ПЕРЕСМОТР КОНСТИТУЦИИ ЛЮКСЕМБУРГА. ОБЗОР СОВРЕМЕННЫХ ПРОБЛЕМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА*

Бертран МАТЬЕ, профессор факультета права Университета Париж I Пантеон-Сорбонна, вице-президент Международной ассоциации конституционного права

Франция, 75013, г. Париж

E-mail: prb.mathieu@orange.fr

В статье дан краткий анализ положений, затронутых в Заключении Венецианской комиссии по предложению пересмотра Конституции Люксембурга в их связи с вызовами и проблемами, стоящими перед современным конституционным правом. Действующая Конституция Люксембурга 1868 г. устарела как по форме, так и по содержанию и не отвечает современным стандартам. Автор задается вопросом: необходимо ли принимать новую конституцию или достаточно внести изменения в действующую? Рассматривается различие принципов суверенитета наций и суверенитета народа, а также положение иностранцев в конституционном контексте. Также затронут вопрос, следует ли конституционно закрепить перечень основополагающих прав и свобод человека и гражданина, учитывая, что такой перечень уже содержится во многих международных документах. Анализируются институциональные сдержки и противовесы, в частности рассматриваются вопросы о связи между законодательными и исполнительными органами власти и об организации правосудия. Рассматривая институциональные аспекты, автор акцентирует внимание на вопросе о референдуме, отмечая высокую степень недоверия к данному инструменту прямой демократии со стороны политических властей. Подчеркивается изменение роли парламента, функции которого все меньше имеют нормативный характер и сводятся к контролю за правительством. Рассмотрен вопрос ответственности членов правительства, при этом отмечена тенденция к ослаблению политической ответственности и ужесточению уголовной, что нашло отражение в тексте проекта конституции Люксембурга. Наконец, что касается судебной власти, подчеркивается необходимость укрепления беспристрастности судей, а также усиления принципа правовой защищенности.

Ключевые слова: Венецианская комиссия, Люксембург, Великий Герцог, Конституция, конституционная поправка, монархия, либеральная демократия, парламентская система

Для цитирования: Матье Б. Пересмотр Конституции Люксембурга. Обзор современных проблем конституционного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 4. С. 33—41. (На франц. и русск. яз.) DOI: 10.12737/jflcl.2019.4.3

REVISION OF THE CONSTITUTION OF LUXEMBOURG. OVERVIEW OF CURRENT PROBLEMS OF CONSTITUTIONAL LAW

Bertrand MATHIEU, University of Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Paris 75013, France

E-mail: prb.mathieu@orange.fr

This article provides a brief analysis of the provisions raised in the Venice Commission's Opinion on the proposal to revise the Luxembourg Constitution in relation to the challenges and issues faced by modern constitutional law. The current 1868 Luxembourg Constitution is outdated both in its form and content and does not meet modern standards. Therefore the author raises the question on whether to adopt a new constitution or it is enough to amend the current one. Regarding issues of national identity, the article discusses the difference between the national sovereignty principles and the people's sovereignty, as well as the position of foreigners in the constitutional context. The author also raises the question on whether it is worthwhile to constitutionally consolidate the list of fundamental human and civil rights and freedoms, while such a list is already contained in many international documents. Special attention is paid to institutional checks and balances, where the issue of relationships between legislative and executive authorities and the judiciary are evaluated. Assessing institutional issues, the author focuses on the referendum issue, noting a high degree of political authorities' mistrust to the direct democracy instrument. The change in the Parliament's role, whose functions are less of a normative character and reduced to the control of the government, is also emphasized. Separately, the article considers the responsibility issue of cabinet members, while there is a tendency towards weakening political responsibility and toughening criminal responsibility, which is also reflected in the Draft Constitution of Luxembourg. Finally, concerning the judiciary, the need to strengthen the impartiality of the judges and the principle of legal protection is stressed.

Keywords: Venice Commission, Luxembourg, Grand Duke, Constitution, constitutional amendment, monarchy, liberal democracy, parliamentary system.

* Перевод с французского языка подготовлен младшим научным сотрудником Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ Я. И. Лебедевой.

For citation: Mathieu B. Revision of the Constitution of Luxembourg. Overview of Current Problems of Constitutional Law. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* = *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*, 2019, no. 4, pp. 33—41. (In French and Russian.) DOI: 10.12737/jflcl.2019.4.3

LA REVISION DE LA CONSTITUTION LUXEMBOURGEOISE, TEMOIN DES ENJEUX CONTEMPORAINS DU DROIT CONSTITUTIONNEL¹

L'avis de la commission de Venise sur la proposition de révision de la Constitution luxembourgeoise présente essentiellement l'intérêt de fournir un condensé des questions qui sont aujourd'hui au cœur des débats constitutionnels².

