

К вопросу о власти международных судов: Исследование международной публичной власти и ее демократического обоснования

Армин фон Богданди/Инго Венцке***

**Армин фон Богданди - профессор, доктор права, Директор Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву, Председатель Европейского Суда по вопросам ядерной энергетики (ОЭСР), Париж.
** Инго Венцке - LL.M. (Лондон), научный сотрудник Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву. В основе данной статьи лежит доклад, подготовленный к конференции «Демократия: модель, изжившая себя? Проблемы и возможности демократического самоопределения в постнациональных структурах», Цюрих, 28.5.2009, посвященной 80-летию юбилею Юргена Хабермаса (Jürgen Habermas). Авторы выражают благодарность Eyal Benvenisti, Rudolf Bernhardt, Jochen von Bernstorff, Sabino Cassese, Jochen Abr. Frowein, Stephan Schill, Bruno Simma и Rüdiger Wolfrum за ценные замечания и критику. «Дайджест публичного права» Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству «Бек», 80791 Мюнхен (С.Н. Beck, 80791 München) и авторам за разрешение перевести и напечатать данную статью. Оригинал статьи: von **Bogdandy/Venzke: Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung**, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2010), 1.*

Резюме	58
I. Постановка проблемы	59
II. Международная юрисдикция как центральное требование прогрессивной международно-правовой политики	64
III. Проблемы обоснования	71
1. Правовое сознание и судебное решение	71
2. Осуществление публичной власти	77
3. Судебная власть и функционирующая законодательная власть	82
а) Разделение права и политики	82

58	фон Богданди/ Венцке	
	b) Конституционалистский аргумент	85
	c) Фрагментация как проблема демократии	88
	IV. Различные подходы к аналитическим стратегиям	90
	1. Легитимация через процедуры и политизацию	90
	a) Невозможность отказа от вопроса о действии принципов демократии	90
	b) Процедура	92
	aa) Публичность и транспарентность	93
	bb) Участие «третьих» лиц	95
	cc) Amicus Curiae (друг правосудия)	97
	c) Политизация	101
	2. Независимость, объективность и избрание судей международных судов	104
	a) Независимость и объективность	104
	b) Выбор и демократический форум	107
	c) Надгосударственный парламентаризм	109
	3. Систематическое толкование как демократическая стратегия?	112
	V. Уравновешивающая функция национальных конституционных органов	116
	VI. Итак, от чьего же имени?	118

Резюме

Создание новых и укрепление уже существующих судебных практик международных органов по урегулированию споров является одним из самых ярких и значимых событий в развитии международного права за последние два десятилетия. Этот рост сопровождался и качественным изменением: международные суды сегодня не только улаживают спорные вопросы в конкретных случаях, но во все возрастающей степени работают и стратегически над дальнейшим развитием и совершенствованием права. Их деятельность нуждается по этой причине в автономном, обособленном обосновании и легитимации. Это касается, в первую очередь, ее оправдания с точки зрения действующих принципов демократии. В настоящей статье

международные суды рассматриваются сначала как центральное требование и условие прогрессивной международно-правовой политики. В качестве определяющего фактора их легитимации выделяется деятельность судов, как органов, содействующих обеспечению международного мира. На следующем этапе разрабатывается понимание судебного решения как формы осуществления публичной власти и рассматриваются проблемы и способы его обоснования. Специфическая проблематика деятельности органов международного правосудия (международной юрисдикции) следует из того, что их действия не встраиваются в контекст дееспособной и нормально функционирующей законодательной власти, чем обеспечивается отделение права от политики, в котором и заключается основной механизм демократической легитимации. Это представляет собой проблему, которая не может быть решена через конституционалистскую интерпретацию международной юрисдикции и которая, в дополнении к этому, еще больше усиливается в результате процессов усиливающейся отраслевой (секторальной) дифференциации. В последующем в статье излагаются различные стратегии разрешения возникающих здесь проблем. Проблемы оправдания принятия какого-либо решения, как правило, решаются обычно установлением определенных процедурных правил, проблемы оправдания осуществления публичной власти - через закрепление определенной избирательной системы, а тенденция фрагментации может противодействовать систематическое толкование права и диалог судебных органов. Реликтовому мнению о том, что интернациональные суды не всегда оказываются в состоянии удовлетворить предъявляемые к ним требования легитимации, национальные конституционные органы противодействуют путем того, что, в конечном счете, именно они принимают решение о последствиях международных вердиктов во внутригосударственной правовой системе. В итоге, исследование показывает, что в центре нормативной перспективы развития международного правосудия (юрисдикции) должно лежать представление о правах гражданина мира.

I. Постановка проблемы

Во многих интерпретациях правитель или властитель предстает в качестве судьи, а решение суда является воплощением осуществления суверенной власти.¹ Как сегодня может быть оправдана подобная судебская власть? Суды в Германии решают дела «именем народа» (*«Im Namen des Volkes»*) и таким образом, уже буквально в первом пункте своего решения

¹ G. W. F. Hegel, *Philosophie des Rechts*, 1970, § 219; J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, 241; N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 321.

обращаются к авторитету демократического суверена.² В отличие от этого, международные суды³ не ставят в известность о том, от чьего имени ими принимаются их решения. Это пробел и является для нас центральным вопросом, а именно - как власть международных судов соотносится с принципами демократии?

Международные суды являются элементом институциональной структуры, играющей важную роль в решении актуальных проблем мирового общества. Они призваны помочь в эффективной реализации общих целей и в преодолении трудностей на пути дальнейшего укрепления сотрудничества на международном уровне. Равно как и немногие другие учреждения, они вносят вклад в выполнение основной задачи международного права - достижение справедливости в мировом обществе. Каждое новое учреждение несет с собой, однако, новые проблемы, и наша цель состоит в том, чтобы отследить проблематику, связанную с действием принципов демократии в этой области. С дальнейшей эволюцией практики международных судов, развитием накопленного ими правового опыта и знаний значение этих судов настолько усилилось, что их деятельность вполне может квалифицироваться в качестве осуществления международной публичной власти. Многие из международных судов уже не ограничиваются своей традиционной ролью «обычных» арбитров в конкретном споре и стратегически работают над дальнейшим совершенствованием международного права во многих важных направлениях. Именно в этом и заключается одно из самых значительных событий в развитии международного права в течение последних двух десятилетий.⁴ Многие международные суды, как метко подчеркивает

² См. например, § 25(4) Закона о Федеральном Конституционном Суде. Более подробно по вопросу о данной формуле см. *J. Limbach*, *Im Namen des Volkes*, 2006, 108-113.

³ Наша постановка вопроса предполагает, что за основу берется более широкое понятие «суда». Оно включает в себя арбитражные суды, а также органы ВТО, действующие как квази-судебные инстанции, такие, как например, Апелляционный Орган (*Appellate Body*) и специальные третейские группы (*Panels*), даже если они формально не принимают официальных решений, ст. IV (3) Соглашения об учреждении ВТО; ст. 16, 17 Договорности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (ДРС), а также и другие проекты международных судов и трибуналов, <http://www.pict-pcti.org>; *C. Romano*, *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, *NYU Journal of International Law & Politics* 31 (1999), 709. Более узко, напротив, этот термин употребляется в *C. Tomuschat*, *International Courts and Tribunals*, в: R. Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL*, пункт 1. При более детальном рассмотрении речь идет о совершенно разных институтах.

⁴ *T. Treves*, *Judicial Lawmaking in an Era of "Proliferation" of International Courts and Tribunals: Development or Fragmentation of International Law?*, в: R. Wolfrum/V. Röben,

Юваль Шани (*Yuval Shany*), «уже более не являются относительно слабыми структурами власти».⁵

Юридическая практика международных судов может иметь временами также и вовсе радикальные последствия с точки зрения обоснования возможности демократического самоопределения, что хорошо показывает пример третейских разбирательств в рамках инвестиционного арбитража. Международная защита инвестиций основывается на двусторонних инвестиционных соглашениях (*Bilateral Investment Treaties, BITs*), расплывчатые обязательства по которым не только применяются арбитражами в конкретных случаях, но также и творчески подвергаются ими дальнейшему совершенствованию.⁶ И это является программой: Международный Центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС, *International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID*) обязан своим происхождением тогдашнему Генеральному советнику Всемирного банка *Арону Брохесу (Aron Broches)*, который, ввиду провала международных переговоров по вопросам применимого материального права, выдвинул ставшую программной формулу: «процедура превыше субстанции» (*procedure before substance*).⁷ «Субстанция», по его мнению, будет следовать за реальной практикой правоприменения. В действительности, так это и произошло, а именно - в виде судейского (прецедентного) права, тесно связанного с режимом защиты инвестиций (*Investitionsschutzregime*). Так, в Аргентине на волне экономического кризиса правительство быстро поняло, сколь незначительной свободой действий при осуществлении мер по поддержанию общественного порядка может пользоваться государство, без риска быть обязанным выплатить иностранным инвесторам значительные суммы в качестве компенсации за

Developments of International Law in Treaty Making, 2005, 587; *K. Oellers-Frahm*, Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction: Problems and Possible Solutions, *Max Planck UNYB* 5 (2001), 67; *C. Romano* (сноска 3). *F. Salerno*, Corte internazionale di giustizia e giurisdizione penale internazionale, в: *G. Venturini/S. Bariatti, Liber Fausto Pocar, Diritti individuali e giustizia internazionale*, 2009, 823. С политологической точки зрения см. *B. Zangl*, Das Entstehen internationaler Rechtsstaatlichkeit?, в: *S. Leibfried/M. Zürn, Transformationen des Staates?*, 2006, 123; *K. Alter*, Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation, *Law & Contemp. Probs.* 98 (2008), 37.

⁵ *Y. Shany*, No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary, *EJIL* 20 (2009), 73.

⁶ *S. Schill*, The Multilateralization of International Investment Law, 2009, 261-268, 332-338.

⁷ *R. Dolzer/C. Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2008, 18.

нанесенный этими мерами ущерб.⁸ Можно привести и другой пример. Результаты выборов в Сенат Гамбурга могут в ближайшее время обойтись Германии в 1,4 миллиарда евро. Выплату именно этой суммы требует по иску шведская энергетическая компания *Vattenfall* (*Vattenfall*) в качестве возмещения убытков за то, что новоизбранное правительство Гамбурга, выполняя свои предвыборные обещания, высказалось за необходимость принятия на планируемой электростанции более жестких природоохранных мер, вопреки гарантиям и заверениям, полученных компанией до смены правительства. После этого всем стало ясно, что «Ганзейская демократия» имеет свою «цену».⁹

К слову заметить, наши соображения вовсе не направлены на то, чтобы заклеить нелегитимность или, возможно, даже незаконность международных судов.¹⁰ Это вообще невыполнимо, уже в силу - в высшей степени абстрактного - уровня данной публикации, которая посвящена обобщающему исследованию учреждений и институтов, которые весьма отличаются друг от друга. Тем не менее, мы считаем, что международные суды не обретают достаточной легитимации ни в качестве институтов, функционально отстаивающих общие интересы, ни как составной элемент стратегии легитимации в отношении публичной власти других институтов, будь то государства или международные бюрократические структуры.¹¹ Как носители властных полномочий, международные судебные органы нуждаются, по нашему глубокому убеждению, в специальной, собственной легитимации, которая должна быть совместимой с принципами демократии. Как в сжатом виде сформулировал *Марти Коскенниemi* (*Martti Koskenniemi*), «настало время, чтобы судебная практика

⁸ По вопросу о судебной практике см. *S. W. Schill*, *International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises. Comment on the ICSID Decision in LG & E v. Argentina*, *J. Int'l Arb.* 24 (2007), 265 (286); *M. Hirsch*, *Conflicting Obligations in International Investment Law: Investment Tribunals' Perspective*, в: T. Broude/Y. Shany, *The Shifting Allocation of Authority in International Law*, 2008, 323 (344).

⁹ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6.

¹⁰ Подобная точка зрения в отношении Европейского Суда см. *D. Murswiek*, *Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung*, *NVwZ* (2009), 481 (484).

¹¹ В этом смысле *S. Cassese*, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, 2009, 103.

международных инстанций стала объектом критического анализа, а не религиозной веры».¹²

В данной статье предпринимается попытка концептуально осмыслить процесс осуществления публичной власти международными судами, исследовать возможности его демократической легитимации и изучить стратегии ее потенциального совершенствования. Для этого требуется, естественно, теоретический аппарат. Мы используем в этих целях теорию дискурса *Хабермаса*, которая, хотя и является одним из наиболее выдающихся теоретических предложений нашего времени, приводит, тем не менее, к некоторым дополнительным непростым вопросам. Прежде всего, обращает на себя внимание, что в теоретических трудах *Хабермаса* по вопросам теории международного права мало что говорится о международных судах и международной юрисдикции. Это удивительно, особенно если принять во внимание развитие судебных учреждений и их деятельности в течение последних двух десятилетий. Многие исследователи интерпретируют это развитие как своего рода «адаптивную тенденцию» как раз в направлении реализации проекта «мировой внутренней политики» и конституционализации, которому со всей решительностью следует *Хабермас*.¹³ Кроме того, столь незначительное внимание к международным судебным инстанциям тем более удивительно, если рассматривать его сочинения в контексте концепции *Канта*. *Ганс Кельзен (Hans Kelsen)*, один из виднейших юристов-международников XX-го века, черпавших свое вдохновение в трудах *Канта*, поставил во главу угла своего проекта международного миропорядка сильный международный суд.¹⁴ *Хабермас*, в отличие от этого, делает упор на дальнейшем развитии политических органов Организации Объединенных Наций.¹⁵ Не в последнюю очередь, названный пробел в теоретических трудах *Хабермаса* по международному праву удивляет также и потому, что

¹² *M. Koskenniemi*, The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference, в: *Y. Daudet*, Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference, 2008, 127 (152).

¹³ К вопросу о новаторском содержании подхода *Хабермаса* в сравнительном плане см. *A. v. Bogdandy/S. Dellavalle*, Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms, *German Law Journal* 10 (2009), 5.

¹⁴ *H. Kelsen*, Peace through Law, 1944, 13; *H. Kelsen*, International Peace – By Court or Government?, *The American Journal of Sociology* 46 (1941), 571.

¹⁵ *J. Habermas*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft, в: *W. Brugger/U. Neumann/S. Kirsche*, Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 360, (368, 376); *J. Habermas*, Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft, *Kritische Justiz* 38 (2005), 222.

в своей работе «Фактичность и значимость» (*Faktizität und Geltung*) он показал, как суды могут пониматься в качестве институтов демократии.

Итак, вначале мы реконструируем прогрессивное требование относительно установления обязательной международной юрисдикции, на котором зиждется преобладающее понимание, поставленное нами под сомнение (II). Затем мы рассматриваем основные проблемы обоснования международной судебной практики в свете демократического принципа. При этом мы особенно выделяем правотворческую функцию международных судебных решений (III. 1.) и исследуем его как форму осуществления публичной власти (III. 2.). Усиление значения судебной практики, в известном смысле, лишает политические и законодательные органы своего рода «право доступа» к нему, и, таким образом, упраздняет основной источник демократической легитимации (III. 3. a)). Подобное разделение права и политики не может быть оправдано при помощи конституционалистской аргументации (III. 3. b)). Наконец, мы показываем, что в ходе форсируемой судами фрагментации международного права возникает дополнительные проблемы легитимации (III. 3. c)). Заключительная часть статьи посвящена рассмотрению стратегий, при помощи которых могли бы быть решены проблемы дефицита демократической легитимации. Проблемы оправдания и обоснования решают обыкновенно процедуры (IV. 1), проблемы осуществления публичной власти - избирательная система (IV. 2), а фрагментации может противостоять систематическое судебное толкование, а также диалог судов (IV. 3). Реликтовому впечатлению, что международные суды не могут в достаточной степени удовлетворить предъявляемым к ним требованиям легитимации, противодействует практика конституционных органов: последние «разгружают» международный уровень, принимая решение о правовых последствиях действия решений международных инстанций во внутригосударственном правовом пространстве (V.). Наше критическое исследование показывает, что нормативным центром перспективного развития международной юрисдикции (правосудия) должна стать идея о гражданине мира (VI.).

II. Международная юрисдикция как центральное требование прогрессивной международно-правовой политики

Уже в XIX-ом веке создание сильной международной юрисдикции стало одним из ключевых требований различных движений за достижение

международного мира.¹⁶ Многие прогрессивные юристы-международники также стремились реализовать эту цель. Созданный в 1873-ем году Институт международного права в Генте с самого начала своего существования поставил себе целью содействовать развитию международных третейских процедур, и даже разработал проект процедуры международного арбитража.¹⁷ Основанная в том же году Ассоциация международного права (*International Law Association*) также активно занялась проблематикой международного арбитража, и на своем первом заседании приняла резолюцию, в которой подтвердила свою позицию, что арбитраж является «в своей сущности, справедливым, разумным и, более того, даже обязательным для всех народов средством для разрешения международных споров (*le moyen essentiellement juste, raisonnable, et même obligatoire, pour les nations, de terminer les différends internationaux*)».¹⁸ Аналогично этому, созданная в 1889-ом году Межпарламентская Ассамблея поставила своей целью мирное урегулирование споров; ей был подготовлен проект, касавшийся «Организации Международного арбитражного суда», который, кстати, был использован на первой Гаагской мирной конференции в 1899-ом году, как основа для обсуждения.¹⁹ Необходимо подчеркнуть, что развитие институтов международной юрисдикции в начале XX-го века не может быть верно понято без учета импульсов, исходивших от различных движений в поддержку международного мира и политико-правовых инициатив ведущих юристов-международников.

В 1898-ом году русский царь Николай II удивил многих своим приглашением к участию в международной конференции с целью «оказать содействие торжеству великой идеи всемирного мира над любыми проявлениями вражды и розни».²⁰ Хотя по первоначальному замыслу, в центре внимания должны были стоять проблемы разоружения, тем не менее, в ходе практической подготовки конференции основной упор все более делался на проблемах создания эффективных органов международной юрисдикции. При этом исходной посылкой было, что цели

¹⁶ H. Wehberg, Die internationale Friedensbewegung, Staatsbürgerbibliothek 22 (1911); H. Lammasch, Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange, в: F. Stier-Somle, Handbuch des Völkerrechts, Bd. 5, 1914, 36.

