

Правовые системы и процесс конституционализации: новое определение соотношения

Анне Петерс*

**Анне Петерс - профессор, доктор права, Директор Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву. «Дайджест публичного права» Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству «Естеррайх», Бэккерштрассе 1, 1010 Вена, Австрия (Verlag Österreich, Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Österreich) и автору за разрешение перевести и напечатать данную статью. Оригинал статьи, см. Anne Peters, Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse, In :Zeitschrift für öffentliches Recht, 65 (2010), с. 10 и далее.*

В данной статье предпринимается попытка через множественность и плюрализм существующих в мире правовых порядков объяснить комплексный характер глобальной правовой реальности. При этом единство и автономия правопорядков и возможные иерархии между ними исследуются с точки зрения международной или соответственно европейской конституционализации. Проведенное исследование приводит к выводу о том, что подход к рассматриваемым проблемам с точки зрения процесса конституционализации может внести конструктивный вклад в разъяснение взаимоотношений правопорядков между собой.

Введение и постановка проблемы

239

I. Основные понятия	241
A. Правовая система (правовой порядок)	241
1. Общие замечания	241
2. В международном и европейском праве	244
B. Конституционализация	249
1. Формирование глобального конституционного права, сопровождаемое конституционализмом	249
2. Конституциональные элементы в международном праве	251
3. Конституциональные элементы в международном праве	254
a) Нормативный индивидуализм	254
b) Реконструкция государственного суверенитета	257
c) Фундаментальные конституционные ценности	258
d) Демократизация международного права	259
4. Конституционализация как компенсация	262
II. Множественность правопорядков и конституционализация	263
A. Вопрос идентичности	263
B. Монизм и дуализм	264
C. Взаимное открытие, согласование и взаимодействие правопорядков	267
1. Международное право - национальное право	267
2. Европейское право – национальное право	270
D. Выводы	273
III. Единство правопорядка и процесс конституционализации	275
A. Единство правопорядка?	276

В. Фрагментация и конституционализация	278
IV. Автономия правопорядка и конституционализация	281
А. Секторальная конституционализация	281
В. Догматико-правовая автономия: разграничение права международных организаций и общего международного права	283
С. Теоретико-правовая автономия: первичный и производный характер права Союза	285
1. Этатизм	286
2. Супранационализм	288
3. Критика противоположных точек зрения	292
D. Юридико-социологическая автономия: Свобода от вмешательства государств-участников	295
Е. Заключение: Автономия как конституционная потребность	298
V. По ту сторону иерархии правопорядков	299
А. Интернационализм: важное значение международного права	300
В. Наднационализм: примат права Союза	301
С. Федерализм: приоритет и верховенство	303
D. Коллизионное право: параллельные правила применения права	305
Е. Конституционализм: «жесткие» и «гибкие» конституции	306
F. Смена парадигм	307
G. Заключение	311
VI. «Приказной плюрализм» (<i>Pluralisme ordonné</i>)	312
А. Множественность перспектив и последствия	313
В. Проблемы плюрализма	315
С. Механизмы упорядочивания отношений	318
1. Координация в соответствии с руководящими принципами	318

2. Принцип и практика гармонирующего толкования	320
3. Решение конфликта обязательств посредством взвешивающей правовой оценки (<i>Abwägung</i>) в конкретном случае	323
4. Конституционное право оказывать сопротивление (<i>Widerstandsrecht</i>)	326
VII. Заключение: конституционализация как «упорядочивание облаков» (<i>Ordnung der Wolken</i>)	329

Введение и постановка проблемы

Какое влияние оказывает конституционализация международного (и европейского) права на отношения между правовыми порядками? Означает ли конституционализация международного права, что оно в качестве своего рода «суперконституции» должно обладать строгим и неоспоримым приоритетом перед национальным правом? Или же, наоборот, конституционализация европейского права приводит к тому, что возникают основания для невыполнения резолюций Совета Безопасности ООН, которые, например, угрожают основным правам человека? Или же параллельная конституционализация различных правовых порядков имеет следствием, что такие «конституционные принципы», как сотрудничество, диалог и взаимное признание, становятся основой для регулирования и согласования взаимоотношений между правовыми порядками?

Эти, а также схожие вопросы являются предметом рассмотрения в данной статье. За разъяснением основных используемых в статье понятий «правового порядка» и «конституционализации» (часть I) следует попытка объяснения комплексного характера глобальной юридической реальности как множественности правовых порядков (в противоположность единственному всемирному правовому порядку) (часть II). Это закладывает основу для исследования соотношения между международным правом и государственным правом, между международным правом и правом Евросоюза, между правом Евросоюза и правом его государств-членов, между различными государственными правовыми порядками по отношению друг к другу и, наконец, между нормами права, произведенными на государственном уровне, и нормами, возникшими в частной практике. В настоящей статье затрагиваются так или иначе все вышеназванные

правопорядки, но, естественно, не смогут быть проанализированы все мыслимые грани данных отношений. В контексте международной и соответственно европейской конституционализации предполагается изучить вопросы единства правопорядка (часть III), автономии правовых систем (часть IV) и возможной иерархии между различными правовыми режимами (часть V). В части VI констатируется существующий плюрализм в оценке отношений между рассматриваемыми правопорядками и предлагаются стратегии и механизмы для его систематизации, обосновываемые с точки зрения конституционализма. Основным выводом работы (часть VIII) состоит в том, что рассмотрение исследуемых проблем с позиций конституционализации способно заложить основу для пересмотра и новой классификации отношений между международным и европейским правопорядком, а также между ними и национальными правовыми системами.

I. Основные понятия

A. Правовая система (правовой порядок)

1. Общие замечания

Правопорядок означает, прежде всего, *порядок средствами права и упорядоченное право*.¹ Понятие правопорядка имеет, таким образом, два измерения, нормативное и систематическое. Нормативное измерение носит материальный и транзитивный (опосредствующий) характер: *нечто* в содержательном отношении упорядочивается правом². Систематическое измерение формально и рефлексивно: упорядочивается *само* право. Эти оба измерения находятся в состоянии взаимного воздействия: нормативная

¹Популярный юридический словарь определяет «правопорядок» как «совокупность правовых норм или достигнутый с их помощью правовой порядок комплексной человеческой общности». (Horst Tilch/Frank Arloth (Hrsg.), Deutsches Rechtslexikon, Bd. 3, 2001, 3489). См. также Viktor Bruns, Völkerrecht als Rechtsordnung, ZaöRV 1 (1929), 10): «*Rechtsordnung ist Ordnung von Ordnungsnormen.*» «Для понятия правопорядка характерным является двойное значение определения порядка. Дело состоит не только в том, что отдельные нормы должны просто создавать определенный порядок в социальной действительности, но в большей степени также и в том, что сами отдельные принципы, институты и правила должны стоять друг к другу в упорядоченном отношении, образовывать систему. *Правопорядок - это система упорядочивающих норм*» (выделено в оригинале).

²Схожие понятия «распорядок» или «распоряжение» (по англ. «order», в смысле приказа) являются в этом смысле нормативно-транзитивными.

сила международного права подкрепляется строгостью его конструкции и догматики.³

Правопорядок - это «должный порядок» (*Sollensordnung*)⁴ или т.н. «заданный порядок долженствования» (нормативное измерение). Однако, он не является «автаркическим» или автономным, а представляет собой один из аспектов политической системы, будь то государства, религиозной общины или кочевого племени. Как существование правопорядка, так и его идентичность тесно связаны с существованием и идентичностью политической системы, часть которой они образуют. Правопорядок может и должен для многих аналитических целей исследоваться изолированно, но, в конечном счете, его рамки зависят от той более крупной политической системы, частью которой он является.⁵

Поскольку заданные правопорядком нормы должного не существуют совершенно независимо и отдельно друг от друга, а тесно взаимосвязаны между собой, порядок представляет собой нечто большее, чем совокупность его частей (систематическое измерение). Вследствие подобной систематики как синоним термину правопорядок используется понятие правовой системы.⁶

³*Jacques Chevallier*, L'ordre juridique, в: Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (Hrsg.), Le droit en procès, 1983, 8.

⁴Другими видами «заданных порядков должного» являются, например, нравственный или религиозный порядки.

⁵*Joseph Raz*, The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System, 2. Aufl. 1970, 210-12.

⁶Симптоматичным образом, варианты перевода формулировок одного из основополагающих в этом смысле решений Суда ЕС, посвященного вопросам характера европейского права как правопорядка, отличаются, EuGH, Rs. 6/64, *Costa v. ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1270. В немецкой версии применяется понятие «правопорядок», в английской «правовая система» и во французские оба понятия используются последовательно друг за другом (!). См. соответствующее замечание *Werner Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem: eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, 104.

В юридической теории⁷ используются, с одной стороны, понятия о правопорядке, внутренне присущие нормам (т.н. чисто нормоимманентные понятия), а с другой стороны, и трансцендентные по отношению к нормам понятия (соответственно, нормотрансцендентные понятия). По мнению Ганса Кельзена (*Hans Kelsen*), нормы, выводимые из основной нормы, образуют правопорядок,⁸ причем, как известно, Кельзен идентифицировал государство с его правопорядком. Его понятие правопорядка является, соответственно, чисто нормоимманентным.⁹

В противоположность этому, Херберт Л.А. Харт (*Herbert L.A. Hart*) рассматривал фактическое функционирование правопорядка в общественной реальности как составную часть самого понятия правопорядка. Для него правовой порядок состоит из трех типов норм. При этом, по его мнению, имеются два минимальных условия, которые необходимы и достаточны для существования правовой системы. С одной стороны, сюда относятся *правила поведения*, действующие согласно ультимативным системным критериям законности, которым в общеобязательном порядке надлежит подчиняться. С другой стороны, необходимым условием является то, что *правила признания* (*rules of recognition*), определяющие критерии юридической законности, и *правила внесения изменений и принятия судебных решений* (*rules of change and adjudication*) должны быть в действительности признаны государственными чиновниками как общие публичные стандарты поведения должностными лицами.¹⁰

⁷Фундаментально исследует данный вопрос *Рац (Raz) Raz*, *Concept of a Legal System*, 1970. *Рац* называет четыре основные проблемы, которыми должна заниматься общая теория правовой системы (правопорядка). Во-первых, это проблема существования (какими критериями определяется существование правовой системы?). Во-вторых, это проблема идентичности и связанная с ней проблема принадлежности (по каким критериям идентифицируется правовая система?). В-третьих, это проблема структуры (существует ли структура, которая является общей для всех типов правовых систем или же для отдельных из них?). В-четвертых, это проблема содержания (существуют ли нормы, которые действуют во всех правовых системах?). *Рац* исследует первые три вопроса, рассматривая преимущественно концепции правопорядка (правовой системы) *Бентама (Bentham)*, *Остина (Austin)*, *Хофельда (Hohfeld)*, *Кельзена (Kelsen)* и *Харта (Hart)*.

⁸*Hans Kelsen*, *Begriff der Rechtsordnung*, 1958, 150. «Правопорядок - это совокупность общих и индивидуальных норм, которые регулируют человеческое поведение, что означает, они определяют его как должное. ... Совокупность норм являются порядком, если они образуют единство; и они образуют единство, если у них есть та же общее основание действия» (*Geltungsgrund*).

⁹«Государство представляет собой социальный порядок, и поскольку этот порядок является правовым порядком, государство само есть правопорядок» (*Kelsen*, *Begriff der Rechtsordnung*, 1958, 157).

¹⁰*Herbert Lionel Adolphus Hart*, *The Concept of Law*, 1984, 113 (ориг. 1961); выделение автора статьи.

Не ограничиваясь первичным описанием правовой системы как, в первую очередь, совокупности правовых норм и проникая глубже в общественную сферу, определял понятие правопорядка *Санги Романо* (*Santi Romano*).¹¹ Правопорядок, по его мнению, - это «не многочисленные тома, ... представляющие официальное собрание законов и распоряжений», а «нечто значительно более живое». Согласно *Романо* «правопорядок, понимаемый в широком, всеобъемлющем смысле» предстает как «единое целое, которое частично движется в соответствии с нормами, однако, которое, прежде всего, само движет нормами, подобно фигурам на шахматной доске. Таким образом, эти нормы являются, скорее, объектом и средством функционирования правопорядка, вместо того, чтобы быть элементами его структуры.»¹² В его толковании правопорядок - это «институт».¹³ Под институтом *Романо* понимал «любое конкретное социальное нечто, любое реальное социальное явление».¹⁴ Его теория институтов зарекомендовала себя в качестве концепции, которая устанавливала новые стандарты и была ориентирована на будущее. Сформулированный *Романо* подход допускает идею негосударственного, а, следовательно, общественного правотворчества и, тем самым, может служить потенциальным теоретическим основанием современного правового плюрализма.¹⁵ Кроме того - и в контексте рассматриваемых нами проблем это еще более важно - подобный подход объясняет исторический генезис и нормативную основу действия международного правопорядка (и правопорядка Европейского Союза¹⁶), не замыкаясь исключительно на воле государств и межгосударственных соглашениях.¹⁷

¹¹*Santi Romano*, Die Rechtsordnung, 1975 (Ориг. L'Ordinamento Giuridico (1917). Немецкий перевод основан на 2-м издании 1946-го года.)

¹²*Romano*, 23.

¹³*Romano*, 31 и сл.: «Созданный правом социальный порядок не имеет ничего общего с тем «порядком», который возникает из существования норм, регулирующих социальные отношения. ... Для права из этого следует следующее: еще прежде, чем оно станет нормой, ... оно представляет собой организацию, структуру и основу как раз того общества, в котором оно осуществляется и которое оно, в свою очередь, конституирует в качестве автономной структуры, в качестве единого целого. ... Если это так, то понятие «институт» представляется нам необходимым и достаточным для того, чтобы точно передать смысл того, что же является правом. При этом право - это правопорядок как во всей его совокупности, так и с точки зрения его единства. Каждый правопорядок является институтом, и, наоборот, каждый институт - это правопорядок: уравнение обоих понятий необходимо и абсолютно.»

¹⁴*Romano*, 38.

¹⁵См. например *Sally Engle Merry*, Legal Pluralism, *Law and Society Review* 22 (1988), 869-896; *John Griffiths*, What is Legal Pluralism, *Journal of Legal Pluralism and Inofficial Law* 24 (1986), 1-50.

¹⁶К вопросу об аргументации, основанной на теории институтов, в контексте Евросоюза см. ниже, раздел IV.C.2.

¹⁷*Romano*, Rechtsordnung, 1975, 56, констатирует «что международное право точно так же, как и государственное право, выступает в момент своего возникновения как

2. В международном и европейском праве

С точки зрения ранней, классической теории международного права государства находились в так сказать естественном состоянии, а, следовательно, и в значительной степени «вне правового пространства» (*rechtsfreier Raum*). Только к началу XIX-ого столетия понятие «правового порядка» появляется в литературе (при этом впервые в немецкоязычной литературе), а именно, очевидно, сначала в науке международного права, несколько позже в гражданском и, наконец, в публичном праве.¹⁸ Так, например, *Фридрих Гентц (Friedrich Gentz)* ввел в свою «мировую утопию» 1800-го года понятие межгосударственного правопорядка в целях укрепления нормативной силы права. Основной тезис *Гентца* состоял в том, что не существует никакого категориального различия между внутренним государственным правом («гражданским порядком», «*bürgerliche Ordnung*») и международным правом, так как оба представляют собой в известной степени «порядки». По его мнению, также «и сообщество государств может постепенно, хотя и при помощи менее удовлетворительных и менее устойчивых средств, подняться к высокой степени правового порядка».¹⁹

институт, как необходимый продукт межгосударственной организации, той структуры, через которую - рассматривая чисто фактически или же юридически - оно и создается. ... Поэтому тот момент, в который закладывается фундамент международного права, как основа для любого его последующего развития и применения, определяется ... не столько соответствующим соглашением, сколько возникновением международной общности как таковой».

¹⁸К истории понятия см. работу *Гальперина (Halpérin) Jean-Louis Halpérin*, L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX siècle, *Droits* 33 (2001), 41-52. Согласно точке зрения *Гальперина*, использование этой новой терминологии было продуктивным только в ограниченной степени и не несло с собой концептуального определения направления развития в будущем. Понятие правопорядка осталось, по словам *Гальперина*, индифферентным и не приобрело действительно прогрессивной силы. Понятие правопорядка вообще не стояло в центре важных разногласий и противостояний в теории международного права XIX-ого столетия между сторонниками унитаризма (*Unilateralisten*) и билатерализма (*Bilateralisten*), между универсалистами (*Universalisten*) и сторонником партикуляризма (*Partikularisten*) (*Halpérin*, 50 и сл.).

¹⁹*Friedrich Gentz*, Über den ewigen Frieden, 1800, перепечатано в *Kurt von Raumer*, Ewiger Friede: Friedensrufe und Friedenspläne seit der Renaissance, 1953, 488-490, (выделение автора статьи). Решающее значение имеет, однако, «нравственность членов» сообщества, неважно, будь то на внутригосударственном или межгосударственном уровне (*Gentz*, 489). Формирование нравственности является тем путем, который приводит к миру как внутри государств, так и к миру «в общественных взаимоотношениях различных наций». Основной целью было «достижение такого состояния, которое полностью соответствует требованиям здравого смысла». (*Gentz*, 490).

Помимо этой «утешительной аналогии»,²⁰ концепция международного правопорядка предоставляла обоснование приоритета международного права перед правом внутренним.²¹ *Карл Кальтенборн (Carl Kaltenborn)* выводил этот приоритет из понятия правового порядка. По его мнению, «как и в любом ином правопорядке, так и международно-правовом его субъекты, то есть государства, должны признавать в межгосударственном сообществе более высокий порядок, стоящий над ними, и действовать как члены образующего этот порядок целого. При этом следует отметить, что этот порядок стоит над самовластием отдельных государств. ... Этот международный правопорядок предстает, соответственно, равным образом в качестве имеющего объективную власть и значение по отношению к государствам как субъектам, и он образует также объективный принцип международно-правовой жизни, в той же мере как государства образуют субъективный принцип. Оба должны себя полноценно реализовывать. Это постулат каждого правопорядка, и в том числе также международного».²²

В такой нормативистской и идеалистической традиции написана крупная программная работа *Виктора Брунса* «Международное право как правопорядок» (*Victor Bruns, «Völkerrecht als Rechtsordnung»*), статья, открывавшая основанный в 1929-ом году *Брунсом* «Журнал иностранного публичного и международного права» (*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*). Прежде всего, *Брунс* обосновывал в ней характер международного права как права²³, но выступал также и против (якобы) распространенного в тот период тезиса о том, что международное право существует только из неупорядоченного «разнообразного множества правил»²⁴. В более позднее время, прежде всего, в работах *Йоста Дельбрюка (Jost Delbrück)*, это направление аргументации (конституция

²⁰ *Gentz*, 489.

²¹ *Carl Baron Kaltenborn von Stachau, Kritik des Völkerrechts*, 1847, 260: «Однако, государство не является наивысшим и абсолютным институтом права. Скорее имеется еще более высокий порядок права, таковым является более высокое, чем государство, сообщество людей, такое, в котором государство редуцируется или преобразуется в подчиненный член более высокой общности». 261: «Таким образом, правовая жизнь государства, сама по себе являющаяся только национальной, поднимается на уровень общечеловеческого правового сообщества, выходящего за рамки нации, в международный порядок права. Если в этом случае право предстает в качестве нормы и порядка для всего человеческого общества во всех его измерениях и градациях, то это сообщество государств нужно обозначать как наивысшее и конечное сообщество права». (Выделено автором статьи).

²² Смотри например *Kaltenborn*, 262 и сл. (выделено автором статьи).

²³ *Bruns, Völkerrecht als Rechtsordnung*, 1929, 9: «право означает порядок и мир в сообществе».

²⁴ *Bruns*, 1929, 1: Правила, «организующая взаимосвязь которых, может быть распознана лишь в самом общем виде».

мира как правопорядок²⁵) было подвергнуто дальнейшему развитию, в частности, со ссылкой на системный характер международного права²⁶. При этом велся поиск порядка, порожденного правом, в противоположность «порядку» международных отношений, порожденному равновесием государств, дипломатией, войнами и великими державами, как это постулировал еще *Хедли Булл (Hedley Bull)* в отношении «анархического сообщества государств».²⁷

Для Европейского Союза «парадигма правопорядка» имеет тройное значение.²⁸ С одной стороны, термин «европейский правопорядок» нередко используется исключительно только как синоним европейскому праву и в этом случае лишен специфического поясняющего значения. Тем не менее, он применяется, во-вторых, в целях разъяснения (своеобразной) природы права Евросоюза и, таким образом, также отношения к правопорядкам государств-членов. Наконец, выражение «европейский правопорядок», так же как и понятие «правовое сообщество (*Rechtsgemeinschaft*), обозначает систему, основанную на принципах правовой государственности. Основная установка понятия правопорядка идентична направленности этого термина в литературе по международному праву и совпадает, кроме того, с целями конституционализма.

В современных дискуссиях об отношениях между международным правом, европейским правом и национальным правом понятие правопорядка и анализ отношений между правопорядками остаются на втором плане. «Исследование этих отношений [между международным и национальным правом] в системных категориях не представляет более интереса с эвристической точки зрения» пишет тунисский юрист-международник *Слим Лагмани (Slim Laghmani)*.²⁹ Вместо этого в центре обсуждения находятся правоприменительные органы, в частности,

²⁵Jost Delbrück/Klaus Dicke, Zur Konstitution des Friedens als Rechtsordnung, в: Uwe Nerlich/Trutz Rendtorff (Hrsg.), Nukleare Abschreckung – Politische und ethische Interpretationen einer neuen Realität, 1989, 797-818.

²⁶Jost Delbrück, Das internationale System der Gegenwart: Staatengesellschaft – Staatengemeinschaft – Rechtsgemeinschaft в: Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, Völkerrecht, Band I/1, 2. Aufl. 1989, § 1 (2-21).

²⁷Hedley Bull, The Anarchical Society, 3. Aufl. 2002 (первое издание 1977). Основной тезис Булла состоял в том, что и в международных отношениях также действует вполне определенный порядок, однако, право представляет собой только один из нескольких организующих факторов, и к тому же довольно мягкий.

²⁸René Barents, The Autonomy of Community Law, 2004, 169.

²⁹Slim Laghmani, Droit international et droits internes: vers un renouveau du jus gentium?, в: Rafâa Ben Achour/Slim Laghmani (Hrsg.), Droit international et droits internes. Developpements récents, 1998, 23-44 (41). *Жерар Тимси (Gérard Timsit)* называет высказывания о правопорядке не больше, чем обычной метафорой, ссылаясь на их слишком общий и маловыразительный в содержательном плане характер (*Gérard Timsit, L'ordre juridique comme métaphore, Droits 33 (2001), 3-18.*

национальные и международные суды. Эта тенденция, по всей вероятности, связана, с одной стороны, с быстрым распространением и возрастанием роли международных судебных инстанций, а также с сопровождающим этот процесс развитием соответствующей судебной практики. Вместе с тем, с другой стороны, она свидетельствует о том, что международное право становится все более интенсивным и специфическим и, таким образом, оно может или даже должно в конкретных спорных случаях применяться национальными инстанциями. Перенесение центра внимания на суды представляет собой, в-третьих, симптом преобладания англосаксонского правопонимания, которое концентрируется на *прецедентном праве* (*case law*).

На таком фактологическом фоне различие между абстрактно-общими правовыми нормами и конкретно-индивидуальными судебными решениями не играет больше решающую догматическую роль. Общие правила и принципы выводятся из решений судов и применяются впоследствии к другим случаям, выходящим за рамки персональных и объективных пределов действия юридической силы соответствующего решения. *Правовой порядок (система) существует в значительной степени в том виде, который придают ему правоприменительные инстанции.* Особенно это касается международных или соответственно региональных правопорядков, организованных на высоком уровне в институциональном отношении. Так, утверждается, что вследствие наличия у Европейского Суда (ЕС) и Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) обязательной компетенции, соответствующие судебные толкования определенных договорных положений, которые в ряде случаев были развиты этими судами, «выходят за фактологические рамки конкретного случая и становятся интегральной составной частью соответствующего договорного положения, разделяя с ним, тем самым, его обязательную силу».³⁰ Одним из следствий этого является то, что Федеральный административный суд ФРГ придает устоявшейся судебной практике ЕСПЧ, нашедшей отражение, в том числе, в решениях, которые были приняты *против других* государств-членов Совета Европы, важное ориентирующее действие (*Orientierungswirkung*), выходящее за рамки индивидуальных случаев, или соответственно их т.н. «нормативную директивную функцию» (*normative Leitfunktion*), которая должна в приоритетном порядке учитываться германскими судами при применении Европейской Конвенции по правам человека.³¹ К еще более далеко идущим

³⁰Jörg Polakiewicz, International Law and Domestic (Municipal) Law, Law and Decisions of International Organizations and Courts, пункт 30, в: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, www.mpepil.com, (перевод автора статьи).

³¹Федеральный административный Суд ФРГ, BVerwGE 110, 203, решение от 7-го июня 2001-го года (NVwZ 21 (2002), 87 и далее): «Толкованию ... при определенных

последствиям ведет вопрос об авторитете и обязательной силе таких решений для «третьих» акторов, не являющихся участниками соответствующего договорного режима. Так например, значимость судебной практики ЕСПЧ для Верховного Суда США³² является отнюдь не бесспорной.

В. Конституционализация

Конституционализация права, и особенно международного права, касается как систематического, так и нормативного измерения правового порядка (системы). В настоящее время ведется не общий, унифицированный дискурс о конституционализации, а скорее целый ряд разнообразных дискуссий, в которых используются соответственно различные понятия и представления о конституции, конституционализме и конституционализации.³³ Тем не менее, общим для всех этих дебатов является высказываемое сомнение относительно традиционной точки зрения, что международная сфера - это своего рода вид «конституционной ничейной земли» (*«konstitutionelles Niemandsland»*; иначе говоря, нейтральной в конституционно-правовом отношении сферы – *прим. перев.*).³⁴

предпосылках может придаваться нормативная директивная функция, выходящая за рамки решенного единичного случая, на которую должны ориентироваться государства-участники Конвенции. Если на основании устоявшейся судебной практики Суда может быть установлено наличие определенного толкования конвенционального положения, которое может быть генерализировано, то немецкие (административные) суды должны учитывать его в приоритетном порядке».

³²См. US S. Ct., *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct. 2472, 2483 (2003) к вопросу о практике гомосексуальных отношений как составной части режима конституционных прав и свобод.

³³По вопросу о типологии дискуссий о конституционализации см. *Oliver Diggelmann/Tilmann Altwicker, Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism, ZaöRV 68 (2008), 623-650* (авторы дифференцирует три основных стратегии выделения конституционных качеств в международном праве: семантические стратегии, этико-прагматические стратегии и стратегии, основанные на аналогии). Иная характеристика дискурса дается у *Jan Klabbers, Setting the Scence*, в: Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 1-44 (25-31).

³⁴*Philip Allott, Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism*, в: Jean Marc Coicaud/Veijo Heiskanen (Hrsg.), *The Legitimacy of International Organizations*, 2001, 69-103 (92) (перевод автора статьи).

1. Формирование глобального конституционного права, сопровождаемое конституционализмом

В данной статье понятие «конституционализация» используется как краткая формула для обозначения двоякого процесса: во-первых, формирования конституционного права в рамках правового порядка и, во-вторых, распространения конституционализма как интеллектуального течения. Современный конституционализм - это «традиция и способность к пониманию того, как следует действовать в мире политики». ³⁵ В качестве политического требования конституционализм несет и определенную материальную нагрузку³⁶: «конституционализм означает не просто наличие конституции, но наличие конституции особого вида; трудность может заключаться, однако, в том, чтобы определить ее содержание». ³⁷ Иными словами: конституционализм основывается не только на концепте конституции, но на вполне определенной концепции конституции. Конституционализм требует «конституционалистского» Основного Закона государства, который предписывает и устанавливает принципы господства права, разделения властей или систему «сдержек и противовесов», защиту права человека и, возможно, также принципы демократии. Исключительно лишь такого рода конституция рассматривается конституционалистами в качестве легитимной. Разумеется, «конституционалистское умонастроение» (*konstitutionalistische Geisteshaltung*), как оно было развито в отношении к государству-нации (национальному государству), не может

³⁵*Martti Koskeniemi*, Constitutionalism as a Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization, *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2007), 9-36 (9) (перевод автора статьи).

³⁶*Ulrich K. Preuss*, Constitutionalism, в: Edward Craig (Hrsg.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Bd. 2, 1998, 618-622; *Red.*, *Konstitutionalismus*, в: Joachim Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 4, 1989, Sp. 1005-1006.