La première des questions qui se posent à des rapporteurs qui portent un regard extérieur sur le système constitutionnel d'un État est de trouver la bonne distance entre des principes qui, à défaut d'être universels, caractérisent le système démocratique libéral occidental et les spécificités liées à l'histoire et à la culture d'une nation et d'un peuple. S'agissant du Luxembourg, la démarche est plus facile que lorsqu'il s'agit par exemple d'analyser le système institutionnel de pays qui ne partagent pas la même histoire politique. Il n'en reste pas moins que le Luxembourg est un État bien spécifique, tant par sa dimension que par son système monarchique, qui lui a probablement permis de survivre aux bouleversements géopolitiques qui ont affecté l'Europe. De ce point de vue, même si la question ne se posait pas en l'espèce en ces termes, la commission de Venise doit se garder de donner des « leçons de morale », de porter des jugements de valeur. C'est un expert au service des États qui la consultent. L'une des tentations à laquelle il convient de résister serait de considérer que les « vieilles démocraties » occidentales sont les tuteurs des États d'Europe centrale ou orientale. Si ces derniers n'ont pas, pour certains d'entre eux, le même passé démocratique, ils ont une histoire qu'il convient de respecter et, avant, tout de comprendre. La commission se doit cependant, dans le cadre de sa mission, vérifier que les normes nationales respectent les principes du Conseil de l'Europe dont ces États sont membres.

Cette analyse n'a pour prétention ni de réécrire un avis, ni de commenter l'avis, mais seulement de tenter de montrer comment nombre des questions abordées par cette révision et donc par cet avis rencontrent des évolutions, des défis et des problèmes communs aux constitutions contemporaines, notamment lorsqu'elles font l'objet de projets de révision.

Réviser une constitution ou en changer ?

La particularité de la proposition de révision constitutionnel luxembourgeois est qu'elle est le fruit d'une longue réflexion, engagée en 2005, qui vise en

réalité à adapter le texte constitutionnel à la pratique institutionnelle. L'actuelle constitution date de 1868. Elle s'inscrit dans un système monarchique peu à peu parlementarisé. Tant dans la forme, un langage parfois suranné, que dans le fond (l'importance du pouvoir monarchique), elle ne répond plus aux standards d'une constitution contemporaine. Pourtant paradoxalement le Luxembourg a parfaitement réussi son intégration dans le système européen et fonctionne pour l'essentiel selon le modèle de la démocratie libérale. Cette situation doit conduire à considérer que la lecture d'un texte constitutionnel renseigne parfois fort peu sur la réalité de la pratique institutionnelle. Dans ce contexte l'une des questions qui pouvait se poser, au regard de l'ampleur des modifications envisagées, était de savoir s'il fallait réformer la Constitution ou adopter une nouvelle Constitution. Cette décision relève de l'autonomie politique de chaque pays. Elle est cependant symboliquement importante. Modifier la Constitution, fût-ce profondément, c'est s'inscrire dans la continuité de l'histoire, changer de Constitution c'est marquer d'abord la rupture politique ou institutionnelle avec ce qui précède (l'on voit bien la portée de ce débat dans la cadre des bouleversements qui affectent l'Algérie ; en France, la symbolique des changements de République, si elle a pu se justifier lors de la création de la V^e République, visant à une rupture institutionnelle, elle et aujourd'hui plus stérile alors qu'elle n'est pas porteuse d'une conception organisée et réfléchie de nouvelles institutions).

Une Constitution, ce sont des principes, des valeurs, des institutions et des mécanismes visant à l'exercice du pouvoir. Aujourd'hui, aucune constitution n'échappe à cette complétude.

La question de l'identité nationale et des principes fondateurs

S'agissant des principes relatifs à l'État et à la communauté nationale, le projet dans son article 3 pose le principe de la souveraineté de la Nation. Cette souveraineté ne doit pas être confondue avec celle du Peuple. Dans une démocratie, la souveraineté du Peuple explicite le mode de légitimation du pouvoir. La souveraineté de la Nation, si elle est plus abstraite, est aussi plus tournée vers l'extérieur, elle exprime la souveraineté de l'État dans le concert des Nations, elle est la marque de l'identité nationale.

Parmi les marqueurs de l'identité nationale, la langue. Cette question est complexe au Luxembourg, alors que le luxembourgeois est affirmé comme la langue officielle et que le français est employé dans les textes officiels (dont la Constitution).

Une autre question fondamentale liée à la souveraineté nationale est celle des rapports avec les systèmes

¹ Cette analyse n'engage aucunement la commission de Venise dont le signataire de ces lignes est membre.

² Avis n° 934/2018 adopté par la Commission de Venise à sa 118^{ème} session plénière (15—16 mars 2019).

supranationaux, et plus particulièrement l'Union européenne. Alors qu'au Luxembourg la prééminence du droit européen s'impose, la Constitution ne prévoit ni cette primauté, pas plus qu'elle ne fixe de limite aux transferts de compétences aux institutions européennes. Or ces questions des rapports entre système et de la place de l'identité nationale dans cet enchevêtrement de compétences et de règles est une question essentielle que les constitutions ne peuvent ignorer.

