

# Суверен наносит ответный удар: судебная перспектива многоуровневого конституционализма в Европе

Рената Уитц, Андраш Шайо\*

Авторы анализируют современные тенденции в мировом конституционном развитии. Многие годы демонстрировал успехи так называемый многоуровневый (вариант: многослойный) конституционализм. Его суть заключается в том, что на наднациональном уровне образуются организации, которым передаются отдельные конституционные полномочия национальных государств. Типичным примером этого было создание международных судов в области защиты прав человека, наиболее известным из которых является Европейский Суд по правам человека. Другим известным примером является проект европейской интеграции, приведший к образованию Европейского Союза. Однако в последние годы тенденция передачи полномочий на наднациональный уровень приостановилась по причине сопротивления отдельных государств. Важным аргументом за отказ от дальнейшей интернационализации конституционного права является требование сохранения так называемой конституционной идентичности национальных государств. Авторы дают амбивалентную оценку этому новому развитию. С одной стороны, изоляция национальных государств, в первую очередь их правительств, от влияния извне способна негативно отразиться на уровне защиты прав человека в этих странах. С другой стороны, сложившаяся на практике конструкция многоуровневого конституционализма страдала серьёзными дефектами. Наиболее существенным из них было то, что наднациональные организации оказались в значительной степени выведенными из-под контроля демократически легитимированных органов власти и сами не стали таковыми. В отсутствие демократического контроля правительства национальных государств получили дополнительные возможности влиять на наднациональные организации, а через них и на свои страны, так как соответствующие полномочия, как правило, являются предметом лишь внутрисударственных конституционных ограничений, по умолчанию не действующих в отношении внесударственных институтов и исходящих от них импульсов влияния.

→ Конституционализм; демократия; права человека; глобализация; конституционная идентичность

DOI: 10.21128/1812-7126-2018-1-33-53

## 1. Введение

«Новым конституционализмом» часто называют надгосударственную сеть публичного права. Она возникла в глобализированном мире вместе с глобальными рынками. Можно дать ей следующее точное определение: это сложная сеть взаимодействий между традиционными конституционными акторами (на-

циональными государствами и их правительствами) и надгосударственными акторами, необязательно имеющими формальный организационный статус или демократическую легитимность. Она находит проявление в надгосударственных правовых нормативных документах (например, региональных договорах в области прав человека), которые иногда налагают правовые обязательства непосредственно на граждан, то есть без посредничества национального государства. Такое нетрадиционное устройство публичной власти, какие бы преимущества оно ни обещало и ни приносило реально, в эпоху оживления национализма стало причиной сбоев в системе государственного управления. К сожалению, когда началась резкая отрицательная реакция, то оторванность надгосударственных акторов от

\* Рената Уитц — профессор, руководитель кафедры сравнительного конституционного права Центрально-Европейского университета, Будапешт, Венгрия (e-mail: uitzren@ceu.hu). Андраш Шайо — профессор Центрально-Европейского университета, Будапешт, Венгрия; судья Европейского Суда по правам человека (2008—2017) (e-mail: sajoand@ceu.edu). Перевод с английского Дмитрия Владимировича Сичинавы.

чувствительных точек и последствий решений на местах превратилась в лозунг, объединяющий их противников.

Традиционный конституционализм, основанный на понятии национального государства, опирался на разделение властей и различные формы демократического контроля над ветвями власти в суверенном государстве. Многоуровневая конституция обещает защиту от произвола суверенного государства, мобилизуя силы на уровне более высоком, чем уровень национальной политической системы. Органы, наделённые полномочиями конституционного контроля и находящиеся где-то далеко, вызывают доверие и интуитивную привлекательность: считается, что они расположены за пределами влияния носителей власти в данной стране и тем самым не подвержены местным предрассудкам и нетерпимости большинства. За это приходится платить определённую цену, а именно: решения принимаются людьми, которые плохо знают (или плохо учитывают) местные условия и важные национальные табу и предрассудки. Проект многоуровневого конституционализма исходит из взаимного доверия между конституционными актёрами; он зиждется на сложной взаимосвязи правительств и надгосударственных конституционных актёров, граничащей с лицемерием, и общепринятых взглядах, которые некоторым образом напоминают самообман.

Каковы бы ни были достоинства национальных конституций, в многоуровневой реальности, как представляется, налицо новые уровни конституционно значимого процесса принятия решений, которые не учитывались тогда, когда на внутригосударственном уровне возникали классические конституционные техники ограничения власти правительства (например, разделение властей, система сдержек и противовесов или федерализм). Независимо от эмпирической истинности или действительности нормативного допущения о возникновении глобального или межгосударственного конституционализма, (допустим также, что эта многоуровневая система имеет целью реализовать преимущества конституционализма) невозможно отрицать, что традиционные конституционные механизмы не охватывают конституционной реальности надгосударственных взаимосвязей. Когда правила, появившиеся на надгосударственном

уровне, становятся законом, лишённым парламентского контроля на уровне государства, конституционные гарантии законотворчества исчезают. Более того, избираемые должностные лица, входящие в состав органов государственной власти, и государственные служащие участвуют в процессе надгосударственного законотворчества и принятия решений, не имея содержательно определённого мандата на эту деятельность. Тем не менее они охотно занимают те или иные переговорные позиции (или отказываются от них), а также принимают или отклоняют решения, которые находятся вне сферы действия механизмов конституционной подотчётности.

В ходе многоуровневого конституционного эксперимента старая национальная конституционная система уже потеряла способность реализовывать ключевые функции, связанные с конституционализмом, а именно ограничение политической власти и предотвращение произвольного злоупотребления ею. Остающиеся ограничения исполнительной власти ещё значительно ослаблены в областях, где она продолжает действовать, участвуя в работе международных институций без контроля со стороны законодательной ветви власти или политической подотчётности на национальном уровне. Международное сотрудничество в области обороны расширило возможности для осуществления неконтролируемых дискреционных полномочий, что приводит к увеличению расходов на государственном уровне: войска и оборудование для любой миссии НАТО в конечном счёте по-прежнему финансируются налогоплательщиками конкретных государств<sup>1</sup>.

Даже столь высоко ценимая защита основных прав не будет эффективной там, где существуют особые системы (такие, как режимы торговли), функционирующие как замкнутые миры, изолированные от механизмов защиты прав человека. В идеальном случае региональные и международные стандарты (например, связанные с правами человека) создавались бы политическим сообществом и его институтами, которых объединяли бы,

<sup>1</sup> В той мере, в какой законотворчество на надгосударственном уровне включает в себя переговоры с частными актёрами, многоуровневая система не представляет достаточного контроля над этим процессом; частные сделки становятся публичным правом.

несмотря на границы, общие ценности и общие конституционные традиции. Это допущение усиливается представлением о том, что национальные государства вступают в международные организации, сознательно ограничивая собственный суверенитет для достижения общих политических или экономических стремления, на практике региональные или международные стандарты, вырабатываемые в ходе политического и судебного процесса, часто соответствуют тому *минимуму*, который является допустимым для государств — членов организации благодаря (а не вопреки) их расхождениям по данному вопросу.

Новые форматы и уровни принятия решений приводят к увеличению неконтролируемых полномочий правительства. Там, где на сцену выходят новые варианты распределения власти, классические конституционные ограничения политической власти становятся менее значимыми. Согласно Юргену Хабермасу, конституция сохраняет большое значение для постнациональной Европы при условии, что она является результатом демократического процесса, легитимизирующего её. В таком контексте центром демократической легитимности является не государство, а политическое сообщество (народ), определяемое независимо от государственных границ. Подобное политическое сообщество основано на функционировании транснациональных СМИ, неправительственных организаций и массовых политических движений, выражающих озабоченность (если не волю) народа, и налагает ограничения на носителей политической власти за пределами границ национальных государств.

