

Переформатирование права: заградительные бастионы, соединяющие мосты и феномен гоббсовского Бегемота

Аннэ Петерс *

* Аннэ Петерс - доктор права, профессор, директор Гейдельбергского Института сравнительного публичного и международного права им. Макса Планка

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Anne Peters, *Restatement of the Law: Bastion, Bridge and Behemoth*** в: *The European Journal of International Law* Vol. 32 № 4.

Содержание:

1. Введение	105
2. Переформатирование права в меняющемся мире	107
3. Ревизия американского права внешних сношений: риски и возможности для международного права	109
А. Право внешних сношений как (защитный) "бастион"	110
В. Право внешних сношений как (соединяющий) "мост"	112
С. "Бегемот"	115
4. Снижение рисков завышенной оценки права внешних сношений	121
А. Нормализация права внешних сношений США	121
В. Всё большее переформатирование международного права?	126
С. Провинциализация США: переформатирование права внешних сношений (всех) других государств	131
D. Мультиперспективизм	133
5. Выводы	136

Аннотация

В данной статье анализируются последствия трансформации и переформатирования права внешних сношений для международного права в условиях нынешнего противодействия международному праву или, по крайней мере, выражения усталости от международного права и глобального управления. Право внешних сношений - сформированное, консолидированное и усиленное в результате его переформатирования - частично возводит своего рода „бастион“ против международного права, а частично наводит мосты между международным правом и внутренним правом. В частности, право внешних сношений такого мощного государства, как США, рискует маргинализировать или даже поглотить международное право. В статье рассматриваются четыре возможные стратегии смягчения или противодействия этим тенденции "Бегемота", а именно: нормализация права внешних сношений, более интенсивная работа по переформулированию собственно международного права, разработка переформатирования права внешних сношений других стран и, наконец, мультиперспективизм. Последняя стратегия предполагает взгляд на право внешних сношений глазами различных правоприменителей, в частности, через рассмотрение последствий действия установленных норм для других государств и сравнение законодательства о внешних сношениях разных стран. Опасность превращения американского законодательства о внешних сношениях в "Бегемота" международного права можно предотвратить, если при его разработке, изложении и толковании придерживаться продуманного мультиперспективизма.

"Авторитет писателей без авторитета государства не делает их мнения законами, как бы правильны эти мнения ни были. ... Хотя это основано на естественном разуме, однако законом это становится в силу постановления верховной власти." - **Томас Гоббс, "Левиафан"**¹

¹ T. Hobbes, Leviathan (1651; reprinted 1943), ch. 26, at 143.

1. Введение

Один из моих учителей, *Детлев Вагтс (Detlev Vagts)*, 15 лет назад в своей статье "Американское международное право: Особый путь?", изданной в юбилейной публикации в честь *Йоста Дельбрюка (Jost Delbrück)*, указал, что "степень акцента на праве внешних сношений" является "чертой, отличающей американскую науку и преподавание международного права", и что "работа американских ученых в области права внешних сношений, по большому счету, не представляет интереса для иностранных ученых и не привела к диалогу между странами".² Но времена изменились! Американское право внешних сношений все активней становится предметом транснационального диалога. Всем юристам-международникам знакома фигура *Левиафана* - морского чудовища, через образ которого *Томас Гоббс* описал государство. Менее известен юристам монструозный антагонист *Левиафана* – чудовище *Бегемот*.³ Помещенная выше цитата из "*Левиафана*" напоминает о различии между институциональной и эпистемической властью. Государство и, я бы добавила, межгосударственные органы обладают институциональными полномочиями для принятия законов. В отличие от них частные институты, такие как Американский институт права (АИП), референтами которого являются в основном ученые, обладают чисто эпистемическими полномочиями по разработке и изданию текстов, которые могут принимать форму правил и принципов, но остаются лишь академическим продуктом. Ученые не могут творить закон, поскольку они не обладают формальными правотворческими или правоотменяющими полномочиями. Но, в отличие от исследователей бабочек, которые не могут создавать бабочек, ученые-юристы тем не менее выполняют определённую, пусть и скромную, правотворческую роль.⁴ От убедительности их правовых аргументов зависит, будут ли они восприняты политическими акторами или нет.

Как характеризует свою работу сам АИП, "такой невыбонный орган, как Американский институт права, обладает ограниченной компетенцией и не имеет особых полномочий для внесения серьезных инноваций в вопросы публичной политики. Его авторитет проистекает скорее из его компетенции

² Vagts, 'American International Law: A Sonderweg?', в K. Dicke et al. (eds), *Weltinnenrecht: Liber Amicorum Jost Delbrück* (2005) 835, at 839, 841.

³ Job 40:18. Парадоксально, но *Левиафан*, использованный *Гоббсом* для характеристики территориального государства, - это мистическое морское чудовище, в то время как *Бегемот* - чудовище сухопутное.

⁴ См. Kammerhofer, 'Lawmaking by Scholars', в C. Brölmann and Y. Radi (eds), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (2016) 305, at 305.

в разработке более точных и внутренне непротиворечивых формулировок правовых норм".⁵ В этом же ключе один из комментаторов охарактеризовал такую "реформаторскую" роль деятельности АИП: "Результаты его работы предлагаются на рынке правовых идей и получают тот вес, который им придают авторитетные органы власти - судебные и законодательные".⁶ При этом Четвёртая Редакция свода норм Американского института права: Рестейтмент права внешних сношений США (*Restatement of the Law (Fourth): Foreign Relations Law of the United States*) является серьёзным научным трудом, который даёт важную информацию о праве внешних сношений США и имеет особую ценность для юридической практики. Однако следует обратить внимание и на проблематичные последствия этого труда для международного права и по отношению к нему. После определения места "Рестейтмента" в условиях современной глобальной ситуации (раздел 2) в данной статье ставится вопрос о том, где и как "Рестейтмент" возводит бастион против международного права (раздел 3.A), где он наводит мосты между международным и внутренним правом (раздел 3.B)⁷ и где он рискует маргинализировать или даже поглотить международное право как гоббсовский *Бегемот* (раздел 3.C). В разделе 4 рассматриваются четыре стратегии, которые смягчают или противодействуют тенденции подавления международного права правом внешних сношений США (в редакции АИП), а именно: нормализация права внешних сношений (раздел 4.A), переформатирование международного права (раздел 4.B), переформатирование права внешних сношений других стран (раздел 4.C) и многоперспективность подхода к переформатированию (раздел 4.D). Мой вывод заключается в том, что в современных условиях проявления постглобализма, национализма и популизма опасности превращения американского права внешних сношений в его нынешней и новой форме в своего рода „эрзац“ международного права⁸ можно наилучшим образом противодействовать путем поддержки осознанной многоперспективности в его переформатировании (раздел 5).

⁵ American Law Institute (ALI), *Capturing the Voice of the American Law Institute: A Handbook for ALI Reporters and Those Who Review Their Work* (rev. edn, 2015), at 6.

⁶ Greene, 'The American Law Institute: A Selective Perspective on the Restatement Process', 62 *Howard Law Journal* (2019) 511, at 512.

⁷ Образ "моста" заимствован из Н.Р. Aust и Т. Kleinlein (eds.), *Encounters between Foreign Relations Law and Public International Law: Bridges and Boundaries* (2021).

⁸ Aust and Kleinlein, 'Introduction: Bridges under Construction and Shifting Boundaries', в: Aust and Kleinlein, см. выше примечание 7, 1, at 8.

2. Переформатирование права в меняющемся мире

Предварительный вопрос заключается в том, следует ли при анализе достоинств и возможных недостатков Рестейтмента различать между основным сводом норм права внешних сношений и переформулировкой (пересмотром) этих норм. Это однако трудно, а может быть, и не необходимо, поскольку акт "переформатирования" объединяет разрозненные нормы и тем самым в определенной степени создает как "свод" права внешних сношений, так и сопутствующую область исследования.⁹ Риски и возможности права внешних сношений усугубляются фактом "переформулирования", а в значительной степени и созданием этого права как отрасли или области права, в первую очередь. Второй предварительный момент заключается в том, что право внешних сношений различных государств не является одинаково значимым. Потенциальное качество права внешних сношениях как (всепоглощающего) "Бегемота" в большей степени проявляется в случае экономической, военной и культурной сверхдержавы. Право внешних сношений Тринидада и Тобаго, Лихтенштейна или Бутана влияет на международный правопорядок гораздо в меньшей степени, чем, скажем, право внешних сношений США, Европейского союза (ЕС) и Китая. Кроме того, потенциальные риски зависят от конкретной исторической ситуации. Это было описано (институциональным) автором Рестейтмента следующим образом: "За 30 лет, прошедших с момента публикации последней редакции Рестейтмента по этой теме, мир, а также роль США в международном сообществе претерпели глубокие изменения, но многое из того, что было сделано нашими предшественниками, сохранилось в неизменном виде".¹⁰ Эти "глубокие изменения", как представляется, заключаются в перераспределении и рассредоточении экономической, политической, военной и идеологической власти и влияния, что ставит под сомнение прежнее доминирование Запада. В качестве претендентов выступают не только поднимающиеся государства глобального Юга и Азии, но и коммерческие предприятия, новые региональные организации и

⁹ В аналогичном ключе о "тревогах" и возможностях, возникающих при создании "поля" (сравнительного права внешних сношений), см. Кноп, "Foreign Relations Law: Comparison as Invention", в.С. Bradley (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (2019) 45.

¹⁰ Restatement of the Law (Fourth): Foreign Relations Law of the United States (2018), Introduction, at 2.