Une autre question fondamentale liée à l'identité est celle de la place spécifique accordée aux citoyens au regard des étrangers. Cette question a été abordée au regard de l'accès aux emplois, elle est largement contrainte par le droit de l'Union sur la libre circulation et la jurisprudence qui s'y rapporte. Elle a cependant fait l'objet d'un débat approfondi s'agissant de la portée du principe d'égalité. La proposition constitutionnelle pose le principe de l'égalité entre les luxembourgeois, l'avis de la commission est assez critique sur ce point, il est vrai que la formulation est peu nuancée. Il n'en reste pas moins que l'existence d'une Nation est conditionnée à l'existence de nationaux, ce qui est encore plus vrai pour un État dans lequel les résidents étrangers sont en passe de devenir aussi nombreux que les luxembourgeois. De ce point de vue, des droits spécifiques peuvent être accordés aux ressortissants d'États de l'Union européenne, aux résidents permanents, aux étrangers en situation régulière, aux étrangers en situations irrégulières selon des discriminations adaptées au respect des droits fondamentaux et de ceux spécifiques à chaque catégorie.

Comment établir un catalogue de droits et libertés fondamentaux ?

La question des droits et libertés relève aujourd'hui des valeurs inscrites dans la Constitution, elle tend à en devenir le cœur, même si elle ne doit pas être en situation de monopole, car une société politique ne peut se borner à reconnaître des droits aux individus, elle se doit aussi de définir des valeurs communes qui cimentent cette société.

L'une des questions abordées dans cet avis est de savoir s'il est utile aujourd'hui dans un système saturé de textes internationaux et supranationaux relatifs aux droits de l'homme d'ajouter un catalogue national. Alors même que les formulations des droits tendent à se rapprocher, la réponse doit être positive. En effet sur tel ou tel droit, le système national peut être plus protecteur. Mais, du point de vue de l'auteur de ces lignes, cette inscription dans le texte national peut aussi viser à exprimer des principes qui relèvent de l'identité nationale et qui ne font pas partie des valeurs communes européennes. (par exemple, la place ou l'exclusion de la religion de l'espace public, la conception de la famille...).

D'un autre point de vue, la proposition constitutionnelle s'attache à une classification des droits qui traduit la nécessité de cataloguer ces droits selon leur nature et leur portée juridiques. Sont ainsi distingués les droits fondamentaux, les libertés publiques et les objectifs

de valeur constitutionnelle. S'il a pu légitimement être reproché à cette classification un certain nombre d'approximations, elle traduit bien cette différence entre des droits de portée absolue, comme le principe de dignité humaine (entendu *stricto sensu*), des libertés classiques comme la liberté d'aller et venir, qui peuvent être limitées soit par la nécessité de les concilier avec d'autres droits et libertés soit par le respect d'exigences relevant de l'intérêt général. Enfin, les objectifs de valeur constitutionnelle regroupent, pour l'essentiel, des droits sociaux. Ils constituent des obligations constitutionnelles pesant sur les autorités publiques, ils ne peuvent pas nécessairement être invoqués par les citoyens devant un juge, mais leur violation est susceptible d'être sanctionnée dans un contentieux portant sur une norme. Une classification des droits fondamentaux constitue à la fois un encadrement des pouvoirs du juge et un élément de sécurité juridique pour les citoyens.

Quels équilibres institutionnels ?

Sur le plan institutionnel, deux questions importantes doivent être distinguées. D'une part celle des rapports entre les pouvoirs dits exécutif et législatif, d'autre part celle de l'organisation de la justice. Cette dualité rend bien compte de l'évolution des systèmes politiques européens marquée par une *summa divisio* entre le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel.

Le modèle parlementaire doit-il conduire à affaiblir le pouvoir exécutif ?

S'agissant des institutions politiques, la proposition de réforme infléchit très nettement la nature du régime politique du Grand-Duché. La première observation porte sur l'effacement de la légitimité monarchique au profit d'une légitimité exclusivement démocratique. Alors que le système parlementaire est né de la nécessité de faire cohabiter souveraineté monarchique et souveraineté nationale, la proposition de révision constitutionnelle acte l'évolution qui a conduit à développer le régime parlementaire dans le cadre exclusif de la souveraineté nationale. On relève un affaiblissement manifeste des compétences, fussent-elles devenues symboliques, du Grand-Duc. L'évolution vers un système parlementaire classique de type moniste tient au fait que les pouvoirs du Grand-Duc sont assez largement transférés au gouvernement. Ainsi le périmètre du pouvoir du chef de l'État se réduit au domaine exécutif, dont le gouvernement assume la responsabilité, le Grand-Duc perd les prérogatives lui permettant d'intervenir dans l'exercice du pouvoir législatif au moyen du droit d'initiative en matière législative. Cette évolution ne concerne pas seulement l'équilibre des pouvoirs. En réalité la légitimité du pouvoir s'inscrit clairement dans le texte constitutionnel plus que dans l'institution Grand-ducale. Le caractère national et l'affaiblissement du caractère tant patrimonial que monarchique de l'État se manifestent également par le fait que la Constitution est celle du Luxembourg, le Grand-Duché n'étant que l'appellation nominale de l'État.

La légitimité politique est clairement enracinée dans la Constitution d'où découlent les pouvoirs du monarque.

L'attribution de l'exercice de la souveraineté au Parlement se manifeste également par le fait que le Grand-Duc n'entre en fonction qu'après avoir prêté le serment constitutionnel devant la Chambre des députés. Cette disposition introduit une discontinuité dans la succession monarchique rompant avec le traditionnel « *le roi est mort, vive le roi* ». Le gouvernement exerce alors les fonctions de chef de l'État. Même si ces fonctions sont temporaires et de courte durée, cette situation est susceptible de poser des difficultés.