Хабермас предполагает, что силой, связывающей воедино эту конструкцию, является космополитическая солидарность, укоренённая в моральном универсализме прав человека<sup>2</sup>. Среди альтернативных ответов на этот вопрос — концепции конституционной идентичности<sup>3</sup> и конституционного патри-

тизма<sup>4</sup>, преодолевающие рамки национальных государств и конституций. Общей чертой этих концепций является подход к политическому сообществу как к разнородной общественной системе, объединяемой приверженностью основным положениям конституционализма и всеобщих прав человека. Общей проблемой подобных теорий было описание разногласий и раздоров, очевидным образом возникающих из-за высокого уровня разнообразия в таких сообществах. Сложность заключается в том, что пока ещё, как кажется, европейского «демоса» не существует, а языковые различия остаются серьёзным барьером на пути формирования любого сообщества, и политического особенно. В лучшем случае на надгосударственном уровне получается смягчить, или по крайней мере урегулировать конфликты, возникшие и часто «замороженные» на уровне государств<sup>5</sup>.

В эпоху роста популистских, антилиберальных, антиконституционалистских и антиевропейских настроений возражения против многоуровневого конституционного проекта формулируются в терминах защиты национальной конституционной идентичности. В Европе призывы к защите национальной конституционной идентичности уже нетрудно спутать с претензиями на то, чтобы для тех или иных стран были предоставлены исключения по меньшим поводам и с меньшими последствиями. Когда правительство страны — члена ЕС утверждает: «у нас есть право решать, с кем мы хотим жить вместе в нашей стране», это правительство ставит под вопрос саму суть общеевропейского политического и конституционного предприятия, используя старейшее и сильнейшее орудие из своего риторического арсенала, а именно защиту национального суверенитета. Как представляется, источник этой напряжённости — конструктивная особенность европейского многоуровневого конституционного эксперимента. Часть 2 статьи 4 Договора о Европейском Союзе явным образом предусматривает, что

<sup>2</sup> *Habermas J. The Postnational Constellation and the Future of Democracy // Habermas J. The Postnational Constellation: Political Essays / trans. and ed. by M. Pensky. Cambridge, MA : MIT Press, 2001. P. 58–112, 102–103, 108.*

<sup>3</sup> См., прежде всего: *Rosenfeld M. The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture and Community. London ; New York : Routledge, 2010.*

<sup>4</sup> См., особенно: *Müller J.-W. Constitutional Patriotism. Princeton, NJ : Princeton University Press, 2007.*

<sup>5</sup> См.: *Joerges Ch. Constitutionalism in Postnational Constellations: Contrasting Social Regulation in the EU and in the WTO // Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation / ed. by Ch. Joerges, E.-U. Petersmann. Oxford : Hart Publishing, 2006. P. 491–527, 494.*

«Союз соблюдает равенство государств-членов перед Договорами, уважает национальную индивидуальность государств-членов, присущую их основополагающим политическим и конституционным структурам, в том числе в области местного и регионального самоуправления».

Иными словами, в эпоху многоуровневости стало сложно вывить центр власти. Кто-нибудь, в конечном счёте, должен управлять, по крайней мере, чтобы избежать хаоса. Вопрос в том, как (национальная) суверенная власть осуществляется в рамках этой новой реальности, если мы предположим, что суверен, наделённый властью, сохраняется в ней. Возможно ли в системе, где суверена, наделённого властью, не существует, получить гарантии свободы, верховенства права и эффективности, которые, как представляется, создаёт конституционная демократия?

В нашей статье сначала раскрываются исторические корни многоуровневого конституционного эксперимента, а также основные дилеммы, которые он создаёт для конституционализма (часть 2). В третьей части речь идёт о силах, которые обычно ассоциируются с повседневным функционированием многоуровневой конституции, в то время как в части 4 подробнее рассматривается динамика, обычно ассоциируемая с глобальной конституционной конвергенцией. Как представляется, вместо конвергенции преобладают разногласия и идеи национальной исключительности. В части 5 мы сосредоточимся на конкретном материале национальных государств и осуществлении ими надгосударственных обязательств. Именно в этой зоне незавершённый многоуровневый эксперимент сильнее всего страдает от претензий на национальный суверенитет, облечённых в причудливые одежды претензий на конституционную идентичность. Как кажется, возвращение суверена пошатнуло многоуровневый конституционный проект, воздвигнутый на далеко идущих ожиданиях и якобы общих ценностях, — конструкцию, которую должно было скреплять взаимное доверие. Проблема не только в том, что у Европы (или по крайней мере у европейского образа жизни), возможно, не останется будущего, если европейские государства не будут опираться на взаимодействие в гораздо большей степени, чем раньше. Дело ещё и в том, что репутация многоуровневого конституци-

онного эксперимента была испорчена с самого начала, ведь он опирался на старомодный конституционализм.

## 2. Многоуровневый конституционализм: исторические корни и дилеммы

### 2.1. Трудный старт

В поставторитарном контексте, будь то в Латинской Америке или в Италии<sup>6</sup>, конституции находились в поиске новой демократической идентичности, которую внутри страны не так легко было отыскать. Поэтому наблюдалось стремление подчиниться некоторому (отчасти воображаемому) международному нормативному правопорядку, причём он должен был служить источником не только вдохновения, но и контроля. В 1990-е годы открытость конституционной системы надгосударственным влияниям отражала определённый оптимизм, преобладавший после падения авторитарных режимов. К этому времени демократический конституционализм не только распространялся сам по себе, но и пользовался международной поддержкой и, казалось бы, стал новой «глобальной нормой». Была надежда на то, что национальные и надгосударственные акторы, поддерживающие верховенство права, демократию и активную повестку в области прав человека, сформируют сообщество в рамках возникающего глобального правопорядка.

Особенно сложной надгосударственная сеть в Европе стала в последние десятилетия, в результате расширения Европейского Союза (*далее* — ЕС) и постепенного развития практики Европейского Суда по правам человека (*далее* — ЕСПЧ). Повседневная рутина европейских институтов создаёт впечатление поступательного прогресса в сторону желаемого «более тесного» союза. Связи, создаваемые надгосударственными сетями, могут быть сложными, но на практике они весьма слабы<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> См.: *Martinico G.* Constitutionalism, Resistance and Openness: Comparative Reflections on Constitutionalism in Postnational Governance // *Yearbook of European Law*. Vol. 35. 2016. No. 1. P. 318–340.

<sup>7</sup> «В той мере, в которой содержащиеся в настоящей Хартии права соответствуют правам, гарантированным Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, смысл и пределы данных прав дол-

Хотя размывание государственного суверенитета началось ещё несколько десятилетий назад, многоуровневый конституционализм как интеллектуальная проблема возник в Германии в 1990-е годы. Когда стало очевидно, что, согласно новому Договору о ЕС, процесс принятия решений в ЕС может приостановить осуществление конституционных полномочий ветвями власти на уровне государств, Конституционный суд Германии поспешил в решении по делу *Maastriхт* в 1993 году подтвердить существование национального суверенитета<sup>8</sup>. Суд высказался в поддержку членства Германии в ЕС. Однако он подтвердил принцип субсидиарности в качестве ограничения компетенции ЕС и усилил процедуру предварительной парламентской проверки участия национального правительства в механизмах принятия решений ЕС.

В ответ на решение по делу *Maastriхт* некоторые немецкие правоведы призвали к концептуализации этой новой формы регионального конституционного взаимодействия и её согласованию с потребностями и институтами представительной формы правления на национальном уровне (*Verfassungsverbund* или «многоуровневый конституционализм»)<sup>9</sup>. По словам председателя Конституционного суда Германии Андреаса Фосскуле:

«Понятие *Verbund* (группировка, объединение, сеть) помогает описать функционирование сложной многоуровневой системы без определения точных механизмов этого взаимодействия... Оно делает возможным дифференцированное описание на базе различных системных аспектов, таких как единство, различие и разнообразие, однородность и мно-

жественность, разграничение, взаимосвязь и участие. Идея *Verbund* охватывает одновременно автономию, возможность и способность к совместным действиям»<sup>10</sup>.