¹⁷ “Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale”, Session de La Haye, 1875, http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1875_haye_01_fr.pdf.

¹⁸ Цитата по С. Denfeld/H. Wehberg, Die Organisation der Staatengemeinschaft, 2008, 115.

¹⁹ A. Fried, Handbuch der Friedensbewegung, 1905, 262; R. Anand, International Courts and Contemporary Conflicts, 1974, 27.

²⁰ Цитата по А. Fried (сноска 19), 163.

разоружения в мире могли быть достигнуты только в условиях, когда государства в случае разногласий между ними будут прибегать не к военным действиям, а обращаться в международные судебные инстанции. Вопросы, посвященные путям достижения данной цели, стали центральным пунктом первой Гаагской мирной конференции 1899-го года. Несмотря на весьма скудный в этом отношении итог данной Конференции, она по праву расценивается как важная веха на пути к созданию органов международной юрисдикции, действующих на постоянной основе.²¹

В дальнейшем развитии этого проекта значительную роль сыграли США. Теодор Рузвельт (*Theodore Roosevelt*) и два его Госсекретаря Джон Хэй (*John Hay*) и Элиу Рут (*Elihu Root*) были активными сторонниками введения процедуры судебного урегулирования спорных вопросов. Вторая Гаагская мирная конференция 1907-го года в некоторых областях смогла превзойти то состояние регулирования, которое было достигнуто в 1899-ом году, но, тем не менее, это не относилось к проблематике учреждения международного судебного органа, действующего на постоянной основе. Слишком существенными были в тот период разногласия в подходах различных государств к решению вопросов его организации и порядка деятельности. Основной спор возник по вопросу о независимости суда и порядке назначения судей. В частности, ведущие европейские державы, которые стремились сохранить основные прерогативы по урегулированию споров, главным образом, за политическими органами, требовали сохранения влияния политических структур также и в рамках судебных процедур.²² В этом смысле, Фридрих фон Мартенс (*Friedrich von Martens*), арбитр и делегат от России, пользовавшийся в то время большой известностью, придерживался позиции, что «в арбитражном производстве речь идет исключительно об окончательном урегулировании спорных вопросов», и по этой причине правовое обоснование не имело для него особого, а тем более исключительного значения.²³ Элиу Рут, в отличие от этого, опирался на логику права и - по аналогии с деятельностью Верховного Суда США - высказал мнение, что только независимые судьи, работающие на постоянной основе, смогут заслужить доверие сторон в

²¹ D. D. Caron, War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference, AJIL 94 (2000), 4; R. Anand (сноска 19), 33.

²² P. Zorn, Die beiden Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907, в: F. Stier-Somlo, Handbuch des Völkerrechts, 1914; C. Brower II, The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement Under Private and Public International Law, Duke J. Comp. & Int'l L. 18 (2008), 259.

²³ H. Wehberg, Friedrich von Martens und die Haager Friedenskonferenzen, Zeitschrift für internationales Recht 20 (1910), 343.

том, что они будут беспристрастно, непредвзято и объективно заниматься юридическим разрешением их конфликта: «для будущего развития арбитража нам необходимо, чтобы дипломатические действия были заменены судебными мерами и чтобы юридическая ответственность заменила ответственность дипломатическую».²⁴

Хотя сначала проект создания международного судебного органа, действующего на постоянной основе, ввиду глубоких разногласий между представителями различных государств, потерпел в очередной раз неудачу, многие юристы-международники восприняли итоги мирных Гаагских Конференций в качестве подтверждения их требований нормативной регламентации и институционализации международных отношений и, как следствие, предприняли соответствующие дальнейшие шаги в этом плане.²⁵ Так, в Германии Ханс Веберг (*Hans Wehberg*) уже в 1912-ом году сформулировал довольно примечательную критическую позицию в отношении арбитража. По его мнению, для того, чтобы утверждение о нарушении права могло быть эффективно исключено как основание для оправдания военных действий принципиально важным является то, чтобы материальный международный правопорядок обеспечивался судом, который действует на постоянной основе. Решения арбитражных судов рассматриваются им как непригодные для этого. Его позиция состоит в том, что необходимы точные правовые нормы и юридически обоснованные судебные решения.²⁶ Призыв Веберга к всеобщему международному миру звучит: «Больше содействия дальнейшему развитию международного права путем принятия решений международными инстанциями!»²⁷ Здесь идея международного судебного правотворчества выражается, пожалуй, в наиболее кульминирующем до сих пор понимании основ его легитимации: оно оправдывает себя, поскольку служит делу международного мира.

Важный шаг в направлении создания международного суда был сделан лишь только после окончания Первой мировой войны. В рамках новосозданной Лиги Наций в 1920-ом году государства договорились о

²⁴ Цитируется в *H. Wehberg*, Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofes, 1912, 55.

²⁵ См. например, *W. Schücking*, Das Werk vom Haag, 1912. К вопросу о его концепции миропорядка см. *W. Schücking*, Die Organisation der Welt, в: *W. v. Calker*, Staatsrechtliche Abhandlungen, FS P. Laband, 1908, 533. См. *F. Bodendiek*, Walther Schückings Konzeption der internationalen Ordnung, Dogmatische Strukturen und ideengeschichtliche Bedeutung, 2001.

²⁶ *H. Wehberg* (сноска 24), 8-9.

²⁷ *H. Wehberg* (сноска 24), 11.

создании Постоянной Палаты международного правосудия, что многими юристами было расценено как эпохальное достижение.²⁸ Джеймс Браун Скотт (*James Brown Scott*) так писал в Американском Журнале Международного Права (*American Journal of International Law*): «Мы должны ... упасть на колени и благодарить Бога, что вековая надежда находится в процессе реализации».²⁹ Николя Полити (*Nicolas Politis*) приветствовал создание суда как «пришествие новой эры в мировой цивилизации».³⁰

Известные юристы-международники по обе стороны Атлантики возлагали большие надежды на новый суд и поддерживали его деятельность своими теоретическими, доктринальными и правополитическими исследованиями. Кроме Джеймса Брауна Скотта, широко известный проект международного миропорядка с сильной системой судебных органов в центре предложил Мэнли О. Хадсон (*Manley O. Hudson*). Политико-правовые рекомендации, изложенные в его программной статье «*The Permanent Court of International Justice – An Indispensable First Step*» (1923),³¹ были концептуально оформлены и теоретически обоснованы в его монографии «*Progress in International Organization*» (1932). По его мнению, ни одна правовая система в своем развитии не может зависеть исключительно только от правотворчества политических институтов, и по этой причине также и в рамках системы международного права международные суды своей стабильной правоприменительной практикой должны содействовать дальнейшему развитию права.³² Уже в 1934-ом году Херш Лаутерпахт (*Hersch Lauterpacht*) мог опереться на достаточно обширный опыт прецедентного права, чтобы подчеркнуть нормотворческое значение международной судебной практики. Судебное правотворчество является, по его мнению, неизбежной характеристикой любого общества, основанного на праве, в том числе и международного сообщества.³³ Эта точка зрения не была, как показывает Ханс Веберг, ограничена только правовой системой общего права (*common law*).³⁴ Подходы во взглядах на институциональные и

²⁸ O. Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice. The Rise of the International Judiciary*, 2005, 14.

²⁹ 'Editorial Comment', *AJIL* 15 (1921), 55; подробно по данному вопросу см. M. Koskenniemi (сноска 12), 127.

³⁰ N. Politis, *La justice internationale*, 1924, 182.

³¹ 108 *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 188.

³² M. O. Hudson, *Progress in International Organization*, 1932 [1932], 80.

³³ H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, 1934, Kap. III.

³⁴ См. например, N. Politis (сноска 30), 178-183.

концептуальные обоснования этой функции судов расходились при этом довольно радикально. У некоторых авторов проект международной юрисдикции вообще не предусматривал международного законодателя или «мирового государства» (*Weltstaatlichkeit*) либо какого-либо заменяющего его суррогата.³⁵ Хадсон и другие, однако, видели в централизации юрисдикции на международном уровне лишь первый шаг на пути к политическому порядку, в котором в конечном итоге будет также создан централизованный законодательный орган. В качестве теоретической основы для этого, особенно в Германии, выступил недавно очищенный от пыли труд Иммануила Канта (*Immanuel Kant*) «К вечному миру» (*«Zum ewigen Frieden»*).³⁶

Чуть позже Ханс Кельзен с его уникальной способностью проникать в суть дела и создавать убедительные юридические конструкции, попытался развить проект миропорядка, разработанный Кантом. Он не видел альтернативы обязательной и всеобъемлющей юрисдикции, которая бы служила целям обеспечения международного мира на основе международного права.³⁷ Согласно Кельзену, идея эволюция права состоит в постоянном процессе централизации власти государства и институциональной дифференциации законодательства и правоприменительной практики. По его представлению элементарный, общий ход вещей предполагает, что, в первую очередь, осуществляется централизация правоприменения. Таким образом, согласно его подходу, судебная практика закономерно предшествует регламентации и оформлению законодательной власти. Правовое сообщество, которое обладает административными и судебными органами власти, уже представляет собой государство. Наличие центрального органа законодательной власти, в противоположность этому, не является, согласно Хабермасу, существенным условием для этого.³⁸ В целях установления устойчивого международного мира, государства должны передавать свои споры в ведение международного судебного органа, действующего на

³⁵ *M. Koskenniemi* (сноска 12), 14-15.

³⁶ *F. Bodendiek* (сноска 25), 117, 179. По вопросу об инициативах к достижению международного мира, предложенных без ссылки на концепцию Канта, но в принципе повторяющих его идеи, см. *A. Fried* (сноска 19), 20-22. *H. Lammasch* (сноска 16), 37, называет, тем не менее, ссылки на концептуальные предложения Канта «чистой декорацией».

³⁷ *J. v. Bernstorff*, *Der Glaube an das universale Recht, Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, 2001, 169; *D. Zolo*, *Hans Kelsen: International Peace through International Law*, EJIL 9 (1998), 306.

³⁸ *H. Kelsen*, *Law and Peace in International Relations*, 1942, 146; по данному вопросу см. *C. Jabloner*, *Verrechtlichung und Rechtsdynamik*, ZÖR 54 (1999), 261.

постоянной основе.³⁹ *Кельзен* форсировал этот аргумент, оглядываясь на бесславный закат Лиги Наций и Вторую мировую войну, предвидя при этом сложности формирования послевоенного мирового порядка.⁴⁰ Основную ошибку в конструкции Лиги Наций он видел в том, что в качестве ее центрального органа был определен Совет Лиги Наций, а не судебный орган, созданный на постоянной основе. Поскольку любое решение в Совете должно было приниматься единогласно, ни одно государство-участник не могло, таким образом, быть связано решением Совета Лиги против его собственной воли. Принцип единогласия не является обязательным при принятии решений лишь на уровне международных судебных инстанций. Для *Кельзена* путь к международному миру и порядку, следовательно, лежал исключительно через всеобъемлющую обязательную международную юрисдикцию.⁴¹

В то время как *Хабермас* выделяет особую роль международных политических институтов в дальнейшем развитии международного права, *Кельзен* подчеркивает, что отсутствие международных законодательных органов не является обоснованным аргументом или возражением против международной юрисдикции. Кроме того, также и внутригосударственное право, в конечном счете, точно так же, как и современное международное право, сформировалось в соответствии с договоренностью и обычаем и без централизованной законодательной власти, в то время как сам обычай, по общему правилу, был продуктом развития судебной практики.⁴²

Кельзен считает, что как только появятся централизованные органы правосудия, обладающие универсальной компетенцией, они сами автоматически, в процессе конкретного правоприменения, станут развивать позитивное право и постоянно корректировать его в соответствии с текущими потребностями. При этом, согласно его конструкции, следует считать необходимым и по этой причине рассматривать как позитивное то обстоятельство, что судьи в их правотворчестве руководствуются соображениями справедливости и равенства.⁴³ Может ли в этом смысле

³⁹ *H. Kelsen* (сноска 38), 150.

⁴⁰ Исследование, посвященное организации международного правопорядка после Второй мировой войны см. также: *Wehberg*, *Die Organisation der Staatengemeinschaft nach dem Kriege – Das Problem einer wahren Repräsentation der Völker*, *Die Friedenswarte* 44 (1944), 49.

⁴¹ *H. Kelsen*, *International Peace* (сноска 14).

⁴² *H. Kelsen* (сноска 38), 161.

⁴³ *H. Kelsen* (сноска 38), 161, *H. Kelsen*, *Compulsory Ajudication of International Disputes*, *AJIL* 37 (1943), 397 (406).

кантовский проект в его проекции на значение надгосударственных судебных решений, растущее с 1990-ого года, приветствоваться как тенденция, идущая именно в этом направлении? Или же более сдержанный подход к роли интернациональной юрисдикции, так как это демонстрирует *Хабермас*, имеет более убедительные основания? В значительной степени это зависит от обоснований, приводимых в оправдание соответствующих конструкций, в частности, обоснований, имеющих особое значение в контексте принципов демократии.

III. Проблемы обоснования

1. Правовое сознание и судебное решение

Относительно необходимости обоснования легитимности судебного решения можно было бы возразить, что его истинная суть состоит, по существу, в накопленном правовом опыте и знании. «Весы Юстиции» представляются при таком понимании техническим (измерительным) инструментом, а решение суда - демонстрацией правильности сделанных им выводов. Вряд ли традиционная когнитивная концепция, выраженная в знаменитом афоризме, приписываемом *Монтескье (Montesquieu)*, в соответствии с которым «судьи, являются только устами закона» может в настоящее время рассчитывать на широкую поддержку.⁴⁴ Тем не менее, продолжает пользоваться популярностью понимание, согласно которому должная необходимость проявляется не только из соответствующих положений международного договора, как такового, но и наряду с этим, из его интегрированности в общее международное право, внутренней логики конкретного случая и собственной логики правового дискурса.⁴⁵ Макс Вебер (*Max Weber*) сформулировал следующим образом: «юриспруденция (...) определяет то, что действует в соответствии правилами юридического мышления, частично императивно логического,

⁴⁴ См. *J. Lege*, Was Juristen wirklich tun, Jurisprudential Realism, в: W. Brugger/U. Neumann/S. Kirste (сноска 17), 207 (216); *R. Christensen/H. Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, 26.

⁴⁵ *J. Lege* (сноска 44), 222. В теории права Рональда Дворкина (*Ronald Dworkin*) идеализированный судья *Геркулес (Herkules)* обладал способностью, из всей совокупности судебных решений и правовой практики выводить в конкретном случае правильное решение, *R. Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984. На этой теории, по меткому замечанию *Хабермаса*, «лежит длинная тень чрезмерной идеализации» (сноска 1), 261.

частично связанного конвенционально сложившихся схемами».⁴⁶ Этому соответствуют самосознание и самопрезентация многих судов.⁴⁷

Первично и преимущественно когнитивистское понимание судебного решения оспаривается с весьма сильными аргументами. Начиная с *Канта*, уже больше нельзя в теоретико-познавательном плане утверждать, что из понятий и категорий можно вывести решения для конкретных дел.⁴⁸ С XIX-го века юридическая наука борется за более точную формулировку этого понимания и его теоретические и практические последствия.⁴⁹

В контексте *кантовской* концепции особое значение имеет критика *Ганса Кельзена (Hans Kelsens)*. В 1928-ом году он выступил против *Хайнриха Триепеля (Heinrich Triepel)* на сессии Общества юристов-государствоведов в Вене по теме «*Сущность и развитие органов государственной юрисдикции*».⁵⁰ Здесь он пояснил несостоятельность категорического противопоставления правотворчества и правоприменения. Любой акт правоприменения является, по его мнению, одновременно также и актом правотворчества.⁵¹ *Кельзен* с помощью теории «ступеней права» (*Stufenbaulehre*), выдвинутой его учеником *Мерклем (Merkl)*, и исходя из концепции «основной нормы», набросал эскиз правовой системы, как последовательное выведение действия каждой нормы из нормы соответственно более высокой ступени или уровня.⁵² Содержание каждой правовой нормы, однако, никогда не предопределяется полностью

⁴⁶ *M. Weber*, *Wissenschaft als Beruf*, в: *Max Weber Gesamtausgabe*, Bd. 17, 1992, 49 (95); к такому пониманию см. *A. Somek*, *The Indelible Science of Law*, *Int'l Journal of Constitutional Law (I.CON)* 7 (2009), 424 (440).

⁴⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ICJ Reports* 1996, 226, para. 18; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Judgment on the Merits, *ICJ Reports* 1974, 24, para. 53. Более подробно *P.-M. Dupuy*, *Le juge et la règle générale*, *RGDIP* 93 (1989), 569; *P. Weil*, *Le droit international en quête de son identité*, *Recueil des Cours* 237 (1992), 9 (143). В социологическом аспекте *N. Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 1993 [1978], 16 и *J. N. Shklar*, *Legalism*, 1964, 10.

⁴⁸ *I. Kant*, *Kritik der reinen Vernunft*, 1784 [1781], 183 (A 131-148); *M. Koskeniemi*, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization*, *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2007), 9.

⁴⁹ Реконструкция у *R. Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, 1986.

⁵⁰ *H. Kelsen*, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *VVDStRL*, Bd. 5, 1929.

⁵¹ *H. Kelsen* (сноска 50); *H. Kelsen* (сноска 38), 163; *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, 82.

⁵² *H. Kelsen*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1923, XV; *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (сноска 51), 62. Более подробно *A. Jakab*, *Probleme der Stufenbaulehre*, *ARSP* 91 (2005), 333 (334).