La possibilité pour la Chambre des députés de destituer le Grand-Duc (même si le terme employé est celui de prendre acte de son abdication) peut avoir une portée considérable, par exemple dans l'hypothèse où le Grand-duc refuserait de signer une loi votée. Elle traduit une situation où l'idée même d'une irresponsabilité du chef de l'État est de plus en plus difficilement acceptée.

Cet effacement du Grand-Duc conduit en réalité à un affaiblissement du pouvoir dit exécutif, qui n'est pas entièrement compensé par l'augmentation des compétences du gouvernement. Le tropisme de la commission de Venise en faveur d'un système parlementaire moniste l'a conduit à faire des observations sur la possibilité pour le Grand-duc de nommer un premier ministre sans contreseing, alors même que le contreseing de l'ancien premier ministre comme celui du nouveau, conduit à contresigner sa propre nomination, n'aurait guère de sens et alors même que le gouvernement ne peut exercer ses fonctions sans le soutien de la majorité parlementaire.

Cet affaiblissement de l'exécutif n'est pas sans poser problème en cas de crise. En effet, paradoxalement, dans un monde de plus en plus troublé, une certaine naïveté peut conduire à penser que les crises graves, nationales ou internationales, n'appartiennent qu'à l'histoire. Par exemple, sagement, du point de vue de l'auteur de ces lignes, l'importante révision constitutionnelle conduite en France en 2008 a maintenu, tout en l'encadrant, l'article 16 de la Constitution qui attribue les pleins pouvoirs au Président de la République en cas de crise particulièrement grave. Dans le projet luxembourgeois, si dans une situation d'état de crise le chef de l'État dispose du pouvoir réglementaire en toute matière, la mise en œuvre de cette procédure est soumise à l'impossibilité de la chambre des députés de légiférer dans les délais appropriés. Au-delà de 10 jours le vote de la chambre à majorité des deux tiers est nécessaire et cette situation ne peut perdurer au-delà de trois mois. Cette disposition peut poser problème, dans l'hypothèse où le parlement ne pourrait se réunir dans le délai prévu ou si cet état perdurerait au-delà de trois mois. Une Constitution peut difficilement éviter de désigner une institution qui s'incarne dans une personne qui a la charge de gardien des institutions et des intérêts supérieurs de la Nation, en cas de crise.

La méfiance vis-à-vis de la procédure référendaire

Sur le plan institutionnel une autre question est d'importance, c'est celle du référendum. La méfiance du pouvoir politique (et de nombre de juristes) vis-à-vis de cet instrument de démocratie directe, qui n'est pas, il est vrai, sans danger, traduit, en réalité, une certaine méfiance envers le peuple, par ailleurs désigné comme titulaire de la souveraineté. Son sous-emploi, voire son détournement, ne sont probablement pas totalement étrangers aux crises que traversent les démocraties libérales. La démocratie telle qu'elle résulte de la Constitution luxembourgeoise est essentiellement représentative, la démocratie est parlementaire (article 2) le référendum étant consultatif (sauf semble-t-il pour l'adoption de la Constitution, mais seulement après un vote parlementaire). Le projet semble traduire une certaine méfiance vis à vis du referendum, considéré comme une procédure exceptionnelle. Surtout la proposition renvoie de manière contestable les conditions du recours au référendum et la détermination de ses effets à une loi alors que de telles questions devraient être considérées comme relevant de la Constitution.

Le renforcement des fonctions de contrôle du parlement

Il est une autre évolution que la proposition prend assez peu en compte, c'est celle de l'évolution des fonctions parlementaires, qui de manière générale tendent à devenir de moins en moins normatives (la loi étant largement fabriquée par l'exécutif) pour se déplacer vers la fonction de contrôle du gouvernement. Certes, le texte prévoit qu'une commission d'enquête doit être constituée lorsqu'un tiers des députés le demande. Si cette possibilité renforce les droits de l'opposition et s'inscrit dans le contexte du développement de la fonction de contrôle d'un parlement moderne, on peut cependant estimer que le rôle du parlement en la matière est assez limité.

Le renforcement de la responsabilité pénale et l'affaiblissement de la responsabilité politique des membres du gouvernement

Enfin la question de la responsabilité des membres du gouvernement traduit une évolution qui caractérise les régimes politiques contemporains marqués par un affaiblissement de la responsabilité politique, due pour partie au système majoritaire et au caractère relativement fusionnel du pouvoir politique dans lequel il ne devient plus possible de distinguer clairement les fonctions de décisions et d'exécution, de légiférer et d'appliquer, et un renforcement de la fonction juridictionnelle. De ce point de vue, Il convient de relever qu'alors que le régime parlementaire est né du transfert de la responsabilité pénale des membres du gouvernement devant le parlement à une responsabilité politique devant le même organe, c'est aujourd'hui à un renforcement de cette même responsabilité pénale que l'on assiste. Le texte du projet luxembourgeois prend acte de cette évolution. La responsabilité pénale des membres du gouvernement est pour l'essentiel engagée selon les conditions du droit

commun, donc devant les juridictions ordinaires, à cette seule spécificité que la poursuite pénale est réservée au parquet. Si cette situation répond à une évolution assez générale dans les démocraties contemporaines, elle est susceptible de se heurter à la difficulté de déterminer ce qui relève de la décision politique et ce qui relève de l'infraction de droit commun et de conduire à une immixtion de la justice dans l'action politique gouvernementale.