При таком подходе альтернативные центры власти придают национальному конституционному порядку некоторое новое качество, заменяя знакомую схему иерархического навязывания надгосударственных правил в ходе постоянного взаимодействия между тесно переплетёнными уровнями межгосударственной политики. Однако, с точки зрения критиков, подобная экспансия неизбежно ведёт к фрагментированию международного права, о чём отвечающие за это правоведы сообщили в докладе Комиссии международного права при Генеральной Ассамблее ООН<sup>11</sup>. Фрагментирование — дурное явление, и ситуацию не исправляет то, что ему должна противостоять сила, именуемая «конституционализацией международного права» (которой ещё предстоит произойти)<sup>12</sup>.

Справедливости ради заметим, что многоуровневый конституционализм возможен благодаря открытости некоторых национальных конституций. Например, в Нидерландах (статья 120 Конституции) и в некоторых латиноамериканских странах конституционная открытость — осознанный выбор разработчиков основного закона, при котором международные договоры в области прав человека становятся частью национальной конституции, образуя воображаемый конституционный блок<sup>13</sup>. В других странах международные обязательства были введены национальными

жны быть такими же, как они предусмотрены вышеупомянутой Конвенцией. Данное положение не служит препятствием для предоставления со стороны права Союза более широкой защиты» (часть 3 статьи 52 Хартии Европейского Союза об основных правах).

<sup>8</sup> Bundesverfassungsgericht (Федеральный конституционный суд Германии, далее — BVerfG). *Maastriхт*. 2 BvR 2134, 2159/92. Urteil vom 12. Oktober 1993.

<sup>9</sup> См.: *Pernice I.* Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? // *Common Market Law Review*. Vol. 36. 1999. No. 4. P. 703–750. Противоположное понятие — *Staatenverbund* — отсылает к объединению государств; обсуждение см.: *Walker N.* Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate // *The Many Constitutions of Europe* / ed. by K. Tuori, S. Sankari. London ; New York : Routledge, 2010. P. 143–167.

<sup>10</sup> *Voßkuhle A.* Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund // *European Constitutional Law Review*. Vol. 6. 2010. No. 2. P. 175–198, 183–184.

<sup>11</sup> Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the International Law Commission, finalized by M. Koskeniemi. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 April 2006. URL: [legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_l682.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf) (дата обращения: 22.01.2018).

<sup>12</sup> *Peters A.* Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures // *Leiden Journal of International Law*. Vol. 19. 2006. No. 3. P. 579–610.

<sup>13</sup> См.: *Gongora-Mera M.E.* Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication. San José : IIDH, Inter-American Institute of Human Rights, 2011.

судами в качестве конституционных положений или принципов<sup>14</sup>. Вопрос о том, придерживаются ли суды надгосударственных норм для расширения своей юрисдикции или для защиты конституции от того, чтобы действующее правительство ликвидировало её в собственных корыстных целях, имеет вторичное значение. В результате мы имеем дело с многоуровневым конституционным взаимодействием в той мере, в которой оно контролируется судами<sup>15</sup>. Там, где суды вышестоящих инстанций не желают, чтобы суды низших инстанций применяли надгосударственные правовые нормы, они без труда кладут этому конец<sup>16</sup>.

## 2.2. От дилемм к реакции

Размывание государственного суверенитета началось в экономической сфере. Именно на форумах регионального и глобального экономического сотрудничества (таких, как Всемирный банк, Международный валютный фонд или Международное агентство по атомной энергии) ранее началось формирование глобального права без государств<sup>17</sup>. Надгосударственные механизмы экономической регуляции создали новые способы утверждения политической власти. Удобно делать то, что одобрено Всемирным банком; такое поведение выглядит легитимным, даже если приверженность подобной схеме налагает беспрецедентные ограничения на пространство выбора в национальной политике. Хотя для функционирования глобальных властных сетей судопроизводство не является центральным компонентом, этот институт всё же присутствовал в нарождающейся многоуровневой системе. Представлялось, что формулировки конституционализма лучше подходят для обсуждения этих странных новых тенденций,

если на сцене налицо ещё и суды. Хотя есть ряд немногочисленных дел, которые привлекают большое внимание, судебное решение не может исправить главного конституционного упущения, а именно отсутствия народного (демократического) контроля за содержанием глобального права или надгосударственными правопорядками<sup>18</sup>.

Поиски глобальной конституции — это, как правило, весьма смелое предприятие. Надежда на эффективность надгосударственных конституционных договорённостей имеет своим источником ожидание того, что некая властная структура, находящаяся за пределами сферы компетенции суверенного государства, сможет извне противостоять его абсолютизму. По крайней мере для некоторых учёных существование конституционализма начинает зависеть от «трансгосударственной»<sup>19</sup>, «глобальной»<sup>20</sup> или «космополитической»<sup>21</sup> легитимности. С опорой на кантианский идеал космополитично-либерального мирового порядка поиск недостающих частей проводился при помощи формулировок, ссылающихся на универсальность прав человека. Последствиями взаимодействия внутренних конституционных договорённостей между собой, как предсказывалось, станет всеобщая конвергенция в направлении уважения к правам человека, верховенства права и признания общих демократических практик, ассоциируемых с конституционализмом. За этими обнадеживающими формулировками скрывался институциональный разнобой такого масштаба, что непривычный наблюдатель едва ли увидел

<sup>14</sup> См.: Alkotmánybíróság (Конституционный Суд Венгрии, далее — АВ). 61/2011 (VII. 14.). В то же время Суд разъяснил, что не имеет полномочий объявлять конституционные поправки неконституционными.

<sup>15</sup> См.: BVerfG. 2 BvR 2735/14. Beschluss vom 15. Dezember 2015. Abs. 41, 43.

<sup>16</sup> См.: Corte costituzionale della Repubblica Italiana (Конституционный Суд Италии). Sentenza No. 49, 2015.

<sup>17</sup> См.: Teubner G. "Global Bukowina": Legal Pluralism in World Society // *Global Law Without a State* / ed. by G. Teubner. Aldershot : Dartmouth Publishing Company, 1997. P. 3—30.

<sup>18</sup> См.: Halliday T.C., Shaffer G. *Transnational Legal Orders* // *Transnational Legal Orders* / ed. by T.C. Halliday, G. Shaffer. Cambridge : Cambridge University Press, 2015. P. 3—72.

<sup>19</sup> См.: Yeh J.-R., Chang W.-Ch. *The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions* // *Penn State International Law Review*. Vol. 27. 2008. No. 1. P. 89—124; Dixon R., Landau D. *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment* // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 13. 2015. No. 3. P. 606—638.

<sup>20</sup> См.: Walker N. *Intimations of Global Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2015.

<sup>21</sup> См.: Kumm M. *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law* // *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 20. 2013. No. 2. P. 605—628.

бы здесь настоящее сходство с классическим конституционализмом даже после внимательного анализа.

В наше время многоуровневый конституционализм существует на фоне глобальных экономических кризисов, международных террористических сетей и скоординированного международного противостояния актам агрессии, а также потенциальной реакции на последствия этих явлений. Согласно многим наблюдателям, суверенитет становится размытым, его заменяет плюралистический правоупорядок, центр которого всё сложнее и сложнее определить. На данный момент мы можем сказать только, что национальное государство и его суверенитет сложно заменить альтернативными конструкциями с целью придать осмысленность многоуровневому конституционному «проекту»<sup>22</sup>. Кроме того, кажется, что национальное государство, испытывая угрозу в ситуации неопределённости и нестабильности, отвечает пренебрежением и мстительностью. И такой ответ многие приветствуют, даже если он не сопровождается обещанием вернуть «потерянный рай» (что нередко случается в рамках популистской конституционной «теории»).

Надгосударственная конституционализация означает особую правовую формализацию процессов принятия решений и распространение множества правовых норм повсеместно и несмотря на границы<sup>23</sup>. Пока это происходит при отсутствии гарантий, опирающихся на нормативную приверженность общим конституционным ценностям и принципам. Технические подходы публичного права, основанные на распространяемых правовых нормах, не превращаются волшебным образом в конституционализм, если этот процесс не опирается на настоящее политическое общество. Описывать многоуровневые структуры и процессы управления в терминах конституционализма не только некорректно, но и опасно для конституционализма как такового. В конце концов, конституция является

не просто основополагающим актом публичной власти: она обеспечивает весь объём защиты, который может быть оказан в рамках суверенного национального государства (в том числе и от самого этого государства). Теоретически, надгосударственный конституционализм заслуживает всяческого одобрения как явление, обеспечивающее независимый механизм контроля против злоупотреблений на национальном уровне. На практике многоуровневый конституционализм предоставляет возможность обойти этот высший суверенный механизм. Классическая конституционная терминология, основанная на идее суверенитета, даёт сбой, поскольку она не может охватить сущность конфликтов между национальным государством и другими «пауками», ткущими многоуровневую сеть.

