

Конституционализм в международном праве: комментарии к предложению из Германии

Армин фон Богданди*

Директор Гейдельбергского Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву, приглашенный профессор Школы глобального права Университета Нью-Йорка. Статья была представлена на симпозиуме «Сравнительные оценки концепций глобального публичного порядка», март 2005 года, Гарвардская юридическая школа. «Дайджест публичного права» Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автору и редакции Гарвардского журнала международного права, Кэмбридж MA 02138 (Harvard International Law Journal Cambridge, MA 02138) за разрешение перевести и опубликовать данную статью. Оригинал статьи: **Armin von Bogdandy, Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany, Harvard International Law Journal (2006), 223. Адрес статьи в Интернете: http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/10/HILJ_47-1_vonBogdandy.pdf*

Введение	1
I. Функции и нормативность международного права	5
II. Государство как представитель мирового сообщества	8
III. Институциональная структура: необходим ли федеративный международный порядок?	11
IV. Основа (субстрат) и легитимность международного права	16
V. Позиция <i>Томушата</i> в контексте универсализма	21
VI. Путь вперед	25

Введение

С утверждением на мировой арене после Второй мировой войны двух сверхдержав международное влияние европейских государств резко снизилось. В то время как для Германии и Италии уже сами военные поражения сделали этот факт очевидным, для политического руководства Франции и Великобритании¹ соответствующий урок был преподнесен Суэцким кризисом. Три европейские модели видения мирового порядка и роли международного права могут рассматриваться в качестве ответной реакции на это новое понимание реальности. Согласно первой концепции, европейские нации должны следовать в русле той сверхдержавы, интересы и убеждения которой оказываются наиболее близкими их собственным. Данная концепция предполагает весьма реалистичное понимание международного права, в частности в области проблем обеспечения международного мира и безопасности. Вторая концепция исходит из необходимости создания объединенной Европы, которая была бы равной другим мировым державам, - это так называемая концепция многополярного мира. Третья концепция это концепция движения к формированию глобального правового сообщества, которое бы устанавливало общие рамки и задавало направления осуществлению политической власти в свете общих человеческих ценностей и всеобщего блага. Последний подход подразумевает реконфигурацию международного права, суть которой часто обобщается понятием «конституционализм»². Указанные три концепции обычно ассоциируются соответственно с Великобританией, Францией и Германией. Однако, было бы ошибочным отождествлять конституционализм с германской доктриной международного публичного права. Естественно, в германской международно-правовой теории присутствуют также и другие подходы³, а

¹ *Bino Olivi*, L'Europa difficile: Storia Politica dell'integrazione Europea 1948 –1998 61 (1998).

² Конституционализм имеет глубокие корни в довоенных проектах. См. напр., *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre 115 – 19 (Franz Deuticke ed., Leipzig und Wien 1934); *Georges Scelle*, Le Pacte des Nations et sa Liaison avec Le Traité de Paix 101 – 07 (1919) [здесь и далее *Scelle*, Pacte des Nations]; *Georges Scelle*, 1 Précis de Droit des Gens, Principes et Systématique 188 – 96 (1934); *Walther Schücking*, Die Organisation der Welt, in: Festgabe für Paul Laband 533 (Wilhelm van Calker ed., 1908); *Alfred Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft (1926).

³ По иным концепциям см. напр., *Wilhelm Wengler*, Public International Law: Paradoxes of a Legal Order ,158 Recueil des Cours 16 – 18 (1977); из современных ученых см. *Ulrich Haltern*, Internationales Verfassungsrecht?, Archiv des öffentlichen Rechts 511 (2003); *Christian Hillgruber*, Souveränität — Verteidigung eines Rechtsbegriffs, 57 Juristenzeitung 1072, 1075 (2002). 14 октября 2004 года Федеральный конституционный суд Германии сделал скорее противоречивое заявление, которое основывается на противоположных взглядах по этому вопросу. С одной стороны, суд повторил точку

доктрина международного конституционализма, в свою очередь, успешно разрабатывается, и в других странах⁴.

Тем не менее, понимание современного международного права как конструктивного блока глобального правового сообщества является постоянно присутствующей концептуальной темой для многих германских юристов-международников. Из трех немецких ученых-специалистов, преподававших «Общий курс международного права» в Гаагской Академии после 1945 года (*Герман Мослер (Hermann Mosler)*, *Вильгельм Венглер (Wilhelm Wengler)* и *Кристиан Томушат (Christian Tomuschat)*), двое, а именно *Мослер* и *Томушат*, были яркими представителями данного подхода к международному праву. В 1974 *Мослер* вел «Общий курс» под названием «Международное общество как правовое сообщество»⁵. Учитывая, что курс читался в период «холодной» войны, в нем мог присутствовать лишь умеренный вариант конституционализма. Тем не менее, в нем нашла отражение центральная концепция *Вальтера Хальштайна (Walter Hallstein)* - бывшего руководителя *Мослера* в тогда еще только создаваемом германском ведомстве по иностранным делам и первого председателя Комиссии Европейского экономического сообщества. *Хальштайн* ввел термин *Rechtsgemeinschaft* («правовое сообщество») в концепцию разработки и управления зарождавшегося проекта европейской

зрения Трипеля, датируемую 1899 годом и представляющую международное и внутреннее право как сепаратные сферы в мире, построенном на суверенной государственности, *Heinrich Triepel, Völkerrecht und Landesrecht* (Hirschfeldt 1899); с другой стороны, суд сформулировал видение Германии, как государства, принимающего участие в «политической интеграции в рамках развивающегося международного сообщества демократических государств». BVerfG, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004, Absatz-Nr.35. Для подтверждения важности реалистического мышления в германских политических исследованиях, см. *Arnulf Baring, Unser Fundament bleiben die USA*, 59 Merkur 187 (2005).

⁴ См. напр., *Pierre-Marie Dupuy, The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*, в 1 Max Planck Y.B. United Nations L. 1, 2 (1997) (показывает, что многие авторы согласны с утверждением *Томушата* о схожести Устава ООН с конституцией международного сообщества, и кроме этого, что международный конституционализм получил распространение также и за пределами Германии); см. также *Thomas M. Franck, Is the U.N. Charter a Constitution?*, в: *Verhandeln für den Frieden – Negotiating for Peace Liber Amicorum Tono Eitel* 95 – 106 (J.A. Frowein et al. eds., 2003); *Erika de Wet, The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law*, 15 Eur. J. Int'l L. 97, 97 (2004). В 2004 в Нидерландах в Амстердамском университете была даже создана кафедра международного конституционного права, первым руководителем которой стала Эрика де Вет (*Erika de Wet*), занимающая данную должность и в настоящее время.

⁵ *Hermann Mosler, The International Society as a Legal Community*, в: 140 Recueil des Cours 11 (1974). К тематике Общего курса, см. в целом *Robert Kolb, Les Cours Généraux de Droit international public de l'Académie de la Haye* 541 (2003).

интеграции⁶. *Хальштайн* в значительной степени повлиял на становление сконцентрированной на аспектах «конституционализации» практики Европейского Суда (ЕС)⁷, сформулировав концептуальную основу для того колоссального влияния, которым Юридическая служба Комиссии обладала в течение многих десятилетий, а также задав общие рамки для политического дискурса. Курс *Мослера* вывел эту идею на глобальный уровень.

После падения «железного занавеса», *Томушат* читал в 1999 году значительно более категоричный курс под названием «Пути выживания человечества в канун нового века»⁸. Данный текст *Томушата* является главным предметом внимания в рамках настоящей статьи, и именно из его 436 страниц мы постараемся вывести «видение мирового публичного порядка», которое стоит по сути своей ближе к доктрине, нежели к теории, и отражает представление, разделяемое многими учеными из немецкоговорящих стран⁹. Мы исследуем как сильные стороны, так и некоторые внутренние противоречия теоретических обоснований *Томушата*.

⁶ *Walter Hallstein*, *Der unvollendete Bundesstaat* 39, 252–55 (1969).

⁷ См. *Joseph Weiler*, *The Transformation of Europe*, в *The Constitution of Europe: “Do the New Clothes Have an Emperor?” and Other Essays on European Integration* 10 (1999).