криминальные сети, разворачивающие свою деятельность в глобальном масштабе.¹¹

Материальные и идеологические сдвиги влияют на авторитет международного права, и это также определяет возможности и риски Четвертого Рестейтмента.¹² В целом можно предположить, что актуальность и нормативная сила международного права в международных отношениях, как представляется, снижается. Что касается практической значимости, то налицо договорная усталость: у государств нет особого стремления к новым многосторонним договорам, даже тогда, когда они в принципе необходимы. Достаточно упомянуть лишь некоторые из наиболее острых глобальных проблем, требующих организованных совместных усилий. Проблемы, связанные с изменением климата - здесь Парижское соглашение является весьма расплывчатым и недостаточно строгим, кроме того, оно предусматривает лишь т.н. "определяемый на национальном уровне вклад государств" (*nationally determined contributions*) и соответствующие обязательства по предоставлению отчетов (*reporting obligations*).¹³ Проблемы миграции - они в основном решаются лишь с помощью "мягкого права".¹⁴ В области глобального здравоохранения - хотя Правила по защите здоровья 2005 года, установленные Всемирной организацией здравоохранения, являются обязательными к исполнению, однако они оставляют в силе т.н. "санитарный суверенитет" государств и наделяют организацию лишь правом собирать информацию и давать рекомендации.¹⁵

Эта усталость от договоров, вероятно, имеет стратегические и нормативные причины. Развернулась интенсивная постколониальная критика самого существования и легитимности (действующего) международного права, подкрепленная подъёмом государств, ранее находившихся под европейским доминированием. В новом контексте и в новом обличье всплыли сомнения в наличии у международного права качества реального

¹¹ Dasgupta, "The Demise of the Nation State", *Guardian* (5 апреля 2018 г.). Популярное изложение см. в книге Kupchan, *No One's World: The West, the Rising Rest, and the Coming Global Turn* (2013). О последствиях для международного права см. в Burke-White, "Power Shifts: Structural Realignment and Substantive Pluralism", *56 Harvard Journal of International Law (HJIL)* (2015) 1.

¹² *Restatement (Fourth)*, см. выше, примечание 10.

¹³ Парижское соглашение по изменению климата, Paris Agreement on Climate Change, UN Doc. FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12 December 2015.

¹⁴ Глобальный договор о безопасной, упорядоченной и регулярной миграции, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, UN Doc. A/RES/73/195, 19 December 2018.

¹⁵ WHO, *International Health Regulations* (2005), esp. Art. 3(4).

"права" (как противопоставление политики или принципов международной вежливости и взаимности)¹⁶ и качества "международного" права (как противовес попыткам проекции публичного права Европы¹⁷ на весь мир) в целях укоренения и укрепления неформальной империи Запада. Исторический багаж международного права - европоцентризм - все чаще становится проблемой.¹⁸

Эти явления, в свою очередь, породили подозрение, что то, что мы называем международным правом, на самом деле является лишь правом и политикой внешних сношений "Запада". Именно на этом фоне и в этой конstellации нам необходимо оценить риски и возможности, созданные Четвертой редакцией Рестейтмента, для универсальности и автономии международного права.

3. Ревизия американского права внешних сношений: риски и возможности для международного права

Право внешних сношений преследует, в первую очередь, две масштабные цели. Первая - обеспечение функционирования государства в международном контексте.¹⁹ Важно отметить, что это касается не только конкретно зарубежной деятельности (*outbound activities*), но и всех видов правовых действий в условиях глобализации и постглобализации. Вторая функция права внешних сношений заключается в удовлетворении нормативных интересов: национальных интересов государства ("суверенитета"), демократии, федерализма, разделения властей и верховенства права.

¹⁶ Bolton, 'Is There Really Law in International Affairs?', 10 *Transnational Law and Contemporary Problems*(2000) 1.

¹⁷ Этот термин обычно приписывают *Габриэлю Бонно де Мабли*. G. Bonnot de Mably, *Le Droit Public de l'Europe, fondé sur les traités* (1748), доступно на <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k93620t.image>. Koskenniemi, "The Public Law of Europe: Reflections on a French 18th Century Debate", в H. Lindemann et al. (eds), *Erzählungen vom Konstitutionalismus* (2005) 43, at 44 ("[к] 1815 году публичное право Европы стало другим названием системы реставрации, закрепленной в Венских договорах, о чем сообщали и что исследовали, в частности, немецкие ученые").

¹⁸ Fassbender and Peters, 'Introduction: Towards a Global History of International Law', в B. Fassbender and A. Peters (eds), *Oxford Handbook of the History of International Law* (2012) 1.

¹⁹ Более подробное изложение см. в McLachlan, 'Five Conceptions of the Function of Foreign Relations Law', в Bradley, см. выше примечание 9, 21, 21.

Для реализации этих целей, которые иногда совпадают, а иногда противоречат друг другу, государствам необходимо работать в двух режимах. Во-первых, в режиме „засова“ и фильтрации (*gatekeeping*), в частности, препятствуя и сдерживая проникновение нежелательных норм международного права, и, во-вторых, в режиме содействия осуществлению и включению, а также нивелирования правового взаимодействия на стыке внутреннего и международного права. Эти режимы отнюдь не являются взаимоисключающими и обычно комбинируются друг с другом. В конкретной ситуации и в конкретный исторический период может преобладать тот или иной режим. Многое зависит от общей позиции влиятельных национальных акторов и институтов по отношению к международному праву и глобальному управлению. Эти два режима и сопутствующие им фигуры - "фильтр" (закрытость) и "содействие" (открытость) - можно описать с помощью образов "бастиона" и "моста". Право внешних сношений является одним из строительных блоков для этих "бастионов" и "мостов".

А. Право внешних сношений как (защитный) "бастион"

В первую очередь, именно мотив не допустить проникновения международного права во внутреннюю сферу - в целях защиты от возможных негативных последствий - был одним из основных мотивов создания в начале XX века специфической самостоятельной правовой "области" - права внешних сношений.²⁰ Так, в Германии после Первой мировой войны был основан Институт кайзера Вильгельма (ныне Институт Макса Планка) - "Институт иностранного публичного права и международного права".²¹ Примерно в то же время американский ученый *Куинси Райт* (*Quincy Wright*) написал свою книгу об "американских международных отношениях".²² Оба начинания были вызваны одним и тем же мотивом - изучить и, возможно, даже подкрепить "научно" негативную оценку Версальского договора в общественных дискуссиях своих стран.²³

²⁰ Bradley, 'What Is Foreign Relations Law?', в Bradley, см. Выше примечание 9, 3, at 8.

²¹ "Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht", также в аббревиатуре журнала: ZaöRV.

²² Q. Wright, *The Control of American Foreign Relations* (1922).

²³ Версальский договор 1919 г., 225 Partу 188. Об Институте Макса Планка см. I. Hueck, "Die deutsche Völkerrechtswissenschaft im Nationalsozialismus: Das Berliner Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, das Hamburger Institut für Auswärtige Politik und das Kieler Institut für Internationales Recht", в D. Kaufmann (ed.), *Geschichte der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft im Nationalsozialismus: Bestandsaufnahme und Perspektiven der Forschung* (2000), vol. 2, 499, at 499; F. Lange,

Немцы осуждали, помимо прочего, чрезмерные и "дискриминационные" репарации.²⁴ В США Сенат не дал согласия на одобрение Версальского договора, который был подписан президентом *Вудро Вильсоном* (*Woodrow Wilson*), поскольку республиканское большинство, как утверждалось, не хотело, чтобы США играли глобальную роль.²⁵

Курт Брэдли (*Curt Bradley*) так объясняет происхождение позиции *Райта*, которая в конечном итоге привела его к написанию книги о международных отношениях: "Зимой 1920 года, когда Версальский договор еще не был ни ратифицирован и ни отклонен Сенатом, автор обсуждал перед группой коллег [из университета Миннесоты] тему, которая тогда занимала всех, - американскую систему контроля над внешними сношениями или отсутствие такой системы".²⁶ Для Института кайзера Вильгельма желание изучить "иностранное" право было также продиктовано тем, что решения международных третейских судов начала XX века сталкивались с недостатком кодифицированного международного публичного права и поэтому часто опирались на внутренние национальные нормы и принципы различных государств, которые заслуживали более близкого знакомства с ними.

Использование права внешних сношений в качестве бастиона против нежелательного вторжения международного права во внутреннюю сферу отнюдь не является явлением исключительно далекого прошлого. *Кристина Даугирдас* (*Kristina Daugirdas*) предположила, что в ближайшем будущем Верховный суд США, скорее всего, "вобьет еще больший клин" между международным и национальным правом.²⁷ Такое развитие событий не будет обусловлено каким-либо конкретным содержанием "Рестейтмента". Однако сам факт обращения "Рестейтмента" к судебной власти облегчает использование права внешних сношений в любом направлении, в том числе и в качестве "бастиона".

Zwischen völkerrechtlicher Systembildung und Begleitung der deutschen Außenpolitik: Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1945-2002 (2020), at 14.

²⁴ См. Hoeres, 'Versailler Vertrag: Ein Frieden, der kein Frieden war', Aus Politik und Zeitgeschichte (2019).

²⁵ См., в частности, речь лидера сенатского большинства Генри Кэбота Лоджа от 28 февраля 1919 г., перепечатанную в R.C. Byrd, *The Senate, 1789-1989: Classic Speeches, 1830-1993* (1994), at 546-564; L.E. Ambrosius, *Woodrow Wilson and American Internationalism* (2017), at 142-146.

²⁶ Bradley, 'Foreign Relations Law', выше, примечание 20, at 12, n. 41; см. также Wright, выше, примечание 22, at ix.