В современных условиях реакции против конституционализма и глобализации нестабильный многоуровневый механизм стал уязвимой мишенью для политических нападок, имеющих правовые последствия.

Одно из слабых мест многоуровневого конституционализма — тот факт, что составляющие его разрозненные структуры были лишены «машинного отделения», в котором политические акторы осуществляли бы некоторый единый замысел. Напротив, это дело случайного стечения обстоятельств, вытекающего из произвольных взаимозависимостей конкретных конституционных акторов. Конечно, по крайней мере на начальном этапе, призрак настоящего кантианского конституционализма витал даже в коридорах власти. В 1990-е годы в Европе существовали невербализованные надежды на то, что взаимное давление постепенно приведёт конституционных акторов к построению всё более и более тесного союза, основанного на общих ценностях и политических идеалах. Но в этой воображаемой новой реальности зияли обширные бреши: её участники связывали с будущим совершенно различные стремления и чаяния<sup>24</sup>. Тем не менее энтузиазм и преданность международных и ключевых национальных политических и конституционных акторов всё же заставляли думать, что эти бреши со вре-

<sup>22</sup> См.: *Sadurski W.* Supranational Public Reason: On Legitimacy of Supranational Norm-producing Authorities // *Global Constitutionalism*. Vol. 4. 2015. No. 3. P.396–427.

<sup>23</sup> См.: *Loughlin M.* What is Constitutionalization? // *The Twilight of Constitutionalism?* / ed. by P. Dobner, M. Loughlin. Oxford : Oxford University Press, 2010. P.47–69, 67.

<sup>24</sup> О динамике формирования институтов в контексте ЕС см.: *Weiler J.H.H.* The Transformation of Europe // *Yale Law Journal*. Vol.100. 1991. No.8. P.2403–2483, 2478–2483.

менем затянутся. Надгосударственные институты, как полагали, будут координировать деятельность государств-членов и напоминать им о первоначальных обязательствах, если те сойдутся с путями<sup>25</sup>.

На практике выяснилось, что эти бреши не так просто залатать: как только первоначальная эйфория сменилась повседневной деловой рутинной, стандартным рабочим методом стало механическое копирование существующих решений. Причинами затруднений стала неспособность сгладить различия подходов, существующих на национальном уровне, неожиданные непримиримые разногласия между различными акторами, отсутствие общего политического и конституционного воображения, а также политической (электоральной) поддержки многоуровневого эксперимента<sup>26</sup>. Многоуровневая конституционная сфера, в которой действует великое множество конституционных акторов и их взаимосвязей, как преднамеренных, так и неожиданных, не является прозрачной. Таким образом, для того чтобы не забывать о миреже изначальных обязательств, необходим был нарратив, основанный на надежде. Когда наука предсказывала (чем дальше, тем более вопреки всякой реальности) наступление глобальной конституционной конвергенции, она приходила на помощь и способствовала распространению мифа о многоуровневом конституционализме, в то время как на самом деле существовали в основном лишь сети неясных властных отношений. Не всегда благородные надежды и пожелания могут осуществить мечту. Но только из-за этого надежду терять не стоит.

Остаётся спорным вопрос о том, можно ли проследить реальную конвергенцию структур, хотя бы между демократическими конституционными режимами. Если существует некоторое разделяемое на международном уровне ожидание, затрагивающее, по крайней мере, отдельные элементы конституцио-

нализма, оно всё же может оказывать нормативное воздействие<sup>27</sup>. Подобная тенденция может как обогатить конституционализм, так и сместить его центр тяжести. Но она может и свести на нет всю ту защиту, которую национальная конституция предоставляет против возможностей и произвола суверенной государственной власти. Как объясняет Дитер Гримм, внутренняя эрозия, возникающая вследствие передачи суверенных полномочий, «ставит под угрозу способность конституции фактически учреждать и регулировать всю публичную власть, действующую на территории, где эта конституция имеет законную силу. <...> [Передача суверенитета] не даёт этой ситуации выйти за конституционные рамки. Но она не заполняет разрыв между диапазоном действия публичной власти, с одной стороны, и конституционных норм — с другой»<sup>28</sup>.

### 3. Надгосударственные конституционные акторы и их взаимодействия

Многоуровневый конституционализм является результатом взаимодействий между государственными и надгосударственными конституционными институтами и механизмами (сетями и процессами). С одной стороны, решения, имеющие конституционное значение, принимаются за пределами компетенции внутригосударственных конституционных органов. С другой стороны, взаимодействия на надгосударственном уровне могут создавать надгосударственное измерение власти, в котором как международные, так и государственные полномочия будут ограничены в рамках многоуровневого конституционного пространства.

Неплохим примером многоуровневого конституционализма могут служить взаимо-

<sup>25</sup> Европейский Союз по-прежнему требует от своих членов обуздать коррупцию в публичном секторе. В Румынии и Болгарии после вступления в Союз имеются механизмы мониторинга, которые постоянно следят за реформами в области осуществления правосудия.

<sup>26</sup> Другие поводы для сопротивления перечислены в работе: *Jackson V. Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 18–30.

<sup>27</sup> Например, демократически поддерживаемая позиция определённой страны, заключающаяся в игнорировании влияния её политики и деятельности на окружающую среду, будет неприемлемой, если она идёт вразрез с принципами других стран в рамках их сообщества, на стороне которых находятся международные соглашения и демократическая легитимность. Как только ключевые игроки на международной арене решат пренебречь оговорённой в соглашениях системой, последняя вряд ли сможет существовать самостоятельно.

<sup>28</sup> *Grimm D. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World // The Twilight of Constitutionalism? / ed. by P. Dobner, M. Loughlin. P. 3–22, 4, 16.*



действия между надгосударственными судами, национальными судами и другими национальными и международными инстанциями<sup>29</sup>. Надгосударственные суды в области прав человека устанавливают минимальные стандарты и таким образом влияют на содержание и применение конституционных положений в государствах — членах соответствующих организаций. Кроме того, решения судов в области прав человека влияют на разделение властей и систему сдержек и противовесов на внутригосударственном уровне. Например, в случае если ЕСПЧ обнаруживает нарушение Конвенции по правам человека, состоящее в том, что исполнение решений национальных судов не обеспечивается на национальном уровне, это решение ЕСПЧ влияет на отношения между исполнительной и судебной властями<sup>30</sup>. Ещё один пример: Суд Европейского Союза (*далее* — Суд ЕС) может реформативировать внутригосударственные отношения как внутри ветвей власти, так и между ними, ссылаясь на принцип верховенства права ЕС, причём даже ещё до того, как конфликт между правом ЕС и национальным правом окажется на поверхности<sup>31</sup>. Решения на надгосударственном уровне могут даже заставить государства-члены отказаться от традиционных конституционных механизмов, как это случилось в Великобритании, где парламентскому суверенитету пришлось отступить перед верховенством права ЕС. В то же время участие в некотором международном режиме может усилить национальные конституционные структуры. В ЕС Еврокомиссия как надгосударственный конституционный актор контролирует реформы публичного права, необходимые для вступления в Союз (то есть для членства в этом надгосударственном клубе).

<sup>29</sup> См.: *Martinico G., Pollicino O.* The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws. Cheltenham ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2012; *Claes M.* The National Courts' Mandate in the European Constitution. Oxford : Hart Publishing, 2006.

<sup>30</sup> См.: European Court of Human Rights (*далее* — ECtHR). *Burdov v. Russia* (no.2). Application no. 33509/04. Judgment of 15 January 2009; аналогично: ECtHR. *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine*. Application no. 40450/04. Judgment of 15 October 2009.