³⁷*Gerhard Casper*, Constitutionalism, в: L. W. Levy/K. L. Karst/D. J. Mahoney (Hrsg.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Bd. 2, 1986, 473-480 (747). *Джозеф Х. Вайлер (Joseph H. Weiler)* и *Марлен Вунд (Marlene Wind)* указывали на то, «что существует различие между конституцией и конституционализмом. Конституционализм ... воплощает ценности, нередко не сформулированные прямо, которые лежат в основе материальных и институциональных положений конкретной конституции. На этом уровне отделение конституции от конституционализма позволило бы нам, например, утверждать, неважно правильно ли или неправильно, что для итальянской и немецкой конституций, которые хотя и отличаются существенно в своих материальных и институциональных установках, общим является, однако, схожий конституционализм, защищающий определенные нео-кантиантские гуманистические ценности, связанные с понятием правового государства» (*Joseph H. Weiler/Marlene Wind*, Introduction, в: dies. (Hrsg.), *European Constitutionalism beyond the State*, 2003, 1 (3)). Более подробно к вопросу о разграничении конституции и конституционализма см. *Olivier Beaud*, *Constitution et constitutionnalisme*, в: P. Raynaud/S. Rials (Hrsg.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 2003, 133-142 (136-142).

быть механически перенесено на международный уровень.³⁸ Здесь требуется транспозиция (транспонирование). Глобальный конституционализм может быть исключительно только конституционализмом «в новой тональности».³⁹ У него имеются как дескриптивные (описательные), так и прескриптивные (предписывающие) элементы. Он претендует не только на то, чтобы описывать определенные характерные черты *статус кво* (*status quo*) международных отношений, но и стремится представить также аргументы для их дальнейшего развития и совершенствования в определенном направлении.

Процессуальное понятие конституционализации, взятое в данной статье за основу, предполагает, что конституционалистский Основной Закон (равно как и любой другой) может формироваться в ходе весьма продолжительного по времени процесса. Однако, этот процесс, в любом случае, является зависимым от предшествующего и последующего развития (*pfadabhängig*) и, соответственно, не является всеобъемлющим и равномерным, а, как правило, неравномерен в различных своих секторах и внутри себя обнаруживает определенные разрывы. Конституционализация подразумевает далее, что в рамках конкретного правопорядка конституционные (или квази-конституционные) свойства и конституционалист(иче)ские качества могут как нарастать, так и, наоборот, убывать. Правовой документ может быть лишь более или менее похож на конституцию, а также иметь лишь более или менее конституционалистское содержание. Иначе говоря, он может быть, так сказать, конституцией в процессе становления.

Таким образом, глобальный конституционализм - это ключевой девиз для непрерывного, но отнюдь не линейного процесса постепенного формирования и сознательного создания квази-конституционных и конституционных элементов в международном правовом порядке. Возникающий таким образом конституционный и конституциональный профиль международного правопорядка в отдельных областях права развит лучше, в других - хуже. Прежние образцы и прототипы (правового) сосуществования и сотрудничества продолжают сохраняться также и в рамках в целом более четко конституционализированного мирового порядка.

³⁸См. *Bardo Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, 170: Конституционная идея в международном праве должна пониматься, скорее, как автономная концепция, а не как экстраполяция. По сравнению с национальным конституционализмом, международный конституционализм - это не своего рода облегченная версия, а просто нечто иное.

³⁹*Neil Walker*, *The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key*, в: G. de Burca/J. Scott (Hrsg.), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, 2001, 31-59 (перевод автора статьи).

2. Конституциональные элементы в международном праве

В 1758-ом году один из основателей «классического» международного права *Эмерих фон Ваттель* (*Emer de Vattel*), дал следующее определение конституции (национального) государства: «фундаментальное регулирование, которое определяет, как должна осуществляться Публичная Власть – это и есть то, что составляет Конституцию Государства».⁴⁰ Если данное понятие «транспонировать» в международную тональность,⁴¹ то «международную конституцию» можно было бы обозначить как совокупность наиболее важных норм, регулирующих политические отношения и деятельность в глобальной политической сфере. Действительно в этом смысле существует традиционная международно-правовая научная терминология и концепция.⁴² Тем не менее, более предпочтительным представляется термин «международное конституционное право», так как он сигнализирует, что соответствующая правовая масса кодифицирована не в одном единственном документе, но рассеяна в различных договорных инструментах, правовых текстах, носящих характер т.н. «мягкого права», а также в обычном праве.⁴³ Тем самым также постулируется, что эти нормы (правила и принципы) с потенциально конституционным качеством не обязательно должны иметь приоритет перед «обычным» международным правом (по данному вопросу см. ниже, раздел V).

Таким образом, глобальное конституционное право - это подмножество международных правил и принципов, которые имеют настолько существенное значение, что они заслуживают наименование «конституционных» или «квази-конституционных».⁴⁴ Их значимость определяется по функциональному принципу. В международном праве качеством конституционного права могут наделяться только такие основополагающие нормы и структуры, которые выполняют типичные

⁴⁰*Emer de Vattel*, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires de Nations et des Souverains*, 1758 (repr. 1916), livre I, chap. III, § 27.

⁴¹Как уже говорилось, международная или глобальная конституция не может достигаться посредством того, что типичная конституция государства будет просто поднята на более высокий уровень.

⁴²*Alfred Verdross*, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, предисловие; *Georges Scelle*, *Précis de droit des gens: Principes et systématique*, deuxième partie: Droit constitutionnel international, 1934, особенно стр. 4 и стр. 9-11; *Sir Humphrey Waldock*, *General Course on Public International Law*, *Recueil de Cours* 106 (1962-II), 5 (7).

⁴³Другим определением для характеристики этого положения дел мог бы быть термин «конституция в материальном смысле», но не конституция в формальном смысле.

⁴⁴В этом смысле также *Stefan Kadelbach/Thomas Kleinlein*, *Überstaatliches Verfassungsrecht: zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, AVR 44 (2006), 235-266 (236 и 238): «В международном праве речь идет о «новых нормативных пластах особого рода».

конституционные функции.⁴⁵ Сюда относится, прежде всего, *нормативно-директивная функция (normative Leitfunktion)*. В результате того, что нормируются определенные принципы, реализация которых рассматривается в качестве обязательной, конституционное право выполняет *функцию символа и идентификации (Symbol- und Identifikationsfunktion)*. Во-вторых, у конституционного права имеется также и организационная функция. Оно устанавливает основы институциональной организации и компетенции, а также одновременно ограничивает, вместе с тем, власть соответствующих институтов. Кроме того, конституционное право нормирует условия и процедуры правотворчества и правореализации. Оно регулирует также права и обязанности всех правовых субъектов (*Rechtsunterworfenen*) по отношению к политической власти. Наконец, конституции содержат правила, регулирующие процедуру ее собственного изменения.

В любом случае, правила и принципы, которые выполняют именно эти функции, нередко встречаются в международном праве лишь в рудиментарной форме. По этой причине данные нормы могут квалифицироваться как глобальное конституционное право, т.е. как конституционное право в международном праве. Тем не менее, необходимо учитывать, что отнюдь не любое (относительно значимое и существенное) правовое оформление или опосредование международных отношений, т.е. Придание им правовой формы (*Verrechtlichung*; в русскоязычной литературе для перевода этого понятия используются и другие термины, например, юридизация, узаконение, нормативное регулирование, правовая регламентация и т.д. - *прим. перев.*) представляет собой конституционализацию. Инфляционное употребление этого термина делало бы его точное описание крайне нечетким и вследствие этого малоэффективным. Поэтому конституционализация международных отношений должна и может быть отграничена от их всего лишь «легализации» (*Legalisierung*)⁴⁶. Конституционное право - это особый вид права.⁴⁷ Тем самым, конституционализация представляет собой более

⁴⁵К вопросу о содержании и функциях конституции государства см. *Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1914, 505*: «конституция государства включает в себя, как правило, правовые нормы, которые обозначают высшие органы государства, устанавливают порядок их формирования, их взаимное отношение и их сферу деятельности, и, наконец, регулируют принципиальное положение индивида по отношению к государственной власти».

⁴⁶*Kenneth W. Abbott/ Robert O. Keohane/ Andrew Moravcsik/ Anne-Marie Slaughter/ Duncan Snidal, The Concept of Legalization, International Organization 54 (2000), 401-419.*

⁴⁷Глобальное конституционное право пересекается с глобальным административным правом, как это определил *Бенедикт Кингсбери (Benedikt Kingsbury)* и другие авторы, «включая механизмы, принципы, методы, а также поддерживая социальные интерпретации и договоренности, которые устанавливают или иным образом затрагивают ответственность глобальных административных органов, в частности

специфический, а также требовательный феномен, чем легализация. Она имеет следствием также и *повышенную нормативность (normativité renforcée)* правового порядка (системы).

3. Конституциональные элементы в международном праве

Как следствие возникает вопрос, имеются ли в международном праве не только конституционные, но также и конституционалист(иче)ские элементы, и как они соотносятся с концепцией правопорядка и соответственно с вопросом о соотношении между правопорядками.

а) Нормативный индивидуализм

Конституционализированный мировой порядок представляет собой глобальную конституционную общность, членами которой являются индивидуумы, государства, международные организации, неправительственные организации и экономические акторы. Индивидуумы наделяются в последнее время все большими правами, и помимо основополагающих прав человека, одновременно на них также возлагаются и определенные международно-правовые обязанности, например, запрет совершать международно-правовые преступления. Уже в действующем международном праве они пользуются статусом глобального *жителя (bourgeois)*. Впрочем, также существует - пока относительно слабая - тенденция к предоставлению индивидуумам полномочий как участникам процесса международного правотворчества. Тем самым, их статус может потенциально вырасти до статуса подлинных *граждан мира (citoyens)*.⁴⁸

гарантируя, чтобы их деятельность отвечала соответствующим стандартам прозрачности, участия, принятия обоснованных решений и законности, и предусматривая возможность эффективного контроля устанавливаемых ими правил и принимаемых ими решений.» *Benedict Kingsbury/Nico Krisch/Richard B. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, Law and Contemporary Problems* 68 (2005), 15-61 (17). Принципы справедливого процесса, пропорциональности, законности и прозрачности касаются, все без исключения, отношений между публичной властью и гражданином и имеют двоякую природу как административно-правовые и как конституционно-правовые принципы. Кроме того, любая деятельность органов (административного) управления должна основываться на конституционных принципах. По этой причине трудно и, возможно, вовсе и не необходимо, проводить строгое различие между движением за глобальное административное право и глобальным конституционализмом.

⁴⁸По данному вопросу см. *Anne Peters*, в: Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 296-313.

Конституционный статус государств имеет вспомогательное, служебное значение. Государства лишь постольку являются легитимными субъектами конституционализованного международного порядка, поскольку они оказывают содействие удовлетворению потребностей людей. При таком подходе, государства продолжают оставаться незаменимыми структурами как пункты кристаллизации (коллективной) идентичности, как первичные субъекты принятия и исполнения правовых норм, а также как посредник между общественными акторами, представляющими противоположные интересы. Подобная целевая обусловленность (*Finalität*) требует, однако, установления для государств конституционных ограничений.⁴⁹

Встает, тем не менее, вопрос, как подобное центральное нормативное положение индивидуума, постулируемое глобальным конституционализмом, соотносится теперь с проблемой отношения между международно-правовым и внутригосударственным правопорядками? *Гаэтано Аранджо-Руиз (Gaetano Arangio-Ruiz)* подразделил современную науку международного права на две крупные теоретические «школы», а именно, на концептуальное направление, которое рассматривает международное право как «межгосударственную систему» (или порядок), с одной стороны, и теории, которые понимают международное право как «межиндивидуальную систему» (*inter-individuelles System*). По его мнению, эти две группы примерно соответствуют более ранним школам дуализма и монизма.⁵⁰

Действительно, в рамках традиционных концептуальных структур (монизм против дуализма, по данному вопросу см. ниже, часть II.B.) международная правосубъектность индивидуума вообще представляла возможной исключительно с монистической точки зрения. Так например, *Ганс Кельзен* в своей Гаагской лекции по вопросу о «системных отношениях» между национальным и международным правом решительно отстаивал точку зрения, что индивидуумы собственно и являются истинными субъектами международного права.⁵¹ В противоположность этому, ведущие теоретики дуализма отрицали наличие у индивида международной правосубъектности. *Дионисио Анцилотти (Dionisio*

⁴⁹*Peters*, Constitutionalization, 2009, 179-201.

⁵⁰*Gaetano Arangio-Ruiz*, Dualism Revisited: International and Interindividual Law, *Rivista di diritto internazionale* 96 (2003), 909-999 (914 и сл.).

⁵¹См., в первую очередь, *Hans Kelsen*, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, *Recueil des Cours* 14 (1926/IV), 231-329 (281): «Идея, что между Государством и индивидами, и соответственно между Государством и другими Государствами, существуют отношения, которые не являются отношениями между индивидами, это просто иллюзия, которая объясняется не иначе как недопустимым гипостазированием Государства в сверхчеловека». См. также работу другого ведущего представителя монизма, *Georges Scelle*, *Précis de droit des gens: Principes et systématique*, vol I, Introduction, le milieu intersocial, 1932, 42: «Только индивиды являются правовыми субъектами в международном праве.»

Anzilotti) говорил об «очевидном смещении международного правопорядка с мнимым общим «правом человечества», с «несуществующим правопорядком человечества».⁵² *Хайнрих Трипель (Heinrich Triepel)* считал «прежде всего, невозможным, чтобы «норма одного правопорядка вступала в конфликт с нормой из другого правопорядка. Это имеет самое существенное значения с нескольких сторон. Во-первых, для всех законоподданных государства. Ни в каком отношении ими не управляют ... международно-правовые нормы. Международное право не наделяет их никакими правами и не направляет по их адресу какие-либо приказы и запреты. Таким образом, их обязанности по отношению к их государству или согражданам не могут никогда, и это является самым главным, вступить в противоречие с международно-правовыми обязанностями; ибо таковых у них нет».⁵³ В конечном счете, для *Трипеля* речь шла о лояльности «подданных», благодаря чему его теория приобрела, по меньшей мере латентно, антидемократический импульс: «по этой причине обязанность государственных подданных подчиняться предписаниям государственных законов, независимо от того, как они соотносятся с правами народов, является абсолютно безусловной».⁵⁴

Разумеется, подобная политико-правовая программа диаметрально противоположна современному конституционализму. Последний исходит из того, что формальные разграничительные линии между правопорядками не имеют особого значения. Здесь устанавливается, что индивид может быть адресатом международно-правовых прав и обязанностей, а также то, что он во все возрастающей степени является таковым. Индивидуум является носителем «международных субъективных прав» (*Эвелин Лагранж, Evelyne Lagrange*), и представляется несущественным, что, как правило, они могут быть эффективно осуществлены только тогда, когда

⁵²*Dionisio Anzilotti*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, 1929 (перевод третьего издания 1927-го года), 97. «Нормы, которые, якобы, предоставляют индивиду права, в действительности устанавливают обязанность или правомочие государства гарантировать эти права. Индивид пользуется данными правами не в силу международно-правовой, а в силу внутригосударственной нормы. Нормы обычного права или договоры, которые, казалось бы, возлагают обязанности на отдельных индивидуумов, в действительности обязывают государство к тому, чтобы оно запретило определенные действия индивидов и установило за них наказание, или управомачивают его на это, если в ином случае это было запрещено. Однако обязательство для индивида существует только в том случае, если заинтересованное государство создало соответствующий правопорядок; действует принцип *nullum crimen sine lege* (нет преступления без указания о том в законе). Также и нормы, которые, казалось бы, предоставляют индивидам права, в действительности обязывают или управомачивают государство к тому, чтобы оно обеспечило эти права. Индивид пользуется этими правами не в силу международно-правовой, а в силу внутригосударственной нормы (98).

⁵³*Heinrich Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, 254.

⁵⁴*Triepel*, 261.

они реализуются соответствующим государством. Также несущественно, что эти правовые позиции должны осуществляться, в первую очередь и прежде всего, в национальном праве.⁵⁵ В свою очередь, и авторы, которые принимают (секторальную) конституционализацию правопорядка Европейского Союза, постулируют за европейскими гражданами, организованными на различных уровнях управления, качество первичных легитимационных субъектов европейского конституционного права.⁵⁶ Поскольку современный конституционализм преследует ту же политико-правовую цель, что и исторический монизм, и понимает международное право как «межиндивидуальную систему», постольку он может считаться своего рода «продолжением монизма другими средствами».

b) Реконструкция государственного суверенитета

Конституционализация означает также, что принцип государственного суверенитета вытесняется с его позиции в качестве конечного обоснования международного права.⁵⁷ Нормативный статус суверенитета выводится из статуса гуманности (человечности) и из правового принципа, утверждающего необходимость уважения и обеспечения человеческих интересов, потребностей и защищенности людей. В этом отражается также и целенаправленность международного правопорядка. Гуманность в нормативном смысле является основой международно-правового порядка, так как государства - это не самоцель, а структуры, оправдание которых заключается в выполнении публичных функций и обеспечении определенных ценностей, которые, со своей стороны, являются необходимой предпосылкой сосуществования людей в условиях мира и безопасности. Государственный суверенитет продолжает иметь для международного права основополагающее значение только в онтологическом смысле, так как взаимное уважение государствами их суверенитета создает «горизонтальную» систему акторов, равностоящих по отношению друг к другу, и направляет деятельность по международному правотворчеству.

⁵⁵*Evelyne Lagrange*, L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye, 2010 (готовится к публикации), Kapitel 1.

⁵⁶*Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, с. 390-392, 651-662; *Ingolf Pernice*, Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes, в: Christian Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2006, 61-92 (64-62): «гражданин как исходный пункт европейской идеи» (64). «Публичная власть на наднациональном уровне первично учреждается гражданами каждого отдельного государства-члена совместно с гражданами других государств-членов посредством договора и вверяется созданным учреждениям». (66 и сл.).

⁵⁷*Anne Peters*, Humanity as the A and Ω of Sovereignty, EJIL 20 (2009), с. 513-544.

Гуманизированный государственный суверенитет подразумевает обязательство по защите основных прав человека и ответственность правительств перед индивидуумами. Если человеческие потребности берутся в качестве исходной точки, то фокус сдвигается от прав государств к их обязанностям по отношению к индивидам. Государство, которое не выполняет эти обязанности, утрачивает - во всяком случае временно - свой суверенитет. В рамках многоуровневой системы и с учетом принципа солидарности возможность потери или временной утраты суверенитета ведет к субсидиарной ответственности международной общественности, которая действует через Совет Безопасности ООН. Это изменение парадигм связано с представлением о международном праве как правовом порядке, поскольку оно исключает доправовое понятие государственного суверенитета. Суверенитет в смысле международного правопорядка конституируется самим этим порядком.⁵⁸

с) *Фундаментальные конституционные ценности*

Конституционализация заключается далее в том, что определенные основные ценности, как например, защита права человека, охрана климата и свободная торговля, получают всемирное признание, которое находит свое выражение, в том числе, и в факте практически универсальной ратификации соответствующих многосторонних договоров. Эти договоры служат, в первую очередь, целям защиты признанного международного публичного интереса, глобального *публичного порядка*, а не целям осуществления на взаимной основе, прежде всего, государственных интересов. Не случайно эти договоры обозначаются как глобальные «*нормативные договоры*» (*Ordnungsverträge*).⁵⁹

Разумеется, проявляющийся здесь универсальный консенсус носит слишком неопределенный и общий характер, и одновременно основные проблемы кроются именно в деталях. Кроме того, можно также наблюдать, что ратификации, которые нередко являются исходно стратегическим маневром, не обязательно означают внутреннее признание принципов и конкретных обязательств, установленных в договорах, и не всегда ведут к

⁵⁸*Bruns*, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, 1929, с. 11: «Статус правового субъекта в правовом сообществе означает подчинение идеям и целям сообщества, *подчинение порядку сообщества*.» (выделение автора). «Сущность сообщества и его порядка заключается в подчинении индивида общему целому, лишь через него он обретает право на существование и свободу. Основой международного правопорядка является не суверенитет государств, скорее наоборот, право государства в сообществе [12] простирается настолько, насколько последнее *посредством* своего порядка гарантирует ему независимость и самостоятельность.»

⁵⁹*Jost Delbrück*, в: *Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, Völkerrecht*, Bd. 1/3, 2. Aufl. 2002, 523, 619 и далее.

действительным изменениям соответствующей государственной практики. Формальное признание универсальных договоров представляет собой, таким образом, не завершение, а только начало конституционализации международного права.

В свою очередь, эта грань конституционализации оказывает влияние на отношение между различными правовыми порядками. Признание универсальных ценностей подрывает собственно разграничение между международным правом и правом национальным: «Довольно беспомощное на внутригосударственном уровне понятие приоритета международного права заменяется понятием приоритета универсальных ценностей, которое оказывается в состоянии преодолеть водораздел между национальной и интернациональной сферой».⁶⁰ Также и в этом отношении конституциональный подход оказывается в какой-то мере неомонистическим (*neo-monistisch*).

d) Демократизация международного права

До сих пор эмпирически наименее развитым измерением конституционализации является демократическое измерение.⁶¹ Ввиду почти универсального признания демократии в качестве «золотого стандарта» легитимации политического господства,⁶² и четкого закрепления демократического принципа как международно-правового требования в отношении законности внутренней организации государств, конституционализация международного права была бы несовершенна, если бы она не включала в себя также и демократизацию последнего.⁶³ При условии, что любая власть над людьми должна быть легитимирована демократическим путем, демократические процедуры должны устанавливаться на всех уровнях (государственного) правления. Это требует, в самую первую очередь, совершенствования и укрепления *внутригосударственных* демократических структур, что и признается действующим международным правом.⁶⁴

⁶⁰ *Janne Nijman/André Nollkaemper*, Beyond the Divide, в: dies. (Hrsg.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, 341-360 (342-348, цитата на с. 343).

⁶¹ По данному вопросу *Peters*, *Constitutionalization*, 2009, 263-341.

⁶² *Allen Buchanan/Robert O. Keohane*, *The Legitimacy of Global Governance, Ethics and International Affairs* 20 (2006), 405-437 (416).

⁶³ Более основательно по данному вопросу *Steven Wheatley*, *The Democratic Legitimacy of International Law*, 2010.

⁶⁴ *Gregory Fox*, *Democracy, Right to, International Protection*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009; *Jean d'Asprémont*, *L'Etat non démocratique en droit international*, 2008; *Peters*, *Constitutionalization*, 2009, 273-286 с дальнейшими ссылками.

Уже благодаря этому, *опосредованно* осуществлялась бы также и демократизация международного правотворчества (а именно, формирования первичного международного права и правотворческой деятельности международных институтов и учреждений). Ибо если индивиды представлены на международном уровне *демократически легитимированными* правительствами, то и принятые этими представителями правила и политические решения могут считаться, хотя и весьма косвенно, легитимированными демократическим путем.

Однако, даже если все государства мира стали бы совершенными демократиями, этот способ опосредованного демократического участия не был бы достаточен, чтобы достичь минимально требуемого уровня демократической легитимности глобального правления. Причины этого лежат в самом характере межгосударственных отношений, строящихся, скорее на олигархической, чем на равноправной основе, преобладании исполнительно-распорядительных органов государства во внешней политике, недемократической внутренней структуре международных организаций и, наконец, динамике международных договорных режимов, которые превращают в фикцию обратную связь с парламентским правомочием, так как последнее практически равноценно выдаче своего рода «карт-бланш».

Концепция «цепочек легитимизации», которые должны вести от международных организаций через представленные в них правительства к национальным парламентам и оттуда к гражданам, не является убедительной. Слишком различаются соответствующий «избирательный корпус» («*constituencies*»). Это принципиально разные вещи, может ли гражданин выбирать своего представителя в публичный коллективный орган Объединенных Наций или же он выбирает представителя в национальном парламенте, который затем формирует правительство, которое, в свою очередь, командирует своего чиновника в международную организацию. Сумма национальных избирателей еще не образует глобальный электорат.

Всеобъемлющая и в формально отношении совершенная внутригосударственная демократизация не является достаточной также и потому, что глобализация оказывает (негативное) влияние на внутригосударственную демократию трояким образом. Во-первых, ограниченная способность национальных государств решать (современные) проблемы ущемляет национальное (демократическое) самоопределение. Во-вторых, деятельность государства во взаимосвязанном мире в возрастающей степени приобретает экстерриториальную значимость и вследствие этого затрагивает людей, которые не выбирали политиков и законодателей, принимающих соответствующие решения. В-третьих, комплексный характер подлежащих

решению проблем требует интенсивного подключения и участия экспертов-специалистов, которые не избираются, а назначаются, за счет чего демократия вытесняется технократией.

Вследствие упомянутых дефицитов надгосударственной демократии, опосредуемой национальными демократическими государствами, граждане должны иметь возможность участвовать в демократической деятельности на надгосударственном уровне, независимо от их посредников, государств, или соответственно, наряду с ними. Начало этому могло бы положить создание в международных организациях парламентских структур и учреждений, которые здесь до сих пор отсутствуют (например, в ООН или в ВТО). Существующие на сегодняшний день чисто консультативные полномочия подобных структур могли бы быть, в свою очередь, усилены.

Однако, подобная дуальная модель, так сказать, внутригосударственной и межгосударственной демократии, дополненная элементами плебисцитарно-демократического политического участия «граждан мира», страдает от важного внутреннего и, в конечном счете, неразрешимого противоречия. Причина этого заключается в том, что точкой отсчета и ориентиром демократии являются индивиды, которые, однако, в мире всевозможных политических структур неизбежно продолжают оставаться частично опосредованными их государствами. При ближайшем рассмотрении можно констатировать наличие двух принципиальных противоречий: во-первых, между принципом равноправия государств и принципом равенства граждан и, во-вторых, между решениями, принимаемыми по принципу большинства, с одной стороны, на межгосударственном и, с другой стороны, на внутригосударственном уровне. Первое противоречие следует из того, что равенство, участие и представительство государств в международных организациях не гарантирует равное представительство (в них - *прим. перев.*) граждан мира, поскольку государства сильно различаются по численности своего населения. «Равенство» государств, обладающих разным по численности населением, скорее наоборот, приводит к искаженному представительству граждан мира. Другое противоречие следует из того, что персонализированная концепция демократии должна учитывать демократическое формирование политической воли граждан в пределах государства, что ведет к следующему парадоксу. На межгосударственном уровне принцип единогласия предстает нелегитимным и недемократическим, поскольку меньшинство (государство) может не допустить принятие соответствующего международно-правового юридического акта. В свою очередь, подобное право вето (*Vetomacht*) необходимо, чтобы обеспечить «интраперсональный» характер принятия решения на более «низком» уровне, то есть на уровне более мелких политических единиц («интраперсональный» характер процесса принятия

решения в коллективе предполагает учет мнения определенных отдельных составных частей этого коллектива - *прим. перев.*). Так как, «демократическое» решение большинства на межгосударственном уровне обеспечивало бы поражение (национальных) государств, оказавшихся в меньшинстве. Если же, однако, политическая позиция этих государств была результатом решения большинства, демократически принятого на внутригосударственном уровне, то иное политическое решение, принятое «сверху», будет восприниматься как недемократическое и навязанное (октруа). И это даже несмотря на то, что подобное решение было принято в рамках межгосударственных «демократических» процедур. С учетом того, что конечным ориентиром и основой демократии являются индивиды, применение «правила большинства» на межгосударственном уровне имеет, таким образом, и положительные, и отрицательные последствия.

Проблема соотношения различных правовых порядков проявляется также и в этом плане. Если бы между ними существовала четкая иерархия, то конфликт между обоими уровнями принятия решения был бы решен в соответствии с правилом приоритета. Ввиду отсутствия подобной иерархии правопорядков (по данному вопросу см. ниже, раздел V), следует искать иные техники предотвращения конфликта и координации.

4. Конституционализация как компенсация

Феноменом, дополняющим процесс конституционализации международного права является интернационализация национального конституционного права.⁶⁵ Так, сегодня можно наблюдать не только так называемое «вертикальное» открытие национальных государственных конституций, но и «горизонтальную» гармонизацию национального конституционного права, в том числе и через экспортированные в международное право и вновь ре-импортированные правовые принципы. Одновременно мы наблюдаем, тем не менее, также и разрушение или выхолащивание национального конституционного права структурами глобального (у)правления, т.е. перенос (у)правления на глобальный уровень в целях решения глобальных проблем. Вследствие этого, (у)правление становится заметно более исполнительным (*exekutivlastig*; ориентированным преимущественно на исполнительно-распорядительную деятельность - *прим. перев.*) и, как уже указывалось выше, более недемократичным. Для сохранения достижений конституционализации,

⁶⁵*Brun-Otto Bryde*, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, *Der Staat* 42 (2003), с. 61-75; *Anne Peters*, *The Globalisation of State Constitutions*, в: *Janne Nijman/André Nollkaemper (Hrsg.), New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, с. 251-308.