⁸ *Christian Tomuschat*, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, *General Course on Public International Law*, в: 281 *Recueil des Cours* 10, 25 (1999). О карьере *Томушата* см. там же, 19. О курсе *Томушата* см. *Kolb*, указ. соч., прим. 5, 1057.

⁹ Конечно, существует почти столько же версий данной концепции, сколько теоретиков, разрабатывающих данную тему. См. напр., *Bruno Simma*, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, 250 *Recueil des cours* 6, 221 (1994); *Bardo Fassbender*, *The U.N. Charter as a Constitution*, 36 *Colum. J. Transnat’l L.* 530, 574–76 (1998); *Jochen Frowein*, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, 39 *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 427, 431 (2000); *Robert Uerpman*, *Internationales Verfassungsrecht*, 56 *Juristenzeitung* 565 (2001); *Christian Walter*, *Constitutionalizing (Inter)national Governance*, 44 *German Y.B. Int’l L.* 170 (2001); *Hauke Brunkhorst*, *Solidarity: From Civic Friendship to a Global Legal Community* 20 (Jeffrey Flynn trans., MIT Press 2005) (2002); *Otfried Höffe*, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* (2d ed. 2002); *Brun-Otto Byrde*, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, 42 *Der Staat* 1, 61 (2003); *Thomas Cottier & Maya Hertig*, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, in 7 *Max Planck Y.B. United Nations L.* 261 (2003). Наиболее дебатированным оказался конституциональный подход Эрнста-Ульрика Петерсманна к международному торговому праву, в том виде, в каком он сформулировал его в своей работе *The WTO Constitution and Human Rights*, 3 *J. Int’l Econ. L.* 19–25 (2000) (аргументируется необходимость реформирования права ВТО для лучшей защиты гражданского общества и прав человека) и в *Constitutional Economics, Human Rights and the Future of the WTO*, 58 *Aussenwirtschaft* 49 (2003) (описывается взаимопереплетенные отношения между недискриминационными рынками и правами человека).

В первой части настоящей статьи рассматриваются идеи *Томушата* относительно функций и нормативности международного права. *Томушат* полагает, что среди различных функций международного права особенно значимой является конституционная функция легитимации, ограничения и управления государственно-политической деятельности. Как следствие, и это рассматривается во второй части, *Томушат* переворачивает господствующее понимание отношений между международным правом и внутригосударственным конституционным правом таким образом, что государство становится агентом (представителем) мирового сообщества. В третьей части предлагается характеристика организация международного сообщества и рассматривается предлагаемая *Томушатов* трактовка международных институций, причем основное внимание здесь уделяется проблеме международного федерализма, поскольку *Томушат* приписывает подобным институциям существенную и автономную роль. Сам *Томушат* не употребляет понятие «*федеративного международного порядка*» для обозначения собственной модели. Уклонение автора от прямого употребления этого термина может быть объяснено его позицией, рассмотренной в четвертой части, в соответствии с которой международное право обладает лишь производными демократическими характеристиками. Эта проблема требует изучения международно-правового «социального субстрата» в «международном сообществе». Наконец, в части пятой трактовка международного права *Томушатов* исследуется в контексте ее проекции на более широкое направление универсалистских теорий, включая их новейшее развитие в недавней работе *Хабермаса*.

I. Функции и нормативность международного права

Томушат придает новое значение международному праву, которое, по его мнению, приобретает все более преобладающую роль во многих аспектах¹⁰. Эта важность является в первую очередь результатом требований, выдвигаемых глобализацией:

«Концепт [глобализации] четко отражает текущее состояние прогрессирующего транснационализма, составляющего основополагающие факторы, в соотношении с которыми адекватность и эффективность

¹⁰ Интересно, что *Томушат*, тем не менее, считает возможным начать с защиты «существования ... международного правового порядка» (*Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, 25), т.е. того, чего ученые в других областях права избегают. Такая защита необязательна для свода правил, имеющих фундаментальное значение.

международного права и его институтов должны быть подвергнуты тщательной проверке. Это неотъемлемая составная часть того эмпирического контекста, в котором международное право получает свои главные импульсы. В той мере, в какой государство игнорирует или вынужденно отказывается от своей роли гаранта общих интересов собственных граждан, для компенсации этой потери должны создаваться общие институты на региональном или универсальном уровнях¹¹».

По мнению *Томушата*, некоторые нормы международного права выполняют конституционную функцию в отношении международных, а также внутригосударственных реалий. Эта функция состоит в «обеспечении международного мира, безопасности и законности в отношениях между государствами, а также в обеспечении прав человека и принципов правового государства в рамках отдельных государств для блага людей, которые по существу являются конечными адресатами международного права»¹². Суть конституционного аргумента заключается в том, что основные принципы международного права обращены ко всем формам политической власти и ограничивают ее.

Томушат полагает, что традиционная роль международного права – регулирование межгосударственных отношений – дополняется не только конституционной функцией, но и функцией, подобной той, которая характерна для национального административного и частного права. Новое международное право представляет собой «универсальный шаблон общественной жизни»¹³. Оно «превратилось в многогранную систему права, пронизывающую все сферы жизни везде, где правительства действуют в интересах защиты публичных интересов»¹⁴, и является сегодня «общим правовым порядком для всего человечества как целого»¹⁵. На смену традиционному представлению, согласно которому международное право и внутригосударственное право, как правило, имеют дело с различными предметами, приходит точка зрения, в соответствии с которой обе системы права обращаются к проблемам, являющимся в корне аналогичными. *Томушат* видит обе системы не как отдельные сферы, а скорее как цельную, многоуровневую систему. Примечательно, что его понимание единой международной системы не является защитой «*ancien régime*» (франц. «старого режима» - прим. перев.) международного права с главенствующей ролью Международного Суда ООН (МС). МС играет весьма ограниченную роль в конструкции *Томушата*. По его мнению, в

¹¹ *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 42.

¹² Там же, на 23.

¹³ Там же, на 63.

¹⁴ Там же, на 70.

¹⁵ Там же, на 28.

развитии теории и практики лежит основа интеграции различных элементов международного права.

Трактовка *Томушата* покоится на предпосылке, что международное право способно направлять и контролировать общественную реальность в целом и политическую власть в частности. В этом смысле международное право аналогично внутригосударственному (конституционному или административному) праву. Однако данное допущение не является общепринятым. Его непризнание представителями «Новой Хэвенской школы» (*New Haven School*), созвучное в этой части подходу «школы Критических правовых исследований», было настолько болезненно для *Томушата*, что в своём «Общем курсе» он уделил особое внимание аргументам против подобных подходов. *New Haven School* придерживается позиции, что международное право не способно управлять политическим поведением в той степени, в какой это осуществляет национальное право¹⁶. С этой точки зрения международному праву не достаёт той определенности и нормативности (контр-фактичности), которые присущи внутригосударственному праву. В трактовке, предлагаемой этой школой, на развитие международного права существенное влияние оказывает практика наиболее влиятельных государств.

Защищая международное право, *Томушат* не отрицает того, что его нормы зачастую носят нечеткий и спорный характер¹⁷. Кроме того, *Томушат* далек от того, чтобы игнорировать незыблемость государственного суверенитета и малочисленность сильных глобальных институтов, - аспекты, подразумевающие, что международное право и государственное право не могут рассматриваться в абсолютно идентичных категориях. Несмотря на эти ограничения, он настаивает на «позитивистском» юридическом дискурсе в отношении международного права и допускает, что оно может функционировать аналогично публичному праву государства. Основанием для этого допущения служит, помимо прочего, следующий моральный императив:

«Дискурс о проблемах международного права должен ... вестись на языке, который позволил бы каждому, кого затрагивает его действие, быть услышанным в дискуссии, полностью понять суть аргументации, используемой другими, и, таким образом, включиться в осмысленный диалог, позволяющий

¹⁶ См. напр., *Richard Falk*, *The Adequacy of Contemporary Theories of International Law — Gaps in Legal Thinking*, 50 *Va. L. Rev.* 231, 249–50 (1964); *Myres S. McDougal & W. Michael Reisman*, *International Law in Contemporary Perspective: The Public Order of the World Community* 3–6 (1981).

¹⁷ *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 26.