<sup>31</sup> См.: Court of Justice of the European Communities. *Amministrazione delle Finanze v. Simmenthal SpA*. Case C-106/77. Judgment of 9 March 1978.

Сложность, которую членство в ЕС создаёт для конституционализма, связана с ограниченной степенью контроля, которую национальный парламент (или любой иной избранный представительный орган) может осуществлять над ключевыми решениями и теми, кто принимает их на государственном уровне (система сдержек и противовесов в её наилучшей форме), в то время как народное представительство в Европарламенте считается недостаточным. Европейский механизм стабильности (*далее* — ЕМС) является межправительственной организацией, созданной государствами — членами ЕС путём заключения особого международного договора для борьбы с финансовым кризисом. Его целью является обеспечение финансовой помощи (займов) отдельным странам в зоне евро. Конституционный суд Германии, рассматривая условия участия Германии в ЕМС в 2012 и 2014 годах<sup>32</sup>, настоял на сохранении принципов самоопределения граждан и их равногo участия в управлении государством:

«107. Как представители народа, избранные члены Бундестага Германии должны сохранять контроль над основными бюджетными решениями даже в рамках межправительственной системы власти ... Если те или иные существенные бюджетные вопросы, связанные с доходами и расходами, решались бы без обязательного одобрения Бундестагом или если бы надгосударственные правовые обязательства создавались без соответствующего самостоятельного решения Бундестага, то парламент оказался бы в роли просто дальнейшего исполнителя принятых решений и не смог бы далее нести общую бюджетную ответственность как часть своего права принимать решения по вопросам бюджета»<sup>33</sup>.

Мы можем теперь в новом свете взглянуть на настойчивость Конституционного суда Германии (в решении по делу *Маастрихт*), требующего более жёсткого законодательного контроля над исполнительной властью в отношении вопросов ЕС. Этот сюжет можно прочесть как посвящённый не защите национальной конституционной идентичности, а *требованию вернуть пределы действия*

<sup>32</sup> BVerfG. *ESM I* (временное предписание). 2 BvR 1390/12. Urteil vom 12. September 2012; BVerfG. *ESM II*. 2 BvR 1390/12. Urteil vom 18. März 2014.

<sup>33</sup> BVerfG. *ESM I*.

публичной власти в эпоху, когда надгосударственные органы и сети «освобождают» внутригосударственных конституционных акторов от конституционных ограничений. Чтобы противостоять этой опасности, на протяжении многих лет государства — члены ЕС разрабатывали разнообразные формы гарантий для контроля законодателей над исполнительной властью в отношении вопросов ЕС.

Согласие с наднациональными региональными обязательствами необязательно означает повышение стандартов защиты основных прав человека. Различные национальные суды интерпретируют требования права ЕС по-разному. Так, Конституционный суд Испании<sup>34</sup> не последовал примеру своих германских коллег. В 2013 году Суд Европейского Союза в деле *Меллони* заявил Конституционному суду Испании, что последний не может обеспечивать более высокий уровень защиты при заочном разбирательстве (*in absentia*), чем это возможно согласно праву ЕС<sup>35</sup>. Таким образом, гармонизация исполнения европейских ордеров на арест получила приоритет над правом осуждённых обвиняемых заочно требовать повторного рассмотрения дела в том государстве — члене ЕС, в котором они находятся. Конституционный суд Испании подчинился этому решению и понизил уровень защиты, представляемый заочным процессом согласно Конституции Испании<sup>36</sup>. Конституционный суд «примирил» стандарты основных прав Евросоюза с испанской Конституцией, намекнув на уже затронутую в более раннем деле теоретическую возможность, согласно которой защита суверенитета испанского народа и верховенства Конституции Испании, возможно, не всегда позволяет подобное примирение. При этом вряд ли Суд ЕС перестанет полагать, что уровень защиты прав, принятый на уровне ЕС, должен превалировать над другими (возможно, более сильными) альтернативами в Европе. Настойчивость суда в связи с требованиями, установ-

ленными в деле *Меллони* (как «особой характеристики», «вытекающей из самой сущности права ЕС»), стала одной из причин, по которой он возражал против условий присоединения ЕС к Европейской Конвенции по правам человека<sup>37</sup>.

Справедливости ради заметим, что надгосударственные конституционные механизмы могут привести к ограничению произвола чиновников исполнительной власти на национальном уровне, не давая им осуществлять фаворизируемые ими проекты без первоначальной поддержки со стороны парламентов (или избирателей). Таким образом, многоуровневый конституционализм имеет принципиальную возможность налагать ограничения на исполнительную власть, по крайней мере в качестве сопутствующего эффекта. Надгосударственное ограничение может также вытекать из множественности представительства, как это изначально было предусмотрено для США Джеймсом Мэдисоном в 10-м выпуске «Федералиста», где он объясняет преимущества федеративной системы.

#### 4. Сплетая многоуровневую конституционную сеть: снова о конвергенции

В «постнациональную» эпоху конституционные тенденции во всём мире определяются как латеральными (горизонтальными), так и иерархическими (вертикальными) силами. Наиболее изученный пример горизонтального взаимодействия (между государствами) — это, вероятно, межгосударственные заимствования в судебной сфере. Однако эмпирические данные показывают, что идеи лишь довольно узкого круга судов получают широкое распространение и что даже заимствование того или иного стратегического приёма из иностранных источников имеет лишь ограниченное влияние на общую практику национального суда<sup>38</sup>. Хотя эти данные не ставят

<sup>34</sup> Конкретные изменения, требуемые ЕС, вполне могут быть обоснованы требованиями общественной безопасности.

<sup>35</sup> См.: European Court of Justice (Суд Европейского Союза, далее — ECJ). *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal*. Case C-399/11. Judgment of 26 February 2013.

<sup>36</sup> См.: Tribunal Constitucional de España (Конституционный Суд Испании). STC 26/2014. Sentencia de 13 de febrero de 2014.

<sup>37</sup> ECJ. Opinion 2/13 of 18 December 2014. § 166.

<sup>38</sup> См.: *Geller M., Siems M. Networks, Dialogue or One-Way Traffic? An Empirical Analysis of Cross-Citations Between Ten of Europe's Highest Courts // Courts and Comparative Law / ed. by M. Andenas, D. Fairgrieve. Oxford : Oxford University Press, 2015. P.200—212; The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges / ed. by T. Groppi, M.-C. Ponthoreau. Oxford : Hart Publishing, 2013.*

под вопрос существование надгосударственного обмена мнениями между судами или возникновения надгосударственных сетей судов<sup>39</sup>, их достаточно, чтобы усомниться в глубине и интенсивности глобальной конституционной конвергенции.

В то время как конвергенция по горизонтальной оси во многом зависит от доброй воли и прихоти игроков, занимающих равноценные конституционные позиции, конвергенция по вертикали, казалось бы, предстаёт почти как само собой разумеющееся явление. Действительно, когда национальные государства вступают в международные организации, они соглашаются быть связанными некоторыми условиями членства, включая обязательство применять решения надгосударственных органов, создаваемых ими. Реальная картина весьма пестра.

Во-первых, разработка региональных и международных стандартов прав человека путём судебного вмешательства чревата конфликтом: желание создать общеприменимый минимальный стандарт наталкивается на расплывчатый принцип subsidiarity, которым принято дорожить<sup>40</sup>. Согласно этому последнему, более высоким уровням власти не может быть поручена ни одна задача, которая может быть лучше выполнена на более локальном уровне<sup>41</sup>. Этот принцип вытекает из соблюдения государственного суверенитета в международном праве и приводит к широкому усмотрению на уровне отдельных государств (в терминологии ЕСПЧ: «wide margin of appreciation», «широкие пределы свободы усмотрения»). Согласно принципу subsidiarity, защита прав человека на националь-

ном уровне действует по умолчанию, а надгосударственный механизм установления стандартов в этой области является исключением<sup>42</sup>. Многоуровневый конституционализм призывает к учёту национальной специфики, даже если подобными претензиями злоупотребляют (как это и есть в действительности).