должны быть соответственно приняты компенсаторные контрмеры.⁶⁶ Это может осуществляться, прежде всего, закреплением конституционных принципов и механизмов на международном уровне. «Компенсаторный» в этом смысле конституционализм рассматривает различные правовые порядки в качестве «сквозной» системы (или сообщающихся систем). Идея или принцип компенсации предполагает, что дефициты в одном правовом порядке могут уравновешиваться проведением реформ в другом.

II. Множественность правовых порядков и конституционализация

A. Вопрос идентичности

Вопрос о том, существует ли один единый правовой порядок или же имеются несколько правовых порядков, должен, по идее, отвечать на предварительный вопрос об идентичности правового порядка. Что же собственно является понятийно-образующим признаком правового порядка? При ответе на данный вопрос чаще всего используется правопозитивистский критерий. Согласно этому критерию, о едином правовом порядке может идти речь тогда, когда в основе всей совокупности правовых норм лежит один общий источник, так сказать один общий авторитет.⁶⁷ Если же существуют несколько различных источников, то соответственно действуют два различных правовых порядка. Источник может определяться и детерминироваться десигнистически (т.е. на основе полномочия принимать решение – *прим. перев.*) (суверен, *Джон Остин*

⁶⁶*Anne Peters*, Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), с. 579-610.

⁶⁷В целом по данному вопросу см. *Carlos E. Alchourrón/Eugenio Bulygin*, Normative Systems, 1971, с. 4 («происходящие из одного и того же общего источника»); *Raz*, Concept of a Legal System, 1970, с. 18 («принцип происхождения»: «принадлежность норм к правовой системе и идентичность системы полностью определяется происхождением норм»).

(*John Austin*)⁶⁸, аналитически (основная норма, *Ганс Кельзен*)⁶⁹ или фактологически (правило признания, *Херберт Л. А. Харт*)⁷⁰. Но действительность и эффективность критерия общего, единого источника (во всех трех вариантах) является, скорее, незначительной. С одной стороны, только от норм (в отношении которых уже есть уверенность, что они принадлежат к данному правопорядку) можно прийти к источнику, но не от источника к нормам.⁷¹ С другой стороны, этот критерий не работает в системах, в которых место нахождения конечного правового источника (что характерно, например, для отношений в рамках федеративных систем, а также в рамках ЕС) не может быть локализовано с полной ясностью.

Ответ на вопрос о том, представляют ли «национальное право - европейское право - международное право» один единый правопорядок или же несколько правопорядков, может, однако, определяться, в свою очередь, в зависимости от правовых объектов (актов) или правовых субъектов. Здесь ситуация действительно предстает предельно ясной. С одной стороны, и для международного, и для коммунитарного, и для государственного права характерны действующие в их рамках специфические виды правовых источников и типы правовых актов (договор, директива, закон, и т.д.). С другой стороны, органы правотворчества и круг правовых субъектов в международном праве, в праве Евросоюза и в государственном праве, хотя и пересекаются друг с

⁶⁸См. например *John Austin*, *Lectures on Jurisprudence: Or the Philosophy of Positive Law*, 1911, с. 221 суверенитет является критерием «политического и независимого общества». *Id.*, с. 226: „A society political but subordinate is merely a limb or member of a society political or independent. All the persons who compose it, including the person or body which is its immediate chief, live in a state of subjection to one and the same sovereign.“

⁶⁹*Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, с. 62: «Что же обосновывает единство множества правовых норм? Почему определенная правовая норма принадлежит определенному правовому порядку?» - «Множество норм образует единство, систему, порядок при условии, если их действие может быть сведено к единственной норме как конечному основанию этого действия». Уже в несколько менее нормативистском ключе см. *Hans Kelsen*, *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*, AöR 32 (1914), с. 208: «Единую систему образуют те нормы, которые исходят от одного и того же авторитета».

⁷⁰*Hart*, *Concept of Law*, 1984, с. 97-120. «Правило признания это ультимативное правило системы» ([T]he rule of recognition is the ultimate rule of a system) (*id.*, с. 103).

⁷¹Ибо лишь когда известно, какие именно нормы принадлежат к данному правопорядку, можно со всей определенностью идентифицировать акты правотворчества и на этой основе определить источник права. *Joseph Raz* формулирует, что концепция основной нормы «не вносит ничего существенного в вопрос о критериях идентичности или принадлежности членства» (присущности определенному правопорядку). Она в состоянии объяснить исключительно структуру определенного правопорядка, при условии, что вопрос об идентичности (принадлежности) уже нашел свое решение иным образом (*Raz*, *Concept of a Legal System*, 1970, с. 100-104, в частности с. 102).

другом, но, тем не менее, не идентичны.⁷² Соответственно, если за основу брать эти критерии, то речь должна вестись о нескольких различных правопорядках.

В. Монизм и дуализм

Именно на выше упомянутых структурных признаках строились основные теоретические работы по вопросам соотношения между международным правопорядком и государственными правопорядками в начале XX-ого столетия. Они описывали его либо как «монистическое», либо как «дуалистическое».

Как известно, классический дуализм утверждал, что международное право и государственное право - это совершенно разделенные друг от друга правопорядки, «два круга, которые самое большее соприкасаются, но никогда не пересекаются».⁷³ Из этого следовало, что международное право должно было быть трансформировано и могло быть соответственно отменено (дерогировано) последующим национальным законом (*lex posterior*), и следовательно, что государства могли индивидуально управлять применением и действием международно-правовых норм.

В противоположность этому, классический монизм, например, в трактовке *Ганса Кельзена*, исходил из того, что два на первый взгляд различных нормативных комплекса образуют единый правовой порядок. Это достигалось либо за счет того, что один порядок рассматривался как подчиненный или производный от другого, в том смысле, что первый имел основание своего действия в норме последнего, либо за счет того, что оба они рассматривались как подчиненные и производные от третьего правопорядка.⁷⁴ Соответственно, международное право и государственное право представляли составными частями одного единого правопорядка.⁷⁵ Монистическая концепция международного права, коммунитарного права и национального права с равным успехом могла теоретически обосновываться как пирамиду норм, где наверху находится международное

⁷²Например, адресатами международного права (т.е. кругом субъектов, связанных международным правом) являются государства, граждане, международные организации и т.д. Адресатами права Евросоюза являются его органы, государства-участники и их органы, граждане ЕС. Адресатами национального права являются органы и граждане соответствующего государства.

⁷³*Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, с. 111.

⁷⁴*Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, с. 137.

⁷⁵Помимо разработок Кельзена, см. также *Georges Scelle*, *Précis de droit des gens: Principes et systématique*, première partie, 1932, с. 32 и сл.

или наднациональное право, так и пирамиду норм, на вершине которой находится государственное право⁷⁶. Иными словами, эта концепция вряд ли может служить основанием для решения вопроса об иерархии правовых норм (см. ниже, часть V).

Сегодня многие считают этот теоретико-правовой спор устаревшим, и, кроме того, классические доктрины едва ли пригодны для характеристики отношений между государственным правом и правом ЕС,⁷⁷ или правом ЕС и международным правом.⁷⁸ Современная правовая практика демонстрирует множественность правопорядков. Реальность, если рассматривать с формальной точки зрения, является дуалистической или «плюралистской» в смысле Мишеля Виралли (*Michel Virally*)⁷⁹. Даже государства, которые сделали выбор в пользу «монистической» системы, реализовали это, формально исходя из собственного суверенного решения, и они могут в принципе пересмотреть его, как это, например, дискутируется в последнее время в Швейцарии.⁸⁰ В свою очередь, и международно-правовые учреждения и институты, в частности, суды, не утверждают, что международное право само определяет способ и формы его применения в национальном праве, равно как и его общий статус и положение в национальном правопорядке.⁸¹ К примеру, недавно Международный Суд ООН решил, что вопрос о непосредственной применимости («*direct effect*») его более раннего постановления в самом этом постановлении не решался. Скорее наоборот, способы и формы

⁷⁶См. *Hans Kelsen*, Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, ZaöRV 19 (1958), с. 241-243. См. также *Kelsen*, Begriff der Rechtsordnung, 1958, с. 160: Решение вопроса об иерархии норм «зависит от того, берется ли при конструкции отношения между международным правом и государственным правом в качестве его исходной точки государственный правопорядок или же международный правопорядок. Первое означает примат государственного права, второе - примат международного права. Обе конструкции носят монистический характер.»

⁷⁷Международно-правовая терминология уже по той причине не подходит для права Евросоюза, поскольку она не может определить статус «вторичного» права Евросоюза.

⁷⁸По данному вопросу см. *Anne Peters*, The Position of International Law in European Community Law, German Yearbook of International Law 40 (1997), с. 9-77.

⁷⁹*Michel Virally*, Sur un pont aux ânes. Les rapports entre droit international et droits internes, в: Mélanges offerts à H. Rolin. Problèmes du droit des gens, 1964, с. 488 и далее (с. 503-505). Международное и национальное право, в том, что касается форм правотворчества, являются двумя отличающимися и автономными категориями, но они не полностью обособлены друг от друга («*non rigoureusement séparées*»).

⁸⁰Доклад Федеральному Собранию Nr. 07.3764 «Соотношение между международным правом и национальным правом», представлен Комиссией по правовым вопросам палаты парламента 16-го октября 2007-го года (Amtliches Bulletin 2007, с. 1093 и след.).

⁸¹См. *Delbrück*, Völkerrecht, Bd.I/1, 1989, с. 101: Международное право требует исключительно лишь того, чтобы государства его эффективно применяли, и оставляет на усмотрение самих государств, как они это делают.

реализации постановлений Международного Суда остаются на усмотрении заинтересованного государства.⁸² Решающее значение имеет здесь то обстоятельство, что ключ к применению международного права лежит в самом национальном праве.⁸³ С этой точки зрения соотношение между правом ЕС и национальным правом государств-участников обнаруживает существенное отличие. Здесь условия применимости первого в национальных государственных правопорядках в значительной степени диктуются Европейским Судом (и в этом смысле оно предстает «монистическим»). *На уровне внешних отношений*, т.е. в отношении международного правопорядка, Европейский Суд ведет себя как квази-государственный суд: он оставляет за собой право определять порядок действия и статус международного права во внутреннем правопорядке ЕС. Суд практически постоянно постулировал приоритет европейских договоров перед международным правом,⁸⁴ но в то же время в решении по делу *Kadi* он подчеркнул, что данная иерархия норм имеет значение и действует только для внутренних целей, и касается не формальной, и только лишь т.н. «материальной правомерности» (*interne Rechtmässigkeit*). Этим абсолютно не затрагивается приоритет международного права «на уровне международного права» и с точки зрения самого международного права.⁸⁵ Такой подход является действительно дуалистическим в классическом смысле.

С. Взаимное открытие, согласование и взаимодействие правопорядков

1. Международное право - национальное право

⁸²Международный Суд ООН, Постановление от 19-го января 2009-го года (*Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*). Тем самым данный вопрос не мог быть предметом интерпретационного решения в соответствии со ст. 60 Статута Международного Суда (в частности, пункт 44 Постановления от 19.01.2009).

⁸³Более подробно по данному вопросу см. *Arangio-Ruiz, Dualism Revisited*, 2003, с. 909-999 (с. 922).

⁸⁴См. решение Европейского Суда Rs. C-420/05P и C-415/05P, *Kadi and Al Barakaat*, Постановление Суда (Большая Палата) от 3.9.2008, пункты 285 и 306-09. К более ранней судебной практике по вопросу о приоритете европейских договоров перед международным правом см. например *Peters, Position of International Law*, 1997, с. 9-77 (с. 37-40).

⁸⁵В этом направлении см. например решение Европейского Суда EuGH, *Kadi*, пункты 288, 290 и 300.

Современная доктрина ставит на передний план взаимное открытие, а также согласование и взаимодействие международного правопорядка и национальных правопорядков⁸⁶. Эвелин Лагранж (*Evelyne Lagrange*) говорит об «осмосе» (*osmose*)⁸⁷, Андрэ Ноллкаемпер (*André Nollkaemper*) о «взаимопроникновении относительно автономных правовых порядков».⁸⁸ Подобная точка зрения исследует содержание и фактическое применение права вместо того, чтобы концентрироваться на правоконструктивном основании действия правопорядков. Взаимное влияние международного права, европейского права и национального права и порождаемая им содержательная "вертикальная" и "горизонтальная" конвергенция правопорядков не может не впечатлять. Принципы, которые получили достаточно широкое признание и распространение в национальном праве, были перенесены на европейский и международный уровень. При этом, однако, их содержание были подвергнуты корректировке и адаптации с учетом специфики соответствующего права. Эти принципы с их новым содержанием возвращаются, в свою очередь, обратно в государственные национальные правопорядки и усваиваются также иными государствами, что приводит, в конечном счете, к гармонизации различных систем национального права. В течение длительного периода времени данный процесс уже не затрагивает, как прежде, исключительно гражданское право, которое в этом смысле служит классическим источником так называемых «общих принципов права» в смысле ст. 38 абз. 1 с) Статута Международного Суда ООН. Он распространяется также и на конституционное право, а с началом деятельности международных уголовных трибуналов и Международного Уголовного Суда ООН - также и на уголовное право. Процесс правовой гармонизации и согласования особенно ярко проявляется в области права защиты прав человека. Не менее показательными являются также «триумфальное шествие» принципа пропорциональности или распространение и признание принципа демократического правления в соединении с правом народов на самоопределение.

Становится все более очевидным, что международное право в своей реализации зависит от национальных инстанций: «Международное право имеет внутргосударственное будущее, или не имеет никакого» (*the future of international law is domestic, or it is not*).⁸⁹ Тем самым, на передний план все большей степени выдвигается роль органов государственной власти и

⁸⁶См. например *Jean-Bernard Auby*, Globalisation et droit public, *European Review of Public Law* 14 (2002), с. 1219-1247; *Peters*, Globalization of State Constitutions, 2007, с. 251-308.

⁸⁷Более подробно к данной концепции см. *Lagrange*, L'ordre juridique, 2010 (i.E.), Kapitel 1 (MS с. 30).

⁸⁸*André Nollkaemper*, Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts, *AJIL* 101 (2007), с. 760-799 (с. 799).

судов как институтов, которые обеспечивают применение международного права. Так например, судьей Международного Суда ООН в его особом мнении к решению по делу *Arrest Warrant* была сформулирована следующая позиция: «Те государства и авторы-теоретики, которые выступают в поддержку права действовать в одностороннем порядке в целях утверждения универсальной уголовной юрисдикции в отношении лиц, совершивших подобные акты, обращаются к концепции «действий в качестве «агентов международного сообщества» («*agents for the international community*»). Такое вертикальное понимание полномочий действовать существенно отличается от горизонтальной системы международного права, упоминавшейся в решении по делу *Lotus*.»⁹⁰ По вопросу об обеспечении исполнения решений международных уголовных судов и трибуналов палата Трибунала по бывшей Югославии, в свою очередь, констатировала: «Государство, которое заявило о своей готовности исполнения решения и было определено в этих целях, обеспечивает исполнение решения *от имени Международного Трибунала* в применение международного уголовного права, а не своего внутреннего законодательства. Таким образом, государство, в любом случае, не может, в том числе и путем внесения законодательных поправок, изменять характер наказания, влияя тем самым на его подлинно международную природу.»⁹¹ Таким образом, современная практика подтверждает идею *Жоржа Селя (Georges Scelles)* о «двойственном характере функций» «*dédoublement fonctionnel*»⁹².

Данная концепция находит свое радикальное выражение в теоретических постулатах дезагрегации государства и наднационального сотрудничества государственных органов, которые были предложены *Анн-Мари Слотер (Anne-Marie Slaughters)*.⁹³ В соответствии с предложенной ей конструкцией, институциональные «сети», составленные из судов и

⁸⁹См. *Anne-Marie Slaughters/William Burke-White*, The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law), *Harvard International Law Journal* 47 (2006), с. 327-352.

⁹⁰См. решение Международного Суда, дело *Arrest Warrant*, Постановление от 11.04.2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), ICJ Rep. 2002, 3 и далее, совместное особое мнение судей Higgins, Koopmans и Buergenthal, пункт 51 (выделение автора статьи).

⁹¹Международный трибунал по бывшей Югославии (МТБЮ), Trial Chamber ICTY, *Prosecutor v. Erdemovic* (sentencing judgment), IT-96-22-T, 29. November 1996, пункт 71, (выделение в оригинале).

⁹²С важными теоретическими обоснованиями в *Georges Scelle*, Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel, в: Walter Schätzel/Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), *Rechtsfragen der internationalen Organisation: Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag*, 1956, с. 324-342.

⁹³См. например, изложение принципиальной концептуальной позиции в *Anne-Marie Slaughters*, *A New World Order*, 2004.

органов власти, деятельность которых диктуется скорее чисто профессиональным этосом (соображениями), нежели преследует специфические национальные интересы, способствует прогрессивному развитию правовых порядков и их содержательному сближению. Это достигается, например, посредством «судебного и юридического диалога» и «межнационального взаимообогащения» (*cross-fertilization*). Независимо от этой специфической модели (с присущей ей опасностью экспертократии и скрытого под профессионализмом легализма⁹⁴), роль государственных судов при применении международного права может быть описана и в чисто прагматичном ключе. Они являются не только исключительно органами государства, которые не могут быть отделены от последнего, но они играют и «квазинезависимую роль в международном правовом порядке.»⁹⁵

Также и для отношения между *международным правом и европейским правом* можно констатировать содержательное и предметное пересечение правовых порядков, для которого характерна тенденция к «европеизации» международного права, проявляющейся в двух основных измерениях.⁹⁶ Право Евросоюза, благодаря своей значительной политической динамике, приводит, в частности, к определенным изменениям в праве, регулирующем деятельность международных организаций, поскольку практика Евросоюза во все возрастающей степени признается в качестве свидетельства формирования международного обычая. Что же касается применения и осуществления международного права, то последнее приобретает специфические качества в той мере, в какой оно становится интегральной составной частью права Евросоюза. Теоретически Комиссия Евросоюза может в конкретном случае подать надзорную жалобу против государства-участника ввиду нарушения им норм международного права, и - по состоянию на сегодняшний момент - государство-участник в соответствии с судебной практикой, основанной на решении по делу *Frankovic*, должно в принципе нести ответственность за неисполнение «европеизированного» международного права (что является еще более теоретическим).

⁹⁴Подробное исследование см. *Friedrich Kratochwil*, How (Il)liberal is the Liberal Theory of Law? Some Critical Remarks on Slaughter's Approach, *Comparative Sociology* 9 (2010), с. 120-145.

⁹⁵*Nollkaemper*, *Internationally Wrongful Acts*, 2007, с. 760-799 (S 799), в отношении применения вторичных международно-правовых норм (Правила об ответственности) национальными судами.

⁹⁶*Jan Wouters/André Nollkaemper/Erika de De Wet*, Introduction: The „Europeanisation“ of International Law, в: *dies. (Hrsg.), The Europeanisation of International Law*, 2008, с. 1-13 (с. 7-10).

2. Европейское право – национальное право

Отношение европейского правопорядка и правопорядков государств-членов были пластично и образно охарактеризованы некоторыми исследователями как «метизация правовых порядков» (*métissage des ordres juridiques*).⁹⁷ Отдельные авторы, например *Радуку (Raducu)* и *Леврат (Levrat)*, указывают на решение Европейского Суда по делу *Costa/ENEL*, в котором говорится как об автономии, так и интеграции. Единственную возможность свести эти - представляемые несовместимыми - характеристики воедино авторы видят в «*métissage*» (скрещивании, гибридизации).⁹⁸ «Переплетение» норм («*enchevêtrement*») ставит, однако, под вопрос само понятие правопорядка как автономной и самодостаточной нормативной системы.⁹⁹

Как известно, Европейский Суд в шестидесятые годы XX-го столетия сформулировал положение о том, «что внутреннее право государства суда, ходатайствующего о вынесении Европейским Судом решения, и право Союза представляют собой два независимых, различных друг от друга правопорядка».¹⁰⁰ Тезис дивергенции был воспринят в семидесятые годы национальными судами, и до сих пор он главенствует в современной судебной практике.¹⁰¹ Это разделение и противопоставление права Евросоюза и права государств-участников имело исторически важное

⁹⁷Наиболее показательны у *Ioanna Raducu/Nicolas Levrat*, *Le métissage des ordres juridiques européens (une „théorie impure“ de l'ordre juridique)*, *Cahiers de droit européen* 43 (2007), с. 111-148.

⁹⁸*Raducu/Levrat*, с. 123.

⁹⁹*Raducu/Levrat*, с. 113.

¹⁰⁰Европейский Суд, Rs. 13/61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd v. Bosch*, Slg. 1962, 97, 110; см. Также Европейский Суд, Rs. 6/64, *Costa v. ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1269.

¹⁰¹Решение Федерального конституционного суда ФРГ: BVerfGE 22, 293, 296 (1967) («самостоятельный правопорядок, нормы которого не являются ни международным правом, ни национальным правом государств-членов»); аналогично решение Федерального конституционного суда ФРГ: BVerfGE 37, 271, 277 (1974) (*Solange I*); и решение Федерального конституционного суда ФРГ: BVerfGE 73, 339, 374 (1986) (*Solange II*): «... право из другого источника». Решение Конституционного Суда Италии по делу *Frontini*, Постановление Nr. 185 от 27.12.1973, немецкий перевод опубликован в EuR 9 (1974), с. 255 и далее, пункт 7. Решение Конституционного Суда Италии по делу *Granital*, Постановление Nr. 170 от 8.06.1984, пункт (английский перевод опубликован в: *Oppenheimer*, *The Relationship between European Community Law and National Law*, 1994, с. 643 и далее (с. 647); немецкий перевод опубликован в EuGRZ 12 (1985), с. 98 и далее). Кассационный Суд Франции, решение по делу *Administration des Douanes v. Société „Cafés Jacques Vabre“*, Постановление от 23.05.1975, RTD Eur. 11 (1975), с. 336, с. 355; Конституционный Совет, Решение Nr. 92/308 от 9.04.1992, Maastricht I, *Journal officiel*, 11. April 1992, с. 5534: здесь говорится о «собственном правопорядке, который хотя и является интегрированным в правовые системы различных государств-членов Сообщества, тем не менее не относится к системе институтов Французской Республики.»

практическое значение для укрепления наднационального правопорядка, поскольку использование техники восполнения пробелов или аналогий самими государствами-членами создавало угрозу для его в тот период еще недостаточно обеспеченного самостоятельного существования.¹⁰²

В настоящее время, однако, интеграция привела к тому, что правопорядки государств-участников и правовая система Евросоюза самым тесным переплетены в структурном, организационном и содержательном отношении, что корреспондирует также и взаимному переплетению политических систем. Поэтому сегодня идейный образ двух разделенных правопорядков больше не соответствует должным образом системе взаимодействия и сосуществования между правом Союза и национальным правом; она предстает ненужной и далекой от реальности. На это обстоятельство было указано *Пьером Пескатором (Pierre Pescatore)* уже в 1970-ом году:

«Параллельно с этим сглаживанием конфликтной проблематики происходит и положительное теоретическое осознание, а именно, что во многих отношениях, право Союза с тем, чтобы мочь полностью осуществляться, находится в зависимости от национального права. Вместо того, чтобы говорить о различиях и соответственно о конфликте правопорядков, мы переняли поэтому сегодня языковое регулирование, в котором идея контакта, взаимозависимости и взаимообусловленности, а, тем самым, взаимодействия находятся на переднем плане».¹⁰³

В институциональном отношении действует следующее. Представители государств-участников принимают участие в процессе формулирования права Союза в органах Евросоюза. В свою очередь, в правотворчестве Евросоюза участвуют государственные парламенты. Национальные органы государственной власти реализуют право Союза и - с функциональной точки зрения - они представляют собой децентрализованную исполнительную власть в ЕС. В большом числе случаев решения административных органов (управления) ориентируются как на установки, заданные правом Союза, так и на национальное право, причем право Союза определяет также границы допустимого применения национального права. Национальные суды государств-участников функционируют также в качестве судов Союза, поскольку они применяют право Союза и обращаются с запросами в Европейский Суд.

¹⁰²Более явным эта политико-правовая подоплека проявляется в решении Европейского Суда, Rs. 159/73, *Hannoversche Zucker v. Hauptzollamt Hannover*, Slg. 1974, 121, пункт 4.

¹⁰³*Pierre Pescatore*, Das Zusammenwirken der Gemeinschaftsrechtsordnung mit den nationalen Rechtsordnungen, EuR 5 (1970), с. 308.

С полным основанием Европейский Суд подчеркивает, что процедурный институт предварительного решения по запросам национальных судов (*Vorabentscheidung*) «исходит из принципа сотрудничества, которое основывается на разделении функций между внутригосударственной юрисдикцией и судом Сообщества».¹⁰⁴ Государственные органы, представляющие все три ветви власти, принимают решающее участие в применении права Союза и действуют в этом отношении функционально как органы Союза.

С учетом всего сказанного правопорядок Евросоюза в содержательном и организационном плане не стоит изолированно рядом с правопорядками государств-членов. Различные правопорядки находятся, скорее, в состоянии «нормативного взаимодействия», как это было сформулировано германским Федеральным Конституционным судом¹⁰⁵; между ними существует координация и «коммуникация» (*communicanti*), по выражению итальянского Конституционного суда.¹⁰⁶ В этой своей оценке национальные конституционные суды сходятся с позицией Европейского Суда, который установил: «право Сообщества [теперь право Союза] основывается на том, что государства-участники не только в экономической, но и в правовой области тесно связаны друг с другом».¹⁰⁷

¹⁰⁴Европейский Суд, Rs. 244/80, *Foglia v. Novello (Foglia II)*, Slg. 1981, 3045, пункт 14. Аналогично уже в более раннем решении Европейского Суда, Rs. 16/65, *Schwartz v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Slg. 1965, 1151, 1165, где Суд рассматривает, в частности, принципы «судейского взаимодействия», «которое характеризуется тем, что национальный суд и Европейский Суд - каждый соответственно в рамках своей компетенции и преследуя цель обеспечить единообразное применение права Союза - совместно и непосредственно должны содействовать нахождению правового решения». См. также решение Федерального Конституционного суда ФРГ, BVerfGE 73, 339, 367 (1986) (*Solange II*): («функциональное пересечение юрисдикции Европейского Союза с юрисдикцией государств-членов»).

¹⁰⁵BVerfGE 73, 339, 384 (1986) (*Solange II*); аналогично уже и в более раннем решении BVerfGE 52, 187, 200 (1979) (*Vielleicht*).

¹⁰⁶Решение итальянского Конституционного суда Nr. 389/1989, *Provincia di Bolzano v. Presidente Consiglio Ministri*, Постановление от 11.07.1989, Foro italiano, I, 1076 и далее (цит. по *Luca Di Nella*, Das Verhältnis zwischen inländischem Recht und Gemeinschaftsrecht in der Rechtsprechung des Corte costituzionale: Schon eine „Union des Rechts?“, Jb. Ital. R. 10 (1997), с. 135 (с. 143)).

¹⁰⁷Решение Европейского Суда: EuGH, Rs. 155/79, *AM & S. Europe v. Kommission*, Slg. 1982, 1575, пункт 18.

Д. Выводы

Как вопрос о единстве или множественности правопорядков соотносится теперь с дискурсом конституционализации? Ответ на этот вопрос должен предваряться специфическим в своем роде осмыслением того, что развитые в период между двумя мировыми войнами модели соотношения между современным международным правопорядком и национальными правопорядками были, в первую очередь, ответом на политические, а не на юридико-догматические проблемы.¹⁰⁸ Последовательный отказ *Ганса Кельзена* от включения любых политических и этических соображений в его юридическую теорию не должен вводить в заблуждение относительно того, что он, как и *Жорж Сель (Georges Scelle)*, беспокоился о находящейся под угрозой демократии. В частности, предложенный *Селем* монизм представлял собой «принципиально политико-правовой, то есть ориентированный на *правовое государство* взгляд на международное право, который неразрывно связан с рассмотрением проблем, существующих на уровне национальных политических сообществ. Разграничение компетенций и его легитимация непосредственно затрагивает конкретные конституционные вопросы, как это происходит и сегодня. Равным образом, кельзенская монистическая концепция права была неотъемлемой частью защиты демократии и личности.»¹⁰⁹ Классический монизм, таким образом, может толковаться как попытка ограничить власть государства, обосновать права для индивидуума и защитить человеческое достоинство,¹¹⁰ и в этом отношении он обнаруживает определенную близость с современным конституционализмом.