²⁷ Daugirdas, 'The Restatements and the Rule of Law', в P.B. Stephan and S.H. Cleveland (eds), *The Restatement and Beyond* (2020) 527, at 535.

В. Право внешних сношений как (соединяющий) "мост"

Некоторые разделы права внешних сношений не только выполняют задачу создать бастион против международного права, но и исполняют функцию наведения мостов между внутренним и международным правом.²⁸ Это тем более справедливо в условиях, когда "глобализация размывает границы между иностранными и внутренними делами".²⁹ В Четвертой редакции Рестейтмента право внешних сношений предстаёт уже не как чисто внутреннее право, а скорее, как конгломерат источников внутреннего и международного права.³⁰ В некоторых областях права, которые в Четвертой редакции обозначаются как нормы права внешних сношений, соответствующие правила и нормы настолько переплетены, что их трудно разделить, а тем более разорвать друг от друга. Здесь право внешних сношений уже не является просто мостиком, но и смешивается с международным правом в едином резервуаре. Особенно это касается права иммунитетов. Данное право является прежде всего продуктом национального прецедентного права, поскольку вопрос об иммунитете возникает именно перед национальными судами, которые должны решить, принимать жалобу к рассмотрению или нет. Они опираются на национальные концепции, чтобы отличить *acta iure imperii* от *acta iure gestionis*, хотя приблизительные параметры согласованы на международном уровне и кодифицированы в Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности.³¹ Смешанное (международное/внутреннее) качество права является также характерной чертой правил регулирования юрисдикции, что является еще одной проблемной областью, рассматриваемой в Четвертой редакции Рестейтмента.

Возможно, взаимодействие межнационального (межгосударственного) права и права внешних сношений является частью более широкого

²⁸ См. Bradley, 'Foreign Relations Law', выше, прим. 20, at 5 ("существуют важные взаимосвязи между международным правом и правом внешних сношений").

²⁹ Bradley, 'Foreign Relations Law', выше, примечание 20, at 10.

³⁰ В качестве "источников" права внешних сношений в Restatement (Fourth) упоминаются "Конституция, законодательство Конгресса, судебные решения, действия исполнительной власти, обычное международное право, международные соглашения и законодательство штатов" (в таком порядке). Restatement (Fourth), выше, примечание 10, at 1.

³¹ Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, UN Doc. A/59/508, 2 декабря 2004 г. 31 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, UN Doc. A/59/508, 2 December 2004.

глобального или транснационального правового процесса, который охватывает множество субъектов, находящихся за пределами национальных государств.³² *Брэдли* (который в принципе иначе определяет право внешних сношений как чисто внутреннее право) также отмечает транснациональный характер данной области исследования. По его мнению, право внешних сношений - это не только регулирование взаимодействия между государствами, но и отношений между одним конкретным государством и гражданами другого государства.³³ Такие, так сказать, "диагональные" отношения возникают в результате экстерриториальных последствий внутренней политики и могут приводить к транснациональным судебным разбирательствам. В качестве примера можно привести жалобу перуанского крестьянина, считающего себя жертвой выбросов парниковых газов немецкой энергетической корпорацией *RWE*, поданную в гражданские суды Германии³⁴ и, конечно же, практику арбитражных судов в разбирательстве дел по спорам между инвестором и принимающим государством.

В комбинации с международным правом такими "мостами" служат и внутренние правила, регулирующие участие государства в международных форумах, в рамках которых нормы международного права интегрируются в национальное внутреннее право государств-участников, а также принципы, требующие от судов прямого применения международного права ("прямое действие") или его косвенного применения (толкование внутреннего права в свете права международного). Там, где такие "мосты" отсутствуют, международное право не имеет силы. Как констатировали *Энн-Мари Слотер* (*Anne-Marie Slaughter*) и *Уильям Берк Уайт* (*William Burke White*):

³² Я использую термины "глобальное" и "транснациональное" право и юридический процесс как синонимы.

³³ Bradley, 'Foreign Relations Law', выше, примечание 20, at 3 ("взаимодействие между государством и гражданами или жителями других государств").

³⁴ Высший Земельный Суд (Oberlandsgericht, OLG) г. Хамм, дело *Lliuya v. Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk (RWE)*, дело I-5 U 15/17 (на рассмотрении). Земельный Суд (Landgericht [LG]) отклонил иск как частично неприемлемый и по существу отклонил иск в той части, в какой истцу не удалось установить достаточную причинно-следственную связь между действиями ответчика (производство парниковых газов) и потенциальным риском наводнения. *Huaraz (LG Essen (2. Zivilkammer)*, решение от 15 декабря 2016 г., 2 O 285/15, BeckRS 2016, 114262. Несмотря на то что это частноправовой судебный процесс между двумя частными субъектами, он связан с немецким законодательством о выбросах парниковых газов и касается исключительно политической проблемы глобального потепления.

"будущее международного права обеспечивается национальным"³⁵, или же, добавим мы, у него вообще нет будущего.

Неудивительно, что фигура "моста" популярна в немецких исследованиях соотношения внутреннего права и права ЕС, как это проявляется в концепции моего коллеги из Гейдельберга *Пауля Кирххофа* (*Paul Kirchhof*). Конституция Германии - Основной закон 1949 года,³⁶ призванная предотвратить возврат к тоталитаризму и повторение прежних вопиющих нарушений международного права и морали, была продиктована острым желанием обеспечить превращение Германии из государства-изгоя в добропорядочного гражданина мирового сообщества. Эти обстоятельства породили идею "международно-правовой дружественности" Конституции (*international law friendliness*) - принципа открытости миру и международному праву.³⁷

Как пишет *Кирххоф* в одном из томов монографического "Пособия по государственному праву" (*Handbuch des Staatsrechts*), германский парламент должен принять закон, который построит мост, по которому право Союза достигнет Германии. Этот мост является правовой основой, которая "валидирует" право Союза и позволяет ему разворачивать юридические последствия в рамках немецкого правопорядка.³⁸ Важно отметить, что любой парламентский закон, "передающий" публичную власть и полномочия Европейскому Союзу, должен соблюдать ограничения, установленные Конституцией Германии. Если оставаться в рамках предложенной фигуры "моста", можно сказать, что смотритель "моста" находится в Германии и может закрыть проход по "мосту". Поэтому "мост" не всегда открыт и не всегда стабилен.

Безусловно, в конечном итоге образ "моста" может устареть в условиях дальнейшего переплетения, взаимопроникновения, смешивания или скрещивания международного права и внутригосударственного права (традиционно рассматриваемых как разные "правовые порядки"). Эти переплетения регулируются не только, а возможно, и не столько нормами

³⁵ Slaughter and Burke-White, 'The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law)', 47 *HJIL* (2006) 327.

³⁶ German Basic Law (Grundgesetz), 1949, доступен по адресу www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html.

³⁷ K. Vogel, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit* (1964). Федеральный конституционный суд Германии, BVerfGE 6, 309 (362), решение от 26 марта 1957 г. - 2 BvG 1/55. См. более поздний документ BVerfGE 141, 1, постановление от 15 декабря 2015 года - 2 BvL 1/12 - о приоритете договора.

³⁸ Kirchhof, '§ 214: Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration', в J. Isensee and P. Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (2012), vol. 10, 299–381, para. 6.

(например, о рецепции и включении в качестве составляющей части), но также и различными практиками "разведения" (*straddling practices*) или просто "ситуативными действиями" акторов, применяющих право, которые ищут "ориентиры" и координаты для решения поставленных перед ними правовых проблем. Таким образом, автономия международного права от внутреннего права и наоборот становится лишь вопросом степени.³⁹ Четвертая редакция Рестейтмента, ориентированная как таковая на традиционные правовые источники и на государства, может создать несколько обманчивое впечатление полноты и упорядоченности. Но этот риск присущ любым попыткам "переформулирования" и может быть оправдан преимуществами систематизации. В итоге концептуализация права внешних сношений как "моста", подчеркнутая в Рестейтменте, является спасительной эвристикой.

С. "Бегемот"

Право внешних сношений, как показывает, в частности, американская практика, может стать своеобразным "Бегемотом" международного права, поглощая его. Когда отправной точкой в споре о соблюдении международного права и исполнении решений международного суда является национальная схема конституции, федерального закона и закона штата, результат будет отличаться от результата спора, в котором такой отправной точкой является Венская конвенция о праве международных договоров (ВКПМД).⁴⁰ В качестве иллюстрации можно привести дело *LaGrand*, которое было посвящено информированию иностранцев, приговоренных к смертной казни, об их законных возможностях связаться с сотрудником консульства их государства гражданства. При рассмотрении данного дела Международный суд ООН (МС ООН) обязал США приостановить исполнение смертных приговоров до принятия судом окончательного решения по существу дела. Ответчик указал, что, согласно Конституции США, "должностные лица федерального правительства не имеют законных полномочий остановить в императивном порядке (*peremptorily*) исполнение уголовного приговора штатом Аризона".⁴¹

³⁹ Krisch, 'Entangled Legalities in the Postnational Space', *International Journal of Constitutional Law* (готовится к публикации).

⁴⁰ Венская конвенция о праве международных договоров (ВКПМД) 1969 г., 1155 UNTS 331.

⁴¹ Дело *LaGrand* (Германия против США), контрмеморандум США, 27 марта 2000 г., Отчеты Международного Суда (2000 г.), п. 124; см. также пп. 121, 122, 125. 124; см. также пп. 121, 122, 125: *LaGrand Case (Germany v. United States)*, US Counter Memorial, 27 March 2000, ICJ Reports (2000), para. 124; see also paras 121, 122, 125.

