценности: в поисках баланса**

**«Красные флажки» — раз и навсегда?**

Всего несколько недель назад я была в Бейруте: там встретились судьи и профессора из разных арабских стран: Кувейта, Египта, Иордании, Ливана. Темой обсуждений было верховенство права, и я рассказывала о судебной доктрине Европейского суда по правам человека в отношении шариата. В этом контексте я объяснила, что, хотя, на мой взгляд, арабские и европейские страны имеют много общего, существуют также и весьма значительные различия. Я привела два примера: разные концепции понимания гендерного равноправия и наличие смертной казни во многих арабских странах. Я утверждала, что Суд, который я представляю, ни при каких обстоятельствах не счел бы приемлемой ни смертную казнь, ни какую бы то ни было гендерную дискриминацию: это своего рода «красные флажки» — черта, которую нельзя переступать. Мои арабские коллеги не согласились с идеей «красных флажков». На их взгляд, суды никогда не должны устанавливать «красные флажки». Коллеги придерживались позиции о том, что готовность к изменениям и гибкости крайне важна. Я согласилась с тем, что принципы,

названные мною «красными флажками» судебной практики, не всегда играли такую роль. Напротив, на момент подписания Конвенции смертная казнь была узаконенным и практиковавшимся наказанием во многих государствах-учредителях: во Франции (до 1981 г.), Бельгии (до 1996 г.), Греции (до 1993 г.), Ирландии (до 1990 г.), Турции (до 2002 г.), Великобритании (до 1973 г.). В 1950-е годы в конституциях большинства стран, возможно, были статьи, декларировавшие гендерное равноправие, однако на деле ни о каком равноправии женщин и мужчин не шло и речи — ни в законодательной практике, ни в жизни. Женщины не могли свободно выбирать фамилии после замужества, не допускались до многих профессий, не могли принимать решения по вопросам, касающимся их собственного имущества, и даже выходить на работу без согласия мужей. Таким образом, приходится признать, что «красные флажки», охраняющие сегодня права человека в их европейском понимании, не всегда выполняли эту функцию.

Темой моих сегодняшних размышлений и будут эти самые «красные флажки» — ценности, которые мы находим столь фундаментальными, что воспринимаем их как часть собственной идентичности и ни за что не согласны отказаться от них; ценности, признаваемые таковыми лишь в рамках того или иного региона, — в противовес всеобщим ценностям.

### ***Всеобщие ценности***

«Сегодня мы стоим на пороге великого события как в истории Организации Объединенных Наций, так и в жизни всего человечества... Эта декларация может стать Великой хартией вольностей для всех людей во всем мире», — так прокомментировала Элеонора Рузвельт заключительное голосование по Всеобщей декларации прав человека — документу, в конечном счете принятому единогласно (правда, ряд стран

социалистического блока и арабского мира предпочли воздержаться от голосования). Это и в самом деле было огромным успехом: удалось, во-первых, договориться относительно того, какие права и гарантии следует считать достоянием всего мира, а во-вторых — согласовать конкретные формулировки по отдельным правам и гарантиям. Понятно, что движущей силой этого уникального достижения стала всеобщая решимость заложить новый фундамент, на котором можно было начать строительство нового мира после катастрофы Второй мировой войны. Чтобы увидеть белый цвет, необходим черный фон. Этим черным фоном стали «варварские акты, которые возмущают совесть человечества», как сказано в Преамбуле, тирания и власть грубой силы, бывшие главными характеристиками нацизма в моей стране.

Что такое всеобщие ценности? Если присмотреться к тексту Всеобщей декларации повнимательнее, мы поймем, что значит определить всеобщие ценности, разделяемые всеми. Это значит искать компромиссы.