В принципе, соотношение между международным, европейским и национальными правопорядками может исследоваться на различных аналитических уровнях, причем, прежде всего, следует различать исследования, ориентированные на практику, и исследования, осуществляемые на формально-структурном уровне. На первом уровне динамически развивается предметная конвергенция и институциональное пересечение. С формально-структурной же точки зрения существующее положение, как и прежде, состоит в том, что правовые нормы другого правопорядка (сколь бы схожими они не были) могут применяться лишь на основании и по правилам, установленным принимающим правопорядком. Предписания, которые происходят из другого правопорядка, не имеют с этой точки зрения самостоятельного нормативного значения.¹¹¹ Оба аналитических уровня не могут противопоставляться или использоваться

¹⁰⁸ *Janne Nijman/André Nollkaemper*, Introduction, в: dies. (Hrsg.) *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, с. 1-14 (с. 9).

¹⁰⁹ *Nijman/Nollkaemper*, с. 9, выделение автора.

¹¹⁰ *Nijman/Nollkaemper*, с. 9.

друг против друга; аргументы не могут взаимно опровергать себя, а являются, скорее, полностью независимыми друг от друга.

В содержательном плане современный конституционализм позиционируется, прежде всего, на аналитическом уровне. Иначе, чем классический монизм, но также и в отличие от классического дуализма, конституционализм ставит на передний план содержательную конвергенцию, институциональное переплетение и функциональную взаимодополняемость (*Substituierbarkeit*) правовых порядков. Вопрос о единстве или множественности правопорядков рассматривается при этом как не имеющий принципиального значения. Ключевое понятие «конституционного Союза» (*Verfassungsverbund*)¹¹² обозначает именно это отношение.

III. Единство правопорядка и процесс конституционализации

Центральным свойством правовых порядков считается их единство.¹¹³ В теоретико-правовой дискуссии понятие «единство» может иметь самые различные коннотации.¹¹⁴ Однако, основные определения идут в общем направлении, которое стремится «охватить правовые нормы, правовые

¹¹¹См. среди многих публикаций *Virally*, Sur un pont aux ânes, 1964, с. 493. Также по вопросу о принципе «взаимной неопределенности» государственного и международного правопорядков см. *Carlo Santulli*, Le statut international de l'ordre juridique étatique: étude du traitement du droit interne par le droit international, 2001. Более подробно к проблеме соотношения между правовым порядком Евросоюза и правопорядками государств-членов см. *Matthias Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund: Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, в: Christian Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, Tübingen Moh Siebeck 2006, с. 93-127 (с. 113-115).

¹¹²Данный термин впервые был использован в *Ingolf Pernice*, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, в: Roland Bieber/Pierre Widmer (Hrsg.), L'espace constitutionnel européen, 1995, с. 225-264 (с. 262). Из более поздних работ см. *Pernice*, Europäischer Verfassungsverbund, 2006, с. 61-92. Критически с позиций теории права см. *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund.

¹¹³Согласно юридическому словарю правовой порядок образует «замкнутое в себе единство» (*«in sich geschlossene Einheit»*), Deutsches Rechtslexikon, с. 3489). Из теоретической литературы см. классическую работу *Karl Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935. Исследование по данной проблематике с исторической точки зрения см. *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung: Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, 1995.

принципы или правовые понятия в качестве взаимосвязанной структуры».¹¹⁵ Помимо прочего, единство представляет собой одну из граней систематического измерения понятия правопорядка. Оно определяет идентичность конкретного правопорядка и делает тем самым возможным его отграничение от других правопорядков. Признак формального единства служит таким образом (наряду с прочим) выяснению отношений между различными правовыми порядками. В противоположность этому, постулат содержательного единства обеспечивает в соответствующей политической системе, к которой принадлежит данный правопорядок, «функцию умиротворения» (*Befriedungsfunktion*). Так, отказ от насильственного самовольного обеспечения осуществления права (*gewaltsame Selbsthilfe*) с этой точки зрения является возможным лишь в том случае, если в правовых нормах урегулированы все мыслимые конфликтные ситуации.¹¹⁶ Эта функция правопорядка по обеспечению социального (общественного) мира имеет с точки зрения конституционализма особое значение.

А. Единство правопорядка?

Для юристов-международников топос единства правопорядка всегда был источником неуверенности. *Герберт Харт (Herbert Hart)* квалифицировал международное право, как элементарные правила, которые «представляют собой не систему, а скорее лишь определенный набор правил»¹¹⁷ и, как следствие, не признавал за международным правом качества правопорядка. Действительно, у международного права отсутствует центральный законодатель (сравнимый с парламентом государства). Также и его субстанциональное или содержательное единство предстает спорным, ввиду наличия на глобальном уровне лишь весьма незначительной общей ценностной основы. Международное право, как в формальном, так и в материальном плане, предстает как чрезвычайно неоднородное.

Вряд ли можно считать случайностью, что один из наиболее видных представителей международно-правового конституционализма посвятил

¹¹⁴Например, единство правопорядка, понимаемой через «единство контекста правотворчества» или через «единство основания действия» (*Kelsen, Begriff der Rechtsordnung*, 1958, с. 150 и 155); единство через «выраженную волю ... Сообщества» (*Engisch, Einheit der Rechtsordnung*, 1935, с. 25); единство через «правило признания» (*rule of recognition, Hart, Concept of Law*, 1984 (оригинал 1961), с. 93).

¹¹⁵*Baldus, Einheit der Rechtsordnung*, 1995, с. 193.

¹¹⁶*Baldus, Einheit der Rechtsordnung*, 1995, с. 199 со ссылкой на *Херманна Хеллера (Hermann Heller)*.

¹¹⁷*Hart, Concept of Law*, 1984 (первое издание 1961), с. 229.

свою фундаментальную лекцию в Гагской академии международного права теме «Единства международного правопорядка». Этим заголовком *Пьер-Мари Дююи (Pierre-Marie Dupuy)* подчеркивал «особенную специфику международных правовых порядков по сравнению с внутригосударственным правопорядком».¹¹⁸ *Дююи* констатировал формальное единство международного правопорядка и задавался вопросом о наличии тенденции к формированию материального единства данного правопорядка¹¹⁹. Его основной тезис состоял в том, что, с одной стороны, два вида единства международного правопорядка могут успешно гармонизировать между собой, а, с другой стороны, могут находиться в состоянии противодействия друг другу, и что эта двойственность определяет общую динамику развития международного правопорядка.¹²⁰

В последнее время можно отметить тенденцию к стремительной дифференциации международного права, которая нередко подвергается критике как усиление его фрагментарности. Эта фрагментарность является как субстанциональной (формирование различных суботраслей права, таких, как например, международное экологическое право, всемирное торговое право, право беженцев, международное уголовное право и т.д.) так и институциональной (создание различных договорных контрольных органов, арбитражей и судов, которые, в свою очередь, специфическим для них способом применяют прежде всего соответствующее «собственное» договорное право). Это развитие вызывает негативное отношение в теории и практике международного права. Более глубокой причиной этого негативного отношения является не столько возможность отдельных коллизий и конфликтов норм, а скорее утрата и без того скорее проблематичного единства международного права и, тем самым, размывание его характера как правовой системы. Следует отметить, что основополагающий доклад исследовательской группы Комиссии ООН по международному праву, посвященный вопросам фрагментации международного права¹²¹ избегает использовать как понятие правовой системы (правопорядка), так и понятие единства. Тем не менее, в нем указывается на «потерю общего взгляда на право» в качестве одной из опасностей, связанных с правовой фрагментацией.¹²²

¹¹⁸*Pierre-Marie Dupuy*, L'unité de l'ordre juridique international: Cours général de droit international public (2000), Recueil de Cours de l'Académie de la Haye 297 (2002), с. 15-489 (с. 77), перевод автора.

¹¹⁹*Dupuy*, с. 93 и 207.

¹²⁰*Dupuy*, с. 488.

¹²¹International Law Commission, Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi, 13. April 2006 (UN Doc. A/CN.4/L.682), а также Addendum, Appendix: Draft conclusion of the work of the Study Group, 2. Mai 2006 (UN Doc. A/CN.4/L.682/Add.1).

¹²²International Law Commission, пункт 8 (перевод автора).

Эмпирические исследования феномена фрагментации приводят к следующим выводам. Действительно результатом формирования специальных договорных режимов явились конфликты норм, дублирование и проблемы координации. Однако эти негативные последствия релятивируются тем, что в различных правовых субсистемах (частичных правопорядках) действуют общие принципы и универсальные стандарты.¹²³ Разные судебные инстанции аналогичным образом ссылаются на «общие нормы» международного права, устанавливают связь между различными элементами особенного международного права, переносят принципы из одной специальной области в другую. Примером может служить применение принципа предусмотрительности или принятия мер предосторожности (*Vorsorgeprinzip*), устоявшегося в праве охраны окружающей среды, в праве, регулирующем вопросы оказания помощи при катастрофах и стихийных бедствиях.¹²⁴ Наконец, судебные органы, специализирующиеся в различных правовых отраслях и режимах разработали определенные методы и техники разрешения возникающих конфликтов, которые могут и должны быть подвергнуты дальнейшему развитию.

Все это показывает, что фрагментация в смысле дробления и появления содержательных противоречий является не столь значительной, как это может показаться на первый взгляд. Так называемая фрагментация должна, таким образом, пониматься и оцениваться, прежде всего, как процесс дифференциации, который больше, чем все иные факторы, отражает возрастающую зрелость международного правопорядка.

В. Фрагментация и конституционализация

Тем не менее, фрагментация международного права ставит под сомнение тезис конституционализации прежде всего в его *дескриптивном* измерении¹²⁵. Это происходит, в частности, по той причине, что организационная и содержательная фрагментация несет с собой опасность

¹²³ *Andreas Zimmermann/Rainer Hofmann* (Hrsg.), *Unity and Diversity in International Law*, 2006.

¹²⁴ См. UN Doc. A/CN.4/590, *International Law Commission, Protection of persons in the event of disasters, memorandum by the secretariat* (2008), пункт 24.

¹²⁵ *Andreas Paulus*, *Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts*, *ZaöRV* 67 (2007), с. 695-719 (с. 707): Дискуссия о фрагментации как «вызов» конституционализму. Ибо задачей конституции как раз и является «достижение общей взаимосвязанности различных частичных сфер общественной жизни и обеспечение представительства всего общества, даже в условиях отсутствия широкого конституционного консенсуса».

утраты когерентности, а тем самым, значит, правовой стабильности и защищенности, равно как и опасность применения неравного режима в отношении правовых субъектов (*Ungleichbehandlung von Rechtssubjekten*).¹²⁶ Правовая защищенность (*Rechtssicherheit*) и равноправие (*Rechtsgleichheit*) являются центральными конституционными ценностями, в любом случае, однако, в их исключительно формальном виде. Режим внеправового произвола (*Unrechtsregime*) не обретает легитимности лишь на том основании, что его нормы когерентны и неправовые меры осуществляются им в отношении всех правовых субъектов без различия.

С другой стороны, конституционализм действует в его *прескриптивном* измерении как защита против (действительной или преувеличенной) фрагментации, «как обещание, что существует некоторая система во всем ее несовершенстве».¹²⁷ В рамках такого рассмотрения тезис конституционализации представляет собой попытку достижения единства.¹²⁸ И в той степени, в какой единство считается также и необходимым признаком правопорядка, конституционалистская трактовка поддерживает и укрепляет также характер международного права как правопорядка.

В действительности, разумеется, предполагаемое единство правопорядка - это не вопрос логики, а вопрос политики. Так например, в Германии XIX-ого столетия представление о том, что единство права порождает также единство нации, стало движущей силой движения за кодификацию права.¹²⁹ И то упорство, с которым вопрос единства правопорядка обсуждался в германской литературе в 1920-е годы, может быть объяснено тогдашним опытом социальной разобщенности (классовые антагонизмы, опыт революции, смена монархического и республиканского правления, а также мировоззренческий плюрализм). В этих политических условиях были предприняты попытки установить единство правовых норм за счет «выведения» (*Rückbezug*) правовых норм из единой государственной воли, что, однако, ввиду все более очевидно проявлявшегося фиктивного характера этой воли, быстро становилось неубедительным.¹³⁰ В настоящее время на внутригосударственном уровне

¹²⁶Основной вывод доклада Комиссии по международному праву заключался, однако, в том, что по настоящее время фрагментация не представляет серьезной угрозы правовой стабильности, предсказуемости и правовому равенству в международном праве (International Law Commission, пункт 492).

¹²⁷Так критически *Jan Klabbers*, *Constitutionalism Lite*, *International Organizations Law Review* 1 (2004), с. 31-58 (с. 49).

¹²⁸См. например *Ernst-Ulrich Petersmann*, *Multilevel Judicial Governance as Guardian of the Constitutional Unity of International Economic Law*, *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review* 30 (2008), с. 367-418.

¹²⁹*Baldus*, *Einheit der Rechtsordnung*, 1995, с. 194.

¹³⁰*Baldus*, *Einheit der Rechtsordnung*, 1995, с. 197.

единство правопорядка находит применение в практике судов «скорее, как основание легитимации и гиперболизация обычных средств юридической аргументации».¹³¹ Это дополняется тем, что с постмодернистской точки зрения фрагментация и когерентность являются не столько аспектами действительного мира, сколько продуктом наблюдений исследователя. То, что является новым и неизвестным, по определению ставит под вопрос привычные и устоявшиеся формы понимания и организации окружающего мира. Задача рефлексивного познания состоит в том, чтобы объяснить неизвестное, вводя его в существующие идейные конструкции или меняя эти конструкции.¹³² В качестве подобной идейной модели и выступает плюралистический (но не холистический) глобальный конституционализм. В той степени, в какой конституциональный подход призывает к разделению властей (то есть системе «сдержек и противовесов» или системе институционального равновесия) и демократическому правотворчеству, он принимает и логические противоречия в существующем правопорядке. В политической системе, основанной на принципах демократии и разделения властей, нельзя ожидать единства в смысле свободы от противоречий и полной внутренней согласованности и цельности, поскольку правопорядок постепенно и последовательно формируется различными субъектами.¹³³ Более важным, чем единство, для конституционализма является, однако, ограничение власти, политическое участие, и подотчетность государственной власти, условия для которых создаются этими механизмами. Однако, не должно ли тогда конституционное право, перекрывающее, подбирающее под себя этот не унифицированный и не единообразный правопорядок, в свою очередь, быть унифицированным и единообразным? Нет, не должно. Современный конституционализм требует не холизма, а, напротив, плюрализм. Старый конституционализм, разоблаченный в новаторском произведении *Джеймса Тулли (James Tully)*¹³⁴ как своего рода «царство единообразия», исчерпал себя. Допущение, что в обществах, организованных в форме государств, определенные нормы стали общепризнанными, *Тулли постольку* квалифицирует как «явно ошибочное», поскольку эти общества отличаются культурным разнообразием.¹³⁵ Он выдвигает требование нового конституционализма, который признает и воспринимает в себя культурное

¹³¹Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts: vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, 2007, с. 70 с большим количеством примеров из германской судебной практики.

¹³²International Law Commission, пункт 20.

¹³³См. в отношении национального правопорядка *Riccardo Guastini*, *L'ordre juridique: une critique de quelques idées reçues*, в: *Analisi e diritto*, 2000: *ricerche di giurisprudenza analytica*, 2001, с. 89-95 (с. 96).

¹³⁴*James Tully*, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, 1995, с. 58 (перевод автора).

¹³⁵*Tully*, с. 131.

разнообразии и требует «чтобы граждане принимали и подтверждали данное разнообразие как конститутивную ценность сообщества»¹³⁶. Это может происходить, в частности, в процессе обсуждения и согласования, в рамках которого его участники принимают и признают их различия. Конституция должна рассматриваться в этом смысле как активная деятельность, как межкультурный диалог.¹³⁷ Предложенная Тулли концепция учета разнообразия конституционных сообществ представляет собой адекватную модель для глобального конституционализма. Разрешение конфликтов, возникающих из содержательной и институциональной фрагментации международного права, может осуществляться либо при помощи юридической техники, то есть соответственно формально-аполитически, либо посредством содержательного изменения норм, то есть политическими средствами.¹³⁸ И тот, и другой способы могут сочетаться друг с другом, и возможность такой комбинации является характерной чертой конституционализма.

IV. Автономия правопорядка и конституционализация

A. Секторальная конституционализация

Специфическим аспектом глобального процесса конституционализации является секторальная конституционализация международных организаций.¹³⁹ Под этим мы понимаем формирование конституционных и даже конституциональных элементов в первичном и вторичном праве международных организаций. Конституционалистский вариант прочтения и толкования права международных организаций предполагает не только, что определенные международные организации имеют свою конституцию, но и кроме того, что они сами формируют своего рода конституциональную конституцию. Такое толкование пытается сделать видимым фактическое действие и значение конституциональных принципов (соответственно, верховенство права, институциональное равновесие, и так далее) в праве международных организаций и стимулировать его дальнейшее совершенствование (например, введение

¹³⁶ Tully, с. 177 (перевод автора).

¹³⁷ Tully, с. 184.

¹³⁸ ILC, пункт 487.

¹³⁹ Более подробно см. *Anne Peters, The Constitutionalisation of International Organisations*, в: Neil Walker (Hrsg.), *Europe's Constitutional Mosaic*, 2010 (готовится к печати).

принципа подотчетности и института судебного контроля правовых актов организаций).

Секторальная конституционализация - это тот аспект предположительно более широкого глобального процесса конституционализации, который относительно легко может быть идентифицирован и описан, так как он прочно закрепился в судебной практике. Практически все решения международных судов и арбитражей, в которых используется конституционная или даже конституциональная терминология, касаются вопросов, связанных с деятельностью международных организаций. Секторальная конституционализация Евросоюза¹⁴⁰ и ВТО¹⁴¹ является наиболее показательным примером.

Часто утверждается, что международные организации лишь только в той степени обнаруживают конституциональную способность, в какой они обладают автономным правом порядком. *Автономия считается коррелятом конституции или даже предварительным условием конституции.* Так например, Международный Суд обосновывал конституционный статус Устава Всемирной Организации Здравоохранения (ВОЗ) тем, что этот Устав был создан правовым субъектом, ВОЗ, который был «наделен определенной автономией».¹⁴² Как известно, Европейский Суд в одном из своих решений в 1964-ом году признал, что «право, созданное (учредительным – прим. перев.) Договором, и тем самым происходящее из автономного правового источника» имеет приоритет перед национальным правом.¹⁴³ При этом топос правом порядком и топос автономии были тесно взаимосвязаны друг с другом. «Цель доктрины права Сообщества, как «правом порядком», и соответственно как «нового правового порядком», и, наконец, как «интегрированного правового порядком» *состоит в том, чтобы установить автономию права Сообщества, или, другими словами, его конституционный характер*».¹⁴⁴ С тех пор автономия европейского правом порядком является ключевым понятием европейской дискуссии о конституционализации.¹⁴⁵ В решении Европейского Суда по делу *Kadi*

¹⁴⁰По данному вопросу *Peters, Elemente*, 2001.

¹⁴¹По данному вопросу *Deborah Z. Cass, Constitutionalization of the WTO*, 2005; из более поздней литературы см. *Klaus Armingeon/Karolina Milewicz/Simone Peter/Anne Peters, The Constitutionalization of the WTO*, в: Thomas Cottier/Panos Delimatsis (Hrsg.), *The Prospects for International Trade Regulation – From Fragmentation to Coherence*, 2010 (готовится к печати).

¹⁴²ICJ, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1996, 66, пункт 19 (перевод автора).

¹⁴³EuGH, Rs. 6/64, *Costa v. ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1270.

¹⁴⁴*Barents, Autonomy*, 2004, с. 189 (выделение автора). По его мнению здесь проявляется «идеологический постулат» (*ideological postulate*) Европейского Суда.

¹⁴⁵По вопросу исторического развития и эволюции см. *Peters, Elemente*, 2001, с. 242-295; *Barents, Autonomy*, 2004.

фокус на «автономии» европейского правопорядка дополнился постулатом о европейском конституционном порядке.¹⁴⁶ Именно его автономия была здесь одним из важных дискурсивных элементов в обосновании аргумента, что европейские суды должны в полном объеме осуществлять проверку соответствия директив ЕС европейским нормам об основных правах человека, даже в том случае, если этими директивами реализуются санкции, установленные ООН. Ссылка на европейский конституционный порядок послужила легитимным обоснованием для признания директив ЕС неправомерными в силу их противоречия внутренней конституции ЕС, несмотря на неизбежно вытекающее из этого несоблюдение Евросоюзом предписаний, установленных Организацией Объединенных Наций. Таким образом, «по причинам конституционного характера» Евросоюз пошел на то, чтобы на уровне своих внешних сношений нести ответственность за нарушение им международного права.

В рамках дискуссии о конституционализации автономия международных организаций, и соответственно их правопорядка, понимается и применяется в качестве определенной категории в *тройном* плане: во-первых, в *теории права*, во-вторых, в *правовой догматике* и, в третьих, в *юридической социологии*.¹⁴⁷ В теоретико-правовом отношении автономия в смысле первопричинности правопорядка (в дальнейшем - автономия_{теор}) определяется по принципу «все или ничего» (*Alles-oder-Nichts*). В противоположность этому с догматико-правовой точки зрения автономия в смысле отличия права организации от (общего) международного права (в дальнейшем - автономия_{догм}) может быть градуальной, то есть может иметь различные степени. Наконец, с точки зрения правовой социологии автономия, т.е. независимое функционирование организации, гарантированное от вмешательств государств-участников (в дальнейшем - автономия_{соц}), является градуальной и относительной и может также меняться с течением времени. Дискуссия о проблемах правовой автономии в рамках ЕС носит наиболее дифференцированный характер, и поэтому мы предполагаем сконцентрироваться на ней в качестве примера.

¹⁴⁶Европейский Суд, EuGH, Rs. C-420/05P и C-415/05P, *Kadi and Al Barakaat*, Постановление (Большая Палата) от 3.09.2008, пункт 281 и сл., 316, 326.

¹⁴⁷Иная классификация у *François Ost/Michel van der Kerchove*, *De la pyramide au réseau: pour une théorie dialectique du droit*, 2002, с. 188: социальная автономия, автономия структур и организационная автономия. Этимологически смысл автономии состоит в самозаконодательствовании (*Selbstgesetzgebung*) или самозаконности (*Selbstgesetzlichkeit*).

В. Догматико-правовая автономия: разграничение права международных организаций и общего международного права

Догматико-правовая автономия правопорядка организации, в частности, правопорядка Евросоюза, подразумевает, что она существует отдельно от международного права или же имеет соответственно иную, чем международное право, основу, следуя своим собственным правилам (автономия_{догм}). Об автономии_{догм} речь шла, прежде всего, в течение начальной фазы европейской интеграции. Если в решении по делу *Van Gend & Loos* Европейский Суд все еще говорил о «новом правовом порядке международного права»¹⁴⁸, то уже в решении по делу *Costa v. ENEL* (1964) Суд, в частности, постановил: «В отличие от обычных международных договоров, договор о создании ЕЭС создал свой собственный правопорядок»¹⁴⁹. В свою очередь, Конституционный суд Италии в решении по делу *Frontini* постановил, что нормы права Союза не могут квалифицироваться «ни как источники международного права, ни как источники иностранного права, ни как источники внутреннего права отдельных государств».¹⁵⁰

Обособление коммунитарного права или права Сообщества (Союза) от международного права означало его привилегированное положение по сравнению с применением общего международного права на внутригосударственном уровне. Это разграничение служило для того, чтобы исключить свободную диспозицию государств-участников в отношении действия и значения (юридической силы) коммунитарного права в отдельных государствах-участниках. Ибо вопрос о действии и значении международного права каждое государство решает в соответствии со своими собственными правилами. Тем самым, оно имеет возможность в определённой степени ограничить или релятивировать его действие. В государствах с дуалистической системой международное право начинает действовать только после его трансформации и может быть отменено актом национального обычного законодательства, то есть *lex posterior*. По этой причине нельзя считать случайностью, что вопрос об автономии_{догм} ставился особенно остро в тех случаях, в которых приоритет коммунитарного права ставился под сомнение именно государствами-членами с дуалистической системой (Италией и Германией). В настоящее время в большинстве правопорядков государств-членов способы применения права Союза в национальных правопорядках (инкорпорация,

¹⁴⁸Европейский Суд, EuGH, Rs. 26/62, *Van Gend & Loos v. Nederlandse Finanzverwaltung*, Slg. 1963, 1, 25 (выделение автора).

¹⁴⁹Европейский Суд, EuGH, Rs. 6/64, *Costa v. ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1269 (выделение автора).

¹⁵⁰Конституционный Суд Италии, дело *Frontini*, Постановление Nr. 185 от 27.12.1973, нем. Перевод в EuR 9 (1974), с. 255 и далее, пункт 7.

юридическая сила и прямое применение) частично отличается от форм применения в них международного права. Например, общим правилом для государств, входящих в ЕС, является непосредственное применение права ЕС национальными судами. В противоположность этому, непосредственное применение норм международных договоров здесь представляет собой, скорее, исключение, которое специально должно обосновываться национальными судами. Кроме того, Европейский Суд претендует на монопольное право авторитетно (*autoritativ*) определять критерии непосредственной применимости правовых норм Союза. Также и это с пониманием принимается судами государств-участников. Они непосредственно применяют нормы Союза, которые в соответствии с масштабами Европейского Суда являются безусловными, и кроме того, достаточно ясными и точными. В отличие от этого, в отношении международного права, вытекающего из договоров, национальные суды государств-членов применяют соответственно свои собственные критерии. Также и специфический приоритет права Союза, по своей природе и характеру, отличается согласно устоявшейся судебной практике Европейского Суда, от обычного приоритета международного права (по данному вопросу см. ниже раздел V).

Практика государств-участников по вопросу включения права Союза в свои национальные правовые порядки демонстрирует на фоне их отношения к прочему международному праву как черты сходства, так и черты различия. Автономия^{догм} права Союза следует соответственно понимать как градуальное различие, а не как категоричную отделенность от международного права. Радикальное разделение, которое предпринимает Европейский Суд, основывается на искаженном восприятии международного права как примитивной системы правовых координат, не обладающих прямым действием и непосредственной применимостью. Такая позиция сегодня предстает анахронизмом.

С. Теоретико-правовая автономия: первичный и производный характер права Союза

С другой стороны, топос автономии права Союза имеет целью его производность (*Unabgeleitetheit*) от права государств-членов, и, тем самым, его первичный характер (*Originarität*). Спор о первичности права Союза представляется по существу идентичным спором об основании его

действия.¹⁵¹ Со всей очевидностью в этих дискуссионных рамках речь идет, в первую очередь, о чисто юридико-конструктивной (теоретико-правовой, в противоположность эмпирически-исторической или легитимационной) базе права Союза; здесь следует поэтому говорить об автономии_{теор.} Вследствие того, что действие в смысле действительности и действие в смысле легитимности оказываются в этих рамках в значительной степени исключенными из дискуссии, обсуждение вопроса об основании действия этого права ведется с позитивистско-правовых позиций. Дискуссия, неизбежно ограниченная таким образом, приводит соответственно только к ограниченному результату. Основные противоборствующие позиции по отношению к вопросу об основании действия и соответственно об автономии_{теор.} могут быть обозначены как этатизм (державничество) и супранационализм (наднациональность).

1. Этатизм

В соответствии с этатистской точкой зрения коммунитарное право постольку действует в национальном правовом пространстве, поскольку это его действие предписывает национальная правовая норма о применении или соответственно стоящая за этим национальная основополагающая норма (*Grundnorm*). Приверженцы позиции, в рамках которой аргументация ведется исключительно только в пределах «позитивного» права, ссылаются на национальные законы об одобрении европейских договоров, и/или на национальные конституционные предписания, регулирующие возможность передачи суверенных прав. Именно данные нормы и составляют в рамках такого подхода основание действия европейского права на внутригосударственном уровне. Сторонником такой версии выступает, в частности, Федеральный Конституционный суд ФРГ. Суд вербально, прежде всего, в своих более ранних решениях, вполне признал автономию права Союза. Тем самым,

¹⁵¹ Дискуссия об основании действия правовых норм предполагает наличие четкого определения понятия «основание действия». Трём элементам понятия права (социальная действительность, этическая правильность, установленность в соответствии с предписанным порядком) корреспондируют три понятия действия: фактическое/социологическое, этическое/ценностное и правопозитивистское понимание. *Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, с. 139; *Dirk Heckmann, Geltungskraft und Geltungsverlust von Normen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung*, 1997, с. 30-43. Действие в обычном (не в чисто правопозитивистском) юридическом смысле представляет собой сочетание всех трех элементов: социальной действительности, этической правильности, установленности в соответствии с предписанным порядком, причем существуют различные позиции по поводу правильной пропорции в комбинации этих трех компонентов. В зависимости от теоретико-правовых взглядов исследователей те или иные аспекты подчеркиваются особо или даже характеризуются как имеющие исключительное значение.