La justice : un pouvoir consacré et renforcé

Enfin, la justice occupe une place importante dans ce projet. Les dispositions qui lui sont consacrées sont plus développées que celles figurant dans le texte actuel. Notamment est consacrée l'existence d'un pouvoir judiciaire. Cette formulation traduit la montée en puissance de la justice dans les systèmes constitutionnels contemporains. On relèvera que la question de la place et de l'indépendance de la justice est l'une des questions les plus discutées au sein de la commission de Venise et que les conflits qui peuvent opposer l'Union européenne et certains pays d'Europe centrale concernent ces questions. Il est vrai qu'aujourd'hui la question de l'équilibre entre le pouvoir politique et le pouvoir des juges est particulièrement prégnante. En réalité, l'équilibre est instable et difficile à trouver et l'on s'aventurera à considérer que dans certains systèmes le pouvoir des juges est trop faible, écrasé en quelque sorte par le pouvoir politique et que dans d'autres États il est trop fort au point qu'il parvient en certaines matières à étouffer le pouvoir politique. S'agissant du Luxembourg, l'avis de la commission reproche à la proposition d'être trop peu précise sur les garanties qui doivent être apportées à l'indépendance des magistrats. Il est opportunément rappelé que c'est à juste titre que la Constitution vise l'impartialité des juges. On insistera, pour notre part, sur le fait que, si un juge dépendant du pouvoir politique ne pourra pas être considéré comme impartial, un juge indépendant du pouvoir politique peut cependant être partial et juger en fonctions de considérations politiques ou idéologiques qui lui sont propres. La Constitution prend également en compte une institution qui prend de plus en plus de place dans ce contexte de renforcement des pouvoirs des juges, à savoir, pour reprendre l'intitulé luxembourgeois, le Conseil national de justice. Si le texte luxembourgeois est assez imprécis, il convient de rappeler que deux modèles semblent se dessiner celui des conseils de la magistrature (modèle français) qui interviennent essentiellement pour garantir l'indépendance des magistrats (nomination, discipline) et les conseils de justice (modèles italien et espagnol) qui interviennent plus directement dans la gestion et l'organisation de la justice, exerçant ainsi des fonctions qui relevaient traditionnellement du ministre de la justice.

S'agissant de la cour constitutionnelle, institution qui s'est imposée dans le système institutionnel, sans qu'il soit besoin de développer cette question, le renforcement

de son pouvoir et notamment la faculté de régler les effets de ses décisions dans le temps, appelle à une application renforcée du principe de sécurité juridique.

Cette rapide analyse permet de relever quelques éléments qui peuvent être considérés comme des marqueurs de l'évolution des systèmes constitutionnels contemporains, tout du moins ceux qui s'inscrivent dans la logique de la démocratie libérale, et qui en marquent les forces et les faiblesses. Ces éléments sont aussi révélateurs des méthodes de travail de la commission de Venise qui, du fait d'une expérience, particulièrement large dans le temps et dans l'espace, a pu stratifier une « jurisprudence » riche et diversifiée sur ces questions. Il n'en reste pas moins qu'elle analyse la situation avec des prismes, voire certains présupposés, qui ne sont en réalité que ceux du Conseil de l'Europe... dont elle relève.

ПЕРЕСМОТР КОНСТИТУЦИИ ЛЮКСЕМБУРГА. ОБЗОР СОВРЕМЕННЫХ ПРОБЛЕМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА³

Заключение Венецианской комиссии по предложению о пересмотре Конституции Люксембурга представляет особый интерес для составления резюме по вопросам, находящимся в центре обсуждений среди специалистов по конституционному праву⁴.

Первый из вопросов, возникающий перед исследователями конституционной системы государства, заключается в том, чтобы определить оптимальную дистанцию между принципами, которые при невозможности быть универсальными характеризуют западную либеральную демократическую систему, и особенностями, связанными с историей и культурой нации и народа. Подход к данному вопросу в случае с Люксембургом более прост, чем при анализе институциональной системы страны, которая не разделяет схожую политическую историю. Тем не менее Люксембург — государство со своими особенностями как в плане территориальных размеров, так и в плане монархической системы, которая, вероятно, позволила ему выжить в геополитических изменениях, затронувших Европу. В данном контексте, даже если вопрос звучал иначе, Венецианской комиссии следовало бы воздержаться от дачи «нравственных поучений» и вынесения оценочных суждений. Комиссию консультирует эксперт, работающий на государства-члены. Следует воздержаться от мнения, что «старые демократии» Запада являются наставницами государств Центральной или Восточной Европы. И если у последних нет, что справедливо для некоторых из них, такого же демократического прошлого

³ Данный анализ не обязывает каким-либо образом Венецианскую комиссию, членом которой является автор данного текста.

⁴ Заключение № 934/2018, принятое Венецианской комиссией на 118-м пленарном заседании (15—16 марта 2019 г.).