нормой, лежащей в ее основе.⁵³ По *Кельзену*, через акт осмысления правового опыта и правовых знаний могут быть выяснены внешние рамки, указывающие на пределы возможных интерпретаций, своего рода допустимые «границы толкования формулировок текста», но не конкретное значение нормы для отдельного случая, подлежащего решению.⁵⁴ В метафоре «двуликой сущности права» (*doppeltes Rechtsantlitz*) находит свое выражение также и та мысль, что применение права всегда является одновременно и актом нормотворчества.⁵⁵ *Кельзен* показывает, что правовая система находит свою конкретную форму лишь в рамках стабильного и устоявшегося применения права и иронизирует по поводу теорий интерпретации, которые хотят заставить поверить, что закон, применительно к конкретному случаю, всегда указывает правильное решение, как если бы при толковании нормы, речь шла бы исключительно об акте уточнения или понимания права, при котором в движение приходит только разум интерпретатора, но не его воля.⁵⁶

Дэвид Кеннеди (David Kennedy) и *Мартти Коскенниemi (Martti Koskenniemi)* пошли еще дальше и разработали концепцию семантической и структурной неопределенности как составной части международно-правового дискуссионного ландшафта.⁵⁷ Но даже и сами те, кто не разделяет подобные конструкции принципиальной неопределенности права, оказываются впечатляющим образом проинструментированы о правотворческом измерении решений судов через позитивистски ориентированную аналитическую теорию права.⁵⁸ Правопозитивистская фиксация на дедуктивной модели покоится не на вере в силу убедительности и определенности правовых терминов, а на убеждении, что принятые судом решения должны быть обоснованными. Речь идет здесь, следовательно, о модусе *обоснования* решения, но не о процессе *принятия* решения.⁵⁹ Так, *Ханс-Йоахим Кох (Hans-Joachim Koch)* и *Хельмут Рюссманн (Helmut Rießmann)* хотя и защищают дедуктивные формы аргументации как центральное звено юридической рациональности, но не

⁵³ *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (сноска 51), 91.

⁵⁴ *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (сноска 51), 94-95.

⁵⁵ *A. Merkl*, *Das Doppelte Rechtsantlitz*, *Juristische Blätter* 47 (1918), 425.

⁵⁶ *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (сноска 51), 74, 95; *H. Kelsen*, *Hauptprobleme* (сноска 52), XII.

⁵⁷ *D. Kennedy*, *Theses about International Law Discourse*, *GYIL* 23 (1980), 353 (378-379); *M. Koskenniemi*, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, 2005.

⁵⁸ *H.-J. Koch/H. Rießmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 248.

⁵⁹ *U. Neumann*, *Theorie der juristischen Argumentation*, в: *W. Brugger/U. Neumann/S. Kirste* (сноска 17), 233 (241).

схему *аналитической* дедукции.⁶⁰ Когда содержание нормы является спорным, дедуктивные формы аргументации всегда требуют, чтобы было сформулировано и обосновано принципиальное решение в отношении ее интерпретации. Дедуктивная форма обоснования является вследствие этого инструментом контроля и поддержки судебной власти.

Для целей настоящего исследования правотворчество, осуществляемое в судебных решениях, имеет два тесно взаимосвязанные, но, тем не менее, различные измерения. Одно из них касается создания права в отношениях между сторонами спора и заключается в применении соответствующих правовых норм к конкретному делу (случаю).⁶¹ Другое измерение судебного правотворчества выходит за рамки обстоятельств конкретного спора. Решение суда, как само постановление, так и его обоснование, может стать значительным юридическим аргументом в более поздних правовых спорах.⁶² Суды, которые публикуют свои решения вместе с высказанными в них правовыми позициями, являются участниками общего правового дискурса, и в частности, как через соображения, обосновывающие их решения (т.н. мотивы решения - *ratio decidendi*), так и через общие замечания суда (рекомендательное мнение - *obiter dictum*).⁶³ Многие постановления судов как будто специально направлены на то, чтобы с более общими и абстрактными формулировками зафиксировать авторитетные ориентиры для будущего правового дискурса. Нас интересует, прежде всего, именно это измерение судебных решений, которое выходит за рамки конкретного дела и направлено на дальнейшее развитие правовой системы в целом.

Следует также отметить и следующее. Правосозидательный компонент обоснований судебных решений вряд ли можно безоговорочно и недифференцированно рассматривать в качестве акта узурпации власти

⁶⁰ H.-J. Koch/H. Rüßmann (сноска 58), 5, 69.

⁶¹ F. Müller, Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert, в: Richterliche Rechtsfortbildung, FS Heidelberg, 1986, 65 (78).

⁶² C. Kirchner, Zur konsequentialistischen Interpretationsmethode, в: T. Eger/J. Bigus/C. Ott/G. Wangenheim, Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, 2008, 37 (39).

⁶³ К вопросу о механизме действий прецедентных решений Международного Суда ООН см. M. Shahabuddeen, Precedent in the World Court, 1996, 76, 209; I. Scobbie, Res Judicata, Precedent, and the International Court: A Preliminary Sketch, Austr. Yb. Int'l L. 20 (1999), 299. По вопросу о практике в рамках инвестиционного арбитража см. S. Schill (сноска 6), 321. A. Höland, Wie wirkt Rechtsprechung?, 30 ZfRSoz 30 (2009) 23 (35, 39), с учетом практики германских и европейских судов.

политизированными судебными органами, что, естественно, заведомо противоречит их функциям и компетенции. Этот компонент вытекает из самого существа судебной практики и является частью требований, предъявляемых к юридическому обоснованию.⁶⁴ Альтернатива, а именно, отсутствие каких либо объяснений или отказ от их публикации, мог бы действительно ослабить правогенерирующее измерение судебной практики, но, в любом случае, это было бы равнозначно «пирровой победе». Это привело бы к исчезновению важных отправных точек и ориентиров для юридических дискуссий, контроля и критики, и, как следствие к ослаблению правовой безопасности в целом. Все это наглядно показывает фундаментальное легитимационное значение и важность судебных обоснований, работающих со специфически юридическими аргументами. Также и правила аргументации, закрепленные в статье 31-ой Венской Конвенции о праве международных договоров, представляют собой важный легитимационный ресурс. Для нас не подлежит никакому сомнению, что ряд спорных вопросов может рассматриваться и убедительно решаться в соответствии с внутренними закономерностями юридических дискурсов. Вопрос, однако, состоит в другом, а именно, как далеко распространяется легитимация судебного решения путем юридического обоснования?

В работах *Кельзена* для ответа на этот вопрос не нашлось места, и его критика методов (*Methodenkritik*), в конечном счете, оказывается заведенной в солипсистский тупик. Теория дискурса с преодолением ей субъективно-философской парадигмы открывает путь к тому, чтобы интерпретировать разделение властей как способ разграничения компетенции, который обеспечивает различным инстанциям возможности доступа к определенным видам мотивов.⁶⁵ *Хабермас*, так же как и Клаус Гюнтер (*Klaus Günther*), разделяет дискурсы об обосновании норм от дискурсов о правоприменении.⁶⁶ Право в рамках данной концепции является нормативной источником легитимации власти и понимается как посредник, через который коммуникативная власть (понимаемая в смысле *Хабермаса* как движущая сила дискурсивно генерированных и

⁶⁴ Так например, в ст. 56 (1) Статута Международного Суда ООН; ст. 41 Регламента Европейского Суда по атомной энергии от 20.9.1965, BGBl. 1965 II 1335; Принципиально по данному вопросу см. *A. Ross*, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, 283; *M. Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1976, 167 и далее; *J. Trachtman*, *The Domain of WTO Dispute Resolution*, *Harv. Int'l L. J.* 40 (1999), 333.

⁶⁵ *J. Habermas* (сноска 1), 235.

⁶⁶ *J. Habermas* (сноска 1), 182, 187, mit Verweis auf *K. Günther*, *Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation*, *Rechtstheorie* 20 (1989), 163.

интерсубъективно разделенных, общих убеждений), превращается в административную власть.⁶⁷ Это происходит в рамках законодательственных дискурсов об обосновании норм и опирается на процессы демократические формирования мнений и политической воли.⁶⁸ Здесь участники имеют доступ к полному спектру прагматических, этических и моральных мотивов. Правоприменительные и исполнительные органы живут той коммуникативной властью, которая благодаря законодательному процессу превратилась в право; это обосновывает и оправдывает логику либерально-демократического разделения властей. Судебная власть должна, в соответствии с мнением *Хабермаса*, «должна быть отделена от законодательства, следует принять также меры к тому, чтобы предотвратить возможность ее самопрограммирования (*Selbstprogrammierung*)».⁶⁹ Правотворчество в рамках отправления правосудия следует иной форме дискурса, которая приобретает свои очертания, прежде всего, благодаря соответствующим правилам интерпретации. Таким образом, органы юстиции свою собственную, автономную основу легитимности,⁷⁰ которую они могут приобретать в пределах своих конкретных функций по правоприменению через процедуры и обоснование своих решений.

Однако, четкое разделение дискурса правоприменения, с одной стороны, и дискурса правообоснования, с другой, чрезвычайно трудно. Теория дискурса утверждает: «в той мере, в какой выполнение законодательных программ ... зависит ... от их дальнейшей правовой конкретизации, юридические дискурсы о правоприменении должны быть дополнены узнаваемым образом элементами дискурса об обосновании. Эти элементы квази-законодательного формирования мнения и воли, конечно, требуют и иной формы легитимации. Дополнительные требования и условия легитимации могли бы быть выполнены установлением необходимости давать соответствующие объяснения на широком критическом юридическом форуме».⁷¹ Это, однако, представляется труднореализуемой задачей, она не находит своего отражения в схеме разделения властей.

⁶⁷ *J. Habermas* (сноска 1), 231; *K. Günther*, Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis, *Cardozo L. Rev.* 17 (1996), 1035.

⁶⁸ *J. Habermas* (сноска 1), 187.

⁶⁹ *J. Habermas* (сноска 1), 213.

⁷⁰ *J. Habermas* (сноска 1), 563.

⁷¹ *J. Habermas* (сноска 1), 530; *T. Lieber*, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, *Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*, 2007, 222.

Четкое концептуальное разграничение между дискурсом правоприменения и дискурсом правообоснования оказывается проблематичным, если вообще не невозможным, также и во многих международных решениях, принятых на основе международного договорного права, и уж тем более на основе обычного права. Тем не менее, эту разницу можно порой буквально потрогать руками. Если искать удачные обоснования для важных судебных решений международных инстанций, то допустимые в дискурсах о правоприменении аргументы, в первую очередь, те которые выводятся из классических методологических канонов, действуют как неадекватные, а иногда даже как маскировка действительных обоснований и соображений. Соответственно, научные и политические обсуждения этих судебных решений, по общему правилу, ведутся с использованием аргументов, которые в соответствии с теоретико-дискурсным пониманием оговаривают за собой дискурсы об оправдании норм. Например, адекватный ответ на вопрос о том, допустимыми ли в рамках ВТО являются ограничения на торговлю изделиями, которые были произведены в условиях, наносящих вред климату, не может быть найден в результате чисто юридической интерпретации статей III, XI и XX ГАТТ.

2. Осуществление публичной власти

Практика рассмотрения дел в органах международной судах не нуждалась бы в сложно построенных автономных обоснованиях, если бы при этом не шла бы речь об осуществлении ими публичной власти. Но если вспомнить, *Юстиция* держит в своей руке меч. Одной из самоочевидностей в современных конституционных государствах, относящихся к элементарным государственно-правовым требованиям, является то, что принудительный аппарат исполняет решения государственных судов практически автоматически. Это, однако, не действует в отношении решений международных судов. Хотя Совет Безопасности и мог бы, применив статью 94 пункт 2 Устава Организации Объединенных Наций, принять меры, а в случае особо серьезных угроз для международного мира и безопасности, даже и принудительные военные санкции, для проведения в исполнение решений Международного Суда.⁷² На практике же, тем не менее, невыполнение какого-либо судебного решения не стало ни в случае Международного Суда ООН, ни в случае

⁷² См. *H. Mosler/K. Oellers-Frahm*, Article 94, в: B. Simma, *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2002, 1174 (1176), пункт 7 и далее.

большинства других судов основанием для применения принудительных санкций такого рода.

Отсутствие собственных принудительных средств, в принципе, могло бы защитить международные институты, будь то бюрократические или судебные структуры, от требований особой легитимации их деятельности. Это, в свою очередь, соответствовало бы традиционному пониманию публичной власти как *государственной* власти или власти государства, в соответствии с которым осуществление политической власти состояла как раз в способности издавать распоряжения, санкционируемые возможностью применения принудительных мер.⁷³ Die Aktivitäten der allermeisten internationalen При таком подходе деятельность международных институтов едва ли могла рассматриваться как осуществление публичной власти, требующее особой легитимации.

Это традиционное понимание публичной власти, однако, представляется нам сегодня недостаточным и неадекватным. Организационный о нормотворческий потенциал многих международных институтов стал между тем столь же значительным и, кроме того, столь же важным для защиты свободы, как и полномочия государственных институтов в области регулирования и организации.⁷⁴ Мы понимаем принуждение как законное (легитимное) право ограничивать других субъектов в их свободе, то есть регулировать их правовое или фактическое положение.⁷⁵ Осуществление означает реализацию этого правовой власти. Даже если судебные решения не всегда подлежат принудительному исполнению, то тем не менее, они устанавливают определенные условия в отношении своих адресатов и других субъектов права.

Международные суды, кроме того, часто интегрированы в механизм принятия возможных санкций. Комитет Министров Совета Европы, например, следит за исполнением решений Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ),⁷⁶ государства-участники сотрудничают с

⁷³ R. A. Dahl, The Concept of Power, 2 Behavioral Science 2 (1957), 201 (202); R. Dahrendorf, Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen, 1961, 20.

⁷⁴ I. Venzke, International Bureaucracies in a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law, GLJ 9 (2008), 1401.

⁷⁵ A. von Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann, Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities, GLJ 9 (2008), 1375.

⁷⁶ Ст. 46 абз. 2 Европейской Конвенции по правам человека.

Международным Уголовным Судом (МУС) в осуществлении уголовного преследования и обязались выполнять решения Суда,⁷⁷ в рамках ВТО в целях реализации признанных в судебном порядке исковых требований могут быть установлены весьма чувствительные карательные тарифы,⁷⁸ а решения панелей Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС; ICSID) подлежат исполнению через национальные суды.⁷⁹ Даже в тех ситуациях, в которых несоблюдение решения международного суда не влечет за собой непосредственные материальные санкции, они приводят, по крайней мере, к определенной утрате репутации, которые могут быть весьма чувствительными даже для таких важных субъектов, как Соединенные Штаты Америки.⁸⁰

При принятии решений по спорным делам международные суды, таким образом, осуществляют публичную власть. Но как должен квалифицироваться правотворческий компонент судебного решения, т.е. развитие правопорядка? Недифференцированное и безоговорочное отождествление судебного правотворчества или соответственно дальнейшего развития права судами, с одной стороны, и политико-законодательное правотворчество, с другой, вряд ли является убедительным.⁸¹ Судебные решения оказывают иное воздействие на правовую систему, чем международно-правовые нормы. Они выступают в качестве юридических аргументов и оказывают влияния путем их действия в правовом дискурсе; они могут также способствовать развитию международного обычного права. По этой причине правотворческое действие судебного решения, особенно его наиболее общее и абстрактное измерение, привязано не только к *воле* (*voluntas*), но также и к *рацио* (*ratio*): ученые-юристы, адвокаты, другие суды, и, не в последнюю очередь, тот же самый суд, который вынес решение, позже должны быть убеждены в качестве принятого решения. Но имеет ли тогда смысл, судебную практику

⁷⁷ Ст. 193 и далее Статута Международного Уголовного Суда.

⁷⁸ Ст. 22 Договора о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров.

⁷⁹ Art. 54 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств.

⁸⁰ Даже в рамках теории рационального выбора (*rational choice*), A. Guzman, *How International Law Works*, 2008, 71.

⁸¹ В немецкоязычных исследованиях по теории права это разграничение соблюдается и на уровне понятий; в отличие от этого, в «общем праве» (*common law*) судьи, способствующие правовым нововведениям, все равно обозначаются как «law maker». «Классический» пример в этом смысле *South Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (*Holmes, J., dissenting*); *Lord Reid*, *The Judge as Law Maker*, 12 *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 12 (1972), 22.

понимать в ее этом правотворческом измерении как осуществление публичной власти?

Решения международных судов занимают особо выдающееся положение в семантической борьбе за толкование и повышение значения права.⁸² Суды регулярно используют приведенные ранее аргументы как ориентиры, при этом часто и не обосновывая специально саму актуальность и значимость соответствующего прецедента. В любом случае, решения приводят к перераспределению бремени аргументации в последующем дискурсе: обязанность доказывать обратное лежит на том, кто аргументирует против вынесенного ранее решения. Во многих решениях ссылки на существующие судебные прецеденты становятся также одним из важных аргументов обоснования судов, авторитет и значение которого едва ли уступает ссылке на текст международно-правовых договорных норм. По этой причине стороны спора, знающие, естественно, об этом, спорят о значении более ранних судебных решений для их конкретного дела, не меньше, чем о значении и содержании норм, как источника применимого к делу права. В этом смысле судебское решение воздействует на правопорядок в целом и таким образом оказывает влияние на индивидуальные и коллективные сферы свободы, выходящие за рамки, ограниченные исключительно сторонами спора. Этот эффект укрыт от догматической конструкции статьи 38, абз. 1 литера d Статута Международного Суда, где судебная практика - под влиянием когнитивистской парадигмы - как форма правовых знаний и опыта, не имеющая обязательного значения, была отделена от собственно источников права.⁸³ Особенно в доминирующей континентальной правовой мысли отсутствует убедительное догматическое позиционирование судебных решений.⁸⁴

Правовое обоснование судебных решений и, следовательно, судебное правотворчество являются важным элементом правовой легитимации. Статья 3 абзац 2 Договора о правилах и процедурах, регулирующих

⁸² R. Christensen/M. Sokolowski, *Recht als Einsatz im Semantischen Kampf*, в: E. Felder, *Semantische Kämpfe, Macht und Sprache in den Wissenschaften*, 2006, 353. Drastisch R. M. Cover, *Violence and the Word*, Yale L. J. 95 (1986), 1601.

⁸³ A. Pellet, *Article 38*, в: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm, *Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 2006, 677, пункты 301-319; G. J. H. v. Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, 1983, 169.

⁸⁴ Показательно G. Abi-Saab, *Les sources du droit international: Essai de déconstruction*, в: M. Rama-Montaldo, *El derecho internacional en un mundo en transformación*, Bd. 1, 1994, 29; A. Boyle/C. Chinkin, *The Making of International Law*, 2007, 267.