однако, подразумевалось, в первую очередь, разграничение коммунитарного права от международного права (автономия_{догм}) и его отделение от права государств-членов. Так например, в решении *Solange I* Суд установил, «что коммунитарное право [теперь право Союза] не является ни составной частью национального правопорядка, ни международным правом, а образует самостоятельный правовой порядок особого рода, который происходит из автономного правового источника».¹⁵² Со всей очевидностью под этим *не* подразумевалась автономия_{теор} и автономное основание действия европейского права. В соответствии с этим, Суд в решении *Solange II* с ссылкой на общее международно-правовое положение установил, что действие вторичного европейского права *не* вытекает в последней инстанции из самого надгосударственного права, т.е. Договора о создании Европейских Сообществ. «Действие и применимость на внутригосударственном уровне, а также возможный приоритет внутригосударственного действия или применения международно-правовых договоров - также и таких, о которых идет здесь речь - не следуют уже из самого общего международного права. ... Внутригосударственный приоритет действия или применения следует исключительно из внутригосударственного нормативного приказа о применении соответствующего права».¹⁵³ В решении *Maastricht* Суд лаконично установил: «Действие и применение европейского права в Германии зависят от нормативного приказа о применении права, содержащегося в законе об одобрении договора».¹⁵⁴ Наконец, и в соответствии с расхожим примером «соединительного моста», европейское право «приходит в Германию по мостику национального закона об одобрении договора».¹⁵⁵

Нередко ссылка на согласие государства или на предоставление правомочий со стороны государств-участников подкрепляется указанием на их *суверенную волю*. Наиболее отчетливо это видно в германском

¹⁵²Федеральный конституционный суд ФРГ, BVerfGE 37, 271, 277 и сл. (1974). В этом же направлении ранее BVerfGE 22, 293, 296 (1967), где подробно цитируется предложенная Европейским Судом формула «автономного источника права».

¹⁵³Из «нормативного приказа о применении права, который содержится в законе об одобрении Договора о создании ЕЭС» для Федеративной Республики Германии следует непосредственное действие и приоритет применения права Союза» (BVerfGE 73, 339, 375 (1986)).

¹⁵⁴Федеральный Конституционный суд ФРГ, BVerfGE 89, 155, 190 (1993). ЕС представляет собой «объединение государств, суверенные полномочия которого производны от государств-членов и которые могут быть обязательными на германской территории исключительно в силу германского нормативного приказа о применении этого права.»

¹⁵⁵*Paul Kirchhof*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, в: Peter Hommelhoff/Paul Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, с. 11 (с. 15).

судебном решении *Maastricht*, в соответствии с которым образование Союза основывается на том, что «независимые и суверенные государства по доброй воле решили в согласии с существующими договорами некоторые из своих прав осуществлять совместно».¹⁵⁶

Изложенная выше конструкция в теоретико-правовом отношении часто обосновывается ссылкой на «основную норму», а также на «правило признания» («*rule of recognition*») в национальной сфере. Поскольку участниками дискуссии чаще используется *кельзенская* модель¹⁵⁷, и только изредка модель *Харта*¹⁵⁸, мы ограничимся рассмотрением первой. Основная норма *Кельзена* - это «не что иное, как основное правило, в соответствии с которым создаются нормы данного правового порядка». Она представляет собой «гипотетическую основу» позитивного правопорядка; она предполагается, но сама по себе не действует в качестве нормы позитивного права. Замена основной нормы на новую представляет собой революцию.¹⁵⁹ Эмпирический тезис в его позитивистски-правовом выражении гласит: поскольку ни на момент основания Европейских Сообществ, ни в течение последующей интеграции изменения основной нормы (т.е. революции в смысле *Кельзена*) не произошло, то по-прежнему сохраняется положение, в соответствии с которым основная норма является, так сказать, национальной. Так как исконно европейская основная норма отсутствует, то у права Союза и не существует автономного основания действия.¹⁶⁰ Логически следует тогда исходить из существования 27-ми (а теперь 28-ми — *прим. перев.*) национальных основных норм, которые обосновывают для соответствующего государства-участника - и только для него - действие права Союза.

¹⁵⁶Федеральный Конституционный суд ФРГ, BVerfGE 89, 155, 189 (1993).

¹⁵⁷См. фундаментальное исследование по данному вопросу *Wolf-Dietrich Grusmann*, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration, в: Thomas von Danwitz/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Stefan Koriath/Michael Reinhardt (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1993, с. 47-64.

¹⁵⁸Исследование представлений *Харта* о соотношении коммунитарного права и права государств-членов см. *E. Dowrick*, A Model of the European Communities' Legal System, Yearbook of European Law 3 (1983), с. 169 и далее (в частности с. 202-204); *Mark L. Jones*, The Legal Nature of the European Community: A Jurisprudential Analysis Using H.L.A. Hart's Model of Law and a Legal System, Cornell Int'l L.J. 17 (1984), с. 1-59.

¹⁵⁹*Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, с. 64 и 66 и сл.

¹⁶⁰*Marcel Kaufmann*, Permanente Verfassunggebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung, Der Staat 36 (1997), с. 530, 543: Отдельный государственный правопорядок образует основание действия европейского права. Поскольку передача суверенных полномочий является правовым актом, а не революционным актом, устраняющим преемственность (континуитет), этот акт продолжает существовать как правовая основа. Следовательно, европейский правовой порядок носит лишь производный характер.

2. Супранационализм

Согласно противоположной точке зрения, исходящей из принципа наднациональности, конструктивно-правовое основание значения права Союза базируется не в правопорядках государств-членов. Наднационализм - это позиция Европейского Суда. Последний характеризует право Союза как «новый» или «самостоятельный» правопорядок, в рамках которого вторичное право Союза возникает «из автономного правового источника».¹⁶¹ Этой позиции следуют лишь немногие национальные суды государств-членов. По своему происхождению тезис автономии изначально тесно связан с правовой теорией институтов (организаций). Так, в дискуссию о европейском праве были интегрированы, притом не всегда с необходимой степенью дифференциации, такие элементы институциональной теории права, как идея об обособлении учреждения от его учредителей и о его собственной внутренней динамике развития¹⁶², тезис о самостоятельной нормотворческой деятельности институтов и/или идея института как нормативного основания права¹⁶³, а также фронтальное отрицание догмы этатизма о политической воле.¹⁶⁴ При этом теоретические разработки и судебная практика, связанные с европейским правом, активно реципировали, в частности, взгляды таких авторов, как *Морис Ориу (Maurice Hauriou)*¹⁶⁵, *Сантти Романо (Santi Romano)*¹⁶⁶ и *Риккардо Монако*

¹⁶¹Решение Европейского Суда: EuGH, Rs. 26/62, *Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der Financiën*, Slg. 1963, I, 25; EuGH, Rs. 6/64, *Costa v. ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1270. Эти и схожие с ними формулировки Европейского Суда направлены не только на автономию_{теор.}, но и подразумевают также автономию в смысле отделенности от международного права (автономию_{догм.}) и в смысле беспрепятственного, слаженного функционирования Союза (автономию_{соц.}).

¹⁶²См. например *Riccardo Monaco*, Règle de droit communautaire et règle de droit interne, в: Bernard Aubin/Ernst von Caemmerer/Philippe Meylan/Karl H. Neumayer/Gerd Rinck/Walter Strausz (Hrsg.), *Festschrift für Otto Riese*, 1964, с. 27 (с. 30): «Едва сформировавшись, правовой порядок, созданный институциональными структурами, развивает сферу своей деятельности в соответствии с целями, закрепленными в его собственной конституции (*[D]ès lors qu'il est crée, l'ordre juridique constitué par un organisme institutionnel développe la sphère de ses activités conformément aux objectifs fixés par sa propre constitution*)».

¹⁶³В предварительном виде *Maurice Hauriou*, Précis de droit administratif et de droit public, 1933 (оригинал 1891), с. 17 и сл. и с. 39-42 (к проблеме положения французской публичной администрации как «автономной» правотворческой институции); см. из вспомогательной литературы *Hasso Hofmann*, Institution, II. Rechtlich, Görres-Staatslex. 5, 1987, Sp. 103. В отношении европейского правопорядка интерес представляет позитивистски-институционалистская концепция *Нэйла Маккормика (Neil MacCormick)*, *Neil MacCormick, Sovereignty, Democracy, Subsidiarity*, Rechtsstheorie 25 (1994), с. 286.

¹⁶⁴*Romano*, Rechtsordnung, 1975, §§ 26–28 (с. 88–92).

¹⁶⁵В первую очередь *Maurice Hauriou*, Die Theorie der Institution und der Gründung, (Essay über den sozialen Vitalismus), в: ders., Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze, hrsg. v. Roman Schnur, 1965, (оригинал 1925), с. 27.

¹⁶⁶*Romano*, Rechtsordnung, 1975.

(*Riccardo Monaco*)¹⁶⁷. По мнению *Монако*, все международные организации имеют свой автономный правопорядок: «наиболее развитые международные учреждения обладают автономными полномочиями, которые находят свое выражение в различных формах». Относительно Европейских Сообществ *Монако* пришел к выводу, что «автономия предстала в конечном счете в качестве самостоятельного источника коммунитарного правового порядка»¹⁶⁸. По сравнению с относительно расплывчатой и неопределенной аргументацией с точки зрения теории институтов, теория «целостного акта» (*Gesamtaktstheorie*), предложенная Хансом Петером Ибсеном (*Hans Peter Ipsen*), является более дифференцированным обоснованием автономного основания действия права Союза (автономия_{теор}). Эта теория, по крайней мере косвенно, основывается на учении о соглашении (договоре) и концепции «целостного акта» (*Gesamtakt*), разработанных в рамках германской теории федеративного (союзного) государства и учения о международном праве (при этом целостность акта состоит в единстве его интенционального отнесения как особого вида юридического акта, состоящего из двух параллельных односторонних волеизъявлений - прим.перев.). По мнению *Ибсена*, Европейские Сообщества были созданы посредством целостного акта государственной «интеграционной власти» (*Integrationsgewalt*).¹⁶⁹ Этим актом был установлен объективный и автономный правопорядок. Этот акт направлен на «создание правовой системы, существующей вне государств и функционирующей самостоятельно и независимо по отношению к ним». Тем самым, данный «целостный акт» включает в себя «помимо объединения, также и способность к правотворчеству».¹⁷⁰ «Выйдя за пределы международно-правового согласования волеизъявления государств, он создал посредством конституции Сообщества и учреждения его правотворческой власти автономный правопорядок Сообщества, основание действия которого не лежит более в заключении договора, а основывается в первичной публичной власти Союза. Связующего континуитета между уставным договором, с одной стороны, и конституцией Сообщества и его правовым порядком, с другой, не существует».¹⁷¹

¹⁶⁷*Monaco*, Règle de droit communautaire, 1964; *Riccardo Monaco*, Cours général de droit international public, Recueil des Cours: Collected Courses of Den Haag Academy of International Law 125 (1968-III), с. 99; *Riccardo Monaco*, Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales, в: Mélanges offerts à Charles Rousseau, 1974, с. 153.

¹⁶⁸*Monaco*, Règle de droit communautaire, 1964, с. 30 и сл.

¹⁶⁹*Hans Peter Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, с. 58.

¹⁷⁰*Ipsen*, с. 62 и 61.

¹⁷¹*Ipsen*, с. 195 (выделение автора), см. также с. 262: «Основанием действия права Сообщества в сфере действия национальных правопорядков является его выведение из публичной власти Сообщества.»

Отрицание подобного «связующего континуитета» вытекает из в принципе правомерного разграничения между генезисом и действием¹⁷²: «между правовым порядком, который создается Сообществом, ... и национальными конституциями, сделавшими возможными его создание, не существует правовой связи в виде производности или зависимости. Процесс *учреждения*, поддержка государствами сформулированной конституции Сообщества являются правовыми предпосылками для *возникновения* Сообщества и для утверждения его конституции. Однако, они не являются таковыми также и для основания действия его правового порядка». Следовательно, правовой порядок Сообщества [сегодня - Союза] действует «в качестве непроизводного, а соответственно независимого и автономного правопорядка».¹⁷³ Решающим практическим следствием этого является то, что суды государств-участников, в частности Федеральный Конституционный Суд ФРГ, не вправе осуществлять проверку конституционности соответствующих национальных законов об одобрении учредительного договора, поскольку - по мнению *Ибсена*, сформулированного им в отношении Германии - «речь идет об *участии Германии в целостном акте учреждения* Сообщества, имеющем свою основу в ст. 24 I Основного Закона ФРГ, *который, помимо прочего, не был связан нормами Основного Закона* и по этой причине не мог быть несовместимым с последним».¹⁷⁴

Сегодня автономия_{теор} обосновывается, прежде всего, через модель «основополагающей нормы» *Ганса Кельзена*. Согласно этой модели, основополагающая норма является «не установленной, а предустановленной нормой (*keine gesetzte, sondern eine vorausgesetzte Norm*). Это не позитивная норма, установленная посредством реального акта изъявления воли, а предполагаемая в юридическом мышлении, то есть ... фиктивная, гипотетическая норма. Она представляет собой основание действия всех правовых норм составляющих правовой порядок».¹⁷⁵ Применительно к европейскому правопорядку соответственно аргументируется, что он является автономным, поскольку обладает собственной, аутентично европейской основной нормой.¹⁷⁶ Тем самым отвергается позитивистско-этагистский тезис о том, что основная норма попрежнему лежит в национальной сфере. Вместе с тем, обращение к кельзеновской концепции основной нормы при рассмотрении вопроса об автономии_{теор} (первичности) имеет неоднозначное воздействие на решение вопроса о плюрализме правопорядков и об обособленности правовых порядков государств-членов. При аналогичном применении кельзеновской

¹⁷²К понятию действия см. выше, сноска 151.

¹⁷³*Ipsen*, с. 63.

¹⁷⁴*Ipsen*, с. 290, выделение изменено.

¹⁷⁵*Hans Kelsen*, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, с. 206; выделение автора.

¹⁷⁶*Grussmann*, *Grundnorm und Supranationalität*, 1993, с. 59, 63.

модели к соотношению между международным и государственным правом тезис о наличии европейской основной нормы, в любом случае, означал бы, что *не* существует несколько отдельных, разделенных друг от друга правовых порядков (а именно - европейское право и правопорядки государств-членов), поскольку согласно теории *Кельзена* все право составляет лишь один единый правопорядок (см. выше, часть II.В.). Строго по *Кельзену*, право Союза, если принять наличие европейской основной нормы, должно было бы быть, следовательно, «общим порядком» («*Totalordnung*»), а правовые системы государств-членов лишь своего рода частичными правопорядками или частичными комплексами, соответствующей собственной основной нормой которых была бы норма европейского права, и которые, в конечном счете, были бы зависимы от европейской основной нормы¹⁷⁷. Таким образом, европейское право было бы автономно, а правопорядки государств-членов, со своей стороны, нет. В рамках этой модели автономия не означала бы взаимную независимость, а одностороннюю независимость европейского права при одновременной несамостоятельности правовых систем государств-членов. Однако, в отношении соотношения права Союза и права государств-участников подобная классически (международно-правовая) монистическая конструкция является полностью нереальной, и в таком виде она нигде и не обосновывается. Никто всерьез не выдвигает тезис, что правительства и законодательные власти государств-членов - это просто делегированные Союзом органы.

3. Критика противоположных точек зрения

Аргументируя с чисто позитивистских позиций, нельзя доказать или опровергнуть ни утверждение об автономном основании действия, ни его отрицание. Если опираться на *кельзенскую* модель основной нормы, то следует констатировать следующее. Основная норма - это не правовая норма, и вопрос, произошла ли ее замена в результате революции (в нашем случае это переход из внутригосударственной области государств-членов в область Союза), соответственно *не является* юридическим вопросом. *В правовом отношении* вопрос о теоретико-правовом основании действия и автономии_{теор} конструкция *Кельзена* оставляет *открытым*.¹⁷⁸ Юридическое

¹⁷⁷*Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, с. 71 и сл. и с. 83 и сл.

¹⁷⁸См. *Kelsen*, *Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht*, 1958, с. 248: «Обе системы [монизм с приматом международного права и монизм с приматом государственного права] являются в равной степени правильными и в равной степени обоснованными. ... Решение как таковое лежит вне сферы правовой науки. ... Оно может предопределяться иными, чем научные, соображениями, например, политическими. Тот, для кого особую ценность представляет суверенитет его государства, поскольку он идентифицирует себя с последним в своем возвышенном

решение в поддержку или против автономии^{теор} не может быть обосновано даже при последовательном применении теории основной нормы.

Если же опираться на надлежащую *организационно-техническую установленность* (*ordnungsgemässe Gesetztheit*) европейских норм, то вывод будет следующим. Процедура принятия нормы сама по себе не обуславливает достоверно и авторитетно качество «автономности»; относительно этого качества нормы она остается скорее неопределенной. Только тот факт, что юридически предусмотрена определенная национальная процедура введения в действие (*Ingeltungsetzung*), например, ратификация либо принятие закона о согласии или одобрении, сам по себе еще не предрешает ни автономность нормы, введенной таким образом в действие, ни отсутствие у нее таковой. Другими словами, *признание автономного основания действия - это чистое установление (Festlegung); и за неимением инстанции, которая ответственно и авторитетно правомочна на подобное установление, допустимы расходящиеся установления*. Тем не менее, неразрешимость вопроса об основании действия не влечет за собой принципиальные негативные последствия для проблемы конституционализации. Даже этатистская конструкция не исключает в соответствии с ее собственными посылками признание европейской конституции. Собственно и лишь «частичный» правопорядок, имеющий свою соответствующую основную норму, каким в принципе предстает европейский правопорядок согласно этой конструкции, может иметь конституцию. В частности, ни у кого не вызывает сомнения, что строго монистические государства, как например, Нидерланды или Бельгия, которые в смысле концепции *Кельзена* должны были бы рассматриваться как частичные правопорядки, соответствующая основная норма которых лежит в международном праве, имеют конституцию.¹⁷⁹

Другая причина, по которой вопрос об основании действия может оставаться открытым, заключается в следующем. Спор о конструктивно-правовом обосновании действия ведется не ради самой конструкции, а с

самосознании, предпочтет примат государственного правопорядка примату международного правопорядка. Тот, кому более близка идея мировой правовой организации, предпочтет примат международного права примату государственного права» (выделено автором).

¹⁷⁹См. также позицию *Джона Остина (John Austin)*, который с одной стороны подчеркивает, что суверенитет означает отсутствие правовых ограничений («Высшая власть, ограниченная позитивным законом, это совершенное терминологическое противоречие»). С другой стороны, суверен вполне может быть подчинен *другому* порядку или власти. Лишь в рамках его «*community*» суверен по определению не связан в правовом отношении. Чужая власть связывает суверена, однако, лишь в его функции как субъекта чужого «*community*» и не меняет ничего в его, так сказать, внутреннем суверенитете («But if the laws be exclusively laid upon it *as subject in the foreign community*, its sovereignty is not impaired by the obedience which it yields to them»), *Austin*, *Lectures on Jurisprudence*, 1911, с. 263 и 335-337.

точки зрения в действительности практически значимого вопроса о самостоятельности деятельности Союза и ее независимости от вмешательства государств-членов (автономия в социологическом смысле). Оба эти аспекта не обязательно должны быть совмещены. Нет оснований считать, что конструктивно-правовое выведение нормы, т.е. теоретико-правовое основание ее действия, обязательно обосновывает постоянную зависимость в текущем функционировании.¹⁸⁰ Ибо процесс правотворчества не детерминирует содержание или статус нормы. Законодатели, устанавливающие правовые нормы, правомочны создавать правопорядок, который не подлежит никаким национальным вмешательствам.

Кроме того, не слишком продуктивная фиксация на вопросе первичности правопорядка и властных полномочий Союза коренится в старой классической государственной-правовой догматике. Здесь, что характерно, *первичность* суверенной власти (в противоположность производной суверенной власти) традиционно считается *критерием государственности*.¹⁸¹ В свою очередь, в рамках традиционного понимания суверенитет принадлежит только государству или соответственно государственной власти. Сообразно этому, первичность (непроизводный характер) ассоциировалась и ассоциируется с суверенитетом: «При попытке разграничить государственную власть от суверенной власти всех иных юридических лиц публичного права, определяющее значение приобрело представление о том, что суверенитет должен быть отождествлен с непроизводностью всей государственной власти».¹⁸²

Как следствие, автономия (автономность) используется нередко как синоним или существенный составной элемент суверенитета. Соответственно, автономия_{теор}, непроизводный характер, суверенитет и государственность оказываются тесно соединены друг с другом. В этих понятийных рамках автономия (автономия_{теор}) правопорядка Союза включает в себя суверенную государственность Союза, которая в настоящее время не существует, и которая также и не стоит на повестке дня в качестве цели. Тот, кто теперь, аргументируя в пределах этих рамок, автономии/непроизводный характер (автономия_{теор}) делает предпосылкой конституции, подспудно опять-таки соединяет конституцию с государством. Поскольку тем самым он утверждает, что конституция должна коррелировать автономии_{теор} и одновременно предполагает, что

¹⁸⁰В этом смысле также *Jestaedt*, *Der Europäische Verfassungsverbund*, с. 116 и 124 и сл.

¹⁸¹См. например *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 1914, с. 180: «Оно [государство] является единственным союзом, осуществляющим господство в силу своей первичной власти, присущей ему, и в правовом отношении не производной ни от какой другой власти».

¹⁸²*Roman Herzog*, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, с. 88.

автономия_{теор} - это признак государства или соответственно государственной власти. В результате вновь формулируется утверждение о том, что только государства могут иметь конституцию, которое собственно и должно было бы быть доказано.

Прежде всего, ошибочным является соединение непроемкости (первичности) и государственности. Догма непроемкости как критерий государства устарела и не адекватна пониманию государства в духе принципов правового государства и демократии. Современное понимание государства исходит из того, что любая государственная власть исходит от людей и является «властью данной с доверием» (*Джон Локк, John Locke*), то есть производной властью, осуществляемой конституционными органами по поручению доверителя.¹⁸³ Следовательно, соединение автономии_{теор} с вопросом конституционализации это ложный путь. Поэтому вопрос об автономии_{теор} и об основании действия может в правовом отношении оставаться открытым.¹⁸⁴

Д. Юрико-социологическая автономия: Свобода от вмешательства государств-участников

Автономия означает, в-четвертых, независимость или самостоятельность в текущей правовой деятельности Союза, то есть отсутствие у государств-участников постоянного права диспозиции в отношении права Союза (автономия_{соц}). В практическом плане автономия в этом смысле предстает наиболее значимой. Она синонимична спектру трактовок понятия суверенитета. При таком рассмотрении, автономия Союза конкурирует с суверенитетом государств-участников. Типичным является представление, что если союз является автономным, то государства-участники утрачивают свой суверенитет; дескать, если союз обретает автономию, то государства-участники перестают быть «властителями договоров» (*Herren der Verträge*). Именно этот момент делает вопрос об автономии_{соц} центральным при обсуждении проблемы конституционализации. При этом часто упускается из виду, что при вовлечении государства к участию в международной организации обе стороны как выигрывают, так и теряют; другими словами, не принимается во внимание, что суверенитет не передается или переносится, а происходит качественное его изменение.

¹⁸³ *John Locke, Über die Regierung, 1992 (1690), § 149.*

¹⁸⁴ Тем самым здесь затрагивается тема плюралистической концепции, которая рассматривается более подробно ниже, см. раздел VI.1.

Автономия_{соц} не предполагает обязательно наличие отдельного, обособленного правопорядка, а также и наличие первичного, производного правопорядка (автономии_{теор}). В отличие от вопроса о первичности (автономии_{теор}), на который существует только однозначный ответ в смысле «да» или «нет», вопрос об автономии_{соц} это вопрос о степени или градации. К автономии_{соц} права Союза относятся, например, прямое действие (т.е. действие независимо от акта имплементации или трансформации),¹⁸⁵ возможность непосредственного применения норм права Союза судами государств-участников, если они отвечают критериям, которые определяются самими нормами,¹⁸⁶ приоритет права Союза перед национальным правом¹⁸⁷ и отсутствие правового контроля со стороны судов государств-участников.¹⁸⁸ Точки зрения Европейского Суда и большинства

¹⁸⁵Со всей ясностью в этом смысле высказался Конституционный Суд Италии в решении *Frontini*, Постановление Nr. 185 от 27.12.1973, нем. перевод в EuR 9 (1974), с. 255 и далее, пункты 5 и 7: Право Союза является «автономным и независимым правовым порядком». Союз обладает, в частности, полномочием по принятию актов нормативного содержания, при этом «нет необходимости в издании внутригосударственных норм адаптации или рецепции». Распоряжения Союза (*Unionsverordnungen*) представляют собой «непосредственный источник прав и обязанностей», и они «не могут быть предметом каких-либо государственных мер репродуктивного, интегративного или исполнительного рода, которыми бы их введение в действие могло быть отсрочено или оговорено какими-либо условиями, а тем более, которые бы могли их – пусть даже только частично - заменить, временно отменить или упразднить.»

¹⁸⁶И после решения Европейского Суда по делу Rs. 26/62, *Van Gend & Loos v. Niederländische Finanzverwaltung*, Slg. 1963, I, 24-27 аспекты прямого действия и непосредственного применения не были с полной ясностью решены в его судебной практике. Решение по делу *Van Gend & Loos* стало первым постановлением Суда, где он связал проблему непосредственного действия с темой автономии (в нем говорится еще о «новом правопорядке» (id., 25).

¹⁸⁷Основополагающее решение Европейского Суда, EuGH, Rs. 6/64, *Costa v. ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1269-1271 знаменует соединение проблем автономии (автономии_{теор} и автономии_{соц}) и приоритета.

¹⁸⁸См. экспертизу Европейского Суда 1/91, по Проекту Соглашения между Сообществом и странами Европейской ассоциации свободной торговли о создании Европейского экономического пространства, (Entwurf eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft einerseits und den Ländern der Europäischen Freihandelsassoziation andererseits über die Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums), Slg. 1991, I-6079, пункт 30: Судебная система планируемого ЕЭП может «поставить под вопрос автономию правопорядка Сообщества при осуществлении его собственных целей». Пункт 34 и сл.: Поскольку Суд ЕЭП должен был бы принимать решения о соответствующих полномочиях Сообщества [теперь Союза] и его государств-участников, это нарушало бы установленный порядок компетенции и полномочий и, тем самым, автономию правовой системы Сообщества. В экспертизе Европейского Суда 2/92, по Проекту Соглашения между Сообществом и странами Европейской ассоциации свободной торговли о создании Европейского экономического пространства (Entwurf eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft einerseits und den Ländern der Europäischen

национальных судов относительно автономии_{соц} частично расходятся. Прямое действие и возможность непосредственного применения права Союза не вызывают сомнений. Вместе с тем, постулируемый Европейским Судом абсолютный примат права Союза, а также его монополия в области проверки и отмены правовых норм не вызывают единодушной поддержки.

Для проблематики конституционализации определенное значение имеет аргумент, что, если бы праву Союза не была бы присуща автономия (в социологическом смысле), «то представление о европейской конституции не имело бы никакого смысла».¹⁸⁹ Если бы применение права Союза на территории различных государств-участников подлежало бы их свободному усмотрению, в частности, если бы национальные суды могли бы решать вопрос об этом на основе соответственно разных конституционных принципов, ценностных представлений и методов толкования, то «конституционный характер договоров о Союзе был бы утрачен» - таков, например, вердикт бывшего президента Суда, *Жулия Карлоса Родригеса Иглесиаса (Gil Carlos Rodriguez Iglesias)*.¹⁹⁰

В такой своей категоричности подобные высказывания представляются проблематичными, поскольку в сложившихся сегодня условиях взаимозависимости и взаимосвязанности никакая политическая единица не может быть полностью автономной_{соц}. Представление о всеобъемлющей суверенной автономии_{соц} оказывается иллюзией уже в отношении пост-промышленного государства, и такое требование не может поэтому выдвигаться и для Европейского Союза. Сегодня речь идет как раз о том, чтобы, несмотря на взаимную зависимость, обеспечить (фрагментарную) структурированность и закреплённость. Это означает, что достоверные высказывания по вопросу об автономии_{соц} возможны только в плане тенденций, так как реализуемая автономия - это вопрос *степени*. Минимум автономии_{соц}, который должен существовать, чтобы вообще была возможность разумно говорить о европейской конституции, едва ли может быть сформулирован абстрактно. Бесспорным представляется, что право Союза достигло определенной степени автономии_{соц}, которая выражается, в том числе, в институциональном укреплении, интенсивности и объеме

Freihandelsassoziation andererseits über die Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums), Slg. 1992, I-2821, пункт 17 и 23 и сл., Суд установил, что регулирование, в соответствии с которым решения Смешанной Комиссии не должны противоречить судебной практике Суда, представляет собой «существенную и для обеспечения автономии правопорядка Сообщества совершенно необходимую гарантию».