Итак, давайте внимательно посмотрим на Всеобщую декларацию 1948 года. Обратимся к статье 1, которая содержит определение основных и наиболее важных характеристик любого человека. Первая редакция статьи 1 выглядела следующим образом:

*«Все люди, будучи членами одной семьи, свободны, равны в достоинстве и правах и должны считать друг друга братьями».*

Потом появилась мысль о том, что необходимо включить в текст идею «разума» — как характеристики, отличающей человека от животных. Текст изменили: *«Все люди, наделенные разумом...»*. Но поскольку эта идея составляет существенную часть западноевропейской философии, именно из нее выросла — и ее же пестовала и прославляла — эпоха Просвещения,

представитель Китая предложил включить в текст специфическое понятие конфуцианской философии. Для китайцев ключевой концепцией является понятие «жэнь». Для написания этого слова используется два иероглифа: «человек» и «два». Это означает, что люди всегда находятся в каких-то взаимоотношениях друг с другом. То есть «жэнь» — это, по сути дела, что-то вроде «двучеловечной ментальности». Но в западных языках нет слова, способного выразить эту идею. В результате было вставлено слово «совесть», обозначающее совершенно иную категорию, которая, как я слышала, попросту отсутствует в традиционной китайской философии. Таким образом, исходный замысел, предполагавший включение в текст элемента китайской философии, подвергся изрядной трансформации и, так сказать, «потерялся в переводе».

В итоговой версии Всеобщей декларации эта статья выглядит следующим образом:

*«Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах. Они наделены разумом и совестью и должны поступать в отношении друг друга в духе братства».*

Из этого примера видно, что при формулировке всеобщих ценностей компромисса можно достичь, лишь используя слова с максимально неопределенным и широким спектром значений: «свобода», «равенство», «достоинство», «разум», «совесть», «дух братства»... Кто будет возражать против таких ценностей?

В то же время именно это свойство Всеобщей декларации — ее широта и неопределенность — позволяет разным людям находить в ней разные — удобные каждому из них — смыслы.

Так, я подозреваю, что китайцы по сей день видят в слове «совесть» близкое им понятие «жэнь». Для русских, с их специфической культурной традицией, «дух братства» вполне может быть связан с такими понятиями, как «соборность» и «духовность», — концепциями, тоже с большим трудом поддающимися переводу. Их ввели в обиход так называемые славянофилы для объяснения феномена духовного единения людей, свойственного, по их мнению, России. Я сама принадлежу к германской традиции — мне бы, скорее всего, была близка идея «достоинства», восходящая к философии Иммануила Канта, настаивавшего на том, что люди являются субъектами, а не объектами. Французам, воспитанным в традиции прав человека, напрямую связанной с идеями Просвещения и Французской революции, может показаться ключевой концепция равенства.

Итак, в первой статье Всеобщей декларации, по сути дела представляющей собой весьма общее утверждение, каждый из нас найдет именно то, что ищет.

Эти всеобщие ценности потому и являются «всеобщими», что их формулировки настолько неопределенны и всеобъемлющи, что выглядят приемлемыми для всех. Конечно, трактовки такого текста людьми, происходящими из разных регионов мира, будут в чем-то сходиться, но почти наверняка идентичными они не окажутся.

Таким образом, всеобщие ценности — это что-то вроде заголовков, предшествующих разным по содержанию главам. В свете такого понимания я не согласна с подходами, в рамках которых декларируется базовое противостояние между тем, что принято называть «западным универсализмом», и историческими традициями, сформировавшимися в других регионах мира. На Западе так же много разных традиций, как и в других частях земного шара. То, что считается «всеобщим», на самом деле,

состоит из множества разных элементов, хотя, как следует из приведенных мною примеров, не все они сразу бросаются в глаза: некоторые могут быть спрятаны на более глубоких уровнях.

Я склонна согласиться с судьей Гаджиевым, предложившим следующее описание того, что он называет «постмодернистской концепцией»:

*Постмодернисты выдвигают идею ризомного децентрализованного права. В их представлениях право не является иерархической, имеющей единое основание, структурой, оно представляет собой разветвленную, многомерную сеть — ризому, состоящую из множества случайно и локально развивающихся элементов — язык права, символы права, нормы права, акты правоприменения, законы, традиционные правовые ценности.*

В то же время я бы добавила, что такая ризома все же вырастает из общей почвы.