разрешение споров (ДРС; *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes – DSU*) требует создания системы урегулирования споров в целях обеспечения «безопасности и предсказуемости многосторонней торговой системы». Из этого следует обязательство принимать во внимание предыдущие доклады и интерпретации.⁸⁵ Даже если такие отчеты сами по себе не имеют обязательного характера, выходящего за рамки решенного спора, они создают законные ожидания и поэтому должны учитываться в будущих решениях. Чрезвычайно актуальным является то обстоятельство, что в практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС; ICSID) принимаются - без всякой связи друг с другом - самые противоположные и противоречивые решения, что является колоссальной проблемой с точки зрения легитимационной основы функционирования данного механизма.⁸⁶ Также и в правовой теории такие различные подходы, как теория дискурса *Хабермаса* и теория систем *Лумана* (*Luhmann*) согласны между собой в том, что стабилизация ожиданий определенного поведения является центральной функцией права.⁸⁷ Международный суд, который игнорирует эту функцию, не достигает важной цели.

Подытоживая сказанное, следует отметить, что практика рассмотрения дел международными судами, обладающими достаточно высокой репутацией, должна рассматриваться как осуществление публичной власти, которое, в свою очередь, нуждается в обосновании.⁸⁸ В основе такого широкого понятия публичной власти лежит принципиальное соображение. Если в соответствии со свободно-демократической традицией публичное право понимается как порядок в целях защитить личную свободу и создать возможности для коллективного самоопределения, то любые действия, которые оказывают влияние на эти отправные нормативные моменты, должны рассматриваться особо, если только его следствия являются достаточно существенными, чтобы вызвать обоснованные сомнения в его легитимности. Тем самым мы подходим к собственно центральному пункту проблематики обоснования деятельности международных судов: правотворческая деятельность государственных (национальных) судов встроена в соответствующую политическую систему, которой в сопоставимой форме на международном уровне не существует.

⁸⁵ Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4.10.1996, 15.

⁸⁶ *M. Hirsch* (сноска 8), 332; *S. Schill* (сноска 6), 339.

⁸⁷ *J. Habermas* (сноска 1), 516; *N. Luhmann* (сноска 1), 151.

⁸⁸ К концепции репутации см. *A. Guzman* (сноска 80).

3. Судебная власть и функционирующая законодательная власть

а) Разделение права и политики

Законодательная политика и судебное разрешение споров являются, как гласит основополагающий тезис современной конституционной теории, различными и подлежащими разделению друг от друга, но и находящимися также в тесном взаимодействии, связанными явлениями.⁸⁹ Одним из выдающихся теоретических достижений конституционной мысли стало их одновременное концептуально-понятийное разделение и сочетание, а также их стабилизация в соответствующих юридических учреждениях и институтах. Преобладающий подход выражается в доктрине разделения властей, и выстраивает легитимацию каждой из двух властей через их взаимодействие.⁹⁰ В современном конституционном государстве право означает позитивное право.⁹¹ Существенной характеристикой позитивности права является доступ и ответственность законодательной власти в отношении этого права.⁹² В демократических обществах большинство, которое обычно понимается как единый, организованный через избранное правительство субъект, может в любое время в рамках законодательного процесса регулировать правовую систему и вносить в нее изменения.⁹³ Подобная возможность легитимации через демократический представительный орган ограничена для международного права в двух отношениях.

Если рассматривать в статической перспективе, то здесь на переднем плане оказывается роль парламента при заключении международных

⁸⁹ Так полагают большинство теорий права и конституционных доктрин, см. *E.-W. Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, в: *E.-W. Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit*, 1991, 143; *M. Loughlin, Public Law and Political Theory*, 1992, 138.

⁹⁰ *J. Locke, The Second Treatise of Government*, 1690, Kap. XII f.; *G. de Vergottini, Diritto costituzionale comparato*, 1999, 346 f.; детальный анализ у *H. Seiler, Gewaltenteilung: Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung*, 1994, и *C. Möllers, Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, 2005.

⁹¹ Уже рано к понятию позитивности *G. W. F. Hegel* (сноска 1), § 3.

⁹² *E. W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip*, в: *E.-W. Böckenförde* (сноска 89), 289 (322). К положению в рамках «общего права» (*common law*): *P. Atiyah/R. Summers, Form and Substance in Anglo-American Law*, 1991, 141.

⁹³ *A. v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung*, 2000, 35.

соглашений.⁹⁴ Во многих государствах для ратификации особо важных договоров требуется согласие парламента, так что на первый взгляд создается впечатление, что соответствующая международно-договорная норма обладает тем же стандартом демократической легитимации в качестве национального закона. Однако, это первое впечатление обманчиво. Конкретное содержание и текст договора устанавливаются в ходе дипломатических переговоров, за которыми в большинстве случаев и следует парламентская процедура, и, как правило, национальные парламенты, пожалуй, за исключением Конгресса США, демонстрируют здесь гораздо большую готовность следовать позиции исполнительной власти, чем при рассмотрении проектов национального законодательства.⁹⁵ Кроме того, при ведении международных переговоров автономия исполнительно-административных элит является более значительной, чем в рамках национального (внутригосударственного) политического процесса.⁹⁶ Политологические исследования также показывают, что многие правительства или заинтересованных группы стратегически используют многоуровневые системы, чтобы укрепить свои властные позиции по отношению к парламентским органам или ослабить конкурентов на национальном уровне.⁹⁷ Все это снижает весомость легитимации опосредуемой через парламент.

Несомненно, предпринимаются многочисленные и разнообразные попытки усилить роль национальных парламентов государств.⁹⁸ В частности, в отношении нормотворчества Европейского Союза парламенты государств-участников, например немецкий Бундестаг, располагают многочисленными компетенциями, чтобы оказывать влияние на процесс

⁹⁴ Наши аргументы относятся исключительно к государствам, где действуют демократические конституции. В отношении граждан, живущих в условиях тоталитарных режимов, данная проблематика заслуживает специального изучения.

⁹⁵ *M. Hilf/M. Reuß, Verfassungsfragen lebensmittelrechtlicher Normierung, ZLR (1997), 289 (293, 297).*

⁹⁶ *E.-W. Böckenförde, Die Zukunft politischer Autonomie, в: E.-W. Böckenförde (сноска 89), 103 и далее; M. Zürn, Regieren jenseits des Nationalstaats, 1998, 233 и далее, 347 и далее.*

⁹⁷ Основополагающей по данному вопросу является работа *R. D. Putnam, Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games, International Organization 42 (1988), 427.*

⁹⁸ Более подробно по данному вопросу см. *R. Wolfrum, Die Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), 38.*

формирования воли федерального правительства.⁹⁹ Этот пример одновременно демонстрирует также и то, что едва ли существуют непреодолимые барьеры. Национальные парламенты остаются процедурными аутсайдерами, они едва ли получают необходимую информацию и вряд ли могут быть включены в часто конфиденциальные процессы достижения консенсуса на международном уровне.¹⁰⁰ Последнее обстоятельство следует подчеркнуть особо: процесс, направленный на достижение консенсуса, требует значительной степени свободы и несвязанности действующих субъектов (акторов). Глобальные политические взаимосвязи, существующие за пределами ЕС, создают сегодня открытый фланг парламентаризма; его соответствующая дальнейшая эволюция является одним из крупнейших вызовов современности.¹⁰¹

В динамической перспективе проблематика демократической легитимации в данной области еще более усиливается.¹⁰² За исключением Европейского Суда, надгосударственные суды осуществляют свою деятельность как раз не как часть организации или системы с функционирующими политическими органами законодательства. Если международное соглашение уже находится в силе, оно оказывается в значительной степени вне доступа политических органов, хотя и не в нормативном, а в чисто практическом плане. Это коренным образом меняет отношение между правом и политикой. Своим согласием на заключение договора парламентское большинство, сложившееся на определенный момент времени, выводит свое решение в значительной степени за пределы досягаемости любого последующего нового большинства.¹⁰³ В случае установления договорного режима, предусматривающего создание международных судебных инстанций, это решение имеет особенно далеко

⁹⁹ Ст. 23 абз. 2 Основного Закона ФРГ; сравнительный анализ см. *C. Grabenwarter, Staatliches Unionsverfassungsrecht*, в: *A. v. Bogdandy/J. Bast, Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, 121 (149).

¹⁰⁰ *P. Dann, Die politischen Organe*, в: *A. v. Bogdandy/J. Bast* (сноска 99), 335 (379 и сл.).

¹⁰¹ По вопросу о линиях развития современного парламентаризма см. *A. v. Bogdandy, Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?*, *AöR* 130 (2005), 445.

¹⁰² Метко по данному поводу *J. Klabbers, On Rationalism in Politics: Interpretation of Treaties and the World Trade Organization*, *NJIL* 74 (2005), 405; *L. Bartels, The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism?*, *ICLQ* 53 (2004), 861.

¹⁰³ *K. Abbott/D. Snidal, Hard and Soft Law in International Governance*, *International Organization* 54 (2000), 421 (439); *J. Goldstein/M. Kahler/R. Keohane/A. Slaughter, Introduction: Legalization and World Politics*, *International Organization* 54 (2000), 385, где это понимается как общая политическая стратегия.

идущие последствия. В этом случае национальные «корректирующие» меры - либо в форме принятия нового законодательства, либо в форме возможного частичного несоблюдения установленных норм - часто оказываются доступны лишь с особыми ограничениями и оговорками. Безусловно, демократический суверенитет нового большинства сохраняется, в частности, благодаря наличию права закономерного выхода из соглашения. Это право, тем не менее, укрепляет демократическую легитимность в такой же недостаточной мере, как право индивида на эмиграцию укрепляет легитимность осуществления государственной власти (насилия).¹⁰⁴ Оно вряд ли может считаться достаточным, поскольку, как правило, при этом не предоставляется действительная возможность выбора.¹⁰⁵

б) Конституционалистский аргумент

Названные проблемы могли бы предстать совсем по-другому, если бы международные суды осуществляли функции конституционных судов (конституционно-судебные функции). В большинстве конституций для политического изменения конституционного права установлены значительно более жесткие условия, чем для внесения поправок в обычное законодательство: как правило, внесение изменений в конституцию требует квалифицированного большинства и/или особой процедуры.¹⁰⁶ Конституционное право направляет и управляет «нормальным» политическим процессом и является центральным механизмом, который стабилизирует разделение и взаимодействие права и политики в

¹⁰⁴ Ст. 13 абз. 2 Всеобщей Декларации прав человека от 1948-го года, ст. 12 абз. 2 Международного Пакта о гражданских и политических правах 1966-го года, ст. 2 абз. 2 Дополнительного Протокола Nr. 4 к Европейской Конвенции по правам человека.

¹⁰⁵ Это тем более примечательно, что Боливия с ссылкой на проблематичность легитимности арбитражной процедуры 1.5.2007 заявила о своем выходе из Конвенции по урегулированию инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (*ICSID-Konvention*), Letter of the Foreign Ministry of Bolivia Concerning the Denunciation of ICSID Convention, 1.5.2007, перепечатано в: ILM 46 (2007), 973. Более подробно по данному вопросу см. С. Tietje/K. Nowrot/C. Wackernagel, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, в: С. Tietje/G. Kraft/R. Sethe, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 74, (2008).

¹⁰⁶ P. Cruz Villalón, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, в: A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 2007, § 13, Rn. 74; G. de Vergottini, Diritto costituzionale comparato, 1999, 206 и далее, 234 и далее.

современном обществе.¹⁰⁷ Если же международные суды действительно должны осуществлять конституционно-судебную функцию, то выше названные характеристики и, в частности, отделение или освобождение права от политики, могут трактоваться уже не как дефициты и недостатки, а как определенный специфический потенциал.

Представляется, что конституционно-судебная функция международных судов может быть лучше всего обоснована в свете международно-правового конституционализма. Тем не менее, в любом случае, не в каждом из его версий правотворчество международных судов оправдывается утверждением о том, что они выполняют конституционно-судебную функцию. В работе *Хабермаса* по вопросам конституционализации международных судов вообще едва ли упоминаются.¹⁰⁸ Черты сходства конституционалистских подходов исчерпываются в значительной степени в общем убеждении, что основополагающие принципы демократического правового государства имеют значение также и для международного права, будь то для его догматической разработки, будь то для его догматической, политической или теоретической критики, или будь то для инициирования и разработки будущих проектов.¹⁰⁹ Апология и утопия встречаются друг с другом под этим термином.

Конструкция *Хабермаса* и аргументы многих конституционалистов направлены преимущественно на усиление международного уровня. Так, под лозунгом «конституционализация международного права», выдвигаются требования наднационально ориентированной и конституционально вдохновляемой перестройки институтов мирового сообщества. В частности, это относится, в первую очередь, к предложениям реформы Организации Объединенных Наций в направлении, позволяющем этой организации на легитимных основаниях вплотную заняться решением реальных глобальных проблем. Эта дискуссия, ведется в значительной степени *de lege ferenda* (т.е. с точки зрения желательного, необходимого закона - *прим. перев.*), прежде всего, на

¹⁰⁷ *J. Habermas* (сноска 1), 45; *N. Luhmann* (сноска 1), 407.

¹⁰⁸ *J. Habermas*, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, в: *J. Habermas, Der gespaltene Westen*, 2004, 113.

¹⁰⁹ Обзорно по данному вопросу см. *I. Ley*, *Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich*, *ZaöRV* 69 (2009), 317; *J. D'Aspremont/F. Dopagne*, *Two Constitutionalisms in Europe: Pursuing an Articulation of the European and International Legal Orders*, *ZaöRV* 69 (2009), 939. По вопросу о квалификации различных подходов см. *A. v. Bogdandy/S. Dellavalle*, *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*, *ILJ Working Paper* 2008/3.

уровне политической теории.¹¹⁰ Аналогично этому, но с менее критическим содержанием, также аргументация и рассуждения конституционалистов *de lege lata* (т.е. с точки зрения действующего закона - прим. перев.) могут быть направлены на укрепление действующего права и существующих учреждений. Нередко конституционализация считается выражением становления и эволюции международной общности, основанной на сходных ценностях (*internationalen Wertegemeinschaft*).¹¹¹ Согласно подобному подходу, функции ряда международных судов интерпретируются как конституционно-судебные; некоторые же международные суды сами приписывают себе выполнение конституционно-судебных задач.¹¹²

Тем не менее, интерпретация через конституционно-судебную функцию не является убедительной. Прежде всего, следует констатировать, что особых аргументов и доказательств в защиту своей позиции авторы-конституционалисты все еще так и не привели. Это вытекает из того, что конституционно-правовая квалификация нормы или учреждения представляет собой особый случай, а не правило. Растягивание или выхолащивание такого центрального и важного по своим последствиям понятия, как конституция, должно быть хорошо обдумано и подкреплено аргументами. Мы считаем функцию демократической политизации правовой системы настолько важной для понятия конституции, что отвергаем терминологию, которая отказывается от демократической политизации. Кроме того, этот термин также слишком тесно связан с федералистскими концепциями надгосударственного правопорядка, элементы которого вряд ли можно распознать в действующем

¹¹⁰ J. Habermas (сноска 108).

¹¹¹ J. A. Frowein, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, Berichte DGVR 39 (2000), 427 (431); E. de Wet, *The International Constitutional Order*, ICLQ 55 (2006), 51 (57); хороший обзор различных позиций по данному вопросу см. H. Ruiz Fabri/C. Grewe, *La constitutionalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen*, в: *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, 2004, 189.

¹¹² В первую очередь, это справедливо в отношении интегрированного в федеральную систему Европейского Суда. См. EuGH, Rs. 294/83 Slg. 1986, 1339, Rn. 23 – *Les Verts/Parlament*; Gutachten 1/91, EWR I, Slg. 1991, I-6079, Rn. 21; verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P Slg. 2008, I-0000, Rn. 285, 290 – *Kadi u. a./Rat u. Kommission*. Важное место такое истолкование занимает и в практике Европейского Суда по правам человека. См. *Ireland v. United Kingdom*, Urteil vom 18.1.1978, Nr. 5310/71. Также и Апелляционный Орган ВТО и Международный Суд ООН хотели бы себя видеть в качестве носителей функции конституционных судов. См. H. G. Petersmann, *Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung*, ZaöRV 65 (2005), 543; B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, Colum. J. Transnat'l L. 36 (1998), 529 (539, 607).

международном праве, в отличие от европейского коммунитарного права. Помимо этого, наделение международных судов конституционной функцией лишено позитивно-правовой основы: полномочия судов урегулированы слишком скудно. Определенные феномены и тенденции, которые могут обойтись без демократической политизации, можно интерпретировать, скорее, как компонент узаконения (легализации или нормативной регламентации), хотя даже и при этой терминологии возникают проблемы.¹¹³

Более убедительной нам представляется, в лучшем случае, конституционалистская роль международных судов в контексте исключительно внутренней (внутриорганизационной) конституционализации международных организаций.¹¹⁴ При этом речь идет не о конституционной строе, который видоизменяет государственные правопорядки, а только лишь об установлении юридически обязательных правил для международных организаций, в частности, в целях ориентации их деятельности на принципы, которые известны из конституционного контекста, а именно принцип уважения права человека, принцип ограниченной передачи отдельных полномочий и прав (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*), а также принципы правовой и политической ответственности.¹¹⁵ Тем не менее, это не может и не должно оправдать полного отделения права и политики.

с) Фрагментация как проблема демократии

Другой важный критический аспект заключается в институциональной дифференциации отдельных областей политики. Это приводит к сужению перспектив, которые могли бы быть направлены на решение определенной проблемы, и представляется в свете требования всеобщности (всеобщего блага; *Allgemeinheit*) проблематичным с точки зрения теории демократии. В его легитимирующем толковании принцип всеобщего блага имеет

¹¹³ J. Goldstein/M.Kahler/R. Keohane/A. Slaughter (сноска 103). S. Oeter, Chancen und Defizite internationaler Verrechtlichung: Was das Recht jenseits des Nationalstaats leisten kann, в: M. Zürn/B. Zangel, Verrechtlichung – Bausteine für Global Governance? 2004, 46; C. Möllers (сноска 90), 427.

¹¹⁴ International Law Association, Accountability of International Organisations, Final Report (2004), http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm. См. J. Klabbers, Constitutionalism Lite, International Organization Law Review 1 (2004), 31.