¹⁸⁹См. *José Luís da Cruz Vilaça*, Europas Verfassung, eine unvollendete Aufgabe, в: The Philip Morris Institute for Public Policy Research (Hrsg.), Braucht Europa eine Verfassung?, 1996, с. 11 (с. 12) (здесь речь идет о действии, приоритете и непосредственной применимости).

¹⁹⁰*Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft, EuGRZ 23 (1996), с. 128.

суверенных полномочий, возможности применения санкций, безусловном прямом действии, приоритете в значительных областях и т.д. Следует ли это положение характеризовать как достигнутую или еще не достигнутую автономию_{соц.}, это вопрос личной оценки значения организационных, процедурных и политических факторов.

Е. Заключение: Автономия как конституционная потребность

Корреляция конституционализации международной организации с автономией ее правопорядка должна быть подвергнута (пере)осмыслению. В традиционной дискуссии «автономия» в большинстве случаев применяется как субститут «суверенитета». И поскольку качество суверенитета бронируется за государством, то тем самым и конституция подспудно связывается с государством. Как было изложено выше, автономия в теоретико-правовом и догматически-правовом смысле не должна рассматриваться со всей необходимостью как предварительное условие или коррелят конституции. Кроме того, чисто теоретико-правовой и догматически-правовой взгляд на проблему конституции малопродуктивен, поскольку при этом упускается из виду политическое измерение феномена конституционализации. Конституция и конституционализм - это промежуточные (соединительные) понятия между правом и политикой; и центральная функция конституции - это ограничение политической власти. Это говорит в пользу включения юридико-социологического измерения автономии правопорядка в дискуссию о конституционализации, и, прежде всего, также в пользу включения в нее вопроса легитимации.

Правовое и социальное (политическое) отношение между международными организациями и государствами-участниками характеризуется постоянной напряженностью.¹⁹¹ В фактическом плане организации ограничивают свободу действий государств-участников, однако они, в свою очередь, также и оказывают им поддержку. С одной стороны, организации могут подрывать авторитет и господство государств-участников, но с другой стороны являются также их «слугами» или даже их «*alter ego*» («вторым я»). Эти отношения не являются застывшими, а могут изменяться с течением времени и в зависимости от контекста. Развитие автономии организации может поддерживать делегация ей полномочий и телеологическая динамичная интерпретация управомачивающих норм, однако, оно может и тормозиться. Автономия_{соц}

¹⁹¹Hierzu José E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, 2005, с. 262 и сл.

международных организаций является поэтому относительной (градуальной) и непостоянной.

На этом юридико-социологическом уровне отражения, который включает также и вопрос легитимации, автономия правопорядка предстает не как логическая предпосылка конституции, а как факт, который вызывает к ней. Если правопорядок хотя бы до определенной степени автономен по отношению к государствам, то его легитимация исключительно через государственные правопорядки не представляется более уместной. В результате (относительно) автономный порядок должен сам себя легитимировать. Поскольку конечное нормативное обоснование какого-либо правопорядка в рамках права опосредует его конституция, то именно конституция должна привлекаться для обеспечения подобной легитимации. В качестве вывода можно сформулировать следующее.¹⁹² Чем насыщенней и интенсивней, а следовательно опасней для индивидуальной свободы является правопорядок или соответственно фактическое применение его норм, тем более настоятельной является потребность в его конституционализации. В свою очередь, чем более автономной является международная организация, тем в большей степени она нуждается в конституции.

V. По ту сторону иерархии правопорядков

Нередко конституционализация отождествляется с установлением иерархии норм. В частности, идея «многоуровневого конституционализма»¹⁹³ наводит, в любом случае, весьма образно на мысль об иерархическом соотношении между международным конституционным правом и национальными государственными конституциями. Более подробное исследование отношений между правопорядками (и частичными правопорядками) показывает, что соотношение, обозначаемое в общем виде как «приоритет», не следует общей, единой логике. Значение и юридические последствия «приоритета» международного права и права Союза перед национальным правом отличаются от «федеративного» преимущества федерального права перед законами субъектов федерации, а

¹⁹²Kadelbach/Kleinlein, *Überstaatliches Verfassungsrecht*, 2006, с. 242.

¹⁹³Из более новой литературы по Европейскому Союзу см. *Ingolf Pernice*, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, *Columbia Journal of European Law* 15 (2009), с. 349-407; по проблеме конституционализации ВТО: *Petersmann*, *Multilevel Judicial Governance*, 2008; по проблематике в целом см. *Thomas Cottier/Maya Hertig*, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, *Max Planck UNYB* 7 (2003), с. 261 (S 326-27).

также от примата (формальной) конституции по отношению к обычному законодательству.

А. Интернационализм: важное значение международного права

В соответствии с общим международным правом государство не может ссылаться на предписания своего внутреннего права в целях оправдания невыполнения им его международно-правовых обязанностей.¹⁹⁴ Международные суды, разумеется, подчеркивают более важное значение международного права, чем национального права. Так например, Постоянная Палата международного правосудия в решении по делу *Communautés gréco-bulgares* постановила: «общепризнанный принцип права народов состоит в том, что в отношениях между государствами-участниками договора положения внутреннего права не имеют приоритета над положениями договора».¹⁹⁵ Международные судебные инстанции ограничиваются, как правило, тем, что они констатируют нарушение норм международного права противоречащим ему национальным правом и в случае необходимости формулируют обязанность государства исправить положение. Так в решении по делу *Échange des populations grecques et turques* Постоянная Палата международного правосудия признала наличие самостоятельного принципа, в соответствии с которым государство, взявшее на себя международные обязательства, должно внести в свое законодательство изменения, необходимые для обеспечения выполнения этих обязательств.¹⁹⁶

Согласно докладу Венецианской комиссии приоритет международного права перед внутренним правом «в принципе является бесспорным». Эта «самоочевидная истина» является *требованием самого международного права*.¹⁹⁷ При таком подходе обязанность (преимущественного) применения международного права вытекает не из ступенчатой структуры

¹⁹⁴Ст. 32 Проекта Комиссии ООН по международному праву об ответственности государств 2001-го года (UN Doc. A/CN.4/L.602, Rev.1). Возможные противоположные требования внутригосударственного права не оправдывают неисполнение договора (ст. 27 Венской Конвенции о праве договоров).

¹⁹⁵РСИД Ser. B, No. 17 (1930), 32. В этом же направлении также и Международный Суд ООН, *Applicability of the Obligation to Arbitrate under the United Nations Headquarter Agreement (advisory opinion)*, ICJ Reports 1988, 12 и далее, пункт 57; см. также Международный Суд ООН, *Eletronica Sicula*, ICJ Reports 1989, 15, пункт 73.

¹⁹⁶РСИД Ser. B, No. 10 (1925), 20 (выделение автора).

¹⁹⁷*Constantin P. Economides, The Relationship Between International and Domestic Law*, 1993, с. 12. В этом же смысле *Virally, Sur un pont aux ânes*, 1964, с. 497.

правопорядка (или правопорядков), а определяется тем обстоятельством, что по самой природе вещей каждая правовая система стремится также быть примененной. Международно-правовая дискуссия происходит таким образом не в рамках образа пирамиды норм, а, прежде всего, в рамках парадигмы соблюдения права и в предметном отношении теоретизируется как вопрос «соблюдения» и ответственности за несоблюдение. Если вообще ведется речь о приоритете, то ясно, что он действует исключительно *в целях* международного права («международный примат» (*primauté internationale*) в отличие от внутреннего примата (*primauté interne*)).

Международно-правовая судебная практика признает, что в международном праве и в национальном праве существуют параллельные коллизионные правила, которые могут расходиться. «Это означает в частности, что международное право имеет приоритет в практике международных судов, а национальное право имеет приоритет на национальном уровне».¹⁹⁸ В отличие от этого, согласно правоприменительной практике по вопросу о соотношении международного и государственного права, «универсального» приоритета, который действовал бы во всех соответствующих правопорядках, не существует.

В. Наднационализм: примат права Союза

В соответствии с судебной практикой Европейского Суда приоритет (*Vorrang*) права Союза в двух важных пунктах отличается от значимости (*Massgeblichkeit*) международного права. Во-первых, по мнению Суда, по отношению к праву Союза (иначе, чем по отношению к международному праву) государства, в любом случае лишены права самостоятельно решать вопрос о ранге его действия в национальном правопорядке. Это означает, что Европейский Суд не признает действие «двухкомпонентного» коллизионного правила (соответственно в праве Союза *и* в национальном праве), которое бы обосновывало возможность существования отклоняющейся внутренней перспективы государств-участников. Следовательно, новизна подхода Европейского Суда состоит в том, что им констатируется не только «международный приоритет», но и «внутренний приоритет».¹⁹⁹ По его мнению, правило приоритета имеет своим

¹⁹⁸ *Arangio-Ruiz*, *Dualism Revisited*, 2003, с. 938.

¹⁹⁹ *Bruno De Witte*, *Retour à „Costa“: La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, *Revue trimestrielle de droit européen* 20 (1984), с. 425 (с. 427 и 432 и сл).

источником европейское право. Во-вторых, приоритет права Союза действует проспективно (*prospektiv*), что в случае международного права является менее очевидным. Любой национальный судебный орган или иной орган государственной власти должен по собственной инициативе учитывать этот приоритет и игнорировать противостоящее национальное право.²⁰⁰ То, что в общем международном праве в большинстве случаев формулируется в рамках вторичных норм (вопрос ответственности за нарушение международного права), Европейский Суд устанавливает как первичное обязательство.

По меньшей мере в скрытом противоречии к позиции Европейского Суда суды ряда государств-членов Евросоюза в последнее время квалифицируют соотношение между европейским и национальными правовыми порядками не в качестве иерархического, а в качестве горизонтального. Наиболее отчетливо это сформулировал испанский Конституционный суд, констатирующий одновременно различия между наднациональной парадигмой и конституционной парадигмой: «Этот примат (*primacia*) [права Союза] *предстает не как иерархическое подчинение (Überordnung)*, а как, «жизненно важное требование» этого права в целях достижения в практике всех государств его непосредственного и единообразного применения». Иначе предстает верховенство (*supremacia*) испанской конституции. «Примат (*primacia*) и верховенство (*supremacia*) - это категории, которые разветвляются в рамках различных порядков. ... Примат (*primacia*) ... реализуется необязательно через иерархию, а состоит в разграничении сфер применения различных - принципиально действительных - норм, среди которых лишь одна или несколько обладают качеством по какому-либо основанию «вытеснять» другие нормы ввиду своего преимущественного и приоритетного применения. ... Верховенство (*supremacia*) конституции является совместимым с режимами применения, которые обеспечивают приоритет применения норм иного, чем национальный, правового порядка, при условии, что сама конституция определила это таким образом».²⁰¹ Также и германский Федеральный Конституционный суд не считает отношение между немецкими и европейским правовым порядком (и *мимоходом* отношение между правом ЕС и международным правом, а также между международным и национальным правом) построенным по

²⁰⁰ Европейский Суд, EuGH, Rs. 106/77, *Staatliche Finanzverwaltung v. Simmenthal* (*Simmenthal II*), Slg. 1987, 629, пункт 17/18 и 21/23: Противоречащее национальное право становится «автоматически неприменимым», и сами национальные судьи должны иметь возможность принимать решение об этом; право принятия такого решения не может оговариваться, например, только за национальными конституционными судами.

²⁰¹ Конституционный Суд Испании, Разъяснение DTC 1/2004 от 13.12. 2004, DTC 1/2004, нем. перевод в EuR 40 (2005), с. 339-352 (с. 343 и 346).

иерархическому принципу. В решении *Lissabon* Федеральный Конституционный суд сослался в своем обосновании на решение Европейского Суда по делу *Kadi*.²⁰² Согласно трактовке этого решения германским Судом, Европейский «суд в пограничном случае поставил самоутверждение *собственной идентичности как правового сообщества* выше, чем иные подлежащие уважению обязательства: Подобная правовая фигура знакома не только в международно-правовом общении в форме ссылки на публичный порядок как возможное ограничение договорных обязательств; она соответствует, в любом случае, при ее конструктивном применении также идее политических организационных взаимоотношений, не упорядоченных по строго иерархическому принципу».²⁰³

С. Федерализм: приоритет и верховенство

В федеративных государствах отношение между различными составляющими (частичными) правопорядками представляется не как отношение подчинения/верховенства, а как параллельное сосуществование (*Nebeneinander*). Конфликты между правопорядками решаются посредством разграничения компетенции и дерогационного действия федерального права, в англосаксонской терминологии соответственно принципами *pre-emption* и *supremacy*. В Германии, например, принцип *pre-emption* реализуется посредством разграничения компетенции в соответствии со ст. 72 и сл. Основного Закона ФРГ. В отличие от этого, принцип *supremacy* федерального права урегулирован в ст. 31 Основного Закона²⁰⁴. Федеральное право и законы земель понимаются преимущественно не как иерархическая пирамида норм, а в качестве своего рода «единства в двух измерениях» (*«Einheit in zwei Dimensionen»*)²⁰⁵. В результате этого существуют сферы, в которых

²⁰²По решению *Kadi* см. сноску 84 и 146, а также соответствующий текст.

²⁰³Федеральный Конституционный суд ФРГ, BVerfG, 2 BvE 2/08 от 30.06.2008, абз. 340 (*Лиссабонский Договор*) (выделение автора). Критически относительно идеи приоритета европейского права без иерархии см. *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund, с. 117-120.

²⁰⁴В системе, которую установила конституция Австрии, нет необходимости в коллизионном правиле по типу ст. 31 Основного Закона ФРГ, поскольку здесь предусмотрено четкое разграничение полномочий между федерацией и землями. Австрийский Конституционный суд обладает компетенцией по отмене федерального или земельного права, принятого с нарушением установленной компетенции (*Wolfgang März*, Bundesrecht bricht Landesrecht, 1989, с. 20 и сл. с дальнейшими ссылками).

²⁰⁵*März*, с. 207.

федеральный уровень выступает как вышестоящий по отношению к земельному; однако, имеются и области, в которых «приоритет» остается за землями, например, при конституционном регулировании федеральными землями вопросов, входящих в сферу их самоопределения. Федерация и федеральные земли в составе союзного государства рассматриваются (во всяком случае, формально) в качестве двух первичных и самостоятельных государственных властей.²⁰⁶ Как это сформулировал Федеральный Конституционный суд в своей устоявшейся судебной практике, конституционные пространства каждой из них «в принципе самостоятельно» сосуществуют параллельно друг с другом.²⁰⁷ Их право проистекает из «различных» правовых источников.²⁰⁸

Право центральной инстанции принимать окончательное решение об отмене норм субъектов федерации, противоречащих федеральному праву, признается, пожалуй, в большинстве федераций как жизненно важное для федерации. Так например, судья американского Верховного Суда *Оливер Уэнделл Холмс (Oliver Wendell Holmes)* следующим образом характеризовал положение в Соединенных Штатах Америки: «Я не думаю, что Соединенные Штаты придут в упадок, если мы утратим наше полномочие признавать недействительными акты Конгресса. Но я всерьез считаю, что Союз окажется под угрозой, если у нас не будет такого права в отношении законов отдельных штатов.»²⁰⁹ Тем не менее, «приоритет» федерального права перед правом субъектов федерации существенно отличается от приоритета конституции перед «обычным» законодательством. Речь идет о двух совершенно различно структурированных линиях соотношения норм по их юридическому действию и силе.²¹⁰ Основной смысл коллизионных норм, отдающих предпочтение федеральному праву, заключается в том, чтобы обеспечить наделение федерации компетенцией в соответствии с федеральной конституцией. Некоторые полномочия закрепляются за федерацией именно по той причине, что в определенных предметных материях (которые не обязательно должны иметь более высокую значимость и ценность) более желательно регулирование, унифицированное в пределах федерации. Его единообразное применение требует, чтобы противоречащие ему положения права субъектов федерации оставались без внимания. Как раз тот факт, что конституции федеративных государств содержат четкие коллизионные нормы, показывает, что федеральное право не обладает органически свойственной ему более

²⁰⁶Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz: Kommentar, пункт 1 к ст. 31 (Maunz).

²⁰⁷Федеральный Конституционный суд ФРГ, BVerfGE 4, 178, 189 (1955) (выделение автора), эта позиция стала элементом устойчивой практики Суда.

²⁰⁸Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1984, с. 720.

²⁰⁹Oliver Wendell Holmes, Law and the Court, Rede vom 15. Februar 1913, напечатано в *Oliver Wendell Holmes, Collected Legal Papers*, 1921, с. 291, 295 и сл.

²¹⁰Christian Starck, Rangordnung der Gesetze, 1995, с. 10.

высокой юридической силой. (В случае примата конституции дело обстоит несколько иначе: этот примат в большинстве случаев не предусматривается непосредственно в конституционных текстах, а следует скорее из самой сущности конституции.).

Провозглашение приоритетного значения федерального права по отношению к праву субъектов федерации «имеет своей основой дифференциацию самостоятельных субъектов публичных функций; оно гарантирует независимость соответствующих кругов права и путем распределения предметов законодательства должно обеспечивать ни больше и ни меньше, чем урегулированное правовое единообразие».²¹¹ Федеративный порядок является таким образом выражением двух независимых правопорядков; федеральная коллизионная норма не устанавливает в этом смысле ценностный приоритет. В противоположность этому, предписанное соотношение нормативной силы конституции и «обычных» законов является выражением определенного порядка ценностей.²¹²

D. Коллизионное право: параллельные правила применения права

Если конкретная ситуация, требующая правового решения, обнаруживает точки соприкосновения с двумя государственными правопорядками, то правоприменительный орган должен задаться предварительным вопросом о том, нормы какого из них должны служить основанием для его решения. Ответ на этот предварительный вопрос дают соответствующие национальные коллизионные правила. Каждый суд применяет в принципе собственное коллизионное право, а именно национальные нормы международного частного, уголовного или административного права. Национальные коллизионные нормы могут параллельно быть задействованы через международные соглашения; однако, при этом не существует первичных мета-правил разрешения нормативных коллизий.

²¹¹Starck, с. 10 и сл.

²¹²Albert Hensel, Die Rangordnung der Rechtsquellen, insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, в: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, с. 313 (с. 315 и сл. и 319-322 и сл.).

Е. Конституционализм: «жесткие» и «гибкие» конституции

Наконец, еще одной моделью для решения конфликтов норм является конституциональная модель. В основе приоритета конституции лежит, в конечном счете, значимость ее содержания. Этот принцип приоритета исключает возможность изменения конституции посредством «обычного» законодательства и выполняет, тем самым, *нормативную функцию закрепления и стабилизации*. Более того, приоритет конституции имеет важное значение в контексте ее *функции как ориентира и масштаба*. Приоритет означает материально-правовую обязательность и определяющее значение конституции для любых действий публичной власти, и прежде всего, для законодателя. В дополнение к этому, конституция, в силу ее приоритета, ограничивает власть законодателя, то есть простого большинства в парламенте (*функция приоритета конституции по ограничению власти и установлению нормативного императива*). Поскольку парламентское законодательство выступает как центральный инструмент осуществления власти, иерархия норм, в соответствии с которой конституция стоит выше законов, представляет собой центральный элемент обязывания государственной власти. Кроме того, приоритет конституции выражается в том, что конституция регулирует процесс законодательства и содержит также предметные директивы для подлежащих принятию «обычных» законов. Приоритет позволяет конституции, таким образом, функционировать в качестве право-конструктивного основания действия «обычного» права (*функция правотворчества*). Симметрично этому приоритет конституции приводит, наконец, к тому что в соответствии с содержащимся в самой конституции коллизионному правилу противоречащее ей «обычное» право становится недействительным или неприменимым (*дерогационная функция и функция разрешения конфликта норм*); эта функция является только в том случае эффективной, если существует конституционная юрисдикция. Тем не менее, подобный принцип приоритета конституционных норм перед «обычным» правом присутствует не во всех конституционных традициях. Как правило, также и тексты, которые не пользуются таким приоритетом, обозначаются как конституции.²¹³ Примером такого рода гибкой, т.е. не предусматривающей приоритета конституции была, в соответствии с классификацией, предложенной Джеймсом Брайсом (*James Bryce*), Конституция Германского Рейха, которая, согласно позитивистской точке зрения, господствовавшей в тот период в правовой теории, не пользовалась

²¹³Классификация Джеймса Брайса (*James Bryces*) на «гибкие и жесткие конституции» (*flexible and rigid constitutions*) представляет собой как раз дифференциацию между конституциями, имеющими приоритет, и конституциями, не имеющими приоритет, см. *James Bryce, Essay III: Flexible and Rigid Constitutions*, в: *ders., Studies in History and Jurisprudence, Bd. I, 1980 (1901)*, с. 150 и сл. и 217 и сл.

материальным приоритетом перед правом, установленным законами. Сегодня примером такого конституционного текста может служить, прежде всего, британская конституция. По образному выражению Фредерика Уильяма Мэйтленда (*Frederic William Maitland*), она не пользуется «никакой особой неприкосновенностью» (*no special sanctity*).²¹⁴ В соответствии с принципом «верховенства парламента» (*Parlamentssouveränität*) английский парламент, в частности, может в принципе теоретически в любой момент пересматривать любые существующие нормы, также и те, которые являются конституционными по своему содержанию, и что характерно - в рамках регулярного (обычного) законодательного процесса. С чисто юридической точки зрения во внутригосударственном праве не существует ни формальных, ни материальных ограничений правомочия законодателя по регулированию или внесению изменений в действующее право. Определенную внешнюю границу установил лишь Акт по правам человека (*Human Rights Act*), который в этом отношении выполняет своего рода конституционную функцию для Соединенного Королевства. Также и весь комплекс так называемого «чисто материального» конституционного права, как например, избирательные законы, законодательство о гражданстве и регламенты высших органов государственной власти, в лучшем случае, стоят в формальной иерархии норм на уровне «обычных» законов, и приоритет «формальной конституции» на них не распространяется.

Ф. Смена парадигм

С течением времени все выше упомянутые парадигмы привлекались исследователями в целях объяснения соотношения международного и, в частности, европейского правопорядка, с национальными правопорядками. Так например, приоритетное значение международного права, равно как и европейского права определялось через призму «федеративной» парадигмы. *Жорж Сель*, в частности, подчеркивал, что «международное право отменяет федеральное право»²¹⁵; в свою очередь, *Эберхарт Грабитц* (*Eberhard Grabitz*) сформулировал принцип, что «коммунитарное право отменяет национальное право»²¹⁶. Международное или соответственно

²¹⁴*Frederic William Maitland*, *The Constitutional History of England*, 1961 (1908), с. 536.

²¹⁵*Georges Scelle*, *Règles générales du droit de la paix*, *Recueil des Cours* 46 (1933-IV), с. 327-695 (с. 351-353).

²¹⁶*Eberhard Grabitz*, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, 1966. *Carl Friedrich Ophüls* выдвинул тезис, согласно которому конфликты между правом Сообщества (теперь Союза) и национальным правом решаются не на основе правила приоритета, а в

европейское право и государственные правопорядки находятся в рамках такого подхода не на одном уровне, а, скорее, в состоянии конкуренции по отношению друг к другу или же, по выражению *Селя*, они «сводятся воедино».

Более новой попыткой объяснения соотношения между правом ЕС и правом государств-участников является коллизионно-правовая аналогия. Структура коллизионного права точно соответствует наличествующему в Союзе плюрализму обоснований приоритета: Европейский Суд обосновывает преимущество, в первую очередь, автономией права Союза. Он позиционирует коллизионную норму в право Союза и применяет исключительно эту (неписаную) коллизионную норму. В отличие от этого, большинство высших судов государств-членов признают приоритет в силу конституционного полномочия и таким образом располагают коллизионную норму в соответствующем национальном праве.

По аналогии с международным частным правом предписания национального права, касающиеся возможности передачи суверенных полномочий, можно было бы понимать одновременные как отсылочные нормы, которые предписывают применение права Союза, или, по меньшей мере, как односторонние коллизионные нормы, которые не содержат позитивной отсылки к праву Евросоюза, а обозначают исключительно лишь область применения собственного права.²¹⁷ Оговорки национального права относительно решений, принимаемых в последней инстанции, можно было в этом случае рассматривать как (имплицитные) коллизионные нормы, которые предписывают, чтобы в определенных ситуациях, несмотря на принципиальный приоритет права Евросоюза, все-таки должно применяться национальное конституционное право. В этом случае они выполняли бы функцию своего рода «оговорки о публичном порядке» (*Ordre-public-Vorbehalt*).²¹⁸ Юридическая практика судов по вопросам приоритета права Евросоюза основывается на применении

соответствии с правилом установленной компетенции (соответственно по принципу *pre-emption*): «Государство и Сообщество являются - каждое в своей области ведения - соответственно высшей инстанцией. ... Вопрос о юридической силе права Сообщества в национальной системе государств-участников здесь вообще не встает.» *Carl Friedrich Ophüls*, *Le problème des dispositions directement applicables*, 1963, с. 222; *Carl Friedrich Ophüls*, *Die Geltungsnormen des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1964, с. 17 и далее, в частности, с. 22 и 23; см. также *Walter Hallstein*, *Intervention (Primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres)*, *Revue trimestrielle de droit européen* 1 (1965), с. 247 (с. 248 и 252). Более подробно об аналогии между ЕС и федеративной системой (приоритет вследствие исключения компетенции и приоритет на основе федеральной коллизионной нормы) см. *Peters*, *Elemente*, 2001, с. 328-333 с дальнейшими ссылками.

²¹⁷*Stefan Kadelbach*, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Tübingen 1998, с. 219.

²¹⁸*Kadelbach*, с. 30.

соответствующих национальных коллизионных норм. Последние в значительной степени схожи, однако они не идентичны полностью. Для единообразного решения конфликтов норм была бы совершенно достаточна полная унификация (*Gleichschaltung*) коллизионных норм, отказ от параллельных норм не требуется.

В целом аналогия с международным частным правом отражает (параллельное и перекрещивающееся) сосуществование соответствующих правопорядков. В частности, она не подразумевает иерархическое отношение этих правопорядков. Поскольку коллизионное право в зависимости от предметной области делает отсылку то на одно, то на другое право, здесь не устанавливается ни отношение безусловного приоритета, ни - как следствие - какая-либо иерархия между правопорядками. Кроме того, коллизионно-правовая модель имеет то преимущество, что в ней предварительный вопрос расположения коллизионной нормы не предвещает вопрос приоритета. Тот, кто придерживается коллизионно-правового подхода, способен легче принять, что применение европейско-правовой коллизионной нормы не обязательно логично означает «приоритет» международного права или права Евросоюза. Поскольку эта же коллизионная норма может с равным успехом при определенных обстоятельствах устанавливать в качестве применимой нормы национальное конституционное право. И наоборот, из национальной коллизионной нормы может с равным успехом следовать приоритет международного права или права Союза.

С другой стороны, против коллизионно-правовой модели существует весьма важное возражение. Смысл коллизионного права состоит, прежде всего, в том, чтобы позволять применение к определенной проблеме нормы того правопорядка, который обнаруживает к ней наиболее тесную предметную связь. Идея единообразного правоприменения в рамках конкретной политической единицы практически не играет никакой роли. Поэтому и не существует общего, универсального коллизионного правила, которое бы в *любом* случае коллизии между собственным и чужим правом отсылало к одному из обоих правопорядков, а имеется множество различных коллизионных правил, ориентированных на соответствующие проблемы. Рациональная и связанная с этим принципиальная структура коллизионного права абсолютно не подходит международной и европейской реальности.

По этой причине в качестве третьей парадигмы выступает конституционализм. Однако может ли приоритет международного права и права Евросоюза по отношению к государственному праву обосновываться по аналогии с приматом конституции? Первое возражение состоит в том, что международное право и право Евросоюза обладают приоритетом независимо от значения и содержания устанавливаемых ими норм.