Есть еще один важный элемент, о котором я уже упоминала во вступлении. Такие ценности не являются абстрактными и статическими: по мере эволюции общества и зарождения в нем новых взглядов развиваются и ценности этого общества. Наиболее очевидный пример — положения, касающиеся равенства и дискриминации. То, что считалось потенциальными источниками дискриминации в 1948 году, перечислено в статье 2 Всеобщей декларации: раса, цвет кожи, пол, язык, религия, политические или иные убеждения, национальное или социальное происхождение, имущественное, сословное или иное положение. Все эти элементы отражают конкретный опыт преследований, имевших место в истории. В списке не хватает возраста, сексуальной ориентации и инвалидности. Эти критерии стали актуальными только в последние годы. Не думаю, что на этом процесс

остановится. В будущем вполне могут возникнуть новые формы дискриминации.

### *Региональные ценности*

Казалось бы, если у нас есть всеобщие ценности, зачем нам ценности региональные? Разве ценности не едины для всех? Очевидно, существует потребность в определении региональных ценностей, иначе Европа и Южная Америка, арабские страны и Африка не принимали бы отдельных документов; в Азии, например, сейчас обсуждаются планы по составлению собственной Хартии.

Если мы согласились с тем, что всеобщие ценности представляют собой всеобъемлющие категории, определение которых является результатом компромиссов, то региональные формулировки могут оказаться более конкретными и могут высвечивать разные ключевые аспекты — такие, например, как коллективные права африканцев (право на развитие и др.) или связь между правами и обязанностями. Впрочем, это, на мой взгляд, не главное. Главное — это инструментарий, создаваемый для реализации декларируемых прав. Индикатором, определяющим различия между режимами по такому критерию, как права человека, является степень серьезности, с которой воспринимаются эти права и гарантии этими режимами.

Вот мы и добрались до механизмов, обеспечивающих выполнение положений Европейской конвенции по правам человека, то есть до Европейского суда по правам человека. Только Европа располагает столь эффективным судом: его судебная практика насчитывает порядка

20 тыс. постановлений. 20 тыс. постановлений — это 20 тыс. ответов на конкретные вопросы, связанные с правами человека.

Когда заключенного везут тысячи километров в фургоне, где на его долю приходится меньше квадратного метра пространства, — это унижение достоинства? Да. Когда женщина, служащая в вооруженных силах, получает отпуск по уходу за ребенком, а мужчина — нет, — это необоснованная дискриминация? Да. То, что мужчина может быть приговорен к пожизненному заключению, а женщина — нет, — это необоснованная дискриминация? Нет.

Чем конкретнее ответы, тем меньше возможностей спрятаться где-то в зазоре между всеобъемлющими формулировками. Если даются конкретные ответы, становится ясно, что имеется в виду, кто с чем согласен и не согласен. Европейская система ценностей соответствует тем ценностям, которые были зафиксированы в качестве всеобщих, то есть разъяснены в Преамбуле. Однако она не оставляет места для неопределенности. Она дает конкретные ответы на конкретные вопросы. Конечно, эти ответы представляют собой минимальные стандарты, тем не менее, они имеют большую «зону покрытия» и оказывают значительное влияние на развитие общества.

### ***Национальные ценности***

Итак, мы подходим к третьему уровню — национальному. Триста лет назад люди понятия не имели ни о каких конституциях. Сегодня почти каждое государство имеет собственную конституцию. Конституция тем важнее, чем менее гармонично совместное проживание граждан. В регламентировании и регулировании нуждаются не только политические баталии — базовые ценности тоже необходимо фиксировать. Опять же, сравнивать конкретные формулировки разных текстов национальных

конституций — занятие не особенно интересное. Вариации не столь уж важны. Важно другое: как трактуются эти формулировки; что понимается под «достоинством», или «свободой самовыражения», или «правом на частную жизнь».