¹¹⁵ A. v. Bogdandy, General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field, GLJ 11 (2008), 1909.

отношение к законодательному процессу и вызывает к демократическому законодателю как центральной инстанции регулирования и легитимации.¹¹⁶ Он требует от него тематической открытости для всех возможных точек зрения, а также открытости по отношению к результату его деятельности. Одновременно он запрещает в процессе принятия решений с самого начала отдавать предпочтение или вовсе исключать определенные точки зрения в смысле заведомой ориентации на функционально подогнанную перспективу.¹¹⁷ Исходной точкой является индивид как целостный, многомерный субъект, который не может быть разделен на различные функциональные логики, но нуждается в таком механизме представительства, в котором конкурирующие точки зрения могут быть предметом переговоров.¹¹⁸

Это требование демократической всеобщности или общего блага может быть лишь с трудом достигнуто на уровне международного политического регулирования из-за функциональной дифференциации различных секторов или областей политики. Здесь, в секторально разделенных режимах вряд ли может произойти обобщение различных перспектив и точек зрения, так как в каждом режиме преобладает своя собственная, партикулярная расстановка приоритетов.¹¹⁹ Это подрывает принцип универсальности (всеобщности) как ключевого элемента принципа демократии.¹²⁰ Применение принципа специфически секторальной или отраслевой юрисдикции в этом смысле грозит углубить ослабление демократической всеобщности в развитии правопорядка.

¹¹⁶ *T. Lieber* (сноска 71), 226-229.

¹¹⁷ См. фундаментальное исследование *J. Bast*, *Das Demokratiedefizit fragmentierter Internationalisierung*, в: *H. Brunkhorst*, *Demokratie in der Weltgesellschaft, Soziale Welt Sonderband 18* (2009), 177; *C. Möllers* (сноска 90), 31, 223.

¹¹⁸ *A. L. Paulus*, *Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?*, в: *T. Broude/Y. Shany*, *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity. Essays in Honour of Professor Ruth Lapidot*, 2008, 193 (210).

¹¹⁹ *M. Koskenniemi/P. Leino*, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, *LJIL* 15 (2002), 553; *T. Treves*, *Fragmentation of International Law, The Judicial Perspective*, *Comunicazione e studi* 23 (2007), 821.

¹²⁰ В рамках данной статьи не может быть более подробно рассмотрен вопрос о том, насколько процесс фрагментации наносит ущерб потенциалу легитимации, черпаемому из решений, которые принимаются на внутригосударственном уровне.

IV. Различные подходы к аналитическим стратегиям

1. Легитимация через процедуры и политизацию

а) Невозможность отказа от вопроса о действии принципов демократии

Традиционно судебная практика органов международной юрисдикции обосновывается из консенсуса конституирующих их государств и, особенно если их деятельность выходит за узкие рамки текста договорной нормы, в первую очередь, в функциональном плане. Речь идет при этом, прежде всего, о содействии защите определенных ценностей, целей или общих интересов, и специально о гарантиях международного мира.¹²¹ Есть еще целый ряд ситуаций, в которых такое обоснование, как и прежде, полностью удовлетворяет требованиям, которые предъявляет необходимость легитимации. Учитывая степень автономности некоторых судов, а также масштабы социально отнюдь небесспорных вопросов, которые сегодня становятся предметом их рассмотрения и решения, первоначальный консенсус и цель обеспечения международного мира во многих случаях становятся уже недостаточными как основания легитимации. Конечно, миротворческая функция решений международных судов остается важной, не в последнюю очередь, также и для реализации целей демократического управления, поскольку демократические институты функционируют более надежно и действенно именно в условиях международного мира.¹²² Такое обоснование, однако, обходит стороной значительную часть феномена международной юрисдикции. Деятельность многих международных судов, которые специализируются, прежде всего, на определенной правовой области (секторе), часто легитимируются по этой причине через функцию эффективного осуществления конкретных, специфических задач, которые выступают в качестве их дополнительной миссии, наряду с миротворческой, функцией.

¹²¹ *H. Kelsen* (сноска 38), 165.

¹²² Кроме этого, международные суды могут также оказывать влияние на процесс демократизации, в частности, путем принятия решений по защите и обеспечению прав человека. См. *Matthews/Großbritannien*, EGMR (GK), Nr. 24833/94, ECHR 1999-I; *G. Ress*, Das Europäische Parlament als Gesetzgeber: Der Blickpunkt der EMRK, ZEuS 2 (1999), 219 (226); *J. Martinez*, Towards an International Judicial System, Stan. L. Rev. 56 (2003), 429 (461), здесь автор видит в этом центральную функцию органов международной юрисдикции.

Логика легитимации опирается на эффективное осуществление универсальных ценностей или на реализацию (все)общих интересов сообщества.¹²³ Институциональный «дизайн» некоторых судебных учреждений говорит в пользу такого подхода: в их процедурах могут участвовать неправительственные организации, также и частные лица могут привлекаться к участию или даже выступать в качестве истцов. Наряду с этим, также и то обстоятельство, что с присоединением к договорным основам, которыми регулируется деятельность соответствующих международных судов, стороны договора одновременно признают их обязательную юрисдикцию, оправдывается особым значением интересов сообщества, подлежащих правовой защите.¹²⁴ Так например, международные уголовные трибуналы и Международный Уголовный Суд (МУС) черпают свою легитимацию в том, что, благодаря их деятельности, будет положен конец безнаказанности лиц, совершивших преступление.¹²⁵ Несколько менее подходящим данный подход предстает, на первый взгляд, при рассмотрении механизмов урегулирования споров в рамках ВТО и арбитражного производства по инвестиционным спорам. Тем не менее, однако, и здесь можно обнаружить определенные точки соприкосновения с конструкцией функциональной легитимности: например, функция повышения экономического благосостояния через структуры и нормы ВТО или содействия экономическому развитию принимающих стран со стороны МЦУИС (ICSID).¹²⁶ При этом важно понимание того, что сколь бы важными ни были цели и устремления, сами по себе они, тем не менее, не в состоянии решить проблемы легитимации отправления властных полномочий. Одни только цели не могут оправдать принятие конкретного решения, которое неизбежно содержит в себе нормативные вопросы и отражает также определенное распределение сил и власти. В этом смысле

¹²³ *K. Oellers-Frahm*, *Nowhere to Go? – The Obligation to Settle Disputes Peacefully in the Absence of Compulsory Jurisdiction*, в: *T. Giegerich, A Wiser Century?*, 2009, 435, 440; *C. Thiele*, *Fragmentierung des Völkerrechts als Herausforderung für die Staatengemeinschaft*, AVR 46 (2008), 1 (13); *T. Broude*, *The Rule(s) of Trade and the Rhetos of Development: Reflections on the Functional and Aspirational Legitimacy of the WTO*, *Colum. J. Transnat'l L.* 45 (2006-2007), 221.

¹²⁴ *K. Oellers-Frahm* (сноска 123); *C. Romano*, *The Shift from Consensual to Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent*, *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 39 (2007), 791.

¹²⁵ См. например, преамбулу Устава Международного Уголовного Суда. Более подробно см. *M. Benzling*, *Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 5 (2006), 369 (373-374).

¹²⁶ *T. Broude* (сноска 123); *P. Picone/A. Ligustro*, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, 2002, 26; *R. Dolzer/C. Schreuer* (сноска 7), 149.

и функциональные аргументы не предлагают никакого решения неизбежной конкуренции между различными целями.

в) Процедура

Регулирование процессуального права международных судебных учреждений оформляется в значительной степени самими судами. Оно характеризуется в настоящее время радикальными изменениями, которые являются в основном результатом соответствующей судебной практики (прецедентного права судов).¹²⁷ Суды все в большей степени выступают сегодня в качестве своего рода «хозяев процедуры». Саморегулирование «является преобладающей системой, что предполагает изменчивость правил процедуры в рамках уставных предписаний. Это важный источник независимости и один из способов, при помощи которых творение освобождается от диктата своих творцов».¹²⁸ В рамках настоящей статьи соответствующее развитие процессуальных норм в направлении повышения гласности и возможностей участия в них общественности расценивается, в первую очередь, как выражение меняющегося понимания сущности судебных решений. Здесь отражается также и попытка укрепить легитимирующую эффективность судебной процедуры также и вне пределов материальной обязательности права. В процессе дальнейшего развития процессуального права, а также возрастающего признания правотворческой роли судебной практики и сам процесс разрешения споров, как превалирующая цель процесса, и принцип автономии сторон несколько утрачивают свое значение.¹²⁹

¹²⁷ Понятие «процессуальное право» описывает правовые нормы, регулирующие ведение разбирательства в суде. Этим, однако, не постулируется единообразное процессуальное право для всех судов, более подробно см. *R. Kolb*, *General Principles of Procedural Law*, в: *A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm* (сноска 83), 793 (795), пункт 3; *C. Brown*, *A Common Law of International Adjudication*, 2007, 6.

¹²⁸ *J.-M. Sorel*, *International Courts and Tribunals, Procedure*, в: *R. Wolfrum* (сноска 3), пункт 1.

¹²⁹ *C. Chinkin*, Art. 62, в: *A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm* (сноска 83), 1331, (1366), пункты 95-99; *P. Palchetti*, *Opening the International Court of Justice to Third States Intervention and Beyond*, *Max Planck UNYB* 6 (2002), 139; *R. Wolfrum*, *Intervention in the Proceedings before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, в: *V. Götze/P. Selmer/R. Wolfrum*, *Liber amicorum Günther Jaenicke – zum 85. Geburtstag*, 1998, 427.

Но как можно интерпретировать процедуру судебного разбирательства в качестве демократического процесса, не ставя при этом под вопрос общепризнанную монополию судей на принятие решения или же квалифицированное понимание демократии, которое предполагает совместное принятие решений? С концептуальной точки зрения для обоснования того, что судебная процедура в состоянии способствовать усилению демократической легитимности решений судов, могут служить соображения двоякого рода. Первый аспект касается оправдания (легитимации) решения судебного органа в отношении участников судебного разбирательства. Стороны спора, представляя свои аргументы, принимают участие в дискурсивном рассмотрении дела в суде, а суд, в свою очередь, при обосновании своего постановления обязан внимательно исследовать и дать оценку приведенным сторонами аргументам. Такое «совместное» рассмотрение спорного предмета не ограничивается вопросами по существу дела или техническими проблемами сбора и оценки доказательств, но распространяется - вопреки широко распространенному пониманию принципа *jura novit curiae* («суд знает законы») – и на более общие вопросы права. Второй аспект связан с введением судебных решение в более общий контекст оправдания (легитимации) осуществления публичной власти. Открытое обсуждение интересов и позиций является существенным моментом публичной демократии, который питает демократическую общественность и социальную интеграцию. С точки зрения теории легитимации судебные решения в этом смысле могут участвовать в этом процессе и разрабатывать свои собственные демократические постулаты, если они интегрированы в нормативный дискурс определенного качества. Оба пути ведут к аналогичным требованиям, предъявляемым к процедуре.

aa) Публичность и транспарентность

Ключевым моментом для обеспечения публичности и прозрачности процесса является принцип устного разбирательства дел в судах.¹³⁰ Даже в рамках ВТО, где принцип соблюдения конфиденциальности является

¹³⁰ Ст. 46 Статута Международного Суда ООН; ст. 59 Регламента Международного Суда ООН; ст. 26(2) Статута Международного Трибунала по морскому праву; Art. 74 Регламента Международного Трибунала по морскому праву; ст. 40 Европейской Конвенции по правам человека; ст. 63 абзац. 2 Регламента Европейского Суда по правам человека; ст. ст. 67 и 68(2) Статута Международного Уголовного Суда. См. *J.-M. Sorel* (сноска 128), Rn. 18; См. также *von Schorlemer*, Article 46, в: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm (сноска 83), 1063-1071 (1070-71).

правилом, на практике процедура открылась таким минимальным требованиям легитимации, как публичность и прозрачность.¹³¹ Эта тенденция была подтверждена в докладе *Сазерленда (Sutherland)*, в котором еще в 2004-ом году констатировалось, что «уровень конфиденциальности судебных процессов по урегулированию споров можно рассматривать, скорее, как наносящий вред ВТО, как учреждению», и предлагалось сделать разбирательства открытыми.¹³² Естественно, как и прежде, при этом необходимо учитывать интересы сторон в споре и, особенно, требования, связанные с охраной коммерческой тайны. Часто разбирательство происходит за закрытыми дверями, в первую очередь, это касается рассмотрения дел арбитражными панелями, поскольку их процедуры и персональный состав носят более ярко выраженный «третейский характер», чем в апелляционной инстанции.¹³³ Показательной, однако, является также позиция арбитражной панели в деле *Canada - Continued Suspension*, в котором были проведены публичные слушания. Их допустимость была обоснована, в частности, тем, что положения, предусматривающие конфиденциальность, по мнению панели, должны рассматриваться как имеющие отношение только лишь к внутренним совещаниям арбитражной панели, но не к обмену аргументами между сторонами. Это может расцениваться как поистине новаторское толкование.¹³⁴ Также и Апелляционный Орган констатировал, что «на практике требования конфиденциальности, предусмотренные в статье 17.10, имеют свои пределы. ... Публичное обнародование отчетов Апелляционного Органа является неотъемлемой и необходимой чертой наших правил, лежащих в основе процедуры рассмотрения дел. Соответственно, принцип конфиденциальности, установленный в

¹³¹ Ст. ст. 14(1), 18(2) und 17(10) Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, предусматривают, что само разбирательство и поданные материалы носят конфиденциальный характер. *L. Ehring*, Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization, JIEL 11 (2008), 1021.

¹³² Consultative Board to the Director-General *Supachai Panitchpakdi*, The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium (“Sutherland Report”) (2004), para. 261 и сл.

¹³³ *J. H. H. Weiler*, The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement, JWT 35 (2001), 191; *P. v. d. Bossche*, From Afterthought to Centrepiece: The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System, в: G. Sacerdoti/A. Yanovich/J. Bohanes, The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System, 2006, 289; *C.-D. Ehlermann*, Six Years on the Bench of the “World Trade Court” – Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization, JWT 36 (2002), 605.

¹³⁴ *Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, WT/DS321/R, 31.3.2008, para 7.47.

Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (ДРС), является относительным и ограниченным во времени».¹³⁵

Процедуры в рамках МЦУИС (ICSID) тоже начинают становиться более открытыми, но, тем не менее отстают в этом смысле от процедур ВТО. Все чаще в отношении них выдвигаются требования к большей транспарентности.¹³⁶ В июне 2005-го года Комитет по инвестициям ОЭСР своим авторитетным мнением также способствовал этому развитию: Существует общее взаимопонимание среди членов Комитета, что более высокая степень транспарентности, в частности, в вопросах публикации арбитражных решений, с учетом необходимых гарантий защиты конфиденциальной деловой и правительственной информации, желательна в целях повышения эффективности и общественного признания международного инвестиционного арбитража, она также способствует дальнейшему развитию публичной практики органов правосудия.¹³⁷ В дополнение к очевидной прямой взаимозависимости между публичностью, легитимностью и эффективностью, необходимо также подчеркнуть важность и такой специфической цели, как развитие системы четко идентифицируемого прецедентного права.¹³⁸

bb) Участие «третьих» лиц

Возможность процессуально-правовой реакции на проблемы оправдания (легитимации) осуществления судами публичной власти проявляется, кроме того, в расширении круга участников. В основополагающем - и в процедурном плане весьма показательном - решении по делу *Pulau Ligitan*

¹³⁵ *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/AB/R, 4.2.2009, para 4.

¹³⁶ *C. N. Brower/C.H. Brower II/ J.K. Sharpe*, *The Coming Crisis in the Global Adjudication System*, *Arbitration International* 19 (2003), 415; *C.-S. Zoellner*, *Third-Party Participation (NGOs and Private Persons) and Transparency in ICSID Proceedings*, в: R. Hofmann/C. Tams, *The International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) – Taking Stock After 40 Years*, 2007, 179; *C. McLachlan/L. Shore/M. Weiniger*, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, 2007, 57, Rn. 3.40.

¹³⁷ OECD, *Transparency and Third Party Participation*, в: *Investor-State Dispute Settlement Procedures: Statement by the OECD Investment Committee 2005*, 1.

¹³⁸ См. правило 32 абз. 2 нового Регламента. К обзору судебной практики см. Например, *Aguas Argentinas Sa, Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic* (Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*), ICSID Case No. ARB/03/19, 19.5.2005, para. 6. По данному вопросу см. *C. McLachlan* (сноска 136).

Международный Суд, в частности, несколько смягчил применявшиеся ранее правила и по принципиальным допустил, в, участие в процессе «третьей» стороны, которая собственно, строго говоря, не могла доказать своего какого-либо отношения к сторонам спора, при условии, что это могло бы обосновать юрисдикцию (компетенцию) суда в рассматриваемом деле (т. н. «юрисдикционную связь» - *jurisdictional link*)¹³⁹. В тенденции к расширению круга субъектов, допускаемых к участию в судебных процессах, выражается признание значения судебной практики, которое выходит далеко за рамки конкретного спора и его сторон. Здесь находит свое отражение также свидетельство растущего признания того факта, что понимание судебного решения исключительно в качестве источника правового знания и опыта (*Rechtserkenntnisakt*) и представление о судебном решении как акте, имеющем обязательную силу только для сторон спора являются несостоятельными.¹⁴⁰

В процедуре разбирательства в рамках ВТО государства-участники, которые не являются стороной в споре, с незапамятных времен могут участвовать во всех стадиях процесса (консультациях, процедурах разбирательства в арбитражных панелях или апелляционных инстанциях, мерах коллективного контроля исполнения).¹⁴¹ В отличие от Международного Суда и Международного Трибунала по морскому праву, допущенные к участию в разбирательстве стороны, в соответствии с договорными положениями, однако, не имеют право присутствовать на всех без исключения слушаниях. Вопрос о том, когда и как часто они могут быть заслушаны, в значительной степени решается по усмотрению соответствующей панели.¹⁴² При рассмотрении дела *EC-Bananas III* большое число развивающихся стран ходатайствовали о том, чтобы иметь возможность присутствовать на всех слушаниях. Панелью было констатировано, что подобное расширение круга участников до сих пор всегда делалось исключительно с согласия сторон спора, которое в данном

¹³⁹ *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesien/Malaysia)*, Решение от 23.10.2001, Application by the Philippines for Permission to Intervene, ICJ Reports (2001), 575, para. 35 и сл.