отчетливо обозначить на общей основе понимания любые спорные вопросы. ... Дискуссии о том, что правильно и что неправильно, должны быть кристально чистыми, нельзя допустить их узурпации несколькими фокусниками, которые, конечно, в два счета докажут, что закон и справедливость на их стороне¹⁸.»

Томушат, будучи просвещенным позитивистом, осознает и недостатки международного права как инструмента общественного порядка, и рациональные границы правового формализма - общепринятой юридической аргументации. Тем не менее, он считает, что именно эта традиционная форма юридической аргументации наиболее подходит для юристов, так как позволяет им быть в ладу с неоспоримыми постулатами о своем профессиональном назначении. Более того, социальная теория и, в частности, политическая философия до сих пор не доказали своей способности дебатировать о «правильном» и «неправильном» более эффективно, чем устоявшиеся методы юридической аргументации¹⁹. Прагматический ответ на релятивизм в духе кантианства двадцатого века - философия «*als-ob*»²⁰ (фигуры – прим. перев.) - подтверждает данный методологический и конструктивный подход, основой которого является этическая предпосылка.

II. Государство как представитель мирового сообщества

Одной из концептуальных новаций *Томушата*, которая стала предметом общего научного дискурса, является его квалификация ряда важных международных соглашений в качестве параллельных конституций международно-правового характера («*völkerrechtliche Nebenverfassungen*»), то есть в качестве международного права, имеющего дополнительную функцию, такую, которая присуща государственному конституционному праву²¹. В своем «Общем курсе» *Томушат* придал этой концепции и вовсе радикальный характер: там центральным принципам международного

¹⁸ Там же, на 28.

¹⁹ Это подтверждается авторами, ранее критиковавшими «правовой формализм». См. *Jürgen Habermas*, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?* [Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?], *Der Gespaltene Westen* [The Divided West] 113, 182, 187 (2004); *Marti Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870 – 1960*, 413, 502 – 09 (2002).

²⁰ *Hans Vaihinger*, *Die Philosophie des Als Ob* (1920).

²¹ *Christian Tomuschat*, *Der Verfassungsstaat im Gefecht der internationalen Beziehungen*, 36 *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 7, 51 – 53 (de Gruyter 1978); *Robert Uerpman*, *The Constitutional Role of Multilateral Treatises*, в *Principles of European Constitutional Law* (von Bogdandy & Bast eds., 2006).

права приписывается уже основополагающая, а не просто вспомогательная функция в отношении государства и его конституции.

История науки международного права многократно наблюдала разнообразные попытки изменить соотношение между внутригосударственным и международным правом, равно как и между государством и международным сообществом²². Изменения в международном праве после 1990 года, то есть после того момента, когда сформулированное в 1945 году право обрело достаточную степень нормативности (в основном, хотя и не исключительно, в результате деятельности Совета Безопасности), создали условия для новых попыток переосмысления этого соотношения. Новизна подхода *Томушата* проявляется уже в его позиции, что релевантная для международного права *locus classicus* (традиционная тема) - дискуссия о монизме и дуализме – является «довольно иллюзорной»²³. Основополагающую роль международного права он интерпретирует не в формальных категориях, таких, как осуществление делегированных полномочий, и не в соответствии с доктриной *dédoublement fonctionnel*²⁴ (франц. «функционального раздвоения» или «функционального дублирования» - прим. перев.). Вместо этого, *Томушат* отталкивается в построении своей концепции от субстанционального содержания, в частности, от международно-правового регулирования обеспечения прав человека, концепция которых стала возможной только после Второй мировой войны. Закрепление прав человека в международном праве – это то, что имеет отношение к глубинной структуре всего права в целом: «Тот факт, что международное сообщество прогрессивно движется в направлении от системы, ставившей во главу угла суверенитет, к ценностно-ориентированной или индивидуально-ориентированной системе, оказал глубокое воздействие на границы его сферы применения и значения»²⁵.

И все же, даже для *Томушата* государство остается самым важным *актером* на международной сцене. Однако, – и в этом суть новизны предлагаемого подхода – этот актер исполняет *роль* в *пьесе*, написанной и срежиссированной международным сообществом.

«Международное сообщество обеспечивает защиту определенных базовых ценностей, независимо или даже вопреки желаниям конкретных государств. Все эти ценности вытекают из понимания того, что государства представляют собой

²² См. источники, указанные в сноске 2; см. также *Hans Kelsen*, Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, 19 Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht [ZaöRV] 234 (1958).

²³ *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 363.

²⁴ См. *Scelle*, Le Pacte des Nations, указ. соч., прим 2, на 367.

²⁵ *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 237.

всего лишь инструменты, неотъемлемая функция которых состоит в служении интересам своих граждан, как это находит свое юридическое выражение в правах человека²⁶.

Международное сообщество [...] рассматривает государство как институт, стоящий на службе интересов индивидуальных субъектов, за обеспечение прав которых оно несет ответственность. Речь идет не только о том, что с территории конкретного государства не должно происходить нарушений порядка в других государствах; но также и о том, что каждое государство обязано осуществлять специфические действия ради блага своих граждан²⁷.

Такое понимание государственности как инструмента, используемого международным сообществом для реализации своих основополагающих правовых ценностей, расходится с ее традиционным пониманием, господствующим в юридической теории, политической науке и средствах массовой информации²⁸. *Томушат* и сам признает, что «трансформация международного права из системы, центром которой является государство, в систему, центром которой становится личность, еще не обрела окончательного нового баланса»²⁹. Более того, «в настоящее время ... совершенно неясно, какая из двух конкурирующих «основных норм» [т.е. принцип суверенного равенства или защита международным сообществом базисных ценностей] станет или должна стать преобладающей в случае конфликта»³⁰. Эта «слабость» никоим образом не умаляет достоинства и полезность трактовки, предлагаемой *Томушатов*. Напротив, ее можно расценивать как свидетельство потенциала для нормативной правовой эволюции в рамках юридических текстов через инновационную правовую теорию.

Согласно *Томушату*, основные права, кодифицированные в конституции государства, образуют основу государственной публичной власти³¹. Эти

²⁶ Там же, на 161.

²⁷ Там же, на 95.

²⁸ Из немецких ученых см. Венглер (*Wengler*), Хальтерн (*Haltern*), Хильгрубер (*Hillgruber*), Баринг (*Baring*), см. выше сноска 3; см также *P. Weil*, *Vers une normativité relative en droit international?*, 86 *Revue générale de droit international public* 5, 44 (1980). Из ученых США, см. *Paul Kahn*, *American Hegemony and International Law — Speaking Law to Power: Popular Sovereignty, Human Rights, and the New International Order*, 1 *Chi. J. Int'l. L.* 1, 3 (2000).

²⁹ *Tomuschat*, указ. соч., прим 8, на 162.

³⁰ Там же. Позже он даже утверждал, что «международная система все еще остается под национальным суверенитетом». Там же, на 389. Похоже, ученым-юристам (равно как и всем остальным тоже) трудно определять собственную позицию в ходе исторической эволюции.

³¹ *Tomuschat*, указ. соч., прим 8, на 161; Ср. *Armin von Bogdandy*, *European Union as a Human Rights Organisation? Human Rights and the Core of the European Union*, 37 *Common Mkt. L. Rev.* 1307, 1333 – 36 (применяя концепцию фундаментальных прав,

права, в свою очередь, опираются на универсальные ценности, закрепленные в настоящее время в международно-правовых документах по правам человека. Хотя позиция *Томушата* противоречит некоторым аспектам естественно-правовой теории, она находит поддержку в том обстоятельстве, что большинство национальных и международных документов, касающихся фундаментальных прав человека, не «устанавливают», а «признают» данные права³². Этот феномен предполагает, что данные права, хотя и являются формально разработанными и ратифицированными государствами, имеют, тем не менее, самостоятельное существование, независимое от правопорядка государств. Соответственно, сравнительный конституционализм приобретает существенную роль для конституционного судопроизводства в рамках различных национальных правопорядков. Как показывает *Томушат* в своем курсе, его понимание государства как агента международного сообщества создает приемлемые рамки для объяснения многих элементов современного международного права, а также служит весьма полезным индикатором того, какое смысловое значение следует придавать норме в случае ее юридической неопределенности.