Возьмем, например, достоинство. Как трактует это понятие Конституционный суд Германии? Сбить самолет с пассажирами и террористами на борту, то есть свести жизни пассажиров к простым цифрам в арифметических расчетах, — это унижение человеческого достоинства. Экстрадировать человека в страну, где он заочно приговорен к долговременному тюремному заключению без права на повторное рассмотрение дела, — это унижение человеческого достоинства. О достоинстве же идет речь при рассмотрении дел об абортах. Я сейчас не намерена оценивать, верны или не верны эти решения. Но, по-моему, совершенно ясно, что трактовка понятия «достоинство» как абсолютной, непреложной ценности и, одновременно, как очень широкой категории, может отличаться от трактовки этого же понятия в других конституционных системах. При этом такое понимание человеческого достоинства является одним из базовых элементов конституционной идентичности Германии. Эти же процессы могут наблюдаться и в других конституционных системах. Конкретные ценности или, точнее, конкретные ответы на конкретные вопросы, данные на основе конституционных ценностей, играют исключительно важную роль, образуя те самые «красные флажки», за которые нельзя заступать.

***Противоречия между всеобщими, региональными и национальными ценностями***

Вот мы и подошли к потенциальным противоречиям между всеобщими, региональными и национальными ценностями, к судебной доктрине идентичности и тем самым «красным флажкам».

Между формулировками аналогичных документов противоречия наблюдаются довольно редко. Единственный известный мне пример — свобода смены религии: это право закреплено в таких документах, как Всеобщая декларация, однако мусульманское сообщество его не признаёт, считая отказ от мусульманской веры недопустимым.

Но при том, что различия в формулировках носят единичный и исключительный характер, противоречий между различными интерпретациями более чем достаточно. Каждому из нас известна масса таких примеров. Один из самых известных — право заключенных на голосование. Британцы утверждают, что такое право несовместимо с принципом независимости Парламента, и расставляют на этой границе яркие красные флажки. В России запрет на голосование заключенных содержится в некоторых положениях конституции, изменение которой возможно только путем принятия новой конституции. Еще один пример — право государственных служащих на забастовку. Согласно решению Федерального конституционного суда Германии, статус государственных служащих не позволяет предоставить им право на забастовку, не нарушив самую суть германской концепции государственной службы. Для французов разделение государства и церкви — неотъемлемая часть их конституционной идентичности. Что же можно сделать с таким количеством красных флажков? Может быть, об общеевропейских ценностях речи больше не идет? Может быть, они затерялись в джунглях всех этих конституционных идентичностей?

## *Решения*

Ну и, наконец, я подхожу к последнему этапу рассуждений — определению потенциальных решений. На мой взгляд, предварительным условием разрешения создавшейся ситуации является добрая воля обеих сторон. Без доброй воли невозможен компромисс; без доброй воли не актуальны никакие общие ценности.

Позвольте мне остановиться на пяти моментах.

Во-первых, вернемся к исходной точке. Как я уже говорила, при создании Всеобщей декларации прав человека людей воодушевляла решимость противостоять тому, что было названо «варварскими актами, которые возмущают совесть человечества». История преподавала нам урок: теперь мы знаем, что избыток национализма и гордости за собственную исключительность может — в перспективе — привести к весьма разрушительным последствиям. Нас объединяет знание о том, как может выглядеть мир, в котором мы разъединены.

Во-вторых, все мы согласны с тем, что существуют всеобщие ценности, которые мы принимаем без малейших колебаний. Эти «заголовки разных глав», как я назвала их выше, и есть наша общая база, наша отправная точка. Пусть мы не всегда приходим к согласию о том, что такое «равенство», — при этом, мы все признаём, что равенство — эта та цель, к которой нужно стремиться.