Однако статья 27 ВКПМД гласит, что "участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора". Исходя из этой договорной логики, Международный Суд подошел к вопросу как к вопросу международного договорного права, для которого внутреннее вертикальное разделение властей несущественно, и постановил, что США нарушили международное право, не приостановив исполнение приговора братьям *ЛаГранд*.⁴²

Вероятно, чем больше мы будем подходить к межгосударственным или транснациональным правовым спорам с точки зрения права внешних сношений, а не международного права, тем меньший вес будут иметь международные нормы. Поэтому даже в тех случаях, когда право внешних сношений стремится быть "нейтральным" по отношению к международному праву,⁴³ само его существование будет в определенной степени подрывать этот нейтралитет. В свою очередь, акт переформулирования и, соответственно, консолидации норм права внешних сношений усиливает этот эффект. Кроме того, даже независимо от права внешних сношений международное право страдает от влияния США. В качестве примера можно привести современную критику прав человека. Критика направлена против прав человека в американском стиле и против правовых свобод, вдохновляемых собственническим индивидуализмом (*possessive individualism*). В американской традиции носители прав не встроены в сообщество и не ограничены социальной ответственностью.⁴⁴ Такая американизированная модель международных прав человека действительно заслуживает критики. Мы могли бы укрепить другие правовые традиции прав и свобод и концептуализировать международные права человека как связанные с солидарностью и как включающие в себя также и ряд социальных и экономических прав, а также как находящихся свои пределы в превалирующих, насущных социальных потребностях и порождающие позитивные обязательства государства. Такие интегрированные права (*embedded rights*) являются важными и ценными

⁴² См. дело *LaGrand* (Германия против США), постановление от 3 марта 1999 г., Отчеты Международного Суда (1999), п. 28: *LaGrand Case (Germany v. United States)*, Order, 3 March 1999, ICJ Reports (1999), para. 28.

⁴³ Bradley, "Foreign Relations Law", *supra* note 20, at 7-8 ("даже если право внешних сношений сосредоточено на внутреннем, а не на международном праве, в таком сосредоточении нет ничего такого, что требовало бы ценить внутреннее право выше международного или сопротивляться инкорпорации международного права во внутреннее").

⁴⁴ См. традиционную литературу и подход, критикуемые в J. Nedelsky, *Law's Relations* (2011); K. Sikkink, *The Hidden Face of Rights: Toward a Politics of Responsibilities* (2020).

правовыми институтами. Нет необходимости уничтожать их в чрезмерной реакции на карикатуру прав, созданную США, и тем самым выплескивать ребенка вместе с водой.

Еще одной характерной чертой американского правового дискурса, перенесенной до некоторой степени через право внешних сношений США в международное право, является скептицизм в отношении норм. Скептицизм в отношении норм берет свое начало в американском правовом прагматизме, породившем правовой реализм.⁴⁵ Этот подход, в свою очередь, способствовал развитию как экономического анализа права, так и критических правовых исследований. Оба типа анализа отличаются и даже антагонистичны друг другу с точки зрения идеологии и политического предпонимания (*Vorverständnis*). Тем не менее их объединяет одна черта - сомнение в реальной силе и ценности права как автономной сферы, независимой и отличной от других способов управления. Для экономической юриспруденции право - это лишь инструмент или ресурс для достижения эффективных результатов. Для критического правоведения право - не более чем шелковая перчатка, скрывающая железный кулак власти. Иными словами, оба подхода сводят право к побочному сопутствующему феномену экономической или политической власти.

Такой недоверие праву или правовой нигилизм (*rule scepticism*), говоря в целом, является целебным противоядием против наивной веры в эффективную силу норм. Однако международное право слишком зависимым и необеспеченным - в частности, слишком слабо институционализировано - чтобы сдерживать разрушительный эффект скептицизма в отношении права.⁴⁶ Более десяти лет назад *Гульельмо Вердираме* (*Guglielmo Verdirame*) предупреждал, что культивирование скептицизма в отношении правил юристами-международниками может быть "своего рода хакари юристов, создающим карт-бланш, которым рано или поздно воспользуется исполнительная власть".⁴⁷ Предсказанное *Вердираме* в 2007 году полностью сбылось. Исполнительные органы власти многих государств взяли за уничтожение международного права.

⁴⁵ См. Koh, 'American Schools of International Law', 410 *Recueil des Cours* (2020) 23, at 43, где издание Рестейтментов изображается как наследие "транснационалистической" правовой мысли, культивировавшейся в Йеле и Гарварде, а Рестейтмент (Четвертый) - как работу "журналистов, симпатизирующих "новой" нью-хейвенской школе".

⁴⁶ Однако см. Stephan, "The US Context of the Restatement of the Law (Fourth): The Foreign Relations Law of the United States", 32 *European Journal of International Law* (*Eur. J. Int'l L.*) (2021) 1415, который считает опасения по поводу хрупкости международного права "необоснованными".

⁴⁷ Verdirame, "'The Divided West': International Lawyers in Europe and America", 18 *Eur. J. Int'l L.* (2007) 553, at 567.

И это происходит не только в авторитарных государствах, таких как Венгрия и Бразилия, но и на "родине демократии", где министр Соединенного Королевства Великобритании по делам Северной Ирландии объявил о готовности "нарушить международное права весьма специфическим, но ограниченным образом", а именно о намерении нарушить обязательства по договору о *Brexit*, который был кропотливо согласован и заключен между Великобританией и ЕС.⁴⁸

Риск поглощения международного права внутренним правом сильных государств еще более велик, если параллельные (точнее, переплетающиеся) нормы международного права сами не кодифицированы. Это в значительной степени относится к иммунитетам (учитывая, что Конвенция ООН не вступила в силу, а участниками Европейской конвенция об иммунитете государств является лишь незначительное число стран),⁴⁹ а также к правилам о юрисдикции. Формирующая сила (*shaping power*) внутренних норм здесь более значительна. В частности, можно особо выделить "*международное право суверенного иммунитета. меняющееся через национальные решения*".⁵⁰

Фактором, усиливающим опасность вытеснения международного права именно американским правом внешних сношений, являются институциональные практики и карьерные ограничения. Американские ученые, вместо того чтобы писать о "собственно" международном праве, могут поддаваться искушению писать о праве внешних сношений, чтобы увеличить свои шансы на публикацию в каком-либо общеправовом американском журнале, что необходимо им для карьерного продвижения и получения более высокого статуса. Поворот к праву внешних сношений (а не к международному праву) усугубляется практикой т.н. "*workshopping*", а именно практикой подготовки публикаций на общих факультетских семинарах ("*faculty workshops*"), аудитория которых не разбирается и не

⁴⁸ S. Talmon 'Thou Shalt Not "Break International Law in a Very Specific and Limited Way"', *Völkerrechtsblog*, 15 September 2020.

⁴⁹ Конвенция ООН, примечание 31, ст. 30(1): в ней участвуют 22 государства, подписали 28 государств, но она не вступила в силу (требуется 30 ратификаций). Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 г., ETS № 074: в ней участвуют восемь государств.

⁵⁰ Damrosch, 'Changing International Law of Sovereign Immunity through National Decisions', 44 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2001) 1185, at 1185 (выделение добавлено). См. недавнее дело *Opati v. Republic of Sudan*, 590 U.S. (2020), посвященное исключению действия Закона о судебном иммунитете иностранных государств (*Foreign Sovereign Immunities Act*) в отношении актов терроризма, спонсируемых государством, и т.н. "оговоркой о федеральной компетенции" (*federal cause*) для исков в соответствии с п. 1605A(c).

интересуется собственно международным правом.⁵¹ Также отмечается, что, в частности, написанные в США учебники по международному праву по сравнению с другими отличаются "более высокой степенью национализма. Основное внимание в них уделяется внутреннему прецедентному праву, практике исполнительной власти США, американским авторам и публикациям, а также тем международным делам и спорам, в которых участвовали или участвуют США".⁵²

Опасность поглощения еще более возрастает в связи с тем, что в американском правовом дискурсе и прецедентном праве принято упоминать "международное право и иностранное право", как говорится, на одном дыхании или даже смешивать и путать их.⁵³ Даже видные координаторы-докладчики Рестейтмента - Сара Кливленд (*Sarah Cleveland*) и Пол Стефан (*Paul Stephan*) - определяют область права внешних сношений как "правовые институты, правила и нормы, регулирующие взаимодействие государства с иностранными лицами, а также сделки и прочую деятельность за рубежом", считая *международную правовую систему "иностранной"*.⁵⁴ Складывая в одну корзину международное и иностранное право, есть риск упустить из виду специфические и отличительные качества международного права.

Связанным с этим современным феноменом, который усиливает угрозу феномена "Бегемота", является эпистемический национализм. Под этим я подразумеваю существующий в двух вариантах феномен, когда как ученые, занимающиеся вопросами внешних сношений, так и ученые-международники нередко занимают позиции, которые обусловлены спецификой полученного ими прежде образования в государственной правовой системе и/или которые служат сугубо национальным интересам.⁵⁵ Первый вариант - мышление в русле привычной правовой

⁵¹ A. Roberts, *Is International Law International?* (2017), at 104–105.

⁵² *Ibid.*, at 146.

⁵³ См. например, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), at 21 предварительное опубликование судебного решения (*the slip opinion*); Amy Coney Barrett nomination hearing of 14 October 2020, available at www.judiciary.senate.gov/meetings/nomination-of-the-honorable-amy-coney-barrett-to-be-an-associate-justice-of-the-supreme-court-of-the-united-states-day-3.

⁵⁴ Cleveland and Stephan, 'Introduction: The Roles of the Restatements in U.S. Foreign Relations Law', в. Stephan and Cleveland, *supra* note 27, 1, at 1 (выделение добавлено).