¹⁴⁰ A. Zimmermann, International Courts and Tribunals, Intervention in Proceedings, в: R. Wolfrum (сноска 3), Rn. 4.

¹⁴¹ Ст. 4 абз. 11, ст. 10, и ст. 17 абз. 4 Договора о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров. См. M. Hilf, § 27. Das Streitbeilegungssystem der WTO, в: M. Hilf/S. Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2005, 505 (521); D. McRae, What is the Future of WTO Dispute Settlement?, JIEL 7 (2004), 2.

¹⁴² Ст. 10 und приложение 3(6) Договора о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров. См. K. Arend, Article 10 DSU, в: R. Wolfrum/P.-T. Stoll/K. Kaiser, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Bd. 2, 2006, 373.

случае отсутствовало. Но одновременно панель, тем не менее, предоставила этим странам возможность участия, ссылаясь при этом на особые обстоятельства, в частности, на экономические последствия установленного ЕС режима импорта бананов.¹⁴³ В прецедентной судебной практике, уже вполне устоялось толкование, что особые обстоятельства могут оправдать предоставление более широких возможностей участия.

Примеры из области инвестиционного арбитража показывают, что сама логика третейского разбирательства в арбитражной практике, как и прежде, оставляет мало места для участия «третьих» лиц. Для этого существуют веские причины, которые также противодействуют более интенсивной реализации принципов прозрачности и открытости процесса. Среди этих причин следует назвать такие, как эффективное урегулирование споров в каждом конкретном случае, деликатные уступки и компромиссы, которые могут быть совершены только на условиях доверительности, а также защита коммерческой тайны.¹⁴⁴ Тем не менее, также и здесь появляются тенденции, идущие в направлении расширения круга участвующих в процессе субъектов, что, однако, более целесообразно рассмотреть в контексте роли *amicus curiae* (дословно - «друг правосудия») в процессе судебного разбирательства.

cc) Amicus Curiae (друг правосудия)

В качестве *amici curiae* выступают, как правило, субъекты, которые не имеют юридически обоснованного личного интереса в рассмотрении конкретного дела.¹⁴⁵ Следует признать, например, что различные неправительственные организации (НПО) могут приобретать значительный легитимационный потенциал. Так, в последнее время они во все возрастающей степени берут на себя функцию трансмиссии между конкретным разбирательством и глобальным или национальным

¹⁴³ См. *P. van den Bossche*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2008, 279.

¹⁴⁴ *J. Delaney/D. B. Magraw*, *Procedural Transparency*, в: *P. Muchlinski/F. Ortino /C. Schreuer*, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2009, 721 (775).

¹⁴⁵ *P. Sands/R. Mackenzie*, *International Courts and Tribunals, Amicus Curiae*, в: *R. Wolfrum* (сноска 3), Rn. 2.; *A. Zimmermann* (сноска 139), Rn. 1. Терминология, в любом случае, не является единообразной. См. *L. Vierucci*, *NGOs before International Courts and Tribunals*, в: *P.-M. Dupuy/L. Vierucci*, *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility?*, 2008, 155 (156); *H. Ascensio*, *L' amicus curiae devant les juridictions internationales*, *RGDIP* 105 (2001), 897.

общественным мнением. При этом они также способны сформулировать факультативные точки зрения или же - например, путем придания обстоятельствам дела скандального характера - способствовать более интенсивной дискуссии по данному вопросу и, тем самым, мобилизовать общественность. В дополнение к этому, следует учитывать, что институты гражданского общества, находящиеся, как правило, несколько на периферии, нередко обладают большей чувствительностью, в частности, по отношению к социальным и экологическим вопросам, чем заинтересованные стороны, стоящие в центре процесса принятия политических решений.¹⁴⁶

Правовое регулирование процедуры в Международном Суде ООН или в Международном Трибунале по морскому праву не предусматривает, что *amici curiae* могут в судебном процессе делать заявления при рассмотрении дела по существу.¹⁴⁷ В 1950-ом году Секретарь Международного Суда в одном из первых процессов без особых раздумий отклонил заявление одной представительной НПО с просьбой разрешить ей представить письменные и устные комментарии по делу, рассматривавшемуся в Суде.¹⁴⁸ Вместе с тем, несколько иные правила применяются, если Международный Суд рассматривает какой-либо вопрос в рамках процедуры дачи консультативного заключения.¹⁴⁹ Так, та же самая НПО в том же самом году получила от Секретаря Суда положительный ответ и смогла выступить в качестве *amicus curiae* в процедуре дачи консультативного заключения по вопросу о международном статусе Юго-Западной Африки.¹⁵⁰ Начиная с

¹⁴⁶ J. Habermas (сноска 1), 367, 462; J. Habermas (сноска 108); P. Nanz/J. Steffek, Zivilgesellschaftliche Partizipation und die Demokratisierung internationalen Regierens, в: P. Niesen/B. Herboth, Anarchie der kommunikativen Freiheit, Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik, 2007, 87; J. v. Bernstorff, Zivilgesellschaftliche Partizipation in Internationalen Organisationen: Form globaler Demokratie oder Baustein westlicher Exportherrschaft?, в: H. Brunkhorst (сноска 117), 277.

¹⁴⁷ R. Wolfrum (сноска 129), 429.

¹⁴⁸ Ответ был элементарно прост, поскольку неправительственная организация попыталась сослаться на ст. 34 Статута Международного Суда ООН, третий абзац которой специально рассчитан только для международных публичных (правительственных) организаций. Простой констатации, что данная организация не является публичной международной организацией, хватило в качестве ответа. См. P.-M. Dupuy, Article 34, в: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm (сноска 83), 545 (548); A.-K. Lindblom, Non-Governmental Organisations in International Law, 2005, 303; E. Valencia-Ospina, Non-Governmental Organizations and the International Court of Justice, в: T. Treves/M. Frigessi di Rattalma/A. Tanzi/A. Fodella/C. Pitea/C. Ragni, Civil Society, International Courts and Compliance Bodies, 2005, 227.

¹⁴⁹ Ст. 66 Статута Международного Суда ООН.

¹⁵⁰ A.-K. Lindblom (сноска 148).

разбирательства по делу, касавшемуся проекта *Габчикова-Надьмарош* (*Gabcikovo-Nagymaros*), стало ясно, что представления *amicus curiae* могут быть инициированы также одной из сторон спора.¹⁵¹ Вместе с тем, вопрос об отношении Международного Суда ООН к представлениям *amicus curiae* продолжает оставаться в высшей степени спорным, и противоречивые позиции, существующие по данному вопросу, до сих пор препятствуют реализации тенденций, которые наблюдаются в деятельности других международных институтов.¹⁵² Особенно показательной в этом отношении была позиция бывшего Председателя *Жильбера Гийома* (*Gilbert Guillaume*). Он утверждал, что «государства и международные правительственные организации должны защитить себя от давления со стороны мощных групп влияния, которые пытаются «осадить» их при поддержке средств массовой информации», и по этой причине выступал против участия *amicus curiae* в судебном разбирательстве.¹⁵³

Договорно-правовая база Всемирной Торговой Организации также не содержит никаких руководящих принципов в отношении заключений *amicus curiae*. Однако, в результате развернувшейся широкой дискуссии¹⁵⁴ сложившаяся правовая практика, позитивно восприняла данный институт. Уже в разбирательстве по делу *US-Gasoline* различные неправительственные международные организации попытались представить свои замечания и комментарии по существу рассматриваемого вопроса, которые, однако, были полностью проигнорированы арбитражной панелью, рассматривавшей дело. В новаторском по своему подходу разбирательстве дела *US-Shrimp*, арбитражная панель отклонила принятие замечаний *amicus curiae*, однако, Апелляционный Орган (*Appellate Body*) решил по-иному, констатировав, что «смысл статьи 12 в соединении со ст. 13 состоит в том, что Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (ДРС), предоставляет Панили, образованной Органом по разрешению споров (ОРС) и реализующей процедуру разбирательства спора, достаточно широкие полномочия по ведению и контролю процесса, в ходе которого он собирает необходимую

¹⁵¹ Case concerning the *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 25.9.1997, ICJ Reports 1997, 7.

¹⁵² См. *Practice Direction XII* (2004) Международного Суда ООН.

¹⁵³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8.7.1996, Separate Opinion, Judge *Guillaume*, ICJ Reports 1996, 287.

¹⁵⁴ *R. Howse*, Membership and Its Privileges: the WTO, Civil Society, and the Amicus Brief Controversy, *ELJ* 9 (2003), 496; *P. C. Mavroidis*, Amicus curiae briefs before the WTO, Much Ado about Nothing, в: *A. v. Bogdandy/Y. Mény/P. Mavroidis*, European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann, 2002, 317; *D. McRae* (сноска 141).

информацию как в отношении соответствующих фактических обстоятельств спора, так и в отношении правовых норм и принципов, применимых к данным фактам.¹⁵⁵

Процедуры разбирательства в рамках МЦУИС (ICSID) долгое время были закрыты для участия любого субъекта, кроме непосредственных сторон спора. Тем не менее, также и здесь можно наблюдать тенденцию к расширению возможностей участия *amici curiae*.¹⁵⁶ Так, в рамках механизма *Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА; North American Free Trade Agreement - NAFTA)*, Комиссия по свободе торговли выступила в 2004-ом году с комментарием, в котором она констатировала, что процедурные нормы в принципе не исключают возможность представлений «третьих» лиц и что арбитражные панели в ходе принятия процессуальных решений должны также учитывать и то, насколько рассматриваемым делом затрагиваются общественные (публичные) интересы.¹⁵⁷ Также и Комитет ОЭСР по инвестициям в упомянутом выше Докладе подтвердил, что «члены Комитета по инвестициям в целом разделяют мнение, что, в частности, в том случае, когда разбирательство затрагивает важные вопросы, представляющие общественный интерес, то может быть желательным допустить участие в процессе также «третьей» стороны, однако, лишь при условии наличия четких и специальных правил».¹⁵⁸ В 2006-ом году, подобная правовая практика и соответствующие политико-правовые соображения были учтены в ходе реформы процессуального права МЦУИС (ICSID), а именно в новой редакции статьи 37, регулирующей возможность представлений *amicus curiae*.¹⁵⁹

¹⁵⁵ *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12.10.1998, para. 106. Помимо этого, определенной значение также имело и решение по делу *EC-Asbestos*; см., в частности, WTO Appellate Body Communication, WT/DS135/9, 8.11.2000, а также *Minutes of the Meeting of the General Council Held on 22 November 2000*, WT/GC/M/60, 23.1.2001.

¹⁵⁶ См. *J. Delaney/D. B. Magraw*, Procedural Transparency, в: P. Muchlinski/F. Ortino/C. Schreuer (сноска 144), 721-788.

¹⁵⁷ NAFTA Free Trade Commission, Recommendation on Non-disputing Party Participation, 7.10.2004.

¹⁵⁸ OECD (сноска 137).

¹⁵⁹ Ст. 37 абз. 2 Арбитражного Регламента. См. также ICSID Discussion Paper “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, 22.10.2004.

с) Политизация

Теория дискурса призывает рассматривать деятельность органов юрисдикции в общем контексте демократической политики. Успех деятельности многих международных судов приводит, таким образом, к вопросу о сопутствующей политизации в международной системе, которая находится в центре внимания теоретических трудов по международному праву *Хабермаса*. Его концепция, обращенная далеко в будущее, взывает к парламентской перестройке Генеральной Ассамблеи ООН.¹⁶⁰ Также и в рамках данного проекта существуют возможности для политизации. Как минимум, три способа использования концепции политизации могут быть выделены для целей настоящей статьи. Первый укладывается в рамки «реалистической» традиции. В соответствии с ней «политика» означает противоборство и критическое рассмотрение с целью защиты стратегических интересов, что вряд ли связано на международном уровне с какими-либо правовыми ограничениями.¹⁶¹ Политизация в этом смысле едва ли может реагировать на проблемы легитимации и оправдания. В либеральном понимании, в отличие от этого, на переднем плане находится уже согласование интересов в демократическом процессе, охватывающем также и проблематику легитимации.¹⁶² Наличие на международном уровне условий и предпосылок для политизации в этом смысле представляется, однако, по меньшей мере, сомнительным. В противоположность этому, мы понимаем политизацию в ином, третьем смысле, а именно как создание или расширение использования многосторонних и юридически четко очерченных пространств, в рамках которых различные политические субъекты могут вносить и обсуждать свои интересы и убеждения.¹⁶³

При этом следует особо подчеркнуть ряд узловых связующих факторов. Так, в институциональных рамках ВТО три его бывших директора, признавая легитимационные пределы развития права через судебные прецеденты, выразили сожаление, что постоянной угрозой для Организации служит то, что члены ВТО используют процедуру урегулирования споров «как средство восполнения пробелов в системе ВТО: во-первых, в тех случаях, когда соответствующие нормы и правила отсутствуют, или, во-вторых, когда они являются предметом разногласий в

¹⁶⁰ *J. Habermas*, *Konstitutionalisierung* (сноска 9).

¹⁶¹ *M. Weber* (сноска 46), 506.

¹⁶² *R. Forst*, *Das Recht auf Rechtfertigung*, 2007, 7; *H. Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 27 и сл. Различает между «политикой как этокой» и «политикой как техникой».

¹⁶³ *I. Venzke* (сноска 74), 1425.

толковании».¹⁶⁴ Это привлекает внимание к процессу политического нормотворчества в международных организациях, которые, несмотря на хорошо известные проблемы, все же во многих ситуациях могут более убедительно справляться с вопросами, требующими урегулирования, чем судебные инстанции.¹⁶⁵ Следует также особо подчеркнуть возможность оказания влияния на судебную практику через аутентичное толкование.¹⁶⁶ Правда, такие попытки не всегда успешны. Так например, интерпретация, данная Комиссией по свободной торговле НАФТА по весьма спорному вопросу о стандарте «справедливого и равноправного режима» (*fair and equitable treatment*) в деле *Pope & Talbot*, в которой Комиссия попыталась ограничить его расширительное толкование, по крайней мере на сегодняшнем этапе, мало повлияла на рассмотрение споров в судебных инстанциях.¹⁶⁷

В качестве еще одной формы политизации можно назвать стратегию суда, при которой суд отказывается от материально-правовой интерпретации спорной нормы и, вместо этого, выводит из нее процедурные предписания, которые, в конечном счете, позволяют организовать дискурсивное рассмотрение конфликта политическими акторами и сторонами спора. Так, Апелляционный Орган ВТО истолковал статью XX ГАТТ в том смысле, что регулирующее государство в процессе принятия решений и применения норм должно предоставить заинтересованным субъектам из других стран определенные процессуальные права.¹⁶⁸ Аналогично этому, Международный Трибунал по морскому праву обосновал процессуальные права государства флага судна на участие во внутренних процедурах прибрежного государства при

¹⁶⁴ A. Dunkel/P. Sutherland/R. Ruggiero, Statement on the Multilateral Trading System, 1.2.2001.

¹⁶⁵ Более подробно см. I. Feichtner, The Waiver Power of the WTO: Opening the WTO for Political Debate on the Reconciliation of Public Interests, EJIL 20 (2009), 615.

¹⁶⁶ S. Schill (сноска 6), 268 и далее.

¹⁶⁷ NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31.7.2001. S. Schill (сноска 6), 268 и далее. В отличие от этого, более новые арбитражные решения склоняются, скорее, к более последовательному применению толкования, данного Комиссией по свободной торговле. См. *Glamis Gold v. US*, Award, 8.6.2009, Rn. 598 и далее.

¹⁶⁸ Например, важный поворот в судебной практике ВТО, *US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* WT/DS2/AB/R, 29.4.1996, 22; *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 DSU*, WT/DS58/AB/R, 22.10.2001, para. 164, 167. Näher A. v. Bogdandy, Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO Law and the Prospects of Its Proceduralization, в: S. Griller, International Economic Governance and Non-Economic Concerns, 2003, 103.

реализации нормативных положений (статья 73 Конвенции по морскому праву).¹⁶⁹ Подобный подход приводит, таким образом, к тому, что стороны должны решать свой спор в рамках процедуры, урегулированной международным правом, и с учетом возможности повторного судебного контроля. Это предполагает рецепцию конституционно-теоретической позиции, действующей в отношении органов конституционной юрисдикции. В соответствии с этой концепцией, конституционные суды могут наиболее эффективно служить реализации принципов демократии тем, что они способствуют честному (справедливому) политическому процессу.¹⁷⁰ Демократическим оправданием судебной практики органов международной юрисдикции служит в этом случае то, что не сам международный орган дает материально-правовую, содержательную интерпретацию, но передает решение вопроса, обсужденного на многостороннем уровне, сторонам спора.

Не в последнюю очередь, важно указать также и на возможность политизации в самом процессе судебского развития и совершенствования права. Так, статья 15 Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (ДРС) предусматривает, что Панель ВТО (третьей группой) до принятия окончательного решения предоставляет сторонам предварительный доклад, который «включает описательные разделы, а также выводы и заключения» третьей группы.¹⁷¹ Сторонам спора предоставлена возможность потребовать проведение дополнительного рассмотрения. Таким образом, процедура, установленная в ВТО, открывает возможность дискурса по предварительным выводам суда *до того*, как будет принято судебное решение. Это снижает риск дисфункционального правотворчества, которое нередко бывает вызвано коммуникативными тупиками, возникающими в судебных инстанциях, чья деятельность не соответствует дискурсивному идеалу. Это показывает, что также и внутригосударственные судебные процедуры могут многому научиться у международного развития в плане реализации тенденций к интенсификации правового дискурса.

¹⁶⁹ The “*Juno Trader*” Case (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau*), Prompt Release, ITLOS, 18.12.2004, para. 77, 102.

¹⁷⁰ J. Habermas (сноска 1), 320; J. H. Ely, Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review, 1980, 100; более подробно см. U. Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen, 1998.

¹⁷¹ P.-T. Stoll/K. Arend, Article 15 DSU, в: R. Wolfrum (сноска 142), 435 (440 и сл.).