«Приоритет» служит прежде всего обеспечению единообразного применения соответствующих норм.²¹⁹ В частности, для Евросоюза единообразное применение его права вообще признается в качестве предпосылки его дееспособности, в качестве «основополагающего требования правопорядка сообщества».²²⁰ Если противоречащее право государств-участников оставалось бы применимым, то объем и степень действия права Евросоюза оказались бы неодинаковыми в отдельных государствах-членах в зависимости от существующего в них правового регулирования. В случае Евросоюза это было бы особенно контрпродуктивно, поскольку он, в первую очередь, выступает именно в качестве правовой общности. Здесь присутствует та особенность, что в отличие от культурной, исторической или национальной (народной) общности в этих рамках отсутствует инструментальный физический принуждения для осуществления интеграционной программы. По этим двум причинам практически единственным инструментом интеграции на этом уровне является правовое регулирование. Поэтому - и в этом состоит главный аргумент - без правовой общности не имелось бы европейской интеграции, а без правового единства никакой правовой общности. В соответствии с этим единообразное правоприменение считается основным фактором европейского успеха.

Разумеется, единообразное применение норм территориально более масштабного правопорядка имеет со своей стороны *конституциональное* значение. Оно гарантирует реализацию принципа *равноправия (правового равенства) граждан*.²²¹ Кроме того, приоритет права Евросоюза (и международного права) выполняет *демократическую* функцию. Поскольку в настоящее время практически любое национальное законодательство имеет экстратерриториальные последствия, постольку национальные государства оказываются в состоянии, так сказать, в одностороннем порядке налагать определенные обременения на граждан соседних государств. Если признать, что демократический принцип требует участия заинтересованных лиц в том числе и в случае подобных трансграничных мер, то такое положение предстает недемократичным. Право всех заинтересованных лиц на участие могло бы реализовываться в этой

²¹⁹Для права Евросоюза, решение Европейского Суда EuGH, Rs. 6/64, *Costa v. ENEL*, Slg. 1964, 1269 и сл., и еще определенной EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Slg. XVI (1970-1), 1125, пункт 3.

²²⁰Решение Европейского Суда EuGH, verb. Rs. C-143/88 и C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen v. Hauptzollamt Itzehoe*, Slg. 1991, I-415, пункт 26.

²²¹Решения Европейского Суда EuGH, Rs. 6/64, *Costa v. ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1270; EuGH, Rs. 39/72, *Kommission v. Italienische Republik* (Schlachtprämien), Slg. 1973, 101, пункт 24. С точки зрения конституционалистского подхода действительным основанием для приоритета права Союза является фундаментальный принцип «равенства перед (европейским) законом» (*Pernice, Europäischer Verfassungsbund*, 2006, с. 86).

ситуации, прежде всего, переносом правотворчества на международный уровень. Приоритет международного и права Евросоюза предстает с этой точки зрения как возможность правового осуществления интересов иностранных граждан. Следовательно, наднациональность (и следующий из нее принцип приоритета) проявляет себя как фундаментально демократический концепт.²²² Оба эти соображения (правовое равенство и демократия) могут быть применены для конституционалистского обоснования приоритета международного права и права Евросоюза.

Г. Заключение

Так называемые соотношения «значимости» (или соотношения приоритетов) между правопорядками или их элементами при ближайшем рассмотрении оказываются совершенно различно структурированными. Разумеется, ни федеральная, ни коллизионно-правовая, ни конституционная аналогия, еще не могут в полной степени объяснить соотношение между международным или соответственно европейским правом и национальными правопорядками. Тем не, в итоге сложилось относительное понимание, что эти отношения, в любом случае, не являются иерархическими. С точки зрения теории права такое положение дел нередко квалифицируется как своего рода «*сеть правопорядков*»²²³. Рассмотрение с точки зрения конституционализма, в том виде, как она представлена здесь, ничего в этом не меняет,²²⁴ поскольку оно, с одной стороны, предполагает лишь начало становления конституционного права как нового нормативного слоя (*Normschicht*) в рамках международного права (а не квалифицирует международное право в целом в качестве конституции), и, с другой стороны, так как оно не постулирует международную конституцию в формальном смысле.

²²²Christian Joerges, Re-Conceptualizing the Supremacy of European Law: A Plea for a Supranational Conflict of Laws, в: Beate Kohler-Koch/Bernhard Rittberger (Hrsg.) Debating the Democratic Legitimacy of the European Union, 2007, с. 311-327.

²²³Ost/Kerchove, De la pyramide au réseau, 2002.

²²⁴Против иерархического отношения также Konrad Lachmayer, The International Constitutional Approach: An Introduction to a New Perspective on Constitutional Challenges in a Globalising World, Vienna Journal on International Constitutional Law 1 (2007), с. 91-99, 97-98.

VI. «Приказной плюрализм» (*Pluralisme ordonné*)²²⁵

Различные политические субъекты (народы государств, национальные законодатели и судьи или международные органы по урегулированию споров) отвечают на вопрос о соотношении международного права, права Евросоюза и национального права по-разному. Если национальный субъект не признает ответ, данный международным судом, то не существует мета-инстанции, которая могла бы принудить его с помощью полицейской власти к подчинению и исполнению. Конфликтный потенциал такого положения дел особенно отчетливо проявляется на уровне Евросоюза. В ЕС конкурируют непримиримые концептуальные построения, касающиеся соотношения соответствующих правовых порядков. По мнению Европейского Суда, масштабом действительности вторичного права может служить исключительно первичное право Союза (а не национальное конституционное право). При этом только сам Суд уполномочен на основе этого масштаба устанавливать недействительность вторичного права.²²⁶ В противоположность этому, многие высшие суды государств-членов считают себя компетентными осуществлять проверку применимости норм права Союза с точки зрения их соответствия национальной конституции или ее основополагающим принципам (*Verfassungskern*) и при необходимости выносить решение об их несоответствии. Когда эта конфликтная ситуация стала очевидной, она была охарактеризована - сначала скорее в негативном плане - как «перемирие» (*Waffenstillstand*)²²⁷, «равновесие боязни»²²⁸ «борьба судов за власть»²²⁹ или даже как «постоянное перетягивание каната»²³⁰. Позднее данная ситуация стала

²²⁵ Mireille Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, 2006.

²²⁶ Решение Европейского Суда, EuGH, Rs. 314/85, *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Slg. 1987, 4199, пункт 15.

²²⁷ Walter Hallstein, *Europe in the Making*, 1972, с. 332: «But struggling with the Member States is not a symptom of illness: it lies in the nature of a federal structure. A brilliant interpreter of federal constitutions, Heinrich Triepel, has said that the best attainable relationship between central and local authorities is one of 'armistice'».

²²⁸ Joseph H. H. Weiler/Ulrich Haltern/Franz C. Mayer, *European Democracy and its Critique*, *West European Politics* 18 (1995), с. 4 (с. 37).

²²⁹ Ingolf Pernice, *Einheit und Kooperation: Das Gemeinschaftsrecht im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und nationalen Gerichten*, в: Albrecht Randelzhofer/Rupert Scholz/Dieter Wilke (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, 1995, с. 523 (с. 529).

²³⁰ Dorrwick, *Model*, 1983, с. 229.

оцениваться преимущественно положительно,²³¹ например, как «отношения сотрудничества»²³² и «баланс сил».²³³

А. Множественность перспектив и последствия

Чтобы юридически отобразить теоретическую открытость отношений между правовыми порядками, была предложена теория плюрализма.²³⁴ Плюрализм в этом смысле не выступает в качестве антипода собственно монизму, он отличается также и от того, что в классической международно-правовой терминологии обозначается как дуализм. Плюралистская позиция расположена на мета-уровне²³⁵, при этом речь идет о «плюрализме

²³¹Armin von Bogdandy, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, Neue juristische Wochenschrift 63 (2010), с. 1-11 (с. 4): «Это различие мнений не является недостатком, но выражением конституционной структуры, которая принципиально адекватна Союзу и государствам-членам, до тех пор пока она защищена принципами участвующих правовых порядков, в особенности обязательствами к взаимному уважению и сотрудничеству».

²³²Решение Федерального Конституционного суда ФРГ, BVerfGE 89, 155, 175 (1993) (Маастрихт, *Maastricht*).

²³³Paul Kirchhof, Die Gewaltenbalance zwischen den staatlichen und europäischen Organen, Juristen-Zeitung 1998, с. 967-970.

²³⁴Эта теория была задумана для объяснения отношения между правом Союза и правом государств-участников. Фундаментально по данному вопросу см. Neil MacCormick, Beyond the Sovereign State, The Modern Law Review 56 (1993), с. 1 (с. 6, 9); Neil MacCormick, Das Maastricht-Urteil: Souveränität heute, Juristen-Zeitung 50 (1995), с. 797 (с. 800). В том же направлении Neil Walker, Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union, European Law Journal 1998, с. 361 и сл. См. также Diarmuid Rossa Phelan, Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community, 1997. В данной работе на примере особенностей, имманентных различным правовым порядкам исследуется вопрос о том, как отдельные правовые порядки (право Союза, правовые системы государств-участников) квалифицируют самих себя и их отношение к другим правовым порядкам («order approach»).

²³⁵Этот тип плюрализма не имеет ничего общего и с плюрализмом в смысле подтверждения многообразия форм легитимации, а является сугубо правокогнитивной позицией (*rechtskonstruktive Position*). Эта позиция не имеет отношения к этическому действию, а также к фактическому действию/действенности). Плюралистический подход в этом смысле не утверждает, соответственно, например, что также и вопрос этического действия/легитимности является открытым, и тем самым не предполагает этический релятивизм. Частично представители плюралистической доктрины ссылаются на Никласа Луманна (Niklas Luhmann). В соответствии с системной теорией Луманна, не существует абсолютных, объективных границ системы, последние зависят, скорее, от места положения наблюдателя. По данной теме более подробно см. также Peters, Elemente, 2001, с. 271 и сл. с дальнейшими сносками.

правовой интерпретации» (*Rechtsdeutungspluralismus*).²³⁶ Исходной точкой этого плюрализма является *множественность перспектив*. Он отрицает существование абсолютной внешней точки зрения наблюдателя, своего рода «*God's eye point view*» по выражению Хилари Патнэм (*Hilary Putnam*).²³⁷ Множественность перспектив дополняется при этом множественностью правопорядков, множественностью юридических акторов, претендующих на обладание правом принимать окончательное решение, и множественностью правил разрешения конфликтов.

В рамках плюралистской модели не существует особых правовых правил для решения вопроса о конкурирующих притязаниях на полномочие по принятию окончательного решения. По самой природе вещей, различные акторы, и особенно, суды, являются частью соответствующего правопорядка, который они и представляют. Естественно, они принимают свои решения, исходя из заданной этим специфической перспективы, и при этом применяют, по логике вещей, исключительно правила разрешения конфликтов или коллизий, которые установлены в рамках данного правопорядка. В силу отсутствия институционализированной «надстоящей» власти, которая могла бы разрешать конфликт норм, перспективы (точки зрения) различных акторов предстают равноценными и обоснованными. Поскольку не существует единой и однозначной перспективы (и авторитета) для принятия решения о том, где следует искать правило для разрешения конфликта (коллизийное правило) и каково его содержание, не имеется и *обще*признанной иерархии между международным правом, европейским правом и национальным (государственным) правом. Поскольку, помимо этого, прямо противоположные правовые претензии сосуществуют параллельно друг с другом, то и не имеется конфликта их действия. Скорее наоборот, множественные порядки являются априори равноправными. Тем самым, ни международное право не отменяет национальное право, ни наоборот, национальное право не отменяет международное²³⁸. Однако, открытость вопроса о значении (авторитете), действии и иерархическом соотношении норм не позволяет преодолеть возможные конфликты их применения. Хотя (научные) исследователи могут констатировать плюрализм и подчеркивать существующие диссонансы, участники юридического процесса, в отличие

²³⁶ *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsbund, с. 120-127.

²³⁷ *Hilary Putnam*, Reason, Truth and History, 1997 (первое издание 1981), с. 50: «There is no God's Eye Point of view that we can know or usefully imagine; there are only the various points of view of actual persons reflecting various interests and purposes that their descriptions and theories subserve.»

²³⁸ См. в этом смысле достаточно гибкие формулировки Швейцарской конституции 1999-го года, в которой вопрос о юридической силе оставлен практически открытым. Так, ст. 5 абз. 4 Конституции гласит: «Федерация и кантоны соблюдают международное право», а ст. 190 устанавливает: «Законы Федерации и международное право подлежат применению Судом Федерации и другими правоприменительными властями.»

от этого, должны на практике разрешать конфликты. В ситуациях, в которых положение адресатов права урегулировано нормами, противоречащими друг другу, они должны решать, какая из коллидирующих норм имеет приоритет, а какая, наоборот, должна остаться не примененной. Если, например, Европейская Конвенция по правам человека предписывает регулярную проверку судом обоснованности содержания под стражей, а ст. 123а швейцарской Конституции²³⁹ для определенных категорий уголовных преступлений ее исключает, судья либо должен распорядиться о проведении проверки, либо отказать в ней. Или, если привести другой пример, как быть в ситуации, если ст. 12а абз. 4 предл. 2 Основного Закона ФРГ исключает для женщин службу в вооруженных силах, связанную с применением оружия, а ст. 2 Европейской Директивы о равноправном обращении²⁴⁰ подобные исключения запрещает. С позиций плюрализма эти и подобные им коллизии могут быть решены, в конечном счете, не на основании правовых аргументов, а исключительно политическими средствами.

В. Проблемы плюрализма

Плюрализм, предоставляя как возможности, так и определенные риски для гарантии практической действенности международного права и права Евросоюза, предстает, однако, проблематичным в частности, в контексте конституциональной перспективы. С одной стороны, плюрализм, в той степени, в какой он отказывается от идеи формальной иерархии, в теоретическом плане убедителен и также реалистичен (в смысле верного описания практики правоприменительной и судебной практики международных, европейских и национальных инстанций).

В практическом отношении формальная иерархия между международным правом и национальным правом предстает тем менее значимой, чем более развивается содержательная - «вертикальная» и «горизонтальная» - конвергенция существующих правопорядков. Подобная конвергенция, как уже упоминалось, наблюдается, в частности, в области права прав человека. Как следствие этого, все менее существенным становится то, применяет ли суд национальную или международную норму о правах человека, поскольку и та, и другая имеют идентичное содержание и сферу действия.

²³⁹Текст данной нормы см. ниже, сноска 260.

²⁴⁰См. решение Европейского Суда, EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*, Постановление от 11.01.2000, NJW 53 (2000), с. 497 = EuZW 11 (2000), с. 211.

Где, тем не менее, существуют конфликты, это необязательно недостаток. Любой конфликтный случай - это стимул для развития новых идей, для поиска наилучшего ответа. В результате оптимизируется решение проблемы. Конфликты могут приводить к необходимым реформам. Право питается конфликтами, они - не только патологический, но и совершенно нормальный феномен. Кроме того, ситуация конкуренции норм может способствовать и развитию диалога судов. Противоречия между международными, европейскими и национальными инстанциями вынуждают к общению на равноправной основе. С политической точки зрения конкуренция претензий на право окончательного решения представляет собой молчаливое «*agreement to disagree*» (*соглашение о несогласии*), что позволяет обеим сторонам «сохранять свое лицо»²⁴¹. Открытость вопроса «кому решать, кто решает» и отсутствие единственного высшего авторитета может быть охарактеризовано поэтому как определенное конституционное достижение.²⁴²

Разумеется, теория плюрализма ориентирована на Европейский Союз и фокусируется на судебных органах. Ей верно описывается положение Европейского Суда и высших судов государств-членов, она, однако, гораздо меньше подходит для международного права, в котором отсутствует единый центральный суд с обязательной компетенцией и в котором во многих правовых областях и режимах вовсе не предусмотрены органы судебной юрисдикции.

Помимо этого, плюралистский подход страдает тремя фундаментальными недостатками: он ведет к правовому неравенству, подрывает обязательный характер правовых обязательств и, в конечном счете, утверждает «право более сильного». Первой проблемой является требование единообразного применения норм того правопорядка, территориальная область применения которого больше, чем территория других задействованных порядков. Признание за государствами права на принятие окончательного решения угрожает, очевидно, единообразному применению международного права или права Евросоюза. Такое правоприменение с точки зрения конституционализма имеет, однако, особое значение, поскольку в конечном счете оно служит *правовому равенству* подчиненных праву граждан и *правовой безопасности*.²⁴³

²⁴¹N. W. Barber, Legal Pluralism and the European Union, *European Law Journal* 12 (2006), с. 306-329 (с. 328).

²⁴²В этом смысле *Miguel Poiates Maduro* относительно ЕС, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, в: Neil Walker (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2003, с. 501-537 (с. 522).

²⁴³См. выше, часть V.F. В отношении ЕС Европейский Суд соответственно постановил, что суды государств-участников «не правомочны признавать недействительными действия органов Сообщества». В частности, посредством европейской процедуры рассмотрения предварительных вопросов

Естественно, принцип правового равенства не требует шаблонного и абсолютно равного обращения. В каждом «объединении» или союзе правопорядков допускаются отклонения от формального правового равенства в пользу учета региональных или локальных особенностей. Так например, в федерациях с параллельными правовыми системами федеральные законы реализуются субъектами федерации, причем за ними признается определенная свобода регулирования (т.н. «исполнительный федерализм», *Vollzugsförderalismus*).²⁴⁴ Второй фундаментальной проблемой является то, что плюрализм, последовательно додуманный до своего логического конца в том смысле, что действительно все точки зрения на любой момент времени равноправны, должен был бы неизбежно приводить к отрицанию международно-правовой ответственности государства во внешних сношениях как юридического последствия нарушения им его договорных обязательств. Тем самым плюрализм был бы несовместим с принципом «*pacta sunt servanda*» (договоры должны соблюдаться). Данный принцип, однако, является конститутивным для всего международного права, существующего прежде всего из договоров. Договор по определению имеется в наличии только в том случае, если стороны связаны его положениями и не могут в одностороннем порядке освободиться от него, например ввиду того, что мнение государства изменилось. Это допускается только в рамках определенной согласованной процедуры (основания, сроки расторжения и т.д.).

В-третьих, плюрализм не работает и в чисто юридическом плане.²⁴⁵ Ибо плюралистская интерпретация отношений между правопорядками оставляет решение всех связанных с этим вопросов политическим инстанциям. Признание того факта, что на вопрос о действии и юридической силе норм, а также на вопрос о компетенции не имеется

(*Vorabentscheidungsverfahren*) должно быть «в принципе гарантировано единообразное применение права Сообщества национальными судами. Это требование единообразия является особенно настоятельным, если под вопрос ставится действительность актов Сообщества. Различия во мнениях судов государств-участников относительно действительности актов Сообщества способны поставить под угрозу само единство правопорядка Сообщества и нарушить фундаментальное требование правовой безопасности». EuGH, Rs. 314/85, *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Slg. 1987, 4199, пункт 15. В данном конкретном случае, национальный суд, подавший запрос, спрашивал, вправе ли он самостоятельно осуществить проверку действительности решения Комиссии на ее соответствие распоряжению Совета (что было отвергнуто в решении Европейского Суда). Соображения правового единства равным образом, или даже в еще большей степени, говорят против самостоятельной проверки действительности актов Сообщества национальными органами на их соответствие национальным правовым предписаниям, например, национальным нормам о правах человека.

²⁴⁴Ст. 83 Основного Закона ФРГ и ст. 46 Федеральной конституции Швейцарии.

²⁴⁵Он «ставит правового субъекта перед неразрешимой проблемой» (*Jestaedt, Der Europäische Verfassungsbund*, с. 123).

юридического ответа, означает самоотвод или самоустранение права. Это особенно проблематично в контексте конституциональной перспективы. Отказ от правовой аргументации как раз не является вкладом в то, что должно обеспечиваться правом, в первую очередь конституционным правом, в целях гарантии правовой безопасности и ограничения власти.²⁴⁶

В отношении этого фундаментального возражения может, однако, снова быть сделан упрек в легализме. Сторонники конституционализации не должны в этом смысле упускать из внимания границы права и ограниченность юридических заявлений.²⁴⁷ До настоящего времени как международное право, так и право Евросоюза, со всей очевидностью, вполне обходились и без универсально признанных правил действия и приоритета. Спорным представляется в целом и то, необходимо ли установление таких правил в конституционализированной системе. Тем не менее, основная проблема заключается в том, что плюралистская открытость хотя и может теоретически представлять дополнительный механизм для ограничения власти и исправления ошибок, более вероятно, однако, что эта юридическая открытость в первую очередь цементирует политический приоритет более могущественного правоприменителя.

С. Механизмы упорядочивания отношений

Это отрицательное следствие может быть во всяком случае смягчено при условии, что будут установлены кооперативные и конструктивные «условия соглашения» (*terms of engagement*)²⁴⁸ и все задействованные правопорядки признают и будут применять параллельные принципы взаимного уважения и сотрудничества.

1. Координация в соответствии с руководящими принципами

Важной задачей, которую предстоит решить, является, таким образом, выработка стратегий установления и юстировки конкурирующих правомочий и норм. При этом следует исходить из определенных

²⁴⁶ Franz C. Mayer, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, в: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, с. 559-607 (с. 591 и сл.).

²⁴⁷ В трактовке традиционного правового позитивизма это означает: «конституционное право здесь заканчивается» (*Georg Meyer/Gerhard Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 7. Aufl. 1914-1919, с. 906).

²⁴⁸ *Mattias Kumm, Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement*, в: Sujit Choudhry (Hrsg.), *The Migration of Constitutional Ideas*, 2006, с. 256-293.

руководящих принципов, и в контексте конституциональной перспективы для этого наиболее подходят *конституционные принципы*. Следующие четыре (конституционных) принципа могут быть приняты во внимание, чтобы регулировать отношения между национальным правом и международным правом и соответственно применение последнего национальными судами. Такими принципами являются:

- формальный принцип международной легальности (законности),
- юрисдикционный принцип субсидиарности,
- принцип надлежащего участия и
- материальный принцип уважения прав человека.²⁴⁹

Исходя из этих фундаментальных принципов можно сделать вывод, что национальные суды на основе *правила доверия и добросовестности (Treu und Glauben)* обязаны учитывать международное право. Они должны, в частности, толковать нормы национального права (включая национальное конституционное право) максимально близко к нормам международного права (по данному вопросу см. непосредственно ниже, пункт 2) и приводить аргументы в оправдание отказа от применения ими международного права. Кроме того, каждый отказ в применении международного права должен быть строго ограничен фундаментальными ценностями национальных конституций в целях защиты «конституционной идентичности» (см. ниже, пункт 3).

Неприменение международного права или права Союза может продолжаться только «до тех пор», пока конституционные требования, по крайней мере в рудиментарной форме, не реализованы также в международном праве или соответственно в праве Союза. В свою очередь, международные судебные инстанции должны оставлять за национальными органами власти, обладающими крепкой демократической легитимацией, определенную свободу оценки и действий («*marge d'appréciation*»)²⁵⁰

Иную стратегию демонстрируют судебные решения по делу *Solange* и *Bosphorus*, а именно здесь речь идет о презумпции соответствия при взаимном признании (*Konformitätsvermutung mit gegenseitiger Anerkennung*). Данная стратегия разрабатывалась в контексте компетенции или контрольных полномочий судов. Вопрос стоял о том, вправе ли суд, представляющий конкретный правовой порядок, проверять юридические акты (в конечном счете, судебные постановления), принятые в рамках другого

²⁴⁹ Kumm, с. 256-293.

²⁵⁰ Решение Европейского Суда по правам человека, EGMR, *Hatton v. UK*, Жалоба №. 36022/97, Постановление от 8.07.2003, пункт 97: «Национальные власти обладают непосредственной демократической легитимацией и, как неоднократно подчеркивал Суд, находятся в более благоприятных условиях, чем международный суд, чтобы дать оценку местным потребностям и условиям».

правопорядка, на их соответствие нормам *собственного правопорядка*. В решении *Bosphorus*²⁵¹ Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) отказался от более детальной проверки решений Европейского Суда на их соответствие Европейской Конвенции прав человека (ЕКПЧ) на основании небесспорного предположения, что правопорядок ЕС (и соответственно применяющая его нормы инстанция, Европейский Суд) предлагает защиту основных прав, функционально эквивалентную его собственному правопорядку (а именно, порядку ЕКПЧ). Принцип функциональной эквивалентности не задумывался как возможный ответ на вопрос о соотношении правопорядков. Тем не менее, его применение приводит к тому, что соответственно другой или чужой правопорядок признается в качестве ключевого. Данный принцип мог бы быть распространен также на другие (конституционные) правовые вопросы (выходящие за пределы защиты основных прав), например, на стандарты правовой государственности и демократии.

2. Принцип и практика гармонизирующего толкования

Важной стратегией, направленной на упорядочивание существующего плюрализма, является принцип взаимно согласовывающегося толкования коллидирующих норм в частности, в целях *защиты конституционной идентичности* задействованных политических систем. Принцип взаимного учета предполагает необходимость толкования права ЕС в соответствии с международным правом, в частности, в свете права Всемирной Торговой Организации (ВТО) и наоборот, а также необходимость толкования национального права в соответствии с международным правом и наоборот, и наконец, толкования национального права государств-участников в соответствии с европейским правом и наоборот. Идее подобного «взаимоконформного» толкования чужда любая иерархия. Если нормы различных правопорядков находятся в соответствии с нормами другого правопорядка, то никакого иерархического соотношения между правопорядками как раз и не существует. В рамках ЕС это уже функционирует. Европейский Суд использует конституционное право государств-членов как направляющий ориентир для толкования права ЕС,²⁵²

²⁵¹Решение Европейского суда по правам человека, EGMR, *Bosphorus v. Ireland*, Жалоба №. 45036/98, Постановление от 30.06.2005.

²⁵²См. решение Европейского Суда, EuGH, verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst v. Kommission*, Slg. 1989, 2859, пункт 33 и сл.: Поскольку в соответствии с правом Союза в компетенцию государств-участников входит регулирование условий, на которых национальные органы оказывают содействие Комиссии при проведении ее расследований и т.п., «Комиссия обязана, если она желает с участием национальных органов осуществить меры дополнительной проверки в отсутствие согласия заинтересованного предприятия, соблюдать в этом смысле предусмотренные в

и в самом праве Евросоюза имеется уже достаточно примеров, свидетельствующих о том, что, во всяком случае, центральные принципы национальных конституций следует рассматривать в качестве своеобразной границы (свободы) толкования европейского права. Формулировка принципа лояльного сотрудничества (ст. 4 абз. 3 ДЕС в редакции Лиссабонского Договора) четко устанавливает, что также и на органы Евросоюза возлагаются обязанности к лояльному сотрудничеству. Это обязательство к лояльности по отношению к государствам-участникам содержит также конкретные ограничения компетенции надстоящей системы, в частности, в отношении конституционного права государств-членов. Тем самым, ст. 4 абз. 3 ДЕС в новой редакции в соединении с обязательством Союза к учету национальной идентичности (ст. 4 абз. 3 ДЕС в новой редакции) формулирует требование уважения «конституционной идентичности» государств-членов²⁵³ и требует соответственно уважения основ государственных конституций. Адресатами этой обязанности являются также и суды, в результате чего ст. 4 абз. 3 ДЕС в новой редакции действует в качестве правового основания обязательства к толкованию права ЕС в соответствии с национальными конституциями. Другими специальными нормами, имеющими значение в этом смысле, является ст. 167 абз. 1 и 4 ДФЕС (соблюдение национального разнообразия культур), так же как и принцип субсидиарности (ст. 5 абз. 1 ДЕС в новой редакции).²⁵⁴

национальном праве процессуальные гарантии» и в конкретном случае таким образом статью 13 Основного Закона ФРГ (выделение автора статьи). В решении *Society for the Protection of Unborn Children Ireland v. Grogan* (EuGH, Rs. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland v. Grogan*, Slg. 1991, I-4685 и далее) Европейский Суд, хотя и квалифицировал производство аборта (запрещенного в Ирландии на конституционном уровне) в качестве «оказания услуги» в смысле права Союза, он одновременно, тем не менее, не распространил правовую защиту, предоставляемую европейским правом, на некоммерческие буклеты ирландских студентов, содержавшие информацию об английских клиниках, специализировавшихся на абортах, и не отменил установленный в Ирландии запрет подобной рекламы. Таким образом, ему удалось избежать конфликта с конституцией.