⁵⁵ Peters, 'Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus', 67 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Heidelberg Journal of International Law* (2007) 721; Peters, 'International Legal Scholarship under Challenge', в J. d'Aspremont et al. (eds), *International Law as a Profession* (2017) 117, at 118–126.

традиции - часто происходит неосознанно, а второй вариант - поддержка своей собственной страны - может происходить как неосознанно, так и вполне сознательно. Схожей проблемой является сохраняющаяся сегрегация исследовательских институтов по национальным линиям. Именно по этой причине мы сегодня сомневаемся в том, что "незримый (invisible) колледж юристов-международников", о котором говорил *Оскар Шахтер (Oscar Schachter)* в 1970-х годах,⁵⁶ является действительно глобальным колледжем. Скорее, это элитный колледж ученых развитых стран, в котором ученым так называемого глобального Юга отведена роль "вечных студентов".

Все указанные тенденции имеют схожие последствия. Они отдают предпочтение подходу к решению международных и транснациональных правовых проблем с позиций права внешних сношений в противовес подходу, основанному на международном праве. Это чревато ослаблением нормативной силы и автономии международного права. Поглощенное им, международное право действительно становится "внешним государственным правом" (*äusseres Staatsrecht*), как называл его *Георг В.Ф. Гегель*.⁵⁷ Указанные тенденции, на первый взгляд, не связаны с Рестейтментом. Однако переформулирование права внешних сношений в таких условиях, сопровождаемое националистическими тенденциями в широком смысле слова, может привести к чрезмерному переоцениванию значения права внешних сношений (*Over-statement*).

⁵⁶ Schachter, 'The Invisible College of International Lawyers', 72 *Northwestern University Law Review*(1977) 217, at 226 ("профессиональное сообщество юристов-международников ... представляет собой своего рода незримый колледж, занимающийся общим интеллектуальным трудом"). Выражение "незримый колледж" было использовано *Робертом Бойлем* в 1646 году по отношению к обществу - предшественнику Королевского общества, которое было основано в 1660 году. См. Lomas, *The Invisible College* (2002), at 63; *The New Encyclopedia Britannica*, 32 vols. (15th edn, 2002), vol. X, at 220.

⁵⁷ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821; reprinted 1972), para. 330. G.W.F. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right* (1991).

4. Снижение рисков завышенной оценки права внешних сношений

В данном разделе рассматриваются четыре стратегии, позволяющие нивелировать риск преувеличения значения норм права внешних сношений, подрывающего международное право.

А. Нормализация права внешних сношений США

Первым средством против маргинализации международного права в результате чрезмерного доминирования права внешних сношений может стать упорядочение (нормализация) права внешних сношений, которое со временем найдет отражение и в новом Рестейтменте. Вопрос, который обсуждается в этой связи, заключается в том, регулируются ли (или должны ли регулироваться) иностранные дела особыми нормами, отличными от правовых норм, принципов и институтов, регулирующих внутренние дела. В частности, должны ли обычные конституционные ограничения - например, федералистское разделение полномочий, ограничения в отношении исполнительной власти и президента, а также судебный контроль - применяться к актам, относящимся к "иностраным" делам ("нормализм", *normalism*) или нет ("догма исключительности", *exceptionalism*).⁵⁸

Однако тот способ, которым сейчас ведется дискуссия в США, слишком парадоксален, чтобы способствовать развитию международного права. По этой причине американские дебаты необходимо рассматривать в перспективе. Третий Рестейтмент 1987 года называют "апогеем исключительности в области внешних сношений".⁵⁹ Эта исключительность возникла в определенном историческом контексте и при данной на тот момент расстановке сил на глобальном уровне, в условиях, когда исполнительная власть нуждалась в "свободе действий в отношениях с противниками по "холодной войне".⁶⁰ Стремление сторонников теории исключительности быть свободными от ограничений было направлено против законодательной власти и против судов, в том числе на уровне штатов. Идея о том, что иностранные дела автоматически становятся

⁵⁸ Весьма обстоятельное изложение с примерами см. в Bradley, 'Foreign Relations Law', выше, примечание 20, at 13-18.

⁵⁹ White, "From the Third to the Fourth Restatement of Foreign Relations: The Rise and Potential Fall of Foreign Affairs Exceptionalism", в Stephan and Cleveland, *supra* note 27, 23, at 46.

⁶⁰ Cleveland and Stephan, 'Introduction', см. Выше, примечание 54, at 6.

федеральным правом (в отличие от права штатов), также была продиктована осознанной необходимостью выступать единым фронтом, чтобы федеральные штаты исчезли с арены иностранных дел. После окончания "холодной войны" необходимость доминирования исполнительной власти, которой не мешали ни судебные органы, ни федеральные штаты, утратила свою актуальность.⁶¹ "Нормализация" подхода к оценке внешней политики, происходящая, в частности, в федеральных судах США, была документирована и положительно оценивалась как адекватный ответ на изменившийся политический контекст.⁶² Впрочем, если рассуждать в рамках этой логики, то начало "новой холодной войны" снова потребовало бы нового подхода в смысле "догмы исключительности".

На первый взгляд, подобные дискуссии достаточно известны и в других демократических государствах, основанных на принципах верховенства права. Привычка к более мягкому и осторожному судебному рассмотрению вопросов, касающихся иностранных дел, распространена особенно широко, поскольку судьи опасаются "политических вопросов", и разделение властей, как утверждается, требует судейской сдержанности. Однако при ближайшем рассмотрении оказывается, что американская дискуссия об исключительности иностранных дел в значительной степени отличается от, казалось бы, параллельных дебатов в других государствах. Так при транснациональном сравнении она в свою очередь предстаёт исключительной. Стратегия нормализации права внешних сношений "по-американски" не является противоядием против гегемонии права внешних сношений над международным правом, поскольку она не обязательно благоприятствует повышению эффективности и нормативной силы международного права и не обязательно способствует соблюдению международных правил и норм. Напротив, она может быть палкой о двух концах и иметь как положительные, так и отрицательные стороны. Подход, основанный на догме исключительности, может быть "неблагоприятным" ('*bad*') для международного права, поскольку ограничение судебного контроля может позволить исполнительной власти нарушать международное право без последующих санкций. Но и нормализм в американском стиле также может быть "плохим" для международного права, поскольку он отрицает дополнительные полномочия федеральных

⁶¹ Пол Стефан отмечает, что позиция Restatement (Third), согласно которой международное право считается федеральным правом для целей правовой системы США, вызвала резкую критику, см. Stephan, примечание 46.

⁶² См. фундаментальное исследование Sitaraman and Wuerth, 'The Normalization of Foreign Relations Law', 128 Harvard Law Review (2015) 1897.

властей, включая федеральные суды, в ущерб полномочиям штатов и судам штатов.

Аргумент о том, что международное право должно занимать свое "нормальное" место в федеральной иерархии в зависимости от того, относится ли данный материально-правовой вопрос, с точки зрения США, к компетенции штатов или федерации, направлен на защиту компетенции штатов и в определенной степени "нормализует" международное право. Однако отрицание автоматического качества "федерального закона", конечно же, ослабляет международное право, поскольку в этом случае оно оказывается по юридической силе ниже федерального закона страны и может им вытесняться. По этой причине идею нормализации необходимо привести в большее соответствие с попытками аналогичной нормализации других стран для укрепления международного права.⁶³ И это, как я полагаю, возможно, поскольку стремление к "нормализации" права внешних сношений не зависит от особенностей американского права, а имеет гораздо более широкое рациональное обоснование.

Это обоснование – размытость границ между "внутренним" и "внешним" (в мире, характеризующемся глобальными потоками информации и цифровой гиперсвязью, глобальными цепочками поставок, интенсивной мировой торговлей, иностранными инвестициями и миграцией). Именно эта размытость (а не какая-либо национальная идиосинкразия) предполагает, что отправной точкой любого правового анализа должно стать то, что внешние сношения не являются категорически отличным видом государственной деятельности и что международное право (несмотря на специфические правовые формы,

⁶³ Проблема подрыва компетенции политических единиц федеративного государства в результате интернационализации хорошо знакома другим федеративным государствам, в частности, Германии в отношении законодательства Европейского Союза (ЕС). Земли уже давно жалуются на то, что правотворчество ЕС рискует перечеркнуть их компетенцию при регулировании вопросов, которые обычно в немецком федеральном устройстве относились бы к их компетенции. Основная идея здесь заключается в том, что регулирование неизбежно происходит на "более высоком" уровне (т.е. на уровне ЕС), в силу чего изначальная компетенция федеральных подразделений не может быть сохранена. Поэтому были разработаны сложные схемы вовлечения земель в законодательную деятельность ЕС через процедурное участие в связи с утратой ими своих полномочий. См. Основной закон Германии, примечание 36, ст. 23 GG и Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (Закон о сотрудничестве Федерации и земель в вопросах Европейского Союза), 12 марта 1993 г., BGBl. 1993 I, at 313, с последними изменениями, внесенными Законом об осуществлении интеграционной ответственности бундестага и бундесрата по вопросам Европейского Союза - Integrationsverantwortungsgesetz, IntVG, 22 сентября 2009 г., BGBl. 2009 I, at 3022.

субъекты и институты) не является категорически отличным от других видов права с точки зрения функций, последствий и, что особенно важно, потребности в легитимности.