III. Институциональная структура: необходим ли федеративный международный порядок?

Международное право предстает в трактовке *Томушата* конструктивным блоком системы международного правления. Оно обслуживает политические процессы, протекающие в международных институтах, которые, в свою очередь, направляют деятельность политических, экономических и общественных акторов в соответствии с коллективными целями и ценностями. В русле современных дискуссий институциональные черты этой системы обозначены скудно, а их определения носят спорный характер. *Томушат* обогащает дискуссию, связывая понятие «международного правления» с публично-правовой концепцией государственного правления в том виде, как она развивалась последние триста лет. Это чисто юридический подход. Следуя аналоговой природе юридической мысли, он (по крайней мере, одним оком) смотрит в

кодифицированных во внутригосударственной праве, к правам человека в рамках Европейского Союза).

³² См. напр., Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (Fr. 1789) (“Во имя Господа Всевышнего и под его покровительством Национальное собрание признает и провозглашает следующие права человека и гражданина”); см. также *Maria Zamichelli*, Il discorso sui diritti 101 – 06 (2004).

прошлое в попытке найти решение современной проблемы³³. Аргументация *Томушата* основывается на идее, что международному сообществу, как и любому другому сообществу, нужен «достаточно широкий набор правовых норм для того, чтобы уметь эффективно справляться со множеством проблем, возникающих в ходе истории»³⁴: *ubi societas, ibi ius* («там, где есть общество, есть право»). Для удовлетворения этой потребности требуются институты, выполняющие следующие традиционные функции правления: «законодательную функцию» по установлению «обширной системы правовых норм», и особенно, по принятию «базисных политических решений»³⁵; «исполнительную функцию», здесь имеется в виду «аппарат, уполномоченный переводить установленное право в конкретные реалии»³⁶; и функцию, связанную с «урегулированием споров», то есть «применением этих норм в спорных ситуациях»³⁷. Таким образом, оказываются определены, по крайней мере, функции глобальных институтов, и, следовательно, общее направление для интерпретации, дальнейшего исследования и политических предложений.

Для *Томушата*, внутригосударственное конституционное право может лишь нести информацию; оно не в состоянии детерминировать направления дальнейшего развития. В особенности, международная система не может принять шаблон, устанавливаемый сравнительным конституционным правом, по одной специфической причине: из-за сохраняющегося значения государственного суверенитета. Хотя государственный суверенитет и подвергается серьезной трансформации в представлении *Томушата*, он признает государственный суверенитет как нормативную и практическую реальность, которая в обозримом будущем будет оказывать влияние и в международной сфере.

«Можно сказать, что в международном сообществе различные элементы исполнительной функции никогда не задавались с такой геометрической точностью, как в рамках национальной конституции, целью которой является организация прозрачной системы управления, имеющей отправным пунктом принцип разделения властей. Международная система по-прежнему основывается на национальном суверенитете»³⁸.

³³ См. *Ulrich Schroth*, *Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung*, в: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* 276, 287 (Arthur Kaufmann & Winfried Hassemer eds., 4th ed. 1985).

³⁴ *Tomuschat*, указ. соч., прим 8, на 305.

³⁵ Там же.

³⁶ Там же, на 358.

³⁷ Там же, на 390.

³⁸ Там же, на 389.

Если удовлетворительно функционирующая форма глобального правления требует наличия международных законодательных, исполнительных и судебных институтов, то возникает вопрос: не требует ли подобное правление создания всемирной федерации? На следующих страницах мы рассмотрим текст *Томушата* в свете глобального федерализма, - этот прием должен помочь нам прийти к более осмысленному пониманию собственно глобального федерализма, а также острее обозначить суть в корне противоположной этой идее позиции *Томушата*. Сам *Томушат* употребляет понятия «федеративный» и «федерация» крайне осторожно. В его тексте их можно встретить нечасто.

Тем не менее, его подход можно расценить как федеративный, если исходить из минималистского понимания федерализма, относящего к категории «федеративных» любую многоуровневую систему правления³⁹. Международная система, предлагаемая *Томушатов*, представляет собой именно такую многоуровневую систему, в которой государство «должно смириться с необходимостью поддерживать взаимовыгодные отношения с институтами международного сообщества на региональном и универсальном уровнях»⁴⁰. Его всеобъемлющая система включает в себя и ряд дополнительных интеграционных элементов. Во-первых, он видит конституционный характер международной системы в том, что она закрепляет и охраняет (хотя и не всегда успешно) фундаментальные правовые ценности. Принципы статьи 2 Устава ООН и основные положения о международных правах человека защищают те ценности, «которых должно придерживаться человечество, чтобы обеспечить свою дальнейшую жизнедеятельность в мирных условиях, позволяющих каждому индивиду реально пользоваться правами человека»⁴¹. Таким образом, некоторые международные обязательства составляют фундамент для национальных правопорядков, то есть можно считать, что они имеют конституционную функцию для всего мирового сообщества.

Во-вторых, *Томушат* предлагает международную политическую систему, обладающую значительной степенью автономности по отношению к составляющим ее государствам. Особенно ярко это проявляется на уровне законодательной функции:

«Международная система больше не может опираться только на договорные отношения, при которых суверенное государство обладает неограниченными

³⁹ *Mauro Cappelletti u др.*, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction*, в 1 *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience* 3, 7 – 8 (Mauro Cappelletti и др., eds. 1985).

⁴⁰ *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 436.

⁴¹ Там же на 85; см также *Christian Tomuschat*, *Die internationale Gemeinschaft*, 33 *Archiv des Völkerrechts* 1, 7 (1995).

полномочиями принимать решения в одностороннем порядке. В принципе такие договоры закрепляют лишь обязательства сторон перед самими собой. Государство невозможно принудить к присоединению к существующему конкретному договорному режиму, каким бы важным ни был данный режим для реализации интересов всего сообщества. В той степени, в какой в международном обществе признаются другие ценности, ценности, которые пользуются защитой, независимо от согласия, данного отдельным конкретным государством, договоры должны утратить свою первичную роль в качестве инструментов создания правовых норм⁴².»

Кроме того, *Томушат* настаивает и на увеличении автономности международной исполнительной ветви власти:

«Само собой разумеется, что было бы гораздо предпочтительнее иметь централизованное ведомство, которое самостоятельно применяло бы санкции к государству, нарушающему свои обязательства, или хотя бы координировало меры, предпринимаемые отдельными государствами. В настоящее время, за исключением, впрочем, нескольких областей, подобная иерархически организованная суперструктура отсутствует⁴³.»

Представление *Томушата* о международной системе правления отчасти напоминает специфические формы федерализма, воплощенные на практике в Германии и в Европейском Союзе (ЕС), которые отличаются от модели федерализма по конституции США. В первых двух случаях законодательство, устанавливаемое институтами на более высоком уровне, исполняется органами составляющих эти государства политических единиц. По мнению *Томушата*,

«было бы ошибочным считать... что наиболее эффективным способом противодействия вызовам будущего является централизация еще большего количества функций в руках международной бюрократии как ядра мирового правительства. Международный контроль и мониторинг играют немаловажную роль. ... Однако ни о каком действительно устойчивом международном правопорядке не может идти речь, если национальные системы правления дезинтегрированы⁴⁴.»

Тем не менее, позиция *Томушата* не может быть квалифицирована как федералистическая. Вне всякого сомнения, *Томушат* не концептуализирует и не предлагает создание глобального федеративного государства в традиционном смысле, - об этом свидетельствует уже то значение, которое

⁴² *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 306. См. в целом *Christian Tomuschat, Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, в 241 Recueil des Cours 4, 199 (1993).

⁴³ *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 377.

⁴⁴ *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 435.

он придает суверенным государствам как неотъемлемым элементам предполагаемой глобальной системы. Хотя, как полагал *Кант*⁴⁵ и как доказывают дискуссии о «природе» ЕС, в качестве федеративных можно рассматривать любые транснациональные негосударственные образования, наделенные автономной публичной властью⁴⁶. Вне сомнения, *Томушат* также приписывает международным институтам подобную власть, включая принятие решений, обязательных к выполнению государствами. Однако он избегает квалификации своей позиции как «федералистической». То же самое касается вопроса о том, является ли ЕС примером построения и развития глобальной системы правления. Некоторые авторы считают, что пример ЕС демонстрирует то направление, которому должна следовать вся международная система⁴⁷, *Томушат* же представляет европейскую интеграцию как образец для развития на глобальном уровне в куда более осторожных терминах⁴⁸.