го, у них все же есть своя история, которую следует уважать и прежде всего понимать. Комиссии следует, таким образом, в рамках своего предназначения удостовериться, что национальные нормы соответствуют принципам Совета Европы, членами которого являются данные государства.

Данный анализ не направлен на то, чтобы переписать заново Заключение Комиссии или прокомментировать его, но представляет собой лишь попытку продемонстрировать, насколько ряд вопросов, затронутых данным проектом о пересмотре и, таким образом, и этим Заключением, соответствует изменениям, вызовам и проблемам, которые являются общими для современных конституций, в частности, когда они становятся объектом пересмотра.

Пересмотреть или изменить Конституцию?

Пересмотр Конституции Люксембурга является результатом долгих работ, начатых в 2005 г., направленных на приведение текста Конституции в соответствие с институциональной практикой. Действующая Конституция датируется 1868 г. Она является частью монархической системы, постепенно принявшей парламентскую форму. Как по форме (местами устаревший язык), так и по содержанию (важность монархической власти) она больше не отвечает стандартам современной конституции. Тем не менее Люксембургу прекрасно удалось интегрироваться в европейскую систему и действовать там в основном по модели либеральной демократии. Из этой ситуации можно сделать вывод, что конституционный текст содержит мало информации о действительной институциональной практике. В данном контексте следует предположить, что один из возможных вопросов в свете масштаба предусмотренных изменений заключается в том, чтобы решить: реформировать действующую Конституцию или же принять новую? Такое решение исходит из принципа политической автономии каждого государства и имеет символическое значение. Внести поправки в Конституцию, пусть даже по существу, значит оставить след в преемственности истории; принять новую Конституцию значит прежде всего подчеркнуть политический или институциональный разрыв с прошлым (здесь для сравнения можно напомнить о важности таких обсуждений в рамках потрясений, связанных с войной в Алжире; во Франции символика изменений Республики, если она могла себя оправдать в ходе создания Пятой Республики, была направлена на разрыв с существующими на тот момент институтами, и сегодня она лишена смысла, так как уже не является источником организованной и продуманной концепции новых институтов).

Конституция — это принципы, ценности, институты и механизмы, направленные на осуществление

власти. Сегодня каждая конституция содержит такой набор в полном объеме.

Вопрос национальной идентичности и основополагающих принципов

Что касается принципов, относящихся к государству и международному сообществу, проект конституции Люксембурга в ст. 3 устанавливает принцип суверенитета нации. Такой суверенитет не стоит путать с суверенитетом народа. В демократии суверенитет народа объясняет способ легитимации власти. Суверенитет нации, хотя и является более абстрактным, он выражает суверенитет государства в сообществе наций и является проявлением национальной идентичности.

Среди проявлений национальной идентичности также выделяют язык. Люксембургский язык объявлен официальным, а французский язык используется в официальных текстах (в том числе в Конституции).

Еще один фундаментальный вопрос, касающийся идентичности, — вопрос особого места, отведенного иностранцам, в частности их доступа к рабочим местам. Он крайне неоднозначно регулируется правом Европейского Союза на свободное передвижение рабочей силы и судебной практикой по подобным делам. Таким образом, данный вопрос стал предметом оживленных обсуждений, которые коснулись области применения принципа равенства. Конституционная поправка устанавливает принцип равенства между люксембуржцами. Комиссия высказалась по этому поводу достаточно критически, ибо действительно формулировка, указанная в Конституции, является неточной. Тем не менее существование нации обусловлено существованием граждан данного государства, что еще более очевидно для государства, в котором иностранные резиденты находятся в процессе того, чтобы сравняться по численности с люксембуржцами. С этой точки зрения особые права могли бы быть предоставлены выходцам из стран — членов Европейского Союза, лицам, постоянно проживающим на территории страны, иностранцам, находящимся в стране на законных основаниях, а также иностранцам, находящимся в стране на незаконных основаниях, согласно различиям, принятым с учетом основополагающих прав и специальных прав для каждой категории граждан.

Каким образом установить перечень основополагающих прав и свобод?

На сегодняшний день вопрос прав и свобод относится к ценностям, закрепленным в Конституции. Именно она предназначена стать центром их сосредоточения, хотя Конституция не должна быть единственным источником их закрепления. Политическое общество не может ограничиваться тем, чтобы признать права индивидов, оно должно также

устанавливать общие ценности, укрепляющие такое общество.

Один из вопросов, затронутых в данном документе, заключается в том, выгодно ли сегодня в системе, насыщенной международными и наднациональными текстами в области прав человека, устанавливать еще и национальный перечень. Даже при том, что формулировки прав имеют тенденцию к сближению, ответ на данный вопрос должен быть положительным. Фактически национальная система может предоставлять больше защиты в отношении того или иного права. Однако, по мнению автора данного текста, такое включение в национальный текст может также быть направлено на выражение принципов, относящихся к национальному самоопределению и не являющихся частью общеевропейских ценностей (например, место религии или запрет ее демонстрации в публичных местах, концепция семьи...).