Более того, фактом является то, что международное право все больше формирует и внутреннюю правовую сферу. Это формирование может быть полезным с точки зрения конституционализма, например, когда международные стандарты в области прав человека включаются в национальные конституции.⁶⁴ Но в свою очередь, влияние международного права может быть и пагубным, поскольку оно может привести к "выхолащиванию" национальных конституций. Даже если конституция того или иного государства требует, чтобы государственные акты имели достаточную правовую основу, устанавливает демократические процедуры законотворчества и обеспечивает доступ к судам для обжалования актов государственной власти, эти конституционные гарантии не распространяются на меры, принимаемые международными организациями и другими государствами. С другой стороны, традиционные конституционные функции, такие как обеспечение верховенства права и защита прав человека, в определенной степени вышли за пределы национального государства и, соответственно, национальных конституций.

Другая проблема заключается в общем безразличии международного права к внутренним правилам, касающимся заключения договоров. Международные договоры являются действительным международным правом, когда они заключаются субъектами, представляющими государство в его зарубежных действиях.⁶⁵ Легитимность этих представителей и всего процесса, ведущего к подписанию и ратификации с точки зрения внутреннего права (*domestic legitimacy*) - прозрачность, участие парламента и т.д. - игнорируется международным правом полностью.⁶⁶ Такая слепота направлена на реализацию международным правом его универсального охвата, а также способствует его концептуализации как самостоятельной и автономной отрасли права (*body of law*). Однако такое безразличие чревато тем, что оно может привести к выхолащиванию как "горизонтального", так и "вертикального" (федералистского) распределения полномочий внутри страны. Игнорирование внутренних процедур ратификации договоров не только

⁶⁴ Peters, 'The Globalisation of State Constitutions', в J. Nijman and A. Nollkaemper (eds), *New Perspectives on the Divide between National and International Law* (2007) 251, at 272.

⁶⁵ См. ВКПМД, выше, примечание 40, ст. 7.

⁶⁶ ВКПМД делает лишь незначительное исключение. Там же, ст. 46.

способствует процессу деконституционализации на внутригосударственном уровне, но и негативно сказывается на социальной легитимности международного правотворчества, основанного на договорах. Недостаточно изученной причиной сопротивления международному праву, которое мы наблюдаем сегодня, может быть тот факт, что расширение материальной сферы действия международного права не сопровождалось более глубоким вовлечением внутригосударственных акторов (например, парламентов) в процесс создания международного права.⁶⁷

Исходя из нормативной предпосылки, что достижения конституционализма в целом заслуживают поддержки, диагностика опустошения внутренних конституционных гарантий в результате выхолащивания национальных конституций приводит к нормативному поиску т.н. "компенсационного" или "дополняющего" конституционализма (*'compensatory' or 'supplementary' constitutionalism*).⁶⁸ В современном мире достижения конституционализма будут утрачены, если они не будут спроецированы также на международную и транснациональную сферы. Из этого следует, что право внешних сношений также должно опираться на конституционализм. Меры, принимаемые конституционным государством во внешних сношениях, должны, с этой точки зрения, учитывать верховенство закона, права человека, демократию и, особенно в условиях огромного сопутствующего (*collateral*) социального ущерба от гиперглобализации, конституционный принцип социальной солидарности. При этом национальные государства должны соотносить эти принципы (и реализующие их механизмы) не только со своей собственной нацией, но и с международным сообществом в целом. Эти нормативные соображения делают "исключительность" права внешних сношений подозрительной в той мере, в какой исключительность приводит к смягчению или снижению конституционных требований, таких как демократические процедуры, соблюдение верховенства права и прав человека, а также возможность судебного контроля.

⁶⁷ Я благодарю Анджело Голия (*Angelo Golia*) за это замечание. Поэтому нынешняя швейцарская дискуссия о привлечении парламента к утверждению "мягкого права" заслуживает более пристального внимания. См. правительственный доклад "Bericht des Bundesrates vom 26. Juni 2019 betreffend Konsultation und Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law, 26 June 2019. 67.

⁶⁸ Peters, 'Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures', 19 *Leiden Journal of International Law* (2006) 579; Dunoff and Trachtman, 'A Functional Approach to International Constitutionalization', в J.L. Dunoff and J.P. Trachtman (eds), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* (2009) 3, at 14–18.

В этой связи *Пол Стефан* возражает, что эти принципы разделяются отнюдь не всеми членами международного сообщества.⁶⁹ Действительно, во многих странах наблюдается недостаточная реализация указанных конституционных принципов. Впрочем в своих вербальных заявлениях все государства постоянно апеллируют к этим принципам. В частности, на Генеральной Ассамблее Организации Объединенных Наций (ООН) главы государств и правительств торжественно провозгласили: "Мы подтверждаем, что права человека, верховенство права и демократия взаимосвязаны и взаимодополняемы и что они относятся к универсальным и неделимым основным ценностям и принципам ООН".⁷⁰ Хотя эти заявления и являются в определенной степени, пустыми обещаниями (*cheap talk*), они позволяют международным и транснациональным акторам напоминать правительствам об их же собственных заявлениях и тем самым пытаться вернуть уважение к провозглашённым конституционным принципам. В итоге нормализация права внешних сношений представляется оправданной, но только в том более "универсалистском" и конституционалистском варианте, который был описан выше. Подобная нормализация будет адекватным образом критична по отношению к тем международно-правовым процессам и институтам, которые не соответствуют конституционалистским принципам, и в то же время будет препятствовать националистическому отказу от международного права. Такая нормализация должна быть изображена и в определенной степени может быть поддержана новой редакцией Рестейтмента. Представляется, что его Четвертая редакция не следует этой линии.

В. Всё большее переформатирование международного права?

Второй, дополнительной стратегией, направленной на сдерживание опасностей, связанных с преобладанием права внешних сношений над международным правом, является переформулирование (переформатирование) с универсалистских позиций "собственно" международного права. Такие переформулировки представляются тем более необходимыми, что международное право обладает

⁶⁹ Stephan, см. выше, примечание 46 ("лишь некоторые в международном сообществе считают достижениями реализацию Западом ... верховенства закона, прав человека, демократии и социальной солидарности").

⁷⁰ Генеральная Ассамблея ООН, Декларация заседания высокого уровня Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях, UN Doc. A/67/PV.3, 30 ноября 2012 г., п. 5.

характеристикой, которая признаётся в качестве ключевой причины для переформулирования права вообще, а именно - его "фрагментарностью".⁷¹ Действительно, международное право в этом смысле во многом схоже с общим правом (*common law*): оно так же формируется на основе прецедентного права и лишь в незначительной степени кодифицировано. Более того, характер функционирования международного права, которое зависит от его имплементации национальным законодательством и национальными институтами, обнаруживает общие черты с многоуровневым качеством права в федеративном государстве.

Международное право в силу ряда особенностей является ещё более фрагментированным, чем любая внутригосударственная правовая система. Это связано и проявляется не только в отсутствии "централизованного" законодателя, но также и в дипломатической технике составления договорных текстов в намеренно расплывчатой и двусмысленной форме в целях достижения общего согласия участников, и в множественности субъектов толкования права, и в недостатках прецедентного права, которое могло бы прояснить и урегулировать адекватное понимание норм, и в отсутствии высшей судебной инстанции, которая бы способствовала гармонизации соответствующих правовых норм, и, наконец, в эволюции и развитии этих норм права путем, так сказать, наслоения или аккреции (*accretion*), когда новые слои накладываются поверх старых, не очищая, так сказать, плато от рудиментов. Эти особенности, собственно, и требуют переформулировки международного права, которая могла бы в определенной степени компенсировать указанные разрывы и несоответствия и тем самым усилить нормативную силу международного права.

Применительно к международному праву важность академического переформулирования (переформатирования) признавалась с момента зарождения этой дисциплины. Еще в 1878 г. швейцарский ученый *Йоганн Каспар Блунчли (Johann Caspar Bluntschli)* констатировал "отсутствие законодательных органов" в международном праве и пришел к выводу, что "изложение заново" (*'stating anew'*) как прошлых, так и современных международно-правовых норм является в этой связи тем более актуальным и может "посредством такого переизложения способствовать признанию и подтверждению значения" правовых мнений данного периода времени.⁷²

⁷¹ Akchurin, 'American Restatements of Law: Nature, Concept and Axiological Value', 5 *Russian Journal of Comparative Law* (2018) 73, at 79.

⁷² J.C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (1878), preface ["Vorwort"], at v (перевод автора) ("по этой причине правовая наука не должна, по моему мнению, просто протоколировать правовые нормы и

После 150 лет развития и совершенствования международного права было заявлено, что всеобъемлющее переизложение этого свода права "фактически невозможно" (*'is de facto impossible'*).⁷³ Тем не менее, множество институций - как академических, так и полуправительственных - поставили перед собой задачу переформулировать нормы по отдельным направлениям и специфическим темам. Основным институтом в этом плане является Комиссия международного права, мандат которой заключается в кодификации и прогрессивном развитии международного права.⁷⁴ Членами этого органа являются ученые и дипломаты, избираемые Генеральной Ассамблеей ООН по предложению государств-членов.

Хотя формальных гарантий их независимости не существует, практика, по-видимому, предполагает, что её члены выступают в своем личном качестве, а не от имени своих правительств.⁷⁵ А требование регионального географического распределения, безусловно, способствует обеспечению универсального характера деятельности и представительства этого органа.⁷⁶

Два других чисто академических института регулярно выпускают Рестейтменты в области международного права, даже если эти тексты не носят этого названия. Это "элитарный"⁷⁷ Институт международного права (*Institut de Droit International, IDI*) и гораздо более крупная, сетевая Ассоциация международного права (*International Law Association, ILA*).

правила, приведённые в действие в предшествующий исторический период, а должна также по новому выразить действенные в современный период правовые убеждения посредством этого выражения способствовать обеспечению их признания и применения. Чем более чувствительным является отсутствие законодательных органов, которые могли бы позаботиться о дальнейшем развитии международного права, тем в меньшей степени наука может себе позволить уклоняться от выполнения этой задачи") (курсив добавлен автором).