В-третьих, мы знаем, что точек радикального расхождения у нас совсем немного, и в то же время уверены в том, что эта проблема очень важна. В большинстве случаев мы придерживаемся одних и тех же общих подходов.

В-четвертых, у нас есть добрая воля, мы хотим и готовы наводить мосты — даже в случаях, когда разделяющие нас рвы кажутся непреодолимыми.

В-пятых, мы располагаем инструментарием, необходимым для поиска решений. Самыми главными и действенными инструментами Европейского суда по правам человека могут стать свобода усмотрения и диалог.

А теперь разрешите привести несколько хороших примеров — знаменитых примеров. Потенциал применения принципа свободы усмотрения хорошо виден на разнице подходов Палаты и Большой палаты ЕСПЧ в деле «Лаутси против Италии», касавшемся требования об удалении распятий из государственных школ. Палата декларировала, что во всех странах Европы должен действовать один и тот же стандарт взаимодействия между государством и церковью, однако этот подход был несовместим с давно укоренившимися в Италии убеждениями и традициями. Большая палата приняла во внимание эти традиции и, сославшись на свободу усмотрения, заявила, что не находит нарушения в принятой в Италии практике.

В качестве превосходного примера продуктивного диалога можно привести решение проблемы ретроспективного содержания в тюрьме из соображений безопасности в Германии. После того как Европейский суд усмотрел нарушение Конвенции, в период между 2011 и 2018 годом между ЕСПЧ и Федеральным конституционным судом Германии продолжался интенсивный судебный диалог. Конституционный суд Германии вначале аннулировал собственное решение, указав при этом на несколько иной подход к данной проблеме. В конечном итоге Страсбургский суд при рассмотрении в Большой палате дела «Ильнзеер против Германии»

согласился с этим подходом, отметив, что «в данном контексте Суд согласен с позицией правительства, в соответствии с которой реформа системы превентивного заключения Германии была разработана и внедрена в практику на фоне диалога между данным Судом и Федеральным конституционным судом».

Тем не менее, это правда, что ни свобода усмотрения, ни судебный диалог не являются идеальными инструментами: их использование может не обеспечить искомого решения. Исходя из этого, судья Гаджиев утверждает, *«что составной частью судебной доктрины конституционной идентичности России является реалистическое допущение возможности неуспеха в достижении компромисса между национальным российским и наднациональным европейским правопорядками»*. Реалистическое допущение возможности неуспеха и есть то, что я называла здесь «красными флажками».

### ***Заключительные замечания***

В заключение позвольте мне вернуться к «красным флажкам», с которых я начала. Полагаю, что арабские коллеги были правы: нам не нужны «красные флажки». Ни концепция «последнего слова», ни идея «красных флажков» не способны нам помочь. Обе концепции используются не судьями, а политиками, но даже для политиков это язык конфронтации и риска, который, как правило, не решает, а создает проблемы. Помните прекрасные и поэтичные слова статьи 1 Всеобщей декларации? Мы все — члены одной семьи. Вы апеллируете к «красным флажкам», когда разговариваете с сыном или дочерью, с женой или мужем? Думаю, что нет. Так давайте лучше говорить о наших разных «конституционных идентичностях», думать, как лучше совместить нашу национальную

идентичность с нашей же европейской идентичностью и как преодолеть конфликты, которые могут возникнуть на этом пути. Порой нас подстерегают неудачи, это правда: некоторые противоречия мы не можем разрешить сразу. Но ничто не вечно: то, что сейчас кажется невозможным, становится реальным завтра. В решении о праве заключенных на голосование Конституционный суд РФ оставил дверь приоткрытой. В долго тянувшемся конфликте между Великобританией и Комитетом министров ЕС по поводу той же проблемы решение в конечном итоге было найдено.

Всё движется, и мы можем — по крайней мере до некоторой степени — определять направление этого движения.