²⁵³Национальная идентичность включает в себя национальную конституционную идентичность, т.е. фундаментальные политические и конституционные структуры. Единое, европейско-правовое понятие *национальной* идентичности не имеет особого смысла. Следовательно эта норма имеет ввиду государств-участников (*Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2009, с. 559-607 (с. 589)).

²⁵⁴Принцип субсидиарности представляет собой, прежде всего, границу осуществления компетенции (*Kompetenzausübungsschranke*). Однако, по своей основной идее, принцип субсидиарности применим также и к ситуации конкуренции судебных юрисдикций. Принцип, в соответствии с которым толкование права Союза должно осуществляться в соответствии с национальными конституциями, возлагает на центральную инстанцию по принятию решений особое бремя обоснования (*Rechtfertigungslast*) и, тем самым, он схож в структурном плане с общим принципом субсидиарности. Как и последний, этот интерпретационный принцип функционирует в

При помощи предлагаемого здесь интерпретационного подхода инстанции Евросоюза *в конкретном случае* могут путем правовой оценки соответствующей конституционной нормы при максимально возможном учете европейских интересов отдавать предпочтение либо европейскому (конституционному) праву, либо праву государств-участников. Тем самым, соотношение права Союза и национального конституционного права оказывается вопросом конкретного случая, ответ на который следует искать не на основе абстрактной иерархии, а на основе сбалансированной правовой оценки в каждом отдельном случае. При этом для инстанций Евросоюза национальное конституционное право действует не в качестве прямого правового источника (*Rechtsquelle*), а лишь в качестве источника для установления права (*Rechtsfindungsquelle*). Лишь через предусмотренное в праве Евросоюза соответствующее обязательство конституционные нормы государств-членов обретают значимость в качестве элемента - и притом не исключительного - правового толкования.

Однако, установленный в европейском праве принцип толкования, предполагающий интерпретацию норм Союза в соответствии с национальными конституциями, приемлем только в том случае, если при этом удастся избежать двух крайностей. С одной стороны, его действие не должно приводить в результате к фактической обязательности национального права. С другой стороны, европейские инстанции оказались бы чрезмерно перегружены, если бы они (как неизбежный предварительный вопрос конформного толкования нормы права Союза) должны были бы самостоятельно интерпретировать национальное конституционное право.²⁵⁵ Против такого самостоятельного толкования

качестве границы осуществления компетенции, и конкретно, в качестве границы осуществления судебных полномочий. Он служит гарантией полномочий национального конституционного законодателя и, тем самым, также материальным целям, преследуемым посредством общих прерогатив по осуществлению полномочий на национальном уровне, как например, улучшение участия граждан, повышение эффективности и защита основных прав. Принцип толкования права Союза в соответствии с национальными конституциями может, тем самым, рассматриваться как специальный случай применения принципа субсидиарности.

²⁵⁵В любом случае Европейский Суд, по собственному признанию, не обладает соответствующей компетенцией и практически не в состоянии заниматься этими проблемами. Уже в одном из своих ранних решений Суд подчеркнул: «Суд не правомочен следить за соблюдением предписаний внутригосударственного права, которые действуют в том или ином государстве-участнике, даже если при этом речь идет о конституционно-правовых принципах. По этой причине Суд не может заниматься вопросом ни толкования, ни применения статьи 14 Основного Закона ФРГ.» (EuGH, verb. Rs. 36/59, 37/59, 38/59 und 40/59, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft v. Hohe Behörde*, Slg. 1960, 885, 920f). См. также Генеральный адвокат *Lagrange*, Заключительное заявление по делу *Costa v. ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1279 (1289): «Мы, разумеется, не должны вмешиваться в вопросы интерпретации конституций государств-участников.»

национального конституционного права, естественно, говорит также и то, что недопустимым является существование двух различных вариантов интерпретации национального права, а именно - европейского и национального.

Промежуточное решение заключается в том, чтобы обязать союзные инстанции следовать толкованию, являющемуся доминирующим в данном государстве-участнике, то есть толкованию, являющемуся так сказать конституционно-правовым автопортретом государства. Тем более, что это толкование со своей стороны европеизируется. С точки зрения *de lege ferenda* (то есть, с точки зрения желательного (необходимого) закона - *прим. перев.*) можно было бы установить обязанность союзных инстанций в целях обеспечения приоритета «национальной» интерпретации конституционного права государств-участников в случае правовых споров, имеющих отношение к толкованию их конституций, запрашивать соответствующую информацию у более компетентных в этом отношении национальных конституционных судов. Подобные запросы информации, во всяком случае, могли бы повысить восприимчивость союзных инстанций к соответствующей проблематике при вынесении ими решений. Они, по меньшей мере, не могли бы просто игнорировать важность определенного европейского мероприятия для национальной конституции. Какие выводы европейские инстанции делают на этой основе в плане истолкования права Союза, это было бы в этом случае их делом.

3. Решение конфликта обязательств посредством взвешивающей правовой оценки (*Abwägung*) в конкретном случае

Однако, взаимно гармонизирующее толкование может устранить не каждый конфликт. Если мы исходим из того, что строго определенной иерархии между правовыми порядками, а соответственно и между входящими в них нормами, не существует, то решение должно приниматься (как в случае конфликта между различными, принципиально равнозначными основными правами, например, свободой печати и защитой личности) на основе взвешивающей оценки (*Abwägung*) конкретного случая.²⁵⁶ При

²⁵⁶Решение на основе взвешивающей оценки является пригодным потому, что ввиду неопределенности большинства международно-правовых предписаний многие возникающие коллизии являются коллизиями принципов, а не коллизиями правил. Между этими двумя типами коллизий существует существенная разница. При коллизии правил, одно правило, которое имеет приоритет, полностью вытесняет другое правило. В противоположность этому, при коллизии принципов принцип, который обладает относительно большим весом, играет решающую роль. (К характеристике различий коллизий правил и коллизий принципов (критически) см. *Robert Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips*, в: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, 1995 (первое издание 1979), с. 177 (с. 183, 192-201); к вопросу о специфической оценке

подобной оценке - и в этом заключается ее главный смысл - не имеет значения то, к какому формальному правопорядку принадлежит данная норма (является ли она нормой международного, европейского или национального права). Важным предстает, прежде всего, ее материальное содержание (значение). Применимость нормы (а, следовательно, неприменимость противоречащих ей правовых предписаний) должна, таким образом, определяться в зависимости от ее соответствующего материального смысла и значения, а не в зависимости от ее формального позиционирования в тот или иной правопорядок.²⁵⁷ Подобный подход, ориентированный на содержание норм, не является формалистским и подразумевает, что, менее значимые предписания национального правопорядка должны уступать место более важным международно-правовым нормам. В свою очередь, нормы, касающиеся основных прав человека, имеют при этом приоритет перед любыми иными нормами, независимо от уровня и места их кодификации. В результате такого подхода, например, нормы национальной конституции при известных обстоятельствах должны иметь преимущество перед более-менее техническими регулированиями, содержащимися, например, в стандартном договоре о принципах добрососедских отношений между пограничными государствами.

В практике межгосударственных отношений данный подход косвенно уже реализуется. С одной стороны, международные инструменты по правам человека имеют иной режим, чем «ординарное» международное право, либо в результате того, что им отдается приоритет перед государственным конституционным правом,²⁵⁸ либо в результате того, что

принципов с точки их *wesens* см. *Dworkin*, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1984 (1977), 61 и сл.; *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl. 1996 (1985), с. 79). Соответственно, конфликты принципов должны разрешаться методом правовой оценки (взвешивания). Заранее фиксированного решения, которое не зависит и не связано с конкретным случаем, не существует; принципы лишь дают общее направление для решения. Другими словами, в случае конфликта между принципами отношение приоритета никогда не действует априори во всех случаях, но может меняться от случая к случаю в зависимости от их конкретных обстоятельств. Этот вывод об отсутствии абсолютного отношения предпочтения может быть также интерпретирован в том смысле, что *коллидирующие* принципы не стоят в иерархическом отношении друг к другу (*Alexy*, *Begriff des Rechtsprinzips*, 1995, с. 207). Коллизии принципов должны решаться путем правовой оценки (взвешивания) без предварительного закрепления их определенного ранга. Значимой для соответствующего решения является не иерархия норм, а закрепление права принятия авторитетного окончательного решения и структурирование процесса правовой оценки.

²⁵⁷*Peters*, *Globalization of State Constitutions*, 2007, с. 251-308 (S 306f); *Janne Nijman/André Nollkaemper*, *Conclusions*, в: dies. (Hrsg.) *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, с. 344.

²⁵⁸Приоритет международных договоров по правам человека перед национальным правом (что в принципе может распространяться также и на конституционное право)

больше, чем любая иная категория международного права, они используются в качестве определяющего интерпретационного ориентира для толкования внутригосударственного конституционного права.²⁵⁹ С другой стороны, действительно, все больше национальных судов включают, так сказать «экстренный тормоз» на пути применения международного права, оставляя при этом за собой право не применять договорные нормы, которые нарушают центральные принципы их национальных конституций (см. ниже, часть VI.3).

Однако, метод правовой оценки (взвешивания) между принципами международного права и внутригосударственными конституционными принципами не всегда ведет к ясным и однозначным результатам. Можно с одинаково убедительными аргументами долго спорить, какие нормы с точки зрения их содержания являются важными. Кроме того, с помощью данного подхода не может быть однозначно предсказуемым образом решен, в частности, конфликт между «национальными» и «международными» основными правами человека. Можно придерживаться, например, разных точек зрения о том, является ли «более важным» проверка судом обоснованности дальнейшего содержания уголовных преступников под стражей (которую немецкий Федеральный Конституционный суд квалифицирует в качестве требования, вытекающего из принципа защиты человеческого достоинства) или же обеспечение эффективной защиты детей от наиболее тяжких уголовных преступлений (как это посчитали граждане Швейцарии в ходе народного референдума по вопросу о так называемой инициативе относительно принудительного содержания под стражей, т. н. *Verwahrungsinitiative*)²⁶⁰.

однозначно закреплен в ряде конституций так называемых «переходных стран» (*Transitionsstaaten*): статья 20 конституции Румынии от 8.12.1991, статья 11 конституции Словакии от 1.09.1992, статья 10 конституции Чешской Республики от 16.12.1992.

²⁵⁹Explizite Verfassungspflichten zur Auslegung der Staatsverfassung im Licht internationaler Menschenrechtsverträge: Art. 16(2) der portugiesischen Verfassung vom 2. April 1976; Art. 10(2) der spanischen Verfassung vom 29. Dezember 1978; Art. 20(1) der rumänischen Verfassung vom 8. Dezember 1991; Abschnitt 233 der Verfassung von Südafrika vom 8. Mai 1996.

²⁶⁰В результате этого референдума, проведенного 8-го февраля 2004 года, в швейцарскую конституцию была добавлена статья 123а: «(1) Если лицо, совершившее тяжелые преступления сексуального или насильственного характера, в экспертизе, которая необходима для приговора суда, будет признано как представляющее крайнюю опасность и подлежащее лечению, то это лицо в связи с высоким риском рецидива должно быть пожизненно заключено под стражу. Досрочное освобождение или предоставление отпуска исключаются. (2) Только если посредством новых, научных данных будет доказано, что преступник может быть вылечен и, таким образом не представляет больше никакой опасности для общества, может быть проведена новая экспертиза ... ». Это регулирование нарушает *prima facie* ст. 5 абз. 4 ЕКПЧ (право на судебный проверку содержания под стражей).

Также и здесь вновь находит выражение, что определяющее значение имеет то обстоятельство, кому доверяется принятие решения методом правовой оценки (взвешивания). Было бы наивным полагать, что идентичные нормы будут интерпретироваться идентичным образом всеми задействованными акторами. Поскольку нормы права по определению нуждаются в их толковании и поскольку любое толкование является также и актом творчества, многое зависит от того, кем в конкретном случае осуществляется толкование и применение права. Любое толкование правового предписания национальным или международным судом, вероятно, будет находиться до определенной степени под влиянием институционального «уклона» («*bias*»), характерного для соответствующего учреждения. Кроме того, реальная, практическая «пробивная способность» толкования, которое было дано правовой нормой соответствующим органом в судебном постановлении или в решении, будет также зависеть от правового и политического авторитета этого органа.

4. Конституционное право оказывать сопротивление (*Widerstandsrecht*)

Рискованным, но все более распространяющимся на практике, инструментом является использование конституционного права на право на неповиновение (сопротивление) нормам международного права. Естественно, также и международные юридические тексты предполагают, что национальное конституционное право, противоречащее международному праву, не подлежит применению. В этом смысле, как международные суды и третейские арбитражи, так и Европейский Суд и ЕСПЧ в ряде случаев постулировали неприменимость именно государственного конституционного права.²⁶¹ Например, Постоянная

²⁶¹ Непосредственно в отношении международного права: Case of the 'Montijo': Agreement between the United States and Colombia of August 17, 1874, Арбитражное решение от 26.07.1875, в: John Bassett Moore, History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party, 1898, Bd. 2, 1421, 1440: «договор стоит выше конституции Законы республики должны быть приведены в соответствие с договором, а не наоборот.» Непосредственно в отношении приоритета европейского права перед национальным конституционным правом: Европейский Суд, EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide- und Futtermittel*, Slg. 1970, 1125, пункт 3. В плане приоритета ЕКПЧ в отношении конституций государств-участников Европейский Суд по правам человека, *Open Door v. Ireland*, Series A No. 246-A, пункт 69: «В принципе, для национальных государственных властей допустимо принимать такие меры, которые они считают необходимыми для обеспечения уважения верховенства закона или для осуществления конституционных прав. Тем не менее, они должны делать это таким образом, который совместим с их обязательствами в рамках Конвенции, и эти меры, в свою очередь, подлежат контролю со стороны конвенциональных учреждений. См. из недавней

Палата международного правосудия в решении по делу *Об обращении с польскими гражданами и другими лицами польского происхождения или владеющими польским языком как родным на территории Данцига (Traitement de nationaux polonais et des autres personnes d'origine de langue polonaise dans le territoire de Danzig)* признала приоритет международного права (именно) по отношению к национальным конституциям: «государство в его взаимоотношениях с другим государством не может ссылаться на свою собственную конституцию, чтобы уклониться от выполнения обязательств, возложенных на него согласно международному праву или действующим договорам.»²⁶² В противоположность этому, многочисленные конституционные тексты и судебная практика национальных высших судов и конституционных судов показывают общую тенденцию к признанию своего рода «конституционной оговорки», в соответствии с которой национальные конституции или, по меньшей мере, их фундаментальные принципы в материально-правовом отношении провозглашаются в качестве приоритетных по отношению к противоречащему им международному праву.²⁶³ В соответствии с решением Федерального Конституционного суда ФРГ по делу *Görgülü*, например, Германские суды и органы власти должны только лишь «учитывать» ЕКПЧ и постановления Страсбургского суда по правам человека²⁶⁴. При этом «учет» означает, что «положения Конвенции в их толковании Европейским Судом по правам человека должны приниматься к сведению и применяться к конкретному случаю, поскольку это толкование не противоречит правовым нормам более высокого ранга, в частности, конституционному праву», как это постановил германский Федеральный конституционный суд.

В отношениях между правопорядком ЕС и правопорядками государств-членов разногласия - вследствие большей интенсивности вмешательства права ЕС - проявились более отчетливо, чем в отношениях с общим международным правом. Так например, в судебной практике французского Конституционного Совета закрепились позиция, что реализация директив Евросоюза «не [может] противоречить правилу или принципу, которые отражают конституционную идентичность Франции, разве только конституционный законодатель выразил свое согласие».²⁶⁵ Испанский

судебной практики ЕСПЧ, Жалоба № 27996/06 и 34836/06, *Sejdić und Finci* (2009) к вопросу о несоответствии ряда положений Конституции для Боснии и Герцеговины нормам ЕКПЧ.

²⁶²РСИЖ Ser. A/B, No. 44 (1932), 24.

²⁶³К вопросу о развитии подобных тенденций см. *Anne Peters*, *Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law*, *Vienna Online Journal on International Constitutional Law* 3 (2009), с. 170-198.

²⁶⁴Федеральный Конституционный Суд ФРГ, BVerfGE 111, 307 (2004).

²⁶⁵Конституционный Совет Франции, решение № 2006-540 DC от 27.07.2006, пункт 19: Conseil constitutionnel, décision no. 2006-540 DC vom 27. Juli 2006, Rn 19 (перевод

Конституционный Суд, германский Федеральный конституционный суд и многие другие суды высказались в своих решениях примерно в том же смысле.²⁶⁶ *Констанс Греве (Constance Grewe)* систематизировала в своем сравнительно-правовом исследовании эти «конституционные оговорки» (*reserves de constitutionnalité*) и квалифицировала их в качестве «нового элемента общеевропейского права».²⁶⁷

Также и в отношении к международному праву диссонанс мнений судебных органов, представляющих различные правовые порядки, отнюдь не нов. Поскольку, однако, международно-правовые нормы до недавнего времени были либо слишком неопределенными и формулировались в виде общих принципов, либо были слишком техническими, и, прежде всего, поскольку имелось лишь незначительное количество правоприменительных актов международных учреждений, этот диссонанс во-многом оставался неявным. Лишь в течение нескольких последних десятилетий интенсификация «глобального правления» усилила конфликтный потенциал между международным правом и национальным правом. По этой причине на передний план вышел и поиск стратегий по разрешению конфликта.

Безусловный приоритет международного права перед национальными конституциями и, в частности, перед их фундаментальными принципами, ставится в более новой литературе под все большее сомнение. Так, *Томас Коттиер (Thomas Cottier)* и *Даниэль Вюгер (Daniel Wüger)* выстраивают свою аргументацию на недопустимости реализации в национальном правовом порядке международных норм, которые нарушают основные права и демократические принципы. По их мнению, «конституционное право неповиновения (сопротивления)» является необходимым условием, чтобы приоритет и возможная непосредственная применимость международного права в общем смогли быть принципиально признаны государствами. Соответственно, они предлагают рассматривать соотношение между международным правом и национальным правом не как иерархическое, а как «коммуникативное» отношение.²⁶⁸ Также и *Андрэ Холлкемпер (André*

автора статьи).

²⁶⁶По вопросу о защите «идентичности интегрированных в нем [в Европейском Союзе] государств» см. решение испанского Конституционного суда от 13.12.2004: Erklärung DTC 1/2004 vom 13. Dezember 2004, DTC 1/2004, перевод на немецкий язык опубликован в EuR 40 (2005), 339-352 (343); по вопросу о «закрывающемся в германской конституции суверенитете как праве народа принимать конститутивное решение относительно основополагающих вопросов собственной идентичности» см. решение Федерального конституционного суда от 30.07.2008 (*Лиссабон*), пункт 340: BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. Juni 2008, Abs. 340 (*Vertrag von Lissabon*).

²⁶⁷*Constance Grewe*, Constitutions nationales et droit de l'Union Européenne, Répertoire Communautaire, 2009, с. 1-29.

²⁶⁸*Thomas Cottier/Daniel Wüger*, Auswirkungen der Globalisierung auf das Verfassungsrecht: Eine Diskussionsgrundlage, в: Beat Sitter-Liver (Hrsg.), Herausgeforderte

Nollkaemper) в своей недавней работе оценивает растущее сопротивление государственных акторов против всеобъемлющего и безусловного применения международного права как легитимную реакцию. Он считает необходимым «более дифференцированное и утонченное рассмотрение священного принципа приоритета международного права».²⁶⁹

С конституционалистской точки зрения конструктивно осуществленное право на неповиновение (сопротивление) может иметь смысл как *ultima ratio*, с тем, чтобы обеспечить уважение принципа правового государства и легитимности не только на национальном, но и на международном уровне. Однако, эффективное давление в направлении модернизации международно-правовых договоров на основе национального неповиновения (сопротивления) достигается только в том случае, если национальные акторы осуществляют это давление согласно принципу добросовестности и доверия (*Treu und Glauben*), остаются последовательны в своей тональности и руководствуются в своих действиях вышестоящей целью международного сотрудничества в качестве ведущего принципа.

VII. Заключение: конституционализация как «упорядочивание облаков» (*Ordnung der Wolken*)

Интернационализация права, взаимодействие и стремительность трансформационных процессов ставят под сомнение саму концепцию правопорядка. Правопорядки «дезинтегрируются» и их место занимает открытая и нестабильная облакообразная структура²⁷⁰: «Подобно облакам на небе, порыв сильного ветра и только сформировавшиеся новые юридические структуры кажутся распадаются, прежде, чем удалось обрисовать их контуры».²⁷¹

Verfassung: Die Schweiz im globalen Konzert, 1999, с. 241-281 (с. 263-64). В этом же смысле также *Armin von Bogdandy*, Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law, *Journal of International Constitutional Law* 6 (2008), с. 397-413: «учитывая современное состояние развития международного права, должна быть возможность, по крайней мере в либеральных демократических государствах, устанавливать правовые ограничения в отношении действия нормы или акта международного права на уровне внутреннего правопорядка, если это находится в строгом несоответствии с конституционными принципами.

²⁶⁹ *André Nollkaemper*, Rethinking the Supremacy of International Law, в: Rüdiger Wolfrum (Hrsg), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol 2 (2008), 2010, (готовится к публикации) (перевод автора статьи).

²⁷⁰ *Delmas-Marty*, *Pluralisme*, 2006, с. 255 и сл.

²⁷¹ *Delmas-Marty*, с. 257.

Состояние более или менее дезинтегрированных, во всяком случае множественных правопорядков, которые стоят на одном уровне и взаимодействуют между собой, предполагает, что международное и европейское конституционное право - это не суперконституция, которая находится «над» национальными конституциями государств или интегрирует их в себе, но которая в структурном и содержательном отношении взаимодействует с государственными конституциями. В конвергенции конституционных норм различных правопорядков можно увидеть своего рода определенный вид конституционализации. Становится все менее важным, в каком правопорядке какие основные права кодифицируются. Конституционалистский подход позволяет концептуализировать подобные тенденции развития как «межуровневое» конституционное развитие. Кроме того, идея компенсаторного конституционализма подразумевает, что конституционные принципы и нормы, которые содержатся в различных правопорядках, могут взаимно дополнять друг друга. Также и тот, кто воспринимает конституционализацию как становление конституционного Союза, не ограничивается позиционированием конституционного права в одном или нескольких правопорядках. В многоуровневом взаимопроникающем конституционном порядке партикулярные нормы должны доказывать свою способность к их универсализации, в то время как общие нормы должны оставлять свободное пространство, в которых еще смогут проявляться культурные и политические различия.²⁷²

На место традиционных механизмов, организующих отношения между правопорядками (как например, иерархически структурированный ряд), пришли иные механизмы стабилизации. *Мирей Дельма-Марту (Mireille Delmas-Marty)* выделила три типа подобных механизмов. Во-первых, это «регулятивные концепции» (*concepts régulateurs*), как например, субсидиарность, взаимодополняемость (в смысле ст. 17 Устава Международного Уголовного Суда) и принцип функциональной эквивалентности и взаимного признания. Во-вторых, это «регулятивные стратегии» (*techniques de réglage*), такие, как определенная свобода национального усмотрения и использование директив ЕС вместо распоряжений (*Verordnungen*). В-третьих, это механизмы оценки и контроля, которые могут включать в себя самые различные средства, от *взаимного мониторинга (peer monitoring)* вплоть до органов международной юрисдикции.²⁷³ При таком рассмотрении требование конституционализации - это призыв к созданию различных видов техники предотвращения конфликтов, стратегий координации и механизмов разрешения конфликтов за рамками иерархии. И в этом смысле

²⁷² *Lagrange*, L'ordre juridique, 2010 (готовится к публикации), Kapitel 1 (MS с. 30).

²⁷³ *Delmas-Marty*, Pluralisme, 2006, с. 266-277.

конституционалистский подход поставляет масштаб для оценки легитимности и долговременной эффективности этих механизмов.

Конституционалистская перспектива позволяет в принципе ставить вопрос легитимности. Необходимо учитывать, что осуществление публичной власти должно быть легитимировано в соответствии с требованиями и принципа демократии, и принципа правового государства. По этой причине нежелательно, чтобы отчасти демократически слабо фундированное международное право, которое обнаруживает, кроме того, и дефициты с точки зрения требований правового государства, вытесняло национальное право демократического конституционного государства. Следовательно, совершенно legitimately обсуждать, вправе ли судья применять международное или даже иностранное право, вместо норм его «родного» правового порядка, которые были установлены при соблюдении необходимых демократических процедур. Не заменяется ли тем самым правление народа «иностранным господством», как это сформулировал судья Верховного Суда США *Энтонин Скалиа (Antonin Scalia)*?²⁷⁴ Или же наоборот, ссылка судов демократических государств на международное и иностранное право является эффективным инструментом, чтобы защищать внутренние демократические процессы от исполнительной власти, например, при правовом регулировании борьбы с терроризмом, миграции или защиты окружающей среды?²⁷⁵ Если последняя гипотеза является верной, то такая судебная активность смогла бы внести вклад к становлению своего рода «транснациональной системы сдержек и противовесов».²⁷⁶

Наконец, конструктивное сопротивление против нелегитимного международного права может содействовать его конституционализации. Как известно, судебная практика германского Федерального конституционного суда по делу *Solange* привела к признанию и, в конечном счете, к кодификации основных прав в Евросоюзе. Решение Европейского Суда по делу *Kadi* способствовало определенному дополнительному давлению на Совет Безопасности ООН, что, возможно, внесло свой вклад в учреждение поста омбудсмана, для перепроверки намеченных санкций.²⁷⁷

²⁷⁴ *Antonin Scalia*, A Conversation between US Supreme Court Justices, I Con 3 (2005), с. 519-54 (с. 522).

²⁷⁵ Так например *Eyal Benvenisti*, Reclaiming Democracy: The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts, AJIL 102 (2008), с. 241-274.

²⁷⁶ *Benvenisti*, с. 269-273. Наше возражение на этот тезис состоит в том, что он слишком приравнивает прецедентное развитие права судебными органами к парламентскому процессу законодательства, который носит демократический характер.

²⁷⁷ См. Резолюция 1904 (2009) Совета Безопасности ООН от 17.12.2009, пункт 20-27, в которой предусмотрено создание службы Омбудсмана для реализации мероприятий по процедуре исключения из перечня лиц, в отношении которых принимаются санкции.

Разумеется, отказ от четкого приоритета международного права и признание конституционного «права на неповиновение» служит основанием для распространения представлений, что международное право представляет собой лишь т.н. «мягкое право» или что оно вообще не является правом, и что оно обладает лишь весьма слабым потенциалом для того, чтобы ставить действенные барьеры осуществлению политической власти. Поэтому обсужденные здесь механизмы координации могли бы в этом плане выглядеть минималистскими или даже разрушительными (*subversiv*). Существует опасность (однако, также и шанс), что международное право станет рассматривается не независимо от своего содержания и не как строго обязательное (уже только в силу его формального статуса), а как определяемый своим содержанием авторитет, которому следуют, если он по своему содержанию убеждает (и служит собственным интересам).²⁷⁸ Яанеке Нийман (*Janneke Nijman*) и Андрэ Ноллкэмпер (*André Nollkaemper*) с оптимизмом констатируют для международного права *дополнительную* роль, наряду с его формальной или строго обязательной силой, причем между «международным правом, основанном на убеждении» (*persuasive international law*), и «международным правом, основанном на предписывающем обычае» (*prescriptive international law*), не существует непреодолимого барьера.²⁷⁹

В конечном счете конституционный вариант интерпретации международного и европейского права, при признании множественности перспектив, перенимает лишь один из многих мыслимых рисунков (*Kartierungen*) «глобального беспорядка порядков».²⁸⁰ Конституционализированный мир предстает соответственно «ландшафтом упорядоченных облаков».²⁸¹

²⁷⁸См. в этом смысле решение Верховного Суда Канады: «[I]n seeking the meaning of the Canadian Constitution, the courts may be informed by international law. Our concern is not with Canada's international obligations qua obligations; rather, our concern is with the principles of fundamental justice. We look to international law as evidence of these principles and not as controlling itself.» Supreme Court of Canada, *Suresh v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), Постановление от 11.01.2002, (2002) 41 ILM 945, пункт 60 (выделение автора статьи).

²⁷⁹*Nijman/Nollkaemper, Conclusions*, 2006, с. 349.

²⁸⁰*Neil Walker, Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders, Journal of International Constitutional Law* 6 (2008), с. 373-396 (S 392): „[W]e must accept that the disorder of orders, considered as an accomplished and ongoing state of affairs, concerns the absence of transunit agreement in the presence of multiple competing candidate metaprinciples about how we should best resolve the relations between the different units of legal, political, and moral ordering in the world.“

²⁸¹*Delmas-Marty, Pluralisme*, 2006, с. 266.