Отказ *Томушата* провести параллель между его видением международного права, с одной стороны, и эволюцией европейской интеграции, с другой, предстает также очевидным в его нарративе относительно развития международного права. В разделе, озаглавленном «Возрастающая комплексность международного правопорядка», он выделяет в этом развитии следующие четыре последовательные стадии: первая - международное право как право сосуществования; вторая - международное право как право сотрудничества; третья - международное право как универсальный шаблон для организации жизни общества; и

⁴⁵ *Immanuel Kant*, *Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*, в *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik* 115,135 (Karl Vorländer ed., 1964).

⁴⁶ См. *Eric Stein*, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, 75 *Am. J. Int'l L.* 1 (1981); см. также *Koen Lenaerts*, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, 38 *Am. J. Comp. L.* 205 (1990).

⁴⁷ Из других высказанных мнений см. *Daniel Thürer*, *Discussion*, в *Non-State Actors as New Subjects of International Law* 59, 92 (Rainer Hofmann & Nils Gessler eds., 1999) [здесь и далее *Non-State Actors*]: «с точки зрения мирового глобального порядка, ЕС представляется мне образцом самого многообещающего пути создания некоторой структуры, способной устанавливать злоупотребления экономической и социальной властью и направлять социальную активность на достижение общих целей. До сих пор ЕС представляется организацией, прилагающей наиболее успешные усилия для борьбы с проблемными последствиями глобализации, и, возможно, является моделью для создания новых правовых институций на общемировом уровне»; социологическую точку зрения см. *Friedrich Röhl*, *Das Recht im Zeichen der Globalisierung der Medien*, в *Globalisierung des Rechts* 103 (Rüdiger Voigt ed., Nomos 2000).

⁴⁸ Следует отметить, однако, он не утверждает, что значение опыта интеграции в рамках ЕС ограничено его специфическими региональными рамками или что подобное развитие не может быть скопировано в более широком международном контексте. См. *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8.

четвертая - международное право как право международного сообщества⁴⁹. Концептуализация третьей и четвертой стадий несколько своеобразнее, поскольку она предполагает, что сотрудничество (вторая стадия) ведет к интеграции. Согласно господствующей научной трактовке, именно эта особенность права - его непосредственная значимость для жизни общества (то есть роль «шаблона», раскрывшаяся на третьей стадии) - определяет специфику права интеграции и отличает его от права сотрудничества⁵⁰. При этом, в тексте *Томушата* термин «интеграция» практически не появляется.

Стало быть, можно предположить, что *Томушат* подспудно пытается продвинуть идею международного федерализма. Однако подобное допущение игнорировало бы один важный аспект его логики. На самом деле последнюю часть своих рассуждений об эволюции международного права он формулирует как вопрос: «А существует ли международное сообщество?»⁵¹. Этот вопрос ведет к постановке проблемы социальной основы (субстрата) и источников легитимности международного права, а также отражает основную трудность в определении международного порядка как федеративного; кроме того, он проводит разграничительную черту между позицией *Томушата* и идеями глобального федерализма.

IV. Основа (субстрат) и легитимность международного права

«Солидной» федеративной системе необходима не только надстроечная организация правительственной власти, но и действительная «социальная база», то есть совокупность граждан, обеспечивающих этой организации первичную (т.е. противоположную производной) легитимность⁵². Национальное право опирается на народ, граждан, к ним же оно и апеллирует. Публичные национальные институты (парламенты, правительства и суды) являются институтами этой группы. Национальные институциональные акторы (политики, лоббисты и должностные лица), так

⁴⁹ См. там же, на 56 – 88.

⁵⁰ См. *Hans Peter Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* 66 (1972).

⁵¹ *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 72.

⁵² *Stefan Oeter*, *Federalism and Democracy*, в: *Principles of European Constitutional Law* (von Bogdandy & Bast eds., 2006). Вопрос о легитимности международного права обращается к таким рациональным основам, как например, почему международное право может заслуживать подчинения. См. *Daniel Bodansky*, *The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?*, 93 *Am. J. Int'l L.* 596, 596 –624 (1999); *Sabino Cassese*, *Lo Spazio giuridico globale*, 52 *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 323, 330 –32 (2002); *Mattias Kumm*, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework Analysis*, 15 *Eur. J. Int'l L.* 907 (2004).

или иначе, представляют интересы или ценности данного народа. Концепция «народа» представляет центральный пункт привязки всех политических и правовых процессов. Если международное право в возрастающей степени принимает на себя функции, ранее осуществлявшиеся национальным правом, то неизбежно возникнет вопрос о точке привязки международного права. И до тех пор, пока этот вопрос будет оставаться нерешенным, осторожность в употреблении термина «федеративный» будет иметь под собой серьезные основания.

Согласно традиционной доктрине международного права, ультимативной точкой его привязки являются «государства». Если национальное право берет истоки в конструкции «народ», то международное право – в конструкции «государства». Государства обычно понимаются как унитарные «акторы», олицетворяющие и контролирующие международные политические и правовые процессы. Так, «Франция» представляет позицию в Совете Безопасности ООН; «Германия» озабочена ситуацией с правами человека в Конго; «Таиланд» ратифицирует международное соглашение. Однако, в международном дискурсе термин «государства» все чаще заменяется новым понятием – «международное сообщество». Во все большем числе дискуссий понятие «международное сообщество» играет для международного права и международной политики такую же роль, какую понятие «народ» играет на национальном уровне. Возрастающее значение термина «международное сообщество» в дискуссиях о международном праве и политике свидетельствует о концептуальном повороте, способном привести к коренным преобразованиям этих дисциплин. Если признать, что международное право и политика апеллируют к социальной группе, называемой «международным сообществом», к которому принадлежит каждый из нас, то позиция *Томушата* и предлагаемая им интерпретация станут понятнее.

В тексте *Томушата* термин «международное сообщество» выполняет различные функции и несет многообразные смысловые нагрузки. В основном *Томушат* обозначает этим термином фундаментальную предпосылку собственной концепции, а порой использует его и как прямой нормативный аргумент⁵³. Иногда он употребляет понятие «международное сообщество» в том смысле, в каком в национальном контексте использовался бы термин «народ», понимая под ним сознательную и организованную группу людей или коллективного субъекта. На такое употребление им данного понятия указывают следующие пассажи: «как и любая другая человеческая общность, международное сообщество нуждается в достаточно широком наборе правовых норм для того, чтобы

⁵³ См. напр., *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 346 (предполагая, что решающим аргументом, почему односторонний акт не может быть отозван, служит тот факт, что «международное сообщество имеет приоритетный интерес в ... стабильности»).

быть способным эффективно справляться со множеством проблем, возникающих в ходе истории»⁵⁴; «в последнее десятилетие двадцатого века международное сообщество поняло, что национальные усилия по борьбе с преступностью необходимо дополнить международным механизмом»⁵⁵.

Международное сообщество, помимо прочего, определяется как общность ценностей, закрепленных, главным образом, в международных обязательствах *erga omnes* и в императивных нормах международного права (*jus cogens*)⁵⁶. Роль, которую *Томушат* отводит государствам, как нельзя лучше соответствует такому пониманию международного сообщества. Государства сохраняют легитимность лишь в той мере, в которой они уважают и исполняют эти фундаментальные обязательства. Более того, международное сообщество рассматривается как обладающее рядом собственных институтов. Так, согласно *Томушату*, «Генеральный Секретарь ООН всегда должен с непоколебимой твердостью отстаивать интересы международного сообщества»; он является «агентом международного сообщества»⁵⁷. Также и Совет Безопасности ООН предстает в качестве зародышевого института (органа) «сообщества»⁵⁸.

Тем не менее, *Томушат* признает, что между национальным сообществом и сообществом международным остается множество различий. Институты международного сообщества куда менее развиты, чем их национальные аналоги. Возможно, именно по этой причине *Томушат* говорит о нормотворческом процессе в международном сообществе, а не нормотворчестве *международного сообщества*⁵⁹. Реификация (материализация – прим. перев.) международного сообщества не заходит столь далеко, как происходит в отношении национальных сообществ. Так, *Томушат* слово «государство» пишет с заглавной буквы, а «международное сообщество» всегда с маленькой.