⁷³ Kriebaum, 'Restatements', в M. Ruffert et al. (eds), *Rechtsidentifikation zwischen Quelle und Gericht* (2016), vol. 47, at 303 (перевод автора статьи).

⁷⁴ Статут Комиссии международного права (Статут КМП), GA Res. 174 (II), 21 ноября 1947 г., ст. 1.

⁷⁵ Tomuschat, 'The International Law Commission: An Outdated Institution?', 49 *German Yearbook of International Law* (2006), 77, at 80.

⁷⁶ Два члена не могут иметь одинаковое гражданство (ст. 2а (2)), а все члены должны представлять "основные правовые системы мира". Статут КМП, примечание 74, ст. 8.

⁷⁷ Как объясняет Роберт Дженнингс (*Robert Jennings*), "путь вперед не может быть найден путем ограничения Института элитарной группой юристов-международников. Я за элиту, она лежит в основе цивилизации; но, размышляя об Институте, начинаешь понимать, что те, кто осуждает "элитарность", иногда бывают правы". См. A. Cassese, *Five Masters of International Law: Conversations with R.-J. Dupuy, E. Jiménez de Aréchaga, R. Jennings, L. Henkin and O. Schachter* (2011), at 136.

Оба института были основаны в один и тот же год - в 1873 г. - в двух разных бельгийских городах в ответ на франко-прусскую войну 1870-1871 гг.⁷⁸ И обоим была поручена частная (приватная) "кодификация" международного права.

Мандат Института международного права (*ИМП*) закреплен в его Уставе следующим образом:

1. Институт международного права является исключительно научной ассоциацией и не является официальным органом.

2. Он призван содействовать *прогрессу международного права*:

а) работая над формулированием *общих принципов* науки таким образом, чтобы они отвечали юридическому сознанию цивилизованного мира;

б) оказывая свое содействие любой попытке *последовательной и прогрессивной кодификации* международного права.⁷⁹

Ассоциация международного права (АМП) призвана выполнять аналогичную задачу, что видно уже из первоначального названия этой организации: "Ассоциация реформы и кодификации права наций" (*The Association for the Reform and Codification of the Law of Nations*).⁸⁰ Эти целеположения сохранились в Уставе АМП и после изменения названия в 1895 году. Согласно Уставу АМП, "целями Ассоциации являются изучение, *разъяснение* и *развитие* международного права, как публичного, так и частного, а также содействие международному взаимопониманию и уважению к международному праву".⁸¹

Другим значимым органом, активно проявляющим себя в области "переформулирования", является Международный институт унификации частного права, который изначально был создан как вспомогательный орган Лиги Наций и которому было поручено провести "унификацию частного права".⁸² В свою очередь, и Международный комитет Красного Креста в одной из специфической подобласти - международном праве

⁷⁸ A. Rolin, *Les Origines de l'Institut de Droit International 1873-1923: Souvenirs d'un témoin* (1923), at 8-9; I. Abrams, 'The Emergence of International Law Societies', 19 *Review of Politics* (1957) 361, at 361, 363.

⁷⁹ Statutes de l'Institut de Droit international, 10 сентября 1873 г., Art. 1 (выделено автором).

⁸⁰ A. Eyffinger, T.M.C. Asser (1838-1913): In *Quest for Liberty, Justice and Peace* (2019), at 566.

⁸¹ Устав Ассоциации международного права 2016 г., ст. 3.1 (выделено автором статьи).

⁸² Как это выражено в его официальном названии. См. также Устав Международного института унификации частного права 1940 г., ст. 1.

вооруженных конфликтов - с помощью ученых проделал огромную работу по сбору, переформулированию и комментированию обычных норм вооруженных конфликтов.⁸³ Что касается киберпространства, то здесь важными актами переформатирования являются Таллинские руководства 1.0 и 2.0, подготовленные военными и юридическими экспертами под эгидой Центра передового опыта Организации Североатлантического договора по совместной киберзащите.⁸⁴

Помимо этих учреждений, группы ученых и отдельные эксперты нередко публикуют квазинормативные, кодексобразные тексты (*rule-like texts*), которые призваны переформулировать и/или развить отдельные области международного права. В качестве примеров можно привести Кодекс Либера о международном гуманитарном праве 1863 года (*Lieber Code on international humanitarian law*),⁸⁵ Маастрихтские принципы экстерриториального применения социальных прав человека 2011 года (*Maastricht Principles on Extraterritorial Application of Social Human Rights*),⁸⁶ Принципы, касающиеся совместной ответственности 2020 года (*Principles on Shared Responsibility*).⁸⁷ Можно сделать вывод, что хрупкость международного права не связана с отсутствием или недостатком переформулировок. Продолжающиеся переформулировки международного права важны, но недостаточны, чтобы выступить в качестве противовеса засилью в международном праве со стороны достаточное прочно утвердившегося в практике и, соответственно, консолидированного права внешних сношений.

⁸³ Международный комитет Красного Креста, International Committee of the Red Cross, Database Customary IHL, available at <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>.

⁸⁴ Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (2013); Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (2017).

⁸⁵ General Orders no. 100: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24 April 1863. Этот кодекс был переработан группой военных офицеров и принят тогдашним военным министром Эдом Таунсендом (*Ed Townsend*), помощником генерального адъютанта, в форме исполнительного приказа (*executive order*).

⁸⁶ Маастрихтские принципы экстерриториального применения социальных прав человека, 28 сентября 2011 г., *Maastricht Principles on Extraterritorial Application of Social Human Rights*, 28 September 2011. Текст с комментариями некоторых из 40 авторов, подписавших принципы, приведен в Schutter et al., 'Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights', 14 *Human Rights Quarterly* (2012) 1084.

⁸⁷ Nollkaemper et al., при участии Jacobs, 'Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law', 31 *Eur. J. Int'l L.* (2020) 15.

С. Провинциализация США: переформатирование права внешних сношений (всех) других государств

Третья комплементарная стратегия, направленная на снижение риска "односторонней" переформулировки американского права в области внешних сношений заключается, по выражению *Дипеша Чакрабарти (Dipesh Chakrabarty)*, в т.н. "провинциализации" США. Эта стратегия в определенной степени отвечает призыву к "деколонизации международного права".⁸⁸ Как ни легитимно это стремление, оно должно учитывать, что не существует единого блока "колонизаторов".⁸⁹ Как подчеркнул *Вердираме (Verdirame)* в своем обстоятельном анализе международной юридической практики в Европе и США, "интеллектуальный разрыв, существующий в западной международно-правовой теории и науке, является достаточно глубоким".⁹⁰ Насколько упрощенно было бы говорить об (однородном) "Западе", настолько же проблематичным было бы говорить о (однородном) "Севере". Американский Рестейтмент как раз и является проявлением различий в подходах к международным отношениям и международному праву различных сообществ и государств, относящихся к "разделенному Западу"⁹¹ и "разделенному Северу".

"Провинциализация" США может быть осуществлена путем переформулирования (всего) права внешних сношений других государств. Насколько мне известно, ни одно государство не предпринимало подобного полуофициального переформулирования своего законодательства о международных отношениях.⁹² В некоторых странах также существуют своего рода "головные" национальные юридические институты, как например, Британский институт международного и сравнительного права (*British Institute of International and Comparative Law*)

⁸⁸ D. Chakrabarty, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference* (2000).

⁸⁹ S. Pahuja, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality* (2011).

⁹⁰ Verdirame, см. выше, примечание 47, at 554.

⁹¹ J. Habermas, *The Divided West* (2006).

⁹² Как уже указывалось выше, Американский институт права является формально частным учреждением. Его академическая принадлежность может сделать его продукцию сопоставимой с научными работами в других государствах. В Германии, например, существует множество учебников и университетских курсов по теме "*Staatsrecht III*". Предметом изучения в этих учебниках является право внешних сношений.

или Институт по исследованиям проблем правовой государственности в Австралии (*the Rule of Law Institute of Australia*), однако мне не известно о каких-либо рестейтментов, выпущенных этими институтами. По инициативе ООН в 1990-х годах и под влиянием Венской конференции по правам человека 1993 года были созданы национальные институты по правам человека, которые в настоящее время существуют более, чем в 80 государствах. Однако их мандат заключается в реализации и интернализации универсальных прав человека, но не в их кодификации.⁹³

На европейском уровне в 2011 году был создан Европейский правовой институт (ЕИП, *European Law Institute*), призванный "изучать и стимулировать развитие европейского права в глобальном контексте".⁹⁴ Однако ЕИП пока не занимался переформулированием права внешних сношений ЕС или права внешних сношений государств-членов. Учитывая, что ЕС - это не государство, а скорее юридически и политически ещё более фрагментированная "полития", чем США, основной задачей ЕИП является, скорее, консолидация общеевропейского правового пространства (*pan-European legal space*).⁹⁵ Вероятно, он сегодня еще не готов к переформулированию права внешних сношений ЕС.

В свою очередь, и Китай начинает превращаться из страны, принимающей нормы, в страну, формирующую нормы (*from a norm taker to a norm shaper*). Китай начинает развиваться. Например, в 2018 г. Китай закрепил в преамбуле своей конституции идею "Сообщества общего будущего человечества" (*'Community of Shared Future for Mankind'*), что стало первой важной конституционной поправкой к внешней политике Китая с момента принятия Конституции КНР в 1982 г.: "Будучи общей целью внешней политики Китая, эта идея будет направлять и изменять практику Китая в области международного права."⁹⁶ Однако общего

⁹³ Principles Relating to the Status of National Institutions, GA Res. 48/134, 20 December 1993. См. United Nations, National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities (2010).