2. Независимость, объективность и избрание судей международных судов

а) Независимость и объективность

Идеальный путь к оправданию осуществления публичной власти судами с точки зрения принципов демократии ведет через процедуру назначения (выбора) судебных чиновников. В соответствии с этим, многие национальные конституции сегодня предусматривают участие парламентских структур в избрании судей конституционных судов.¹⁷² Согласно общепризнанной точке зрения, правила назначения судей направлены, в первую очередь, на то, чтобы оградить судей от влияния, оказываемого извне. Так, уже во второй статье Статута Международного Суда ООН предусмотрено, что Суд должен состоять «из коллегии независимых судей, избранных, вне зависимости от их гражданства, из числа лиц высоких моральных качеств, удовлетворяющих требованиям, предъявляемым в их странах для назначения на высшие судебные должности, или являющихся юристами с признанным авторитетом в области международного права.»¹⁷³ Аналогичные положения можно найти практически во всех судебных уставах.¹⁷⁴

В целом, различные методы имеют большое сходство. Как правило, Генеральному Секретарю ООН или секретариатам отраслевых организаций принадлежит право обратиться к государствам с предложением о выдвижении кандидатур. Названные кандидаты избираются после этого на пленарном заседании организации или на общем собрании представителей государств-членов - примерно такие правила парадигматически действуют для Международного Суда ООН: судьи назначаются абсолютным большинством голосов при тайном голосовании на Генеральной Ассамблее и в Совете Безопасности на срок девяти лет с возможностью переизбрания.

¹⁷² См. в качестве примера, ст. II (2) предложение 2 Конституции Соединенных Штатов Америки; ст. 94 Основного Закона ФРГ; ст. 150 Конституции Эстонии; ст. 135 Конституции Италии; ст. 85 Конституции Латвии; ст. 103 Конституции Литвы; ст. 147 Федерального конституционного закона Австрии; ст. 149 Конституции Польши; ст. 159 Конституции Испании. См. также *K. Malleson/P. Russell, Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, 2006; *C. N. Tate/T. Vallinder, The Global Expansion of Judicial Power*, 1995.

¹⁷³ Статья вторая Статута Постоянной Палаты Правосудия соответствует статье четвертой Статута Международного Суда ООН.

¹⁷⁴ См. обзорный материал у *N. Grossman, Legitimacy and International Adjudicative Bodies*, *George Washington International Law Review* (2009), готовится к публикации.

В состав 15-ти судей не может быть избрано два гражданина одного и того же государства, и в дополнение к этому «состав судей в целом должен обеспечить представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира».¹⁷⁵ Последнее положение можно понимать как признание влияния (юридической) социализации на интерпретацию права.¹⁷⁶ В известном противоречии с принципом независимости судей находится правило, согласно которому стороны спора, которые не имеют судьи своего гражданства в Суде, могут назначить специального судью *ad hoc*.¹⁷⁷

Исследования практики выборов судей международных судов демонстрируют доминирующее положение органов исполнительной власти в этом процессе. Исходной точкой часто является политический статус государства в соответствующем международном режиме, что во многом определяет его возможности занять вакантную позицию, на которую затем будет искаться кандидат. Кандидаты чаще всего с весомой поддержкой и значительными политическими инвестициями со стороны соответствующего правительства вступают в своего рода «избирательную кампанию». Без существенной поддержки со стороны государственных органов шансы кандидата на успех, как правило, ничтожно малы.¹⁷⁸

Политико-правовые основы процедуры избрания судей направлены, в первую очередь, на обеспечение избрания судей с высокой квалификацией, а также на обеспечение их независимости и беспристрастности. Важный момент составляют срок полномочий и возможность переизбрания. При более длительном сроке полномочий судьи снижается степень его зависимости от поддержки своего правительства, которая ему потребуется

¹⁷⁵ Ст. ст. 3, 4, 9, 10 и 13 Статута Международного Суда ООН.

¹⁷⁶ См. *L. V. Prott*, *The Latent Power of Culture and the International Judge*, 1979.

¹⁷⁷ Ст. 31 абз. 2 и 3 Статута Международного Суда ООН Статута Международного Суда ООН; возможно, здесь идет речь о преднамеренном отказе от данного принципа, *I. Scobbie*, *Une hérésie en matière judiciaire? The Role of the Judge ad hoc in the International Court, The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4 (2005), 421. Также и значительно позднее созданный Международный Трибунал по морскому праву допускает судей *ad hoc*, см. ст. 17 Статута Международного Трибунала по морскому праву.

¹⁷⁸ *P. Sands*, *The Independence of the International Judiciary: Some Introductory Thoughts*, в: *S. Charnovitz/D. Steger/P. van den Bossche*, *Law in the Service of Human Dignity. Essays in Honour of Florentino Feliciano*, 2005, 313 (319); *D. Terris/C. Romano/L. Swigart*, *The International Judge: An Inquiry into the Men and Women Who Decide the World's Cases*, 2007, 23.

для его переизбрания на следующий срок.¹⁷⁹ В целях создания условий для объективной оценки кандидатур, предложенных государствами, Статут Международного Суда предусматривает, в частности, обязанность государств обосновывать свои предложения.¹⁸⁰ Действующий, начиная с 2005-го года, *Карибский Суд* (действует в рамках Карибского сообщества, CARICOM - прим. перев.) является первым международным судом, который имеет квалификационную комиссию по назначению судей.¹⁸¹

В дополнение к регулированию порядка назначения (выбора) статуты международных судов содержат также положения, касающиеся определенных требований к осуществлению судейских полномочий. Например, такие вопросы, как гарантии объективности или допустимость совместительства, в ряде случаев заслуживают в последнее время все большее внимание.¹⁸² В частности, Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии (МТБЮ) в решении по делу *Furundzija*, рассмотрев возражения о пристрастности судьи, установил ряд критериев, в соответствии с которыми действительная или - смотря по обстоятельствам - возможно лишь предполагаемая предвзятость судьи могут вести к его исключению из процесса.¹⁸³ Некоторые суды, уставные документы которых вообще не регулируют или в недостаточной степени регулируют вопросы совместительства, приняли по собственной инициативе директивы, содержащие соответствующие правила.¹⁸⁴

Требования независимости и беспристрастности международных судей и обеспечение их правовой компетентности и этической безупречности, безусловно, очень важны, и их дальнейшая практическая политико-правовая реализации должна быть продолжена. Однако полный ответ на

¹⁷⁹ *R. Mackenzie/P. Sands*, *Judicial Selection for International Courts: Toward Common Principles and Practices*, в: K. Malleson/P. Russell (сноска 172), 213 (223); *R. D. Keohane/A. Moravcsik/A.-M. Slaughter*, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational, International Organization* 54 (2000), 457 (476).

¹⁸⁰ Ст. 36 абз. 3 Статута Международного Уголовного Суда. См. *R. Mackenzie/P. Sands* (сноска 179), 228.

¹⁸¹ *D. Byron/C. Malcolm*, *Caribbean Court of Justice (CCJ)*, в: R. Wolfrum (сноска 3); *R. Mackenzie/S. Philippe*, *Judicial Selection for International Courts: Towards Common Principles and Practices* в: K. Malleson/P. Russell (сноска 172), 213 (228).

¹⁸² Ст. 49 абз. 2 Статута Международного Уголовного Суда; ст. 7 абз. 1 Статута Международного Уголовного Суда; *Y. Shany/S. Horowitz*, *Judicial Independence in The Hague and Freetown: A Tale of Two Cities*, *LJIL* 21 (2008), 113.

¹⁸³ *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1 A, Judgment, 21.7.2000, para. 189.

¹⁸⁴ *S. Shetreet*, *Standards of Conduct of International Judges: Outside Activities*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2 (2003), 127.

вопрос о демократическом потенциале процедуры выбора (назначения) судей они дать не могут, особенно в тех сферах, где суды занимаются также и правотворчеством. Здесь первостепенное значение имеет политико-правовая установка судьи. Проблемы обоснования судейской власти и выбор между конкурирующими вариантами правового регулирования не могут быть решены с точки зрения демократических принципов простой ссылкой на «высокие моральные качества» лица, осуществляющего эту власть (статья 2 Статута МС ООН). Это подводит к вопросу о центральных основополагающих принципах демократической легитимации и оправдания. От чьего имени принимаются решения, и кто с точки зрения теории демократии является органом или форумом, уполномоченным выбирать (назначать) судей?

в) Выбор и демократический форум

В случае национальных органов конституционной юрисдикции многое говорит в пользу того, чтобы выбор судей находился в компетенции представителей демократического суверена. Это обычно предполагает участие парламентских структур, что - с точки зрения теории дискурса - должно дополняться требованием публичности этой процедуры. Но какие учреждения и органы должны назначать международных судей, пока народы, которые подпадают под их юрисдикцию, не сформировались в единый народ? Как известно, этим вопросом, хотя и в несколько иной плоскости, задавался в свое время уже *Кант*.¹⁸⁵ В зависимости от конкретного подхода можно выделить три возможных варианта ответа.¹⁸⁶

Традиционный подход, фокусирующийся на межправительственном сотрудничестве, выводит основания международной юрисдикции из прав государств-учредителей, так что центральная роль принадлежит национальным правительствам в качестве международно-признанных представителей (см. абзац 2 статьи 7 Венской Конвенции о праве международных договоров). В соответствии с этим, назначение международного судьи, как элемент осуществления внешней политики,

¹⁸⁵ Более подробно см. *A. v. Bogdandy/S. Dellavalle* (сноска 13).

¹⁸⁶ Аналогично при рассмотрении основ легитимации международных административно-бюрократических структур *N. Krisch*, *The Pluralism of Global Administrative Law*, *EJIL* 17 (2006), 247 (253); *E. de Wet*, *Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review*, *GLJ* 11 (2008), 1987 (1989 и сл.).

является их исконной задачей; такой подход лежит в основании большинства процедур, предусмотренных для назначения международных судей. Печальной иронией истории можно считать, что этот метод сохранился - причем, в редкой чистоте - и в процедуре назначения судей Суда Европейского Союза (статья 223 Договора, учреждающего Европейское Сообщество), Суда, который больше, чем любые другие суды, внес свой вклад в дело преодоления «классического» международного права.¹⁸⁷ Иногда в рамках этой концепции выдвигается даже требование, что судьи должны находиться под влиянием их национальных правительств, поскольку это единственный способ гарантировать, что воля сторон договора будет учитываться наиболее эффективным образом.¹⁸⁸

Либеральный подход не признает разделение внутренней и внешней политики, которое, действительно, представляется крайне проблематичным, в результате глобализации многих жизненных сфер, и призывает к гармонизации процедур назначения высших государственных и международных судей. Это ведет к существенному усилению участия национальных парламентов.¹⁸⁹

Космополитический подход, в отличие от этого, ориентируется на новый, надгосударственный форум. Он рассматривает граждан в качестве последней инстанции легитимации осуществления суверенных (властных) полномочий и наделяет их, наряду со статусом гражданина государства, также и статусом гражданина мира. Этот статус определяет их взаимоотношение с надгосударственными учреждениями, и таким образом, надгосударственные парламентские органы оказываются в состоянии выполнять легитимирующую функцию при назначении международных судей.¹⁹⁰ В этом смысле, можно, хотя и лишь на региональном уровне, исходить из того, что Парламентская Ассамблея Совета Европы избирает

¹⁸⁷ Критически V. Epping, Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, Der Staat 37 (1997), 349; P. M. Huber, Art. 223, в: R. Streinz, EGV/EUV, EGV, Rn. 1. Лиссабонский Договор несколько изменил это положение, см. ст. 253, 255 Договора о функционировании Европейского Союза.

¹⁸⁸ E. Posner/J. Yoo, Judicial Independence in International Tribunals, Cal. L. Rev. 93 (2005), 1.

¹⁸⁹ Так например, в Германии, кандидатура судьи, предлагаемого для выдвижения на должность судьи Европейского Суда должна в будущем определяться с участием парламента, § 1 абз. 3 Закона о выборе судей в редакции Закона о расширении и усилении полномочий Бундестага и Бундесрата по вопросам, связанным с деятельностью Европейского Союза от 22.9.2009.

¹⁹⁰ К вопросу о надгосударственных парламентских учреждениях см. F. Arndt, Parliamentary Assemblies, International, в: R. Wolfrum (сноска 3).

судей Европейского Суда по правам человека.¹⁹¹ Начиная с 1998-го года, опрос кандидатов в Подкомитете создает потенциал для формирования определенного общественного мнения. Кроме того, позитивный опыт политизации продемонстрировал и случай, когда предложенный список кандидатов был отклонен, так как в нем не предусматривалась женская кандидатура.¹⁹²

с) Надгосударственный парламентаризм

Насколько жизнеспособен и состоятелен космополитический подход? Может ли выбор международных судей международными органами придать им демократическое содержание, или же космополитический подход к выбору судей с точки зрения теории демократии является ошибочным путем? В этом плане следует отметить, что дальнейшее концептуальное развитие основных принципов в понимании демократии, конституции и права в постнациональную эпоху является одной из важных целей, которые преследует в своей теории *Хабермас*. В ней тесное переплетение терминов и теорий с государственными институтами существенно ослабляется, и вопрос о демократической легитимации власти в политически организованном мировом (глобальном) ставится без того, чтобы последнему приписывался характер государства; и более того, достижение им подобного характера вообще не ставится в виде конечной цели.¹⁹³ Процедурализация понятия и концепции народного суверенитета на основе теории интерсубъективности позволяет предположить возможность демократии без народа в рамках надгосударственных процедур. В то же время, однако, *Хабермас* подчеркивает, что демократические процессы формирования мнений и политической воли, организованные в рамках государственных конституционных правопорядков, являются тем достижением, свойства и достоинства которого едва ли можно в настоящее время воспроизвести на

¹⁹¹ Ст. 22 Европейской Конвенции по правам человека. Более подробно по вопросу о критериях см. *J. A. Frowein*, Art. 22, в: *J. A. Frowein/W. Peukert*, EMRK-Kommentar, 2009, Rn. 2 и сл.

¹⁹² См. по данному вопросу консультативное заключение Европейского суда по правам человека в порядке применения ст. 47-ой Европейской Конвенции, Консультативное заключение относительно состава списков кандидатов для избрания на должность судей Европейского Суда от 12.2.2008. Некоторые уставные документы принимают специальные меры, чтобы преодолеть явную недопредставленность судей-женщин в судебных органах, см. например, ст. 36(8)(a)(iii) Устава Международного Уголовного Суда.

¹⁹³ *J. Habermas*, Die postnationale Konstellation, 1998, 165.

надгосударственном уровне.¹⁹⁴ Легитимация новых форм суверенной власти в постнациональную эпоху должна, таким образом, ориентироваться на существующие - для глобальных институтов, однако, недостаточные - средства легитимации демократического правового государства и дополняться собственными основаниями легитимации.¹⁹⁵

Хабермасовская концепция «мировой внутренней политики» (*Weltinnenpolitik*) до сих пор сосредотачивается, прежде всего, на политических институтах. В конституции мирового общества *Хабермас* различает право индивидов как граждан мира по отношению к любой суверенной власти, с одной стороны, и государственно-централизованное международное право, с другой. Требования легитимации для каждой из систем неодинаковы.¹⁹⁶ Право граждан мира (*Weltbürgerrecht*; в русскоязычной литературе переводится также как право всемирного гражданства или даже «всемирное гражданское право» - *прим. перев.*) обосновывает мировой наднациональный порядок, который направлен на обеспечение международного мира и глобальное осуществление прав человека. Он опирается на процессы изучения демократической правовой государственности и на созданный в ее рамках нормативный материал.¹⁹⁷ Этот источник легитимации незначителен, но оказывается достаточным при ограничении компетенции и основных задач наднациональной организации.¹⁹⁸

Иные вопросы мировой внутренней политики или глобального управления должны решаться в режиме международно-правовых переговоров, в рамках международных переговорных механизмов, в работе которых принимают участие представители граждан национальных государств. Они опираются на демократический процесс формирования общественного мнения и политической воли и на тот легитимационный потенциал, который в нем заключен. Особенно важным здесь является, в

¹⁹⁴ *J. Habermas* (сноска 108), 140.

¹⁹⁵ *J. Habermas* (сноска 15), 362.

¹⁹⁶ *J. Habermas*, Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?, в: *J. Habermas, Zwischen Naturalismus und Religion*, 2005, 324 (346). Zu dieser Unterscheidung nach *Kant* siehe *J. Habermas*, Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren, в: *J. Habermas, Die Einbeziehung des Anderen*, 1999, 192 (210).

¹⁹⁷ *J. Habermas* (сноска 108), 139.

¹⁹⁸ Нам представляется, тем не менее, сомнительным, имеют ли положения о запрете применения силы в ст. 2 (4) Устава ООН, право на самооборону в ст. 51 Устава ООН а также нормы об универсальных правах человека в действительности ту степень определенности и точности, из которых исходит *Хабермас*.

частности, участие неправительственных организаций, которые должны играть - и также действительно играют - роль посредника между транснациональными переговорными процессами и национальным публичным мнением и общественностью. Политический процесс во многом зависит и от притока неофициальных общественных мнений, и, в свою очередь, гражданское общество помогает таким образом противодействовать тенденциям самообособления политической элиты.¹⁹⁹

Обе линии легитимации пересекаются, по *Хабермасу*, на уровне Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций.²⁰⁰ Для него, Генеральная Ассамблея ООН, реформированная в свете принципов глобального парламентаризма, занимает центральное место: «она отвечает за толкование и дальнейшее развитие политической конституции мирового общества и, следовательно, за определение нормативных основ обеих составляющих ее деятельности, а именно политики обеспечения международного мира и прав человека, а также мировой внутренней политики».²⁰¹ Она регулирует и уточняет стандарты справедливости и законности, в рамках которых функционируют международные переговорные инструменты.²⁰² Если Генеральную Ассамблею удастся в соответствии с этой моделью реформировать так, что она на самом деле сможет эффективно осуществлять названные задачи, то целесообразным будет ее более активное подключение и к процедуре отбора международных судей. В итоге судьи – в том числе, и на более прочной теоретической основе - смогут вершить право от имени «граждан мира».