Одно из многочисленных различий между международным сообществом и национальными сообществами, которое имеет фундаментальное значение для позиции *Томушата*, касается вышеупомянутой концепции «народа». Как уже отмечалось, «народ»,

⁵⁴ Там же, на 305.

⁵⁵ Там же, на 431. Значительно более прямая точка зрения была представлена российским судьей Международного Суда *Верещетиним*: «Человечество в целом ... пытается предстать на международной арене в качестве одного актера, единого целого». *Thürer*, Discussion, указ. соч., сноска 47, на 136.

⁵⁶ См. *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 75–76.

⁵⁷ Там же, на 399.

⁵⁸ См. там же, на 89. Такое понимание нелегко соотносится с утверждением, что «международные организации не обладают своей собственной социальной базой, а действуют, главным образом, как общие агентства входящих в них членов». Там же, на 91.

⁵⁹ См. там же, на 306.

согласно большинству позиций, является ультимативным пунктом привязки государственного права, поскольку он понимается как источник демократической легитимности, которая, в свою очередь, служит в качестве изначального источника легитимности правительства. Иными словами, концепция «народ» является ультимативной точкой привязки дискуссии о легитимности. Что касается международного права, то, по мнению *Томушата*, источником легитимности в «международном сообществе» служат общечеловеческие ценности, однако, это не является источником демократического инпута. *Томушат* скорее признает, что интерпретация международного права «как шаблона общественной жизни» является с точки зрения принципа демократии проблематичной, так как «количество и качество международных обязательств [sic] достигли уровня, который ставит под угрозу право на независимое формирование внутреннего конституционного порядка»⁶⁰. В понимании *Томушата*, на международном уровне не имеется замены национальному источнику демократической легитимности, каковым в государстве является народ. Соответственно, в его концепции термин «международное сообщество» не предстает как понятие, замещающее понятие «народ».

Некоторые ученые рассматривают негосударственные организации (НГО) в качестве зародышей международного сообщества, предполагающего демократическую легитимность⁶¹. *Томушат* отвергает такой подход.

«Поскольку они [НГО] являются продуктами общественной свободы, они лишены той формальной легитимности, которой обычно обладает правительство, образуемое в результате свободных демократических выборов. Они никому не подотчетны в институциональном плане, кроме как в отношении своих собственных членов. Поэтому НГО никогда и не рассматривались как подлинные голоса людей, которых они представляют⁶².»

Определяющей чертой конструкции *Томушата* является его убеждение, что международное право не имеет источника *демократической* легитимности в самом себе, - его демократические основы производны от демократических процессов внутри государств, и *Томушат* не видит способа преодолеть эту зависимость. Сдержанный характер его суждений по поводу федерализма диктуется пониманием того, что верхний уровень федеративной системы требует наличия своей собственной

⁶⁰ См. там же, на 184.

⁶¹ См., напр., *Daniel Thürer*, *The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and Changing Role of the State*, в: *Non-State Actors*, указ. соч., сноска 47, на 37, 46.

⁶² *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 155.

демократической базы. Скептицизм *Томушата* в этом отношении отличает его подход от космополитического федерализма⁶³.

Во многих случаях, *Томушат* представляет международное сообщество как группу человеческих индивидов, которая служит в качестве «общественной основы» (но не источника демократической легитимности) международного права и возможной точки его привязки, аналогичной той, роль которой выполняет «народ» в контексте национального права. С другой стороны, употребление им данного термина является иногда значительно более узким, и сводится лишь к краткому упоминанию некоторых направлений правового развития без какой-либо привязки вне сферы права. Более того, он определяет термин «международное сообщество» как «совокупность правил, процедур и механизмов, которые предназначены для защиты коллективных интересов человечества, основанных на признании общих ценностей»⁶⁴. Это определение является значительно более узким, чем признание существования общественной группы, которая могла бы образовать пункт привязки для международного права аналогично тому, который занимает концепция народа в национальном праве. Подобное отсутствие четкости в определениях объясняется, возможно, новизной самого феномена. Глобальную общность ценностей можно констатировать только в мире, не раздираемом фундаментальными противоречиями.

«На всем протяжении времени, пока международное сообщество состояло из трех различных идеологических блоков, преследующих несхожие и даже противоположные цели, каждая из сторон могла опасаться того, что общие принципы создадут возможности для попыток ввести в международный правопорядок элементы политической предвзятости. Это противоречие еще не полностью исчезло с международной арены. Западные страны, Россия, Китай и развивающиеся страны продолжают занимать различные позиции по многим вопросам, с множеством промежуточных нюансов. Однако резкие идеологические разногласия устранены. Ни одна группа стран принципиально не противится признанию прав человека как важнейшего элемента международного правового порядка, почти ни одна из групп не отвергает демократию как руководящий принцип для внутренних систем правления государствами. С учетом этого движения в направлении формирования подлинно международного сообщества, возражения против общих принципов права в возрастающей степени утрачивают то значение, которое они имели еще 25 лет тому назад⁶⁵.»

⁶³ Для оценки различных позиций см. *Armin von Bogdandy*, *Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law*, 15 *Eur. J. Int'l L.* 885 (2004).

⁶⁴ *Tomuschat*, указ. соч., сноска 8, на 88.

⁶⁵ Там же, на 339.

Томушат показывает, что современное международное право содержит многие черты, способные содействовать его эволюции в «общее право человечества» - право, при помощи которого человечество может обратиться к решению волнующих его проблем. Однако эта эволюция произойдет лишь в том случае, если большинство людей на планете научатся воспринимать себя как часть глобальной общности. Сегодня уже есть признаки того, что подобный поворот в самовосприятии начался, но новое восприятие еще не утвердилось до такой степени, чтобы оно оказывало существенное влияние на значительные решения, принимаемые на международном уровне. Вместе с тем, конструкция международного права *Томушата* в его «Общем курсе» может способствовать развитию такого восприятия для будущих политиков.

V. Позиция *Томушата* в контексте универсализма

Понимание *Томушата*м сущности и *telos* (конечной цели) современного международного права может быть позиционировано в рамках широкого направления универсалистской теории международных отношений. Эта школа мысли представлена учеными разных направлений, например, отдельными представителями школы испанских схоластов, Гроцием или Кантом⁶⁶. Все они исходят из предпосылки, что существование публичного порядка возможно и вне границ государств, - это публичный порядок, право и институты которого служат идеалам общего блага. Также и *Юрген Хабермас* (*Jurgen Habermas*) внес недавно важный вклад в данное направление мысли. Трактровка им будущего международного права способствует дальнейшему прояснению конструкции *Томушата*. Уже название работы *Хабермаса* «*Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*» (*Существует ли еще возможность конституционализации международного права?*) предстает как защита ключевого положения *Томушата* о том, что международное право играет свою конституционную роль в отношении *любых* форм осуществления публичной власти.

Подобное видение международного права и международных отношений *Хабермасом* конкурирует с тремя другими подходами: во-первых, с традиционным подходом, согласно которому плюрализм различных типов государств составляет ультимативный горизонт международного права; во вторых, с подходом, защищающим такой мировой порядок, который

⁶⁶ См. *Richard Tuck*, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order From Grotius to Kant* 51 – 108, 197 – 226 (Oxford Univ. Press 2001).

основан на либеральных ценностях, но больше с учетом гегемонии Америки, чем международного права и общих международных институтов; и в-третьих, с подходом, строящимся на утверждении об ослаблении публичной власти, что подрывает основы любого конституционного правления. С точки зрения *Хабермаса*, *telos*, обусловившая конструкцию *Томушата*, является тем элементом, который предстает наиболее убедительным в концептуальном и нормативном отношении⁶⁷.