⁹⁴ European Law Institute (ELI), Articles of Association (2011; as amended by Council Decision 2019/8, 25 May 2019), Art. 3(1).

⁹⁵ ELI, Manifesto, 16 April 2011, ("Своей деятельностью ЕИП стремится внести вклад в формирование более энергичного европейского юридического сообщества, интегрируя достижения различных правовых культур, признавая ценность сравнительного знания и придерживаясь подлинно общеевропейской перспективы").

⁹⁶ Конституция Китая с поправками от 11 марта 2018 г., преамбула (официальная версия на английском языке доступна по адресу: http://english.www.gov.cn/archive/lawsregulations/201911/20/content_WS5ed8856ec6d0b3f0e9499913.html). Jia, 'Editorial Comment, New China and International Law: Practice and Contribution in 70 Years', 18 Chinese Journal of International Law (2019) 727, at 746-747. Здесь автор утверждает: "Мы конструктивно участвуем в выработке международных

переформулирования китайского законодательства о внешних сношениях пока не видно. Расширение деятельности других государств и ЕС в области переформулирования соответствующих правовых норм крайне желательно для смягчения существующей односторонности права внешних сношений, которая чревата деформацией международного права.

Д. Мультиперспективизм

Последним противоядием против феномена "Бегемота" является мультиперспективизм. Этот принцип требует, чтобы создатели и применители права внешних сношений видели и оценивали своё собственное право внешних сношений также и с учётом его видения разработчиками и применителями права за пределами США. Мультиперспективизм признает, что учёт (различных) перспектив имеет центральное значение. Как отмечает философ *Хилари Патнэм (Hilary Putnam)*, "не существует точки зрения "Божьего ока", которую мы можем знать или даже представить себе на практике", а есть только "различные точки зрения реальных людей, отражающие различные интересы и цели, орудием которых служат их характеристики и теории".⁹⁷

Школа права феминистического направления пытается развить это понимание в своего рода перспективистскую эпистемологию (*a standpoint epistemology*), которая приветствует ситуативное(ые) знание(я),⁹⁸ и таким образом стремится избежать "тотализирующего" единого видения, с одной стороны, а также и стерильного и неустойчивого эпистемического релятивизма, с другой.⁹⁹ Примечательно, что право само по себе неизбежно представляет собой многоперспективный феномен (*multi-perspectival phenomenon*). Иными словами, "проблемы перспективы [являются] ... центральным и определяющим элементом дискурса"

правил во всех областях, активно выступаем за более демократические международные отношения, настаиваем на равном и единообразном применении международного права для всех, выступаем за справедливость по ключевым международным и региональным вопросам. Мы стали главной опорой в поддержании международного мира и справедливости, а также в содействии развитию международного права" (at 727).

⁹⁷ Н. Putnam, *Reason, Truth and History* (2nd edn, 1997), at 50. О понятии "перспективизм" см. König and Kambartel, "Perspektive, Perspektivismus, perspektivisch", в J. Ritter, K. Gründer and G. Gabriel (eds), *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (n.d.), available at <https://doi.org/10.24894/HWPh.5343>.

⁹⁸ См. фундаментальный труд Haraway, 'Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective', 14 *Feminist Studies* (1988) 575.

⁹⁹ Краткое и доступное опровержение эпистемического релятивизма см. Searle, 'Why Should You Believe It?', *New York Review of Books* (24 September 2009).

права.¹⁰⁰ Поскольку аргументы о праве зависят от перспективы (точки зрения и позиции) юриста, правовые концепции (которые существуют в сознании тех, кто создает, применяет, интерпретирует или критикует право) зависят от этих (различных) перспектив этих акторов. *Каарло Туори* (*Kaarlo Tuori*) эта мысль была сформулирована в том числе применительно и к транснациональному праву:

"Перспективизм - неотъемлемая черта любого (всего) права. Правовые акторы, т.е. акторы, действующие в области права (*legal actors*), всегда подходят к праву с их определенной (партикулярной) точки зрения, что неизбежно влияет на то, что они определяют как право, а также на то, как они его интерпретируют и применяют... Право существует только в том виде, в каком его идентифицируют и интерпретируют ситуативные акторы права (*situated legal actors*), т.е. правовые акторы, встроенные в определенный социальный и культурный контекст. Впрочем как генеральная характеристика права перспективизм особенно ярко проявляется в транснациональном праве... Это объясняется большим разнообразием здесь акторов права и большим разнообразием их ситуативного контекста."¹⁰¹

За рамками идеи "перспективности", концепт "ситуативность" выражает то, что правоприменитель и интерпретатор "не является абсолютно ограниченным контекстом и обстоятельствами, которые никогда не могут быть преодолены", и при этом избегает "впадения в релятивистский партикуляризм или гомогенизирующий универсализм".¹⁰²

Мультиперспективизм противоположен (тщетной) попытке клинически избавиться от своей собственной особой точки зрения, уходящей корнями в конкретное образование, политическую и культурную традицию и укоренившейся в национальном дискурсе. Кроме того, мультиперспективизм лучше, чем стремление к "нейтральности", признает, что не все точки зрения и позиции, с которых интерпретируются и применяются правила, имеют одинаковое влияние,¹⁰³ а значит, оправданы

¹⁰⁰ Frankenberg, 'Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law', 26 *Harvard International Law Journal* (1985) 411, at 411 (с точки зрения сравнительного, а не международного права).

¹⁰¹ K. Tuori, *European Constitutionalism* (2015), at 78.

¹⁰² O. Korhonen, *International Law Situated: An Analysis of the Lawyer's Stance Towards Culture, History and Community* (2000), at 9.

¹⁰³ В отношении международного права (не права внешних сношений) см. С. Focarelli, *International Law as a Social Construct* (2012), at 136 (подчеркивая

осознанные попытки создания дискурсивной контрсилы. Мультиперспективизм в наибольшей степени обсуждался применительно к международному праву, а не к праву внешних сношений.¹⁰⁴ Я придерживаюсь мнения, что мультиперспективизм ценен также для изучения и переформулирования действующего права внешних сношений того или иного государства, особенно в его взаимодействии с международным правом. Любой рестейтмент права внешних сношений США и других государств может и должен избегать реальной и существующей в настоящее время опасности поглощения международного права. Этого можно добиться, придерживаясь принципа мультиперспективизма. Четвёртый Рестейтмент пошел в этом смысле в правильном направлении, услышав о "советниках и консультантах со всего мира".¹⁰⁵

Еще более сильная и сознательная поддержка мультиперспективизма могла бы найти определённое выражение в новом Рестейтменте, например, в виде конкретизации последствий для других государств действия установленных норм и сравнения законодательства США о внешних сношениях с законодательством других государств.

"бесчисленные вариации в праве, которое считается общим для всех народов... Несомненно, разнообразие мнений характерно для всех человеческих дел и не препятствует формированию в международном праве единого свода правил. Однако если международное право является социально сконструированным, то эта социальная конструкция представляет собой сочетание и результат множества самых разных представлений, каждое из которых имеет *различный вес* в конечном результате") (выделено автором).

¹⁰⁴ См., например, призыв *Ясуаки Онумы* к "трансцивилизационной перспективе" в международном праве, т.е. "перспективе, с которой люди рассматривают трансграничные или глобальные дела с точки зрения цивилизаций, включая культуры и религии". Y. Onuma, *International Law in a Transcivilizational World* (2017), at 19-20 ("трансцивилизационная перспектива - это перспектива, с которой люди видят, чувствуют, (пере)познают, интерпретируют, оценивают и пытаются предложить решения для идей, деятельности, явлений и проблем, выходящих за рамки национальных границ, принимая когнитивные и оценочные рамки, основанные на признании плюрализма цивилизаций и культур, существовавших на протяжении всей истории") (там же).

¹⁰⁵ Stephan, см. выше, примечани 46, at 1423.

5. Выводы

Правовые режимы внешних сношений ведущих государств неизбежно несут в себе риск маргинализации или даже поглощения международного права. Этот риск эффекта "Бегемота" может усугубляться предпринимаемыми переформатированиями, поскольку консолидация права внешних сношений в своего рода квазикодификацию делает "переформулированное" право ещё более влиятельным. Учитывая, что американское право внешних сношений является единственным, которое систематически переформулируется, оно занимает особое положение. В условиях общего политического климата, характеризующегося национализмом и популизмом, использование этой власти должно сопровождаться повышенным чувством ответственности. Если исходить из предпосылки о желательности создания автономного свода международного права (а не просто совокупности всех законов о внешних сношениях государств), то необходимо разработать продуманные стратегии по снижению риска эффекта "Бегемота". Некоторые из этих стратегий могут быть реализованы составителями американского Рестейтмента, другие возлагаются на других акторов. Я исходила из того, что стратегия "нормализации" права внешних сношений, особенно в том виде, в каком она обсуждается в США, не способствует однозначному укреплению международного права. Мы также видели, что недостатка в переформатировании собственно международного права нет. Вместе с тем, активизация усилий по переформулированию (переформатированию) права внешних сношений других государств будет противодействовать нынешнему неравномерному "ландшафту" права внешних сношений, и поэтому её можно только приветствовать. Самое главное, что переформулирование может сделать мосты к международному праву более устойчивыми, если его авторы сознательно придерживаются многоперспективности и признают свою расположенность в конкретном геополитическом времени и пространстве. Такой подход ни в коем случае не приведет к совершенно иному переформатированию, но он приведет к учёту нюансов, который будет полезен для международного сосуществования и сотрудничества.