Подобное соблюдение притязаний государств находится в резком противоречии с теми причинами, благодаря которым и возникли прежде всего наднациональные региональные и международные механизмы защиты прав человека, а именно с признанием универсальности прав человека, того, что некоторый надгосударственный механизм должен реализовать эти общие ценности, даже если для этого придётся обуздать аппетиты национальных правительств, стремящихся проводить в жизнь собственную повестку. Перед лицом этих взаимоисключающих позиций и особенно реакции со стороны национальных правительств, стремящихся сохранить свою конституционную идентичность и максимум суверенитета (в том числе чтобы скрыть недостатки внутреннего конституционного контроля и злоупотребление властью), региональные суды должны делать стратегический выбор. Среди возможных сценариев — признание общеприменимых принципов и формулировка конкретных правил, применимых к наиболее специфическим фактам разбираемого дела, или же ссылка на принцип subsidiarity, который якобы требует уважения к любому решению внутригосударственных судов, особенно если на обоснование ликвидации определённой свободы потрачено достаточно чернил. В этих условиях надгосударственная сеть обещанного многоуровневого конституционализма становится ещё одним уровнем для сокрытия недостатков. Красноречив следующий факт: когда речь заходит о допустимых ограничениях прав человека, ЕСПЧ предоставляет национальным властям всё более и более обескураживающую свободу усмотрения при решении вопроса о допустимости ограничения индивидуальных прав, поддаваясь «невному искушению прибегать к “переменной геометрии”

<sup>39</sup> См.: *Law D. S., Chang W.-Ch.* The Limits of Global Judicial Dialogue // *University of Washington Law Review*. Vol. 86. 2011. No. 3. P. 523–577; *Slaughter A.-M.* A Global Community of Courts // *Harvard International Law Journal*. Vol. 44. 2003. No. 1. P. 191–219.

<sup>40</sup> См.: *Jachtenfuchs M., Krisch N.* Subsidiarity in Global Governance // *Law and Contemporary Problems*. Vol. 79. 2016. No. 2. P. 1–26.

<sup>41</sup> «Согласно принципу subsidiarity, Союз в сферах, которые не относятся к его исключительной компетенции, действует лишь тогда и в такой степени, в какой цели предполагаемого действия не могут достаточным образом быть достигнуты государствами-членами на центральном, региональном или местном уровне, но, ввиду масштабов или последствий предполагаемого действия, могут быть лучше достигнуты на уровне Союза» (часть 3 статьи 5 Договора о ЕС).

<sup>42</sup> См.: *Benvenisti E.* Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards // *New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 31. 1999. No. 4. P. 843–854.

прав человека, которая отличается неуместным вниманием к национальной или региональной «восприимчивости»<sup>43</sup>.

Это не единственная возможная стратегия. В отличие от чувствительности ЕСПЧ в своей практике к национальным различиям, Межамериканский суд по правам человека (МАСПЧ) настаивает на соблюдении государствами надгосударственного минимума и требует от национальных судов осуществлять «контроль соответствия Конвенции» правовых положений на национальном уровне<sup>44</sup>, вероятно, даже в случаях, когда национальное право явным образом запрещает судам осуществлять судебный контроль законодательства<sup>45</sup>.

Решения наднациональных региональных судов по правам человека должны исполняться государствами-членами, а точнее, национальными правительствами. Применение решения, вынесенного против конкретного государства, является обязательством в соответствии с международным правом. Учитывая хотя бы то, какое количество поправок вносится в конституции и законы и сколько судебных дел пересматривается, историю следования государств надгосударственным обязательствам нельзя считать завершённой. Суверенная власть государства остаётся преобладающей практически по умолчанию, по крайней мере, что касается институционализированной власти. Отчасти учёт обязательств зависит от вопроса об общепризнанных принципах (*black letter law*), касающегося статуса международных актов (и их интерпретации) в национальном праве.

Более сложный вопрос — должны ли национальные суды и особенно националь-

ные правительства применять прецедентную практику наднациональных региональных судов в том случае, если определённая позиция сформулирована в схожем деле, касающемся *другого* государства-члена. Строго говоря, постановление по конкретному делу не должно применяться к делам из других стран. Разумеется, вероятно, что схожий вопрос будет разрешён в схожей ситуации схожим же образом. Поэтому сообразительные игроки на национальном уровне (суды и даже законодатели) могут счесть более выгодным учёт решения, применимого к иной стране, с целью избежать ответственности, а может быть, даже и из искренней веры в общие стандарты. Другие могут отказаться так поступать, надеясь на исключения и поощряя двойные стандарты. Они могут также предпочесть проигнорировать эти решения под предлогом защиты конституционной идентичности или национального суверенитета<sup>46</sup>.

Именно в сущности многоуровневого конституционализма заключается причина значительной гибкости и неопределённости, которая даёт акторам свободу выбора, возможно, отсутствующую в более жёстких национальных конституционных системах. Неопределённость и нестабильность приводят к неудобствам для правовой системы и порождают разногласия, знакомые также и по внутригосударственным конфликтам между ветвями власти. Помимо конфликтов о компетенции между конституционными акторами, новые уровни и форматы конкурирующих основных прав почти случайно создают новые способы для того, чтобы подорвать существующий уровень защиты основных прав<sup>47</sup>.

Основным постулатом многоуровневого конституционализма является (вернее, являлось) утверждение, согласно которому конвергенция имеет место. На практике многоуровневая конституционная сфера едва ли является базой для возникновения нового нормативного порядка. Фактически обнаруживается не более чем регулярное взаимо-

<sup>43</sup> *Lord Lester of Herne Hill. The European Convention on Human Rights in the New Architecture of Europe // A Yearbook of the European Convention on Human Rights. Vol. 38. 1995. P. 223–236, 227.*

<sup>44</sup> См.: *Inter-American Court of Human Rights (Межамериканский Суд по правам человека). Almonacid-Arellano et al v. Chile. Judgment of 26 September 2006 (предварительные возражения, существо дела, возмещения и издержки). § 124. МАСПЧ указал, что схожее обязательство контроля за соответствием Конвенции применяется и к национальным правительствам.*

<sup>45</sup> См.: *Dulitzky A.E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights // Texas International Law Journal. Vol. 50. 2015. No. 1. P. 45–93, 45, 60 et seq., особенно 92.*

<sup>46</sup> Об изменениях авторитета и легитимности см.: *Madsen M.R., Alter K.J., Helfer L. How Context Shapes the Authority of International Courts // Law and Contemporary Problems. Vol. 79. 2016. No. 1. P. 1–36.*

<sup>47</sup> См.: *Baer S. A Closer Look at Law. Human Rights as Multi-Level Sites of Struggles Over Multi-Dimensional Equality // Utrecht Law Review. Vol. 6. 2010. No. 2. P. 56–76.*

действие между несколькими так или иначе взаимосвязанными конституционными акторами, имеющими сложные (и иногда противоречащие друг другу) мотивации. Это, несомненно, намного меньше, чем уверял утешительный хор, воспевавший конвергенцию общих конституционных ценностей. Временам, когда институциональные механизмы будут ограничивать политические власти (или, по крайней мере, возможность их выбора) как на национальном, так и надгосударственном уровне, ещё предстоит настать.

Хотя элементы сходства, как общие точки отсчёта, могут демонстрировать эффект положительной обратной связи, сами по себе они не гарантируют всеобщей приверженности неким фундаментальным положениям. В отличие от описания процесса разработки (национальных) конституций, метафоры, применяемые к силам, движущим многоуровневый конституционализм, не дают впечатления активного политического участия в появлении многоуровневой конституции.

Утверждается, что для того, чтобы многоуровневая система работала, её участники должны постоянно доверять друг другу, если только «явная ущербность» (*manifest deficiency*) действий их партнёров не потребует обратного<sup>48</sup>. ЕСПЧ разъяснил, что

«102. ...ООН была создана для «достижения международного сотрудничества в... продвижении и поддержке уважения к правам человека и основным свободам»... При интерпретации её резолюций следует предполагать, что Совет Безопасности не собирается налагать на государства — члены ООН какие-либо обязательства по нарушению основных принципов прав человека. Если в формулировках резолюции Совета Безопасности ООН обнаруживается двусмысленность, Суд по этой причине должен избрать такую интерпретацию, которая в наибольшей степени гармонирует с требованиями Конвенции и которая избегает любого конфликта обязательств».