Практический здравый смысл требует, чтобы *telos* всего права заключалась в обеспечении мира и свободы в условиях господства права, а не просто в гарантии большей безопасности путем применения грубой силы или в результате американской гегемонии в духе идей *Гоббса*⁶⁸. Центральный теоретический компонент текста *Хабермаса* реконструирует идею *Канта* таким образом, который предполагает преодоление концептуальной проблемы, характерной для многих «кантианских» подходов. В 1793 году *Кант* указывал, что для эффективного и прочного правового обеспечения мира и свободы необходимы транснациональные институты, облеченные публичной властью над участвующими в них государствами⁶⁹. Однако, всего через два года он отказался от этой идеи, предложив уже только «свободный федерализм» без каких-либо общих институтов для усиления международного права как средства борьбы с неправомерным поведением государств. Смена убеждений *Канта* диктовалась не эмпирическими догадками, например, о неготовности государств его эпохи мириться с какими-либо формированиями, имеющими транснациональные полномочия, а концептуальной непоследовательностью. В 1795 году он рассматривал международные институты, наделённые властью, несовместимыми с идеей международного права⁷⁰.

Хабермас доказывает, что этот обратный ход *Канта* явился результатом чрезмерного концептуального самоограничения – понимания суверенитета как «неделимого»⁷¹. В рамках подобного понимания, развившегося во времена Французской революции, мог существовать только один политический центр. Следовательно, глобальные институты правили бы миром подобно тому, как Париж правил Францией с восемнадцатого века. Подобный централизованный политический порядок, вероятно, попирает бы плюрализм жизненных форм, которыми дорожат многие граждане, и вел бы к *seelenlosen Despotism* («бездушному деспотизму»), где нет места

⁶⁷ *Habermas*, указ. соч., сноска19, на 184 – 85.

⁶⁸ Там же, на 120.

⁶⁹ См. *Kant*, указ. соч., сноска45, на 67, 112.

⁷⁰ Там же, на 131.

⁷¹ *Habermas*, указ. соч., сноска 19, на 140.

свободе⁷². Однако, как показала Конституция США, суверенитет на самом деле *делим*. Соединенные Штаты являют собой успешный пример федеративной системы, состоящей из различных уровней публичной власти. Таким образом, международный федерализм с оперативными международными институтами не является концептуально несовместимым с организацией политической жизни в таких солидных и «сложных» политических сообществах, как государства.

Центральный вопрос легитимного и эффективного международного права и его институтов ставится отнюдь не в форме «или-или»; скорее это вопрос о способах их включения в такую многоуровневую систему, каждый уровень власти в которой осуществлял бы только те полномочия, которые соответствуют их собственным ресурсам легитимности. Подобно *Томушату*, *Хабермас* полностью признает, что ресурсы демократической легитимности, на которую могут опираться глобальные институты, ограничены, и так же, как *Томушат*, он полагает, что обеспечить эту легитимность способны только демократические государства⁷³. Ни участники НГО, ни представители глобальных парламентских учреждений, по-видимому, не являются для глобальных институтов возможными источниками их собственной легитимности. Следовательно, реальные полномочия международных институтов должны ограничиться теми сферами, в которых требуется лишь незначительная степень демократической легитимности. Согласно *Хабермасу*, именно таковы сферы обеспечения мира и создания основных условий для соблюдения прав человека. Принципы последних пользуются широкой легитимностью по всему миру, что доказывается глобальным моральным осуждением в случаях их серьезных нарушений. Подобное мировое осуждение морального осуждения может рассматриваться как агент (действующая сила) «международного сообщества» в смысле *Томушата*. Что же касается вопроса о детерминации, то существует достаточное количество возможных и очевидно релевантных нарушений, которые, несомненно, покрываются указанными принципами.

Хабермас выступает в защиту двух типов глобального режима. Центром первого режима служит Совет Безопасности ООН, который, как наднациональный институт, наделен реальными полномочиями по обеспечению международного мира и основных требований прав человека⁷⁴. Другой предлагаемый им режим является скорее

⁷² См. *Kant*, указ. соч., сноска 45, на 147.

⁷³ *Habermas*, указ. соч., сноска 19, на 140.

⁷⁴ Соответственно *Хабермас* оправдывает также весьма спорное использование доктрины разделения властей на международном уровне. Там же, на 173. См. в целом, *David P. Fidler*, Discussion, в: *Non-State Actors*, указ. соч., сноска 47, на 158 – 60.

транснациональным, чем наднациональным, и его задача – заниматься законодательными вопросами.

«В свете кантовской идеи, можно представить политическую конституцию децентрализованного мирового сообщества, базирующегося на ныне существующих структурах, как многоуровневую систему, которая из лучших побуждений лишена государственного [*staatlichen*] характера *в целом*. В соответствии с этой концепцией, надлежащим образом реформированная глобальная организация будет способна к эффективному и неселективному выполнению самых насущных, пусть и строго определенных, функций в области обеспечения мира и прав человека на *наднациональном уровне*, без принятия ею государственной формы глобальной республики. На промежуточном – *транснациональном уровне* – акторы, обладающие широкой глобальной компетенцией, будут заниматься сложными проблемами не только согласования, но и формирования внутренней мировой политики, в частности, проблемами глобальной экономики и экологии, в рамках постоянно действующей системы конференций и переговоров В различных регионах мира нации-государства должны будут объединиться в континентальные системы, каждая из которых по форме будет представлять собой нечто вроде ЕС «с внешнеполитическими полномочиями». На этом среднем уровне международные отношения будут продолжаться в измененной форме, – измененной уже потому, что благодаря эффективной системе безопасности Организации Объединенных Наций, *глобальные игроки*, равно как и другие участники, будут лишены возможности прибегнуть к войне как легитимному средству решения конфликта»⁷⁵.

Конституционализированный международный порядок не столь утопичен, каким он может показаться на первый взгляд. Наряду с многочисленными примерами из области эмпирических наблюдений, Хабермас прибегает и к концептуальному аргументу-напоминанию: международную реальность нельзя понять адекватно, если воспринимать ее как «естественное состояние» в духе *Гоббса*. По крайней мере, некоторыми из ее основных акторов являются конституционные демократии, конституционные каноны которых направляют их деятельность на международной арене⁷⁶. Следовательно, для перехода от преимущественно горизонтальной международной системы к системе с глобальными институтами, охраняющими ключевые конституционные принципы, требуется не такое большое эволюционное усилие, как для того, чтобы выйти из Гоббсовского природного состояния отношений между индивидами. Международный конституционализм, в этом смысле,

⁷⁵ *Habermas*, указ. соч., сноска 19, на 134 – 35 (перев. *Steven Less*); См. также там же, на 172 – 73 (с предложением реформы Совета Безопасности ООН).

⁷⁶ См., напр., *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) (указывая, что действия, предпринимаемые Соединенными Штатами, ограничены основными положениями их Конституции).

является просто дополнением к конституционализму внутригосударственному и дальнейшим шагом в прогрессе цивилизации.

Употребление конституционной терминологии для характеристики принципов международного права было подвергнуто критике⁷⁷. Но, похоже, что оппоненты недостаточно знакомы с разнообразными элементами конституционной мысли. *Хабермас* и *Томушат* придерживаются мнения, что употребление конституционной терминологии в международном праве никоим образом не умаляет демократического значения конституционализма в отношении организации власти внутри государства⁷⁸. В рамках либеральной традиции совершенно уместно понимать правовые нормы, которые сдерживают и направляют публичную власть, в частности законодательную и исполнительную, как нормы конституционные, даже при том, что они не учреждают ту власть, которую они сдерживают, и не могут считаться эманациями *pouvoir constituant* («учредительной власти» - прим. перев.).

VI. Путь вперед

Трактовка международного права, описанная в настоящей статье, выступает в защиту такого международного публичного порядка, который эффективно обеспечивает универсальные принципы и способствует решению глобальных проблем. Этот публичный порядок должен строиться на основе адекватных институтов, по сути своей остающихся международными. Деятельность подобных институтов будет зависеть от усилий национальных правительств (предпочтительно, избранных демократическим путем), которые, однако, более не будут в состоянии в одностороннем порядке блокировать применение или обеспечение международного права. Эти международные институты будут, в свою очередь, осознавать их собственные, опосредствованные государствами (и поэтому ограниченные) ресурсы демократической легитимности и уважать разнообразие входящих в их состав государств. Существование глобальной демократической федерации невозможно, но возможен интегрированный мир, который будет представлять собой целостную систему демократий, тесно и успешно взаимодействующих между собой с помощью эффективных международных институтов. Вклад в реализацию этой задачи является профессиональной обязанностью ученых мира в области юриспруденции.