Однако конституционная поправка направлена на классификацию прав, которая свидетельствует о необходимости их каталогизировать согласно юридической природе и сфере действия. Таким образом, выделяются основополагающие права, гражданские свободы и задачи конституционного значения. Хотя можно обоснованно упрекнуть эту классификацию в ряде неточностей, она все же четко говорит о разнице между правами неограниченной сферы применения (такими как принцип уважения человеческого достоинства в прямом смысле этого слова) и классическими свободами (такими как право на свободу передвижения), которые могут быть ограничены или необходимостью совмещать их с другими правами и свободами, или соблюдением требований, основанных на общественном интересе. Наконец, перечень в проекте Конституции включает социальные права, которые представляют собой конституционные обязательства, налагаемые на государственные органы власти. Граждане не всегда могут ссылаться на них в судах, но за их нарушение в ходе судебного разбирательства могут быть назначены наказания. Классификация фундаментальных прав является одновременно рамочной для судебных полномочий и важной составляющей юридической защищенности граждан.

Каковы институциональные сдержки и противовесы?

В отношении институтов должны быть определены два важных вопроса: с одной стороны, вопрос о связи между исполнительными и законодательными органами власти, и с другой стороны, вопрос об организации правосудия. Эта двойственность хорошо демонстрирует эволюцию европейских политических систем, отмеченную разделением политической и судебной властей.

Приведет ли парламентская модель правления к ослаблению исполнительной власти?

В вопросе политических институтов предложение о реформе очень четко оказывает влияние на природу политического режима Великого Герцогства. Первое замечание касается замены легитимности монархии на исключительно демократическую легитимность. В то время как парламентская система возникла из необходимости совместить существование монархического и национального суверенитетов, конституционная поправка направлена на изменение, которое привело бы к развитию парламентского режима в рамках исключительно национального суверенитета. Отметим заметное ослабление полномочий Великого Герцога, хотя они и носят представительский характер. Изменение в сторону классической парламентской системы обусловлено тем, что полномочия Великого Герцога по большому счету принадлежат правительству. Таким образом, круг полномочий главы государства ограничивается исполнительными функциями, ответственность за которые несет правительство. Великий Герцог утрачивает прерогативы, позволяющие ему вмешиваться в осуществление законодательной власти путем права законодательной инициативы. Данное изменение затрагивает не только систему сдержек и противовесов. В действительности легитимность власти в большей степени отражена в тексте Конституции, чем в институте Великого Герцога. Национальный характер и ослабление как национального достоинства, так и монархического характера государства также проявляется в том, что Конституция является Конституцией Люксембурга, притом что Великое Герцогство — лишь номинальное название государства. Политическая легитимность отчетливо внедрена в Конституцию, из которой вытекают полномочия монарха.

Передача суверенитета парламенту проявляется и в том, что Великий Герцог приступает к исполнению своих полномочий лишь после произнесения конституционной клятвы перед Палатой депутатов. Это положение вводит некую прерывистость в преемственность монархической власти, нарушая традиционное «король умер, да здравствует король». Таким образом, правительство исполняет функции главы государства. Даже если эти функции являются временными и недолгосрочными, подобная ситуация может вызвать некоторые трудности.

Возможность для Палаты депутатов отстранить от должности Великого Герцога (хотя в тексте используется словосочетание «принять акт о его отречении») может иметь большое значение, например в случае, когда Великий Герцог отказался бы подписать принятый закон. Такая возможность отражает положение вещей, при котором даже сама идея об отсутствии ответственности у главы государства принимается с большим трудом.

Подобное ослабление института Великого Герцога ведет к ослаблению самой исполнительной вла-

сти, что не может быть компенсировано расширением полномочий правительства.

Пристрастность Венецианской комиссии в отношении монистической парламентской системы привела ее к необходимости высказать свои замечания по поводу возможности Великого Герцога назначать премьер-министра без контрассигнации, даже притом что контрассигнация прежнего премьер-министра, как и нового, привела к необходимости контрассигнации его собственного назначения, что не имело бы никакого смысла, так как правительство не может исполнять свои полномочия без поддержки парламентского большинства.

Подобное ослабление исполнительной власти может вызвать проблемы в случае кризиса. В действительности, как это ни парадоксально, во все более неспокойном мире определенная наивность может привести к мыслям о том, что серьезные кризисы, национальные или международные, останутся лишь в истории. Например, с точки зрения автора данного текста, очень важно, что конституционный пересмотр, проведенный в 2008 г. во Франции, сохранил ст. 16 Конституции, согласно которой весь объем прав в случае особо серьезного кризиса принадлежит Президенту Республики. В проекте конституции Люксембурга предусмотрено, что во время кризисной ситуации у главы государства есть регламентарная власть по любым вопросам. Реализация процедуры зависит от способности Палаты депутатов принимать законы в установленные сроки. Необходимо, чтобы в течение 10 дней Палата проголосовала большинством в две трети депутатов, а сама кризисная ситуация не должна превышать общий срок три месяца. Данное положение может вызвать некоторые трудности в случае, если парламенту не удастся собраться в предусмотренный срок, или в случае, если кризисное положение продлится более трех месяцев. В Конституции трудно обойтись без указания на институт, имеющий воплощение в лице, которое является гарантом сохранения высших институтов и соблюдения интересов нации в случае кризиса.