Взаимное доверие между государствами выглядит, как разумная предпосылка для продолжительного сотрудничества. Наш добрый друг, принятие желаемого за действительное, может некоторое время поддерживать

эту иллюзию. Однако когда презумпция доверия опровергается, последствия являются не только масштабными, но и фатальными, причём не только для многоуровневого конституционного эксперимента, но и для конституционализма как такового. Презюмировать, что внутригосударственные власти заслуживают доверия, а затем вменить эту точку зрения тем, кто жалуется на ущемление прав со стороны государств, — это жесты, демонстрирующие нежелание акторов многоуровневой конституционной системы всерьёз относиться к своим обязанностям.

Подобное отсутствие вектора на надгосударственном уровне отражает новую реальность для национальных государств. Вероятно, уже давно пора признать, что несогласие и сознательное инакомыслие на национальном уровне остаётся важным фактором, объясняющим то, как функционирует многоуровневая конституционная действительность<sup>49</sup>. Конституционная нестабильность может быть результатом не столько нехватки «строительных блоков», из которых можно было бы соорудить устойчивое правительство, сколько локальной политической «неспособности достичь устойчивого согласия по поводу хотя бы одной из конструкций, поскольку любой вариант возможен»<sup>50</sup>. Способность же к этому предполагает наличие решимости, которой конституционализм отличался до наступления туманной эпохи стремлений к глобальности. Отказ от ложных перспектив глобальной конституционной конвергенции и обращение к исследованию того, какой вклад в конституционализм вносят локальные отклонения<sup>51</sup>, помогли бы осмыслить, что осталось от конституционализма в постнациональную эпоху.

<sup>49</sup> В теориях конституционного плюрализма расхождения между конституционными акторами рассматриваются как возможность для определения легитимной роли различных акторов в рамках многоуровневого конституционного эксперимента, см.: *Maduro M. P. Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism // European Journal of Legal Studies. Vol. 1. 2007. No. 2. P. 137–152, 139.*

<sup>50</sup> *Tushnet M., Khosla M. Unstable Constitutionalism // Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia / ed. by M. Tushnet, M. Khosla. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. P. 3–17, 5.*

<sup>51</sup> См.: *Frankenberg G. In Verteidigung des Lokalen — Odd Details als globalisierungskritische Marker im Verfassungsvergleich // Verfassung und Recht in Übersee. Bd. 49. 2016. H. 3. S. 263–277.*

<sup>48</sup> См.: ECtHR. *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC]. Application no. 45036/98. Judgment of 30 June 2005. § 155–156.

## 5. Что остаётся на национальном уровне: правоприменительные полномочия

### 5.1. Не просто проблема координации?

Несмотря на все стремления к новому будущему, национальное государство и его суверенитет не так легко заменить или пересоздать для целей многоуровневого конституционного режима. Слабоконтурированные социальные и правовые системы плохо координируются, а сложность многоуровневого конституционализма самого по себе приводит к проблемам координации, которые, в свою очередь, провоцируют дестабилизацию. Это можно проследить на примере ЕС, надгосударственной модели, которая ещё недавно знаменовала собой прототип функционирующего, расширяющего пределы свободы надгосударственного субъекта.

Рассмотрим судебное дело в отношении Европейского ордера на арест. Этот инструмент появился в ЕС как искусно сконструированное средство, эффективное и целесообразное, благодаря которому национальные структуры уголовного правосудия стали полагаться друг на друга в духе взаимного доверия, основанного на презумпции эквивалентности защиты прав человека. Тем не менее в 2016 году Суд ЕС разделил обеспокоенность одного из немецких судов, сделавшего оговорки в связи с условиями содержания заключённых в Венгрии и Румынии и поэтому отказавшегося выдать венгра и румына пенитенциарным системам в странах их гражданства<sup>52</sup>.

Германский суд, передавший дело в Суд ЕС, сослался на решения ЕСПЧ, утверждавшие, что условия содержания заключённых в соответствующих странах эквивалентны уничижительному обращению, поскольку тюрьмы переполнены. Суд ЕС подтвердил, что национальный суд должен отложить выдачу гражданина, пока не убедится, что тюремные условия в принимающей стране не являются бесчеловечными или уничижительным обращением в нарушение Хартии ЕС (статья 4). Пока что мы можем сделать из этого вывод, что жёсткая защита прав человека в Европе, возника-

ющая на базе надгосударственного взаимодействия, требует повышенного уровня внимания (и подозрения) в отношении между национальными институтами, когда они имеют дело друг с другом в рамках панъевропейского механизма уголовного правосудия<sup>53</sup>.

Не говоря уже о сложностях, связанных с принципом «взаимного доверия», в 2015 году Конституционный суд Германии указал, что принципы, лежащие в основе панъевропейского механизма ордеров на арест, возможно, нарушают конституционную идентичность государства — члена ЕС. Конституционный суд Германии считает принцип индивидуальной вины частью немецкой конституционной идентичности. Из этого принципа следует не просто неприменимость некоторых мер, предусмотренных правом ЕС, но и то, что немецкие органы государственной власти не могут содействовать унижению человеческого достоинства другими государствами<sup>54</sup>.

### 5.2. Совершенно особая головоломка: списки террористов

Ещё один элемент, внутренне присущий процессу саморазрушения многоуровневой системы, вытекает из того, что структура её надконституционной части по сути своей не завершена.

Несмотря на значительную глобальную конвергенцию права в области национальной безопасности<sup>55</sup>, слабости многоуровневой системы стали особо заметны в связи со

<sup>53</sup> Нельзя не заметить, что различные системы могут задавать корректирующие механизмы для сложностей, возникающих в самой системе. Осенью 2016 года венгерский парламент, подобно итальянскому за несколько лет до того, одобрил проведение реформы тюрем, которая была призвана привести ситуацию в этой области в соответствие с «применимыми» стандартами прав человека согласно постановлениям ЕСПЧ. Если ЕСПЧ признает эту реформу приемлемой, препятствия на пути к достижению доверия, основанного на сотрудничестве, уменьшатся. Однако заметим, что это доверие опирается на конкретные случаи. Государство, являющееся членом Конвенции и подчинившееся одному решению, необязательно подчиняется следующему.

<sup>54</sup> См.: BVerfG. 2 BvR 2735/14. Beschluss vom 15. Dezember 2015.

<sup>55</sup> Согласно обсуждению в работе: *Scheppele K.L.* The International Standardization of National Security Law // *Journal of National Security Law and Policy*. Vol. 4. 2010. No. 2. P. 437–453.

<sup>52</sup> См.: ECJ. *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*. Joined Cases C-404/15 and C-659/15. Judgment of 5 April 2016.

списком подозреваемых террористов и террористических организаций, подготовленным Советом безопасности ООН после терактов 11 сентября. Этот список был средством в глобальной войне с терроризмом<sup>56</sup>. Данная глобальная мера отразила подлинную обеспокоенность в сфере международного сотрудничества и опиралась на подход, ранее использовавшийся для борьбы с оборотом наркотиков. Этот сюжет иллюстрирует, как забота о безопасности немногочисленных, прямо затронутых терроризмом стран (в данном случае, прежде всего США) компрометировала конституционализм в слабее затронутых странах (Швейцария в деле *Нада (Nada)*, см. ниже). Конституционная открытость, являющаяся предварительным условием для функционирования многоуровневого конституционного режима, привела к возникновению масштабной конституционной уязвимости, подрывая самые основы надгосударственного сотрудничества.