Но еще до реализации этого амбициозного и ориентированного далеко в будущее проекта, участие международных органов в назначении судей может послужить источником космополитического компонента легитимации и обоснования, если они сделают соответствующие выборы достоянием мировой общественности. Потенциальные возможности для этого вполне присутствуют. Достаточно только вспомнить мобилизацию общественного мнения против избрания *Кристофера Гринвуда* (*Christopher Greenwood*) судьей Международного Суда ООН в связи с его экспертным заключением по вопросу о войне в Ираке.²⁰³ Тем не менее, космополитический компонент легитимации зависит от дискурсивного

¹⁹⁹ См. сноска 146.

²⁰⁰ *J. Habermas* (сноска 15), 368-369.

²⁰¹ *J. Habermas* (сноска 15), 369.

²⁰² *J. Habermas* (сноска 15), 376.

²⁰³ <http://opiniojuris.org/2008/11/03/will-the-icj-have-a-us-style-nomination-fight-we-can-only-hope/>.

качества возможного участия. В этом плане порядок назначения судей ЕСПЧ, в любом случае, предстает с точки зрения теории демократии как наиболее перспективный и ориентированный на будущее.

3. Систематическое толкование как демократическая стратегия?

В пункте III. 3. с) данной статьи мы попытались продемонстрировать, в какой степени фрагментация международного права несет с собой угрозу для демократической легитимации и оправдания судебной деятельности. Теперь настало время рассмотреть, может ли систематическое толкование решить эту проблему. В соответствии со ст. 31 (3) литера с) Венской Конвенции о праве международных договоров, при толковании договора должны учитываться «любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками».²⁰⁴ Доклад Комиссии по международному праву (*International Law Commission - ILC*) по вопросу о фрагментации международного права видит в этом правиле выражение принципа системной интеграции. Правило и принцип, как указывается в Докладе, призывают орган по урегулированию споров - или юриста, который стремится выяснить, «что же говорит закон» - рассматривать вышеназванные правила, действующие для всех заинтересованных сторон, в контексте других норм и принципов, которые могли бы иметь отношение к делу. В этом процессе более конкретные или непосредственно доступные источники должны оцениваться по отношению друг к другу и по отношению к общим нормам «in the background».²⁰⁵ Решающим является то, что толкование конкретной нормы должно проецироваться на всю систему международного права как целое.²⁰⁶

²⁰⁴ Самое позднее в 2001-ом году, в частности, в связи с подготовкой аналитического исследования Комиссии международного права (*International Law Commission - ILC*), посвященного фрагментации международного права, по вопросу о пределах действия данного интерпретационного правила, разгорелась оживленная дискуссия; см. Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права. Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, ILC, *Fragmentation of International Law*, A/CN.4/L.682, 13.4.2006. См. специальный выпуск ежегодника *Finnish Yearbook of International Law* 17 (2006); C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, ICLQ 54 (2005), 279; D. French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, ICLQ 55 (2006), 300.

²⁰⁵ ILC (сноска 204), para. 479.

²⁰⁶ ILC (сноска 204), para. 479.

Конечно, системный принцип в его крайних позитивистских формах сопряжен с определенными проблемами и перегружен философскими амбициями.²⁰⁷ Прежде, правовая система криптоидеалистически (*kryptoidealistisch*) понималась как присущая и имманентная праву. После этого системные принципы и концепции в международном праве столкнулись со значительными проблемами. В XIX-ом веке теоретико-правовые попытки построения юридической системы были тесно связаны с представлением о государственном правопорядке, который как выражение единой государственной воли должен был стать предметом правовых знаний и опыта. При таком подходе международное право, естественно, не могло образовывать систему и в соответствии с этим, ввиду отсутствия системного единства, понималось как примитивный правопорядок.²⁰⁸

Если отказаться от криптоидеалистического и государственнического (этатистского) понимания системы, то система предстает в качестве внешнего инструмента для организации порядка и применения права. Концепция и идея системы является в настоящее время, в первую очередь, целевым планом практики интерпретации.²⁰⁹ По этой причине, есть хорошие аргументы, которые говорят в пользу принятия концепции международно-правовой системы.²¹⁰ В коммуникативной практике, то есть на уровне толкования, идея системы играет центральную роль, особенно под влиянием тенденций фрагментации. С точки зрения теории права эта идея, ни в коем случае, не предстает устаревшей, но обнаруживает себя в контекстной обусловленности значения любого правила. В конечном счете, широкая дискуссия вокруг вопросов фрагментации международного права

²⁰⁷ См. *M. Riedel*, System, Struktur, в: *Geschichtliche Grundbegriffe*, 2004, 285.

²⁰⁸ См. также *H. L. A. Hart*, *The Concept of Law*, 1997 [1961], 92, 156, 214. Для сравнения см. *D. Kennedy*, *Primitive Legal Scholarship*, *Harv. Int'l L. J.* 27 (1986), 1; *M. Craven*, *Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law*, *Finnish Yearbook of International Law* 14 (2005), 3 (9).

²⁰⁹ *R. Christensen/H. Kudlich*, *Gesetzesbindung. Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, 2008, 139; *S. Oeter*, *Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?*, в: *R. Hofmann/A. Reinisch/T. Pfeiffer/S. Oeter/A. Stadler*, *Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft*, 2007, 149 (158); *B. Simma/T. Kill*, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology*, в: *C. Binder/U. Kriebaum/A. Reinisch/S. Wittich*, *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, 678 (686).

²¹⁰ *B. Simma/D. Pulkowski*, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, *EJIL* 17 (2006), 483; *P.-M. Dupuy*, *L'unité de l'ordre juridique international*, *RdC* 297 (2002), 12 (89).

и устойчивое присутствие и преобладание данной темы на повестке дня являются весомым подтверждением существования самой правовой системы как таковой. Речь идет, скорее, лишь о дифференциации и разграничении ее отдельных составных частей, которые, как части уже в понятийном и концептуальном плане должны относиться к единому целому.²¹¹ Не в последнюю очередь, важно и то, что обязанность использовать систематический аргумент закреплена в позитивном праве и представляет собой элемент господствующего правового этоса. Ориентироваться на систему и, тем самым, служить идеям равноправия - вот задача любого интерпретатора.

Хотя в судебной практике ссылка непосредственно на статью 31 (3) с) Венской Конвенции встречается и весьма редко, тем не менее, принцип систематической интеграции присутствует во множестве решений.²¹² Еще в 1971-ом году Международный Суд ООН постановил, что «международные инструменты должны толковаться и применяться в общих рамках юридической системы, действующей на момент толкования»²¹³. Констатация Апелляционного Органа ВТО, которая была сделана им уже в ходе его самого первого разбирательства, о том, что ГАТТ не должен рассматриваться в «клинической изоляции» от международного права, также демонстрирует непосредственно дискурсивный подход.²¹⁴ Вероятно, наиболее регламентированная и институционализированная часть глобального международного права, а именно - международное торговое право ВТО, позиционирует себя тем самым, как часть системы международного права. В прямую противоположность правовой системе Европейского Союза, оно не отделилось и не стало самостоятельным правовым блоком.²¹⁵ Также и определенные попытки аргументации обособленности, которые находят свое выражение в применении правовой фигуры т.н. автономного или самодостаточного режима (*self-contained*

²¹¹ G. W. F. Hegel, *Wissenschaft der Logik I*, 1932 (1812), 59.

²¹² ИС (сноска 204), para. 410 и далее.

²¹³ Консультативное заключение по делу о юридических последствиях для государств, вызываемых продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, 16, para. 53.

²¹⁴ *States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29.4.1996, 17.

²¹⁵ К более ранним попыткам рассматривать ГАТТ как специфический автономный правопорядок см. W. Benedek, *Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht*, 1990.

regime), не оказали решающего влияния на признание и действие принципа системной интеграции.²¹⁶

Возражение практического характера, что от любого интерпретатора, в том числе и международных судей, нельзя ожидать, что они смогут единым взором обозреть все международное право, не является убедительным. Для этого не требуется идеальный судья по типу придуманного *Дворкиным* сверхчеловеческого *Геркулеса*, который, обладая знанием всей системы права, выбирает для нормы, подлежащей интерпретации и применению, единственно правильный смысл.²¹⁷ Системная интеграция только задает определенные правила интерпретации, а индивидуальные решения укладываются в более общий дискурсивный контекст.²¹⁸ В результате процесса фрагментации дифференцированные мнения и точки зрения также и в диалоге *между* судами могут вступать в конкуренцию друг с другом.²¹⁹ В открытом интерпретационном процессе между судами, специализированными в функциональном отношении, различные точки зрения могут быть согласованы на общем языке международного права. Это предполагает, что суды открывают себя для подобного диалога, причем, к этому склоняются и многие международные судьи.²²⁰ Этот путь является более предпочтительным по сравнению с другими проектами, которые, в конечном счете, предлагают установить определенную иерархию судов, венчаемую обращением с заявлением в Международный Суд ООН, или же предлагают ввести своего рода разбирательство по запросам либо процедуру дачи экспертных заключений.²²¹ Путь судебного

²¹⁶ Для сравнения см. *B. Simma*, Self-Contained Regimes, NYIL 16 (1985), 111; *J. Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, 37; ILC (сноска 204), para. 174.

²¹⁷ *R. Dworkin* (сноска 45).

²¹⁸ Для сравнения см. *J. Habermas* (сноска 1), 275.

²¹⁹ *R. G. Teitel/R. Howse*, Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Inter-connected Global Order, NYU J. Int'l L. & Pol. 41 (2009), 959; *S. Oeter* (сноска 209), 167; *Y. Shany*, The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, 2003, 272; *H. Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, 107; *P. Picone*, I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti, Riv. Dir. Int. 82 (1999), 325; *F. Salerno* (сноска 4); *L. Sandrini*, La concorrenza tra il Comitato per i diritti umani e la Corte europea dei diritti dell'uomo nell'esame di istanze individuali: brevi note sulle clausole di coordinamento, в: *Liber Fausto Pocar* (сноска 4), 837.

²²⁰ *T. Treves* (сноска 4); *R. Higgins*, A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench, ICLQ 55 (2006), 791; *B. Simma*, Fragmentation in a Positive Light, Mich. J. Int'l L. 25 (2004), 845.

²²¹ *K. Oellers-Frahm* (сноска 4); *S. Oeter* (сноска 209), 167-170.

диалога, вместе с тем, не разрушает те преимущества, которые могут быть достигнуты в результате функциональной дифференциации.

Возможно, однако, что эта стратегия проявляет слишком много доверия по отношению к международному судебному корпусу. Если его рассматривать как своего рода «эпистемическое сообщество (*epistemic community*)»²²² или вместе с учеными-теоретиками международного права как «незримую коллегия (*invisible college*)»²²³, то, действительно, в этом случае можно было бы говорить об авторитарном диктате и контроле со стороны судов. Однако, ни в коем случае, «сообщество» не должно быть закрытым, а «коллегия» невидимой. Собственная легитимность может вообще иметь место лишь при наличии хотя бы таких минимальных условий для создания юридического дискурса, способствующего легитимации, как публичность, гласность и доступность для адекватного участия. Судебные процедуры, как правило, нуждаются в открытости для критической общественности, которая трансцендирует (переходит) заданные функциональные границы соответствующих режимов. Предпосылкой всему этому является повышенная чувствительность к проблемам легитимации международной юрисдикции. Данная статья также пытается внести в это свой скромный вклад.

V. Уравновешивающая функция национальных конституционных органов

Наши рассуждения показывают, что демократическая легитимация судебной практики международных инстанций с точки зрения теории дискурса является довольно непростой и проблематичной. Вопрос об этом не может быть легко разрешен. Стратегии рассмотрения данной проблематики должны быть еще тщательно разработаны, и остается только ждать, как они проявят себя на практике и какой легитимационный эффект смогут достичь. Так, наша принципиальная позиция, что развитие международной юрисдикции является реальным и важным достижением, сопровождается, тем не менее, неприятным чувством, что на сегодняшний день деятельность органов международного правосудия все же не всегда отвечает требованиям демократической легитимации. Возникающий здесь

²²² Так например, *D. Terris/C. Romano/L. Swigart* (сноска 178), 64.

²²³ *O. Schachter*, *The Invisible College of International Lawyers*, *Northwestern University Law Review* 72 (1977), 217; по данному поводу очень точно *D. Kennedy*, *The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise*, *European Human Rights Law Review* 5 (2001), 463.

конфликт может быть решен за счет того, что национальные конституционные органы будут сохранять за собой правовую и политическую ответственность за последствия решений международных органов, и, в свою очередь, оказывать влияние на развитие международного правосудия.

В правовом отношении это означает, что действие международного права и решений международных инстанций (на внутригосударственном уровне - прим. перев.) определяется согласно соответствующему конституционному праву, в Германии - в соответствии с Основным Законом ФРГ и «первичным правом» Европейского Союза.²²⁴ Следствием этого является то, что решения международных инстанций, как правило, не имеют прямого действия во внутреннем правопорядке, т.е. их реализация требует вмешательства органов национальной политической системы.²²⁵ С точки зрения теории дискурса этот подход представляется убедительным. При нынешнем состоянии развития международного права должна, по крайней мере в либеральных демократиях, существовать возможность определения последствий действия международной нормы или судебного решения в национальной правовой системе, если норма или решение вступают в серьезный конфликт с принципами национальной конституции. Такой подход освобождает международно-правовой порядок от груза легитимации, который не всегда оказывается для него посильным и представляет собой еще одну стратегию сохранения демократического самоопределения в постнациональную эпоху.

Это ни в коем случае не должно препятствовать развитию международного права. Напротив, снижение бремени легитимности, которое международное право должно нести на своих плечах, способствует его дальнейшей эволюции. Для этого необходимо, кроме того, чтобы были четко определены последствия несоблюдения международного права: простое несоблюдение решения международного суда не может оправдать применения военных санкций.²²⁶ Продолжающая существовать слабость международных судов в плане исполнения их решений оборачивается, в известном смысле, сохранением определенного баланса.

²²⁴ В смысле данного аргумента мы рассматриваем европейской «первичное право» как конституционное право, а Европейский Суд - как конституционный суд, более подробно см. *A. von Bogdandy/J. Bast, Der verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht*, в: *A. von Bogdandy/J. Bast, Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, 1.

²²⁵ Подробный обзор *A. von Bogdandy, Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law*, *Int'l Journal of Constitutional Law (I.CON)* 6 (2008), 397.

²²⁶ Ст. 50 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

Этот подход, следовательно, может, в свою очередь, оказать обратное позитивное влияние на развитие международного права, поскольку в соответствии с ним, внутригосударственные органы могут не только контролировать и, тем самым, легитимировать его последствия в национальном правовом порядке, но и формулировать со своей стороны инициативные предложения и рекомендации в отношении международного правового порядка. Они могут и должны объяснить, почему определенной норме или решению было отказано в действии на внутригосударственном уровне.²²⁷ Несоблюдение или неисполнение несет с собой значительное бремя доказывания и необходимость привести убедительные аргументы этому. Каждое подобное решение должно визировать, что несоблюдение международного решения может нанести вред международному процессу правовой регламентации в целом и нарушает такие конституционно-правовые принципы, как приверженность нормам международного права (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) и правовая государственность.

VI. Итак, от чьего же имени?

Если рассматривать с точки зрения *кантовской* традиции современная международная юрисдикция, представляется, в целом, значительным достижением, даже если она и не обладает сегодня всеобщностью и универсальностью в смысле *Кельзена*. Пожалуй, самым важным результатом деятельности международных судов стало их участие в процессе нормативной регламентации и узаконения, а также в сопровождающей эти процессы трансформации международного дискурса.²²⁸ В принципе, такое развитие представляет собой своего рода «встречную тенденцию», идущую в направлении *кантовского* проекта миропорядка. Этому не противоречит, что институты международной юрисдикции пока еще не стали движущей силой в целях достижения более справедливого мира, и что далеко не все интересы защищены обязательной юрисдикцией.²²⁹

²²⁷ Европейский Суд в деле *Biret International SA*, Case C-93/02 P, (*Établissements Biret et Cie SA*, Case C-93/02, Slg. 2003 I-10497; с той же логикой Европейский Суд в деле Rs. C-402/05 P и C-415/05 P (*Kadi/Rat*), Slg. 2008, I-6531.

²²⁸ E. Brimmer, *International Politics Needs International Law*, в: E. Jouannet/H. Ruiz Fabri/J.-M. Sorel, *Regards d'une Génération sur le Droit International*, 2008, 113; M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, 2001, 494 и далее.

²²⁹ К проблематике «структурного смещения (*structural bias*)» см. M. Koskenniemi (сноска 57), 600-615.

Это развитие призывает, тем не менее, к перепроверке принципов и пределов легитимации органов международного правосудия, не в последнюю очередь, с тем, чтобы они не оказались жертвами своего собственного успеха. Исследование с точки зрения теории дискурса позволяет более отчетливо увидеть соответствующие проблемы. Оно ведет к пониманию международного судебного решения как формы осуществления публичной власти, подчеркивает необходимость его легитимации и обоснования и формулирует в этом отношении конкретные требования. Среди них можно назвать следующие: повышение роли общественности как в процессе назначения (выбора) судей, так и в самих судебных процедурах, развитие соответствующих политических процедур, обсуждение проектов решений, налаживание связей и диалога между судами с целью достижения большей общности и единства системы и, не в последнюю очередь, акцентирование ответственности конституционных органов при реализации решений международных органов.

Итак, от имени кого международные суды принимают свои решения? Судебная практика международных органов базируется по преимуществу на межправительственных соглашениях и межправительственном сотрудничестве. В соответствии с этим, суды в настоящее время принимают решения от имени создавших их государств как субъектов международного права. С одной стороны, это представляется с точки зрения теории демократии, однако, все более неадекватным и недостаточным. С другой стороны, из теории дискурса можно вывести целый ряд возможностей, позволяющих усилить демократическую легитимацию международных решений. В традиции *Канта*, а это лучшее, что мы имеем, философски на этот вопрос можно дать только один ответ: исходным пунктом демократической легитимации являются индивиды, чья свобода регламентируется судебными решениями, пусть даже и косвенным образом. И в этом случае в качестве центральной нормативной перспективы дальнейшего развития международной судебной практики в постнациональную эпоху должно быть представление о гражданине мира (*Weltbürgers*).