Недоверие к процедуре референдума

В отношении институтов важен также и вопрос референдума. Недоверие политических властей (и ряда юристов) к данному инструменту прямой демократии, который не является абсолютно безопасным, означает в действительности некоторое недоверие к народу, который считается носителем суверенитета. Его ограниченное применение, т. е. его отход в сторону, вероятно, имеет связь с кризисами, происходящими в либеральных демократиях. Демократия в том виде, в каком она описана в Конституции Люксембурга, обязательно является представительной, демократия также является парламентской (ст. 2), а референдум — консультативным органом (за исключением случая принятия Конституции, когда необходимо голосование в парламенте). Складывается впечатле-

ние, что проект конституции содержит некоторое недоверие по отношению к референдуму, считая его исключительной процедурой. Особенно спорно законопроект относится к условиям, при которых возможно прибегнуть к референдуму, и к определению его влияния на закон, в то время как такие вопросы должны считаться вытекающими из Конституции.

Усиление функций парламентского контроля

Еще одним изменением, на котором не акцентируется внимание в законопроекте, является изменение функций парламента, которые все меньше носят нормативный характер (притом, что законы по большому счету разрабатываются исполнительной властью) и все больше сводятся к контролю за правительством. Конечно, проект предусматривает создание комиссии по расследованиям по требованию третьей части депутатского корпуса. Такая возможность усиливает права оппозиции и является частью развития контрольной функции современных парламента, однако роль парламента по данному вопросу достаточно ограничена.

Усиление уголовной ответственности и ослабление политической ответственности членов правительства

Вопрос ответственности членов правительства обозначил изменение, которое характеризует современные политические режимы, отмеченные ослаблением политической ответственности. Такое положение обусловлено как мажоритарной системой и относительно синкретичным характером политической власти, в рамках которой становится невозможным ясно различать функции принятия решения и его исполнения, издания законов и их применения, так и усилением полномочий судебных органов. В данном контексте следует отметить, что в то время как парламентский режим основан на замене уголовной ответственности членов правительства перед парламентом политической ответственностью перед тем же органом, сегодня наблюдается именно усиление уголовной ответственности. Текст проекта конституции Люксембурга предусматривает данное изменение. Уголовная ответственность членов правительства основана в большей части на нормах общего права и налагается судебными органами общей юрисдикции, с той лишь особенностью, что уголовное преследование осуществляется прокуратурой. Хотя данная ситуация отвечает достаточно общим для современных демократий изменениям, все же возможно возникновение затруднений в определении того, что проистекает из политического решения, что — из нарушения общего права. Такое положение вещей может привести к вмешательству судов в политическую деятельность правительства.

Суды: закрепленная и усиленная власть

Наконец, важное место в проекте конституции занимает судебная власть. Посвященные ей положения более разработаны, чем те, что содержит действующая

щий текст. В частности, закреплено само существование судебной власти. Данная формулировка означает повышение силы правосудия в современной конституционной системе. Следует отметить, что вопрос места и независимости судебной системы является одним из наиболее обсуждаемых в рамках Венецианской комиссии. Конфликты, с которыми может столкнуться Европейский Союз и некоторые европейские страны, также связаны с данным вопросом. Действительно, на сегодняшний день вопрос равновесия между властью политической и властью судебной особенно актуален. На самом деле такое равновесие является непостоянным, и его трудно достичь. Представляется возможным сделать вывод, что в некоторых системах судебная власть слишком слаба, подавлена политической властью, в других государствах она слишком сильна, так что в некоторых вопросах буквально душит власть политическую. Если говорить о Люксембурге, то Заключение комиссии критикует законопроект за слишком детальное регулирование вопроса гарантий независимости судей. Следует вполне обоснованно подчеркнуть, что Конституция предусматривает непредвзятость судей. С нашей стороны представляется необходимым уделить внимание тому факту, что если судья, зависимый от политической власти, не может считаться беспристрастным, то судья, независимый от политической власти, также может быть предвзят судить на основании личных политических и идеологических соображений. Конституция также принимает во внимание институт, который имеет все большее значение в контексте усиления полномочий судей,

а именно Национальный совет правосудия. Следует напомнить, что образцами советов судей являются две модели: советы магистратов (французская модель), которые направлены в основном на предоставление гарантий независимости судей (назначение, дисциплина), и советы правосудия (итальянская и испанская модели), которые имеют более прямое отношение к управлению и организации правосудия, исполняя таким образом функции, традиционно принадлежащие министру юстиции.

Что касается конституционного суда, укоренившегося в институциональной системе настолько, что нет необходимости развивать данную тему, то усиление его полномочий и, в частности, возможности контролировать последствия своих решений во времени, требует широкого применения принципа правовой защищенности.

Данный краткий анализ позволяет выделить несколько аспектов, которые могут рассматриваться в качестве показателей изменения современных конституционных систем, по крайней мере, тех, которые вписываются в логику либеральной демократии и демонстрируют ее сильные и слабые стороны. Такие аспекты также раскрывают методы работы Венецианской комиссии, которая на основании опыта, особенно обширного во временных и пространственных рамках, смогла выработать богатую и разнообразную «юридическую практику» по данным вопросам, несмотря на то, что ее анализ осуществлен сквозь определенные линзы и даже некоторые предрассудки, которые в действительности принадлежат Совету Европы, к которому она относится.