Механизм составления списков террористов, на первый взгляд простой и эффективный, первоначально основывался на резолюции Совета Безопасности ООН № 1267, принятой ещё до терактов 11 сентября и призванной сдерживать финансирование международного терроризма<sup>57</sup>. Специально созданный для этой цели комитет ООН готовит список имён, предложенных государствами-членами (то есть национальными службами безопасности) на основании простого подозрения и без предварительных судебных слушаний. В результате лицам, внесённым в этот список, запрещается пересечение границ, а счета их замораживаются; эти санкции члены ООН должны осуществлять в соответствии со своим национальным законодательством. Когда некоторое государство — член ООН просит вычеркнуть то или иное лицо из этого списка, любое другое государство-член может наложить на этот запрос вето. Лица, внесённые в

список, не имеют возможности узнать об этом и, что не менее важно, не могут предоставить аргументы в пользу своего удаления из этого списка. Они лишены защиты, которая вытекает из принципов естественной справедливости или верховенства права. Францу Кафке наверняка понравилось бы название этих мер в терминологии ООН — «целевые санкции», придуманные с целью сократить людские затраты, связанные с общими санкциями; великодушный жест в эпоху глобальной безопасности!

На протяжении нескольких лет осуществление мер против лиц, внесённых в эти списки, оспаривалось в нескольких юрисдикциях<sup>58</sup>. Притом что национальные или межгосударственные региональные власти вправе выбирать, каким образом они применяют санкции ООН, меры по их осуществлению фактически приводят к процедуре, лишённой самых элементарных гарантий надлежащего процесса (однако могут иметь полноценную внутригосударственную демократическую легитимацию, если эти меры реализуются посредством принятия парламентского закона). Поскольку основной процесс в отвечающем за его проведение комитете ООН лишён базовых гарантий прав человека, меры по осуществлению санкций продолжают нарушать процессуальные права. С другой точки зрения, принятие решений предстаёт вообще выведенным за традиционные конституционные рамки: нет соответствующего законодательного определения (и, как кажется, также и судебного), а национальные органы безопасности могут продавливать свои собственные решения через международный механизм сотрудничества. Эта «сеть», то есть международное сотрудничество или даже нескоординированное параллельное обсуждение и действие охотящихся за информацией разведывательных служб, не выглядит особенно дружественной к принципам конституционализма.

ЕС имплементировал санкции ООН, приняв регламент, применимый во всех государствах-членах без дополнительных мер на на-

<sup>56</sup> См.: Roach K. Comparative Counter-Terrorism Law Comes of Age // Comparative Counter-Terrorism Law / ed. by K. Roach. Cambridge : Cambridge University Press, 2015. P. 1–46, 4–6.

<sup>57</sup> S.C. Res. 1267. U.N. Doc. S/RES/1267. 15 October 1999. Эволюция этого процесса описана в работе: Forcese C., Roach K. Limping into the Future: The U.N. 1267 Terrorism Listing Process at the Crossroads // George Washington International Law Review. Vol. 42. 2010. No. 2. P. 217–277, 221–227.

<sup>58</sup> См.: Genser J., Barth K. Targeted Sanctions and Due Process of Law // The United Nations Security Council in the Age of Human Rights / ed. by J. Genser, B. Stagno Ugarte. Cambridge : Cambridge University Press, 2014. P. 195–246.

циональном уровне<sup>59</sup>. В 2005 году в деле *Kadi* Суд ЕС постановил, что данный регламент нарушает основное право, защищаемое законодательством ЕС<sup>60</sup>. Суд подчеркнул, что «обязательства, налагаемые международным соглашением, не могут подрывать конституционные принципы договора о Европейском Сообществе, в том числе принципа, согласно которому все акты Сообщества должны уважать основные права» (§ 285). В этом эпизоде Суд ЕС был более обеспокоен защитой целостности права ЕС как системы, основанной на правах человека, а не соответствием права ЕС международному праву<sup>61</sup>. Пересмотренная редакция регламента ЕС также была сочтена нарушающей право ЕС, потому что усовершенствованный процесс в рамках ООН, в силу которого Кади находился более десяти лет в списке террористов, по-прежнему был лишён гарантий должной процедуры (в частности, права на рассмотрение дела и права на доступ к доказательствам)<sup>62</sup>.

Дело *Kadi* имело серьёзные последствия с точки зрения подхода судов к последующим делам. В 2012 году ЕСПЧ в деле *Нада* постановил, что, осуществляя санкции ООН, швейцарские власти не нашли должного баланса в рамках имеющихся у них полномочий между обязательствами в области прав человека согласно Европейской Конвенции и интересами национальной безопасности<sup>63</sup>. Таким образом, скоординированная деятельность межгосударственных региональных судов поставила под вопрос действия глобальных сил, вернув мяч на сторону национальных и межгосударственных региональных конституционных акторов, одновременно повысив чувствительность многоуровневой архитектуры к правам человека. Тем самым межгосу-

дарственный региональный игрок усилил позиции национального суверенного конституционализма (но не абсолютистского суверенитета!) в отношениях к другой глобальной сети. Это продлилось недолго, поскольку спустя несколько лет ЕСПЧ всё же уступил — под предложом того, что доверяет добрым намерениям СБ ООН не нарушать права человека. В деле *Аль-Дулими* Большая Палата решила:

«147. ...В случае спора о решении внести определённое лицо в список или отказать ему в исключении из списка внутригосударственные суды должны иметь возможность получить (если необходимо в рамках процедуры, обеспечивающей должный уровень конфиденциальности, зависящий от обстоятельств) достаточно точные данные для осуществления требуемой проверки по отношению к любому обоснованному и состоятельному заявлению со стороны лиц, включённых в список, о том, что такое включение произвольно. Любая невозможность получить такие данные, таким образом, может представлять собой серьёзный признак того, что оспариваемая мера носит произвольный характер, особенно если отсутствие доступа к информации продлевается, тем самым далее препятствуя какой бы то ни было судебной проверке.

<...>

149. ...Швейцария в настоящем деле не сталкивалась с реальным конфликтом обязательств, который мог бы привести в действие правило о преимущественной силе согласно статье 103 Устава ООН... Следовательно, государство-ответчик не вправе ограничиться ссылкой на обязательную силу резолюций Совета Безопасности, но должно убедить Суд, что оно предприняло или, по крайней мере, пыталось предпринимать все возможные меры для адаптации режима санкций к индивидуальной ситуации истцов, по крайней мере, гарантировав им адекватную защиту от произвола»<sup>64</sup>.

### 5.3. Возвращение суверена

Возможно, ещё слишком рано подводить итоги, но в данный момент похоже, что из не-

<sup>59</sup> См.: Council Regulation (EC) No. 881/2002 of 27 May 2002. *Measures against persons and entities included in a list drawn up by a body of the United Nations.*

<sup>60</sup> ECJ. *Kadi v. Council*. Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P. Judgment of 3 September 2008.

<sup>61</sup> *De Búrca G.* The ECJ and the International Legal Order: A Re-Evaluation // *The Worlds of European Constitutionalism* / ed. by G. De Búrca, J. H. H. Weiler. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. P. 105–149, 108.

<sup>62</sup> ECJ. *Kadi v. Commission (Kadi II)*. Case T-85/09. Judgment of 30 September 2010. Это решение уже оценивало скорректированный процесс на уровне ООН.

<sup>63</sup> ECtHR. *Nada v. Switzerland* [GC]. Application no. 10593/08. Judgment of 12 September 2012.

<sup>64</sup> ECtHR. *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC]. Application no. 5809/08. Judgment of 21 June 2016; внутренние ссылки опущены.



устойчивого многоуровневого конституционного эксперимента победителем вышло национальное государство, блюдущее свою конституционную идентичность. Национальный суверенитет — живучий и упорный «боец». Европейская интеграция кажется единственной формой для выживания европейского образа жизни в условиях нынешней международной конкуренции, при которых размеры, экономическая и военная сила европейских государств не оставляет ни одному из них шансов противостоять по отдельности нарождающимся экономическим державам. Представляется, что краткосрочный горизонт восприятия значительной части европейского общества и его государственное мышление (вернее, отсутствие такового) не готовы к осмыслению этого факта.

На последней волне распада многоуровневой системы (конституционной или нет) всё большее количество маргиналов, долгое время на словах поддерживавших правила «клуба», почувствовало, что теперь они могут «свалить» и в массовом порядке выйти из международных структур и договорных режимов, часто в тот момент, когда некоторый международный орган говорит о них неудобную правду. Пока надгосударственные нормативные ожидания игнорировались только более бедными