⁷⁷ См. в целом *Haltern*, указ. соч., сноска 3, на 511; *Martti Koskenniemi*, *International Law in Europe: Between Tradition and Renewal*, 16 *Eur. J. Int'l L.* 116, 121 (2005).

⁷⁸ Ср. *Habermas*, указ. соч., сноска 19, at 158.

Доктрина конституционализации конструирует международное право в свете его смелой (но отнюдь не утопической) *telos*, допуская, что глобальный порядок является возможным⁷⁹. Это толкование представляет собой концептуально последовательное видение, возникшее на эволюционном пути американского и европейского конституционализма. Данная доктрина имеет достаточный базис в современном праве. Даже ее критики не могут отрицать, что у нее есть в научном отношении потенциал как конструкции действующего на практике права и что она не сводится к абстрактным рассуждениям *de lege ferenda* (лат. «о будущем, желаемом законе» - прим. перев.).

«Международный конституционализм», возможно, является не самым подходящим термином для обозначения данного подхода. Понятия «конституционализм» и «конституционализация» (подобно термину «федеративный») предполагают несколько утопичное продвижение вперед к созданию глобальных демократических институтов, которое лишь немногие ученые находят осуществимым. В этом отношении аргументы против понимания международного порядка как «федеративного» являются вполне обоснованными и уместными. Ряд ученых для описания подхода, основанного на «международном конституционализме» используют термин «легализация»⁸⁰, но подобная терминология наводит на мысль о недооценке политического влияния концепции. Другие ученые описывают подход *Томушата* как «институционализм» или «новый институционализм»⁸¹, однако, и эти понятия не охватывают его сути, поскольку подход *Томушата* не сводится только к утверждению значения институтов. Возможно, более точным обозначением для его подхода могло бы служить понятие «наднационализм», как оно используется Хабермасом, хотя ему немного и вредит его технократический подтекст. Все эти терминологические сложности могут указывать на необходимость в дальнейшей разработке и прояснении подхода, предлагаемого *Томушатом*.

Сторонники подхода *Томушата* не отрицают того факта, что современное право может трактоваться в различном свете и что основное направление современного глобального развития в универсальном масштабе не следует со всей точностью их видению, особенно учитывая

⁷⁹ К вопросу о реконструкции соответствующих философских воззрений см. *Georg Cavallar, Cosmopolis: Supranationales und kosmopolitisches Denken von Vitoria bis Smith*, 53 *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 49 – 68 (2005).

⁸⁰ *Judith Goldstein, Miles Kahler, Robert O. Keohane, & Anne-Marie Slaughter*, Introduction: Legalization and World Politics, 54 *Int'l Org.* 385, 386 (2000); *Stefan Oeter*, Chancen und Defizite internationaler Verrechtlichung: Was das Recht jenseits des Nationalstaats leisten kann, в *Verrechtlichung-Baustein für Global Governance?* 46 (Michael Zürn & Bernhard Zangl eds., 2004).

⁸¹ Детальный анализ различных подходов см. в *Andreas Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht 97 – 107, 188 – 93 (2001).

сопротивление крепкому международному публичному порядку со стороны таких стран, как Китай, Индия, Россия и Соединенные Штаты Америки⁸². В то же время, нет оснований отбрасывать рассмотренный научный проект только потому, что он вышел из политической моды⁸³.

Другие ученые, например, *Мартти Коскенниеми*, обвинили проект в наличии гегемонистских черт⁸⁴. Однако, с *Коскенниеми* трудно согласиться, за исключением того, что проект позиционируется как универсально приемлемый и предлагающий осмысленные толкования для всех, кому интересна его тематика⁸⁵. Более предметная критика концепции основывается на том, что фундаментальное нормативное различие между публичным правом (в развитых либеральных государствах) и международным правом будет сохраняться до тех пор, пока в мире не появятся сильные международные институты обладающие мощным международно-правовым этосом. Как правовой проект, международный конституционализм, возможно, предстает слишком амбициозным и чреват излишним нормотворчеством⁸⁶. Кроме того, следует тщательно изучить и

⁸² Однако даже казалось бы «радикальные» предложения, основанные на этом утверждении, чаще являются менее «утопическими», чем это можно было бы предположить на первый взгляд. Взять хотя бы важнейший вопрос реформирования Совета Безопасности ООН и связанное с ним предложение отмены «права вето» постоянного члена в случае, если рассматриваются его собственные действия. Это предложение соответствует позиции Соединенных Штатов на момент разработки проекта Устава ООН. И только настойчивость Советского Союза в отстаивании «коммунистического суверенитета» привела к принятию существующей формулы пункта 3 статьи 27 Устава ООН. См. *Wilhelm Grewe & Daniel-Erasmus Khan, Drafting History*, в: *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 1, 9 (Bruno Simma et al. eds., 2d ed. 2002). Соответственно, конституционалистское предложение корреспондирует американской внешней политике на пике могущества США.

⁸³ *Дункан Кеннеди (Duncan Kennedy)* выдвинул данный аргумент в отношении критических юридических исследований. См. *Duncan Kennedy, Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850–1968*, 36 *Suffolk U. L. Rev.* 631 (2003).

⁸⁴ См. *Martti Koskenniemi, International Law and Hegemony: A Reconfiguration*, 17 *Cambridge Rev. Int'l Aff.* 197, 202–03 (2004).

⁸⁵ Необходимо признать, что конституционалистской реконструкции необходимо в более полном объеме принимать в расчет соотношение между принципами существующего международного права и драматическим положением большинства развивающихся стран. Тем не менее, и утверждение *Коскенниеми*, что «мировой общественный порядок ... полностью вовлечен в то, что может рассматриваться лишь как глубоко несправедливая система распределения материальных и духовных ценностей», также требует дополнительных доказательств. Там же, на 213.

⁸⁶ Этот аргумент был разработан для международного торгового права. См. *Armin von Bogdandy, Law and Politics in the WTO*, 5 *Max Planck Y.B. United Nations L.* 609, 650–58 (2001); *Robert Howse & Kalypso Nicolaidis, Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far*, <http://www.ksg.harvard.edu/cbg/Conferences/trade/howse.htm> (последнее посещение - 8 ноября 2005 г.).

возможную опасность образования влиятельных бюрократических режимов с обычно присущими им бесконтрольностью и безответственностью.

Хотя концепция международного конституционализма имеет свои слабые стороны, любая всесторонняя оценка ее потенциала невозможна без анализа альтернативных воззрений. Помимо точек зрения, представленных и отвергнутых *Хабермасом*⁸⁷, еще одной альтернативной позицией является идея *Коскениеми* о развитии международного права уполномоченными на то и лишенными каких-либо привилегий группами, причем в основном за рамками международных институтов⁸⁸. Однако, в этом предложении трудно видеть лучшую альтернативу, учитывая сложность проблем, решение которых требует, в частности, значительных институциональных средств и управленческих полномочий. Сильный аспект позиции *Томушата* особенно очевиден, если правовая теория понимается как принципиально практическая наука. В современном мире практические предложения, выдвигаемые авторами-«конституционалистами», во многих отношениях оказываются предпочтительнее тех, которые исходят от авторов, следующих иным теоретическим подходам. Если перефразировать *Канта*, можно сказать, что хотя эта позиция может быть и предстает уязвимой в теоретическом плане, однако при текущем состоянии международных отношений и по сравнению с альтернативными концепциями, она предлагает для многих проблем убедительную ориентацию в направлении ответственной практики⁸⁹. И хотя сегодня подобное видение не имеет шансов быть полностью реализованным, хочется сослаться на этику *Камю*, воплощенную в его «Мифе о Сизифе», и закончить эту статью такими словами: «La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un cœur d'homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux»⁹⁰ («Путь к вершинам и сам по себе способен наполнить сердце человека радостью. Сизифа нужно представлять себе счастливым»).

⁸⁷ См. выше текст, предшествующий прим. 67.

⁸⁸ См. *Martti Koskeniemi*, *Global Governance and Public International Law*, 37 *Kritische Justiz* 241, 253–54 (2004).

⁸⁹ См. *Immanuel Kant*, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (Об изречении: Это может быть верно в теории, но не пригодно на практике.), в *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 67, 70 (Karl Vorländer ed., 1964).

⁹⁰ *Albert Camus*, *Le Mythe de Sisyphe* 166 (Gallimard 1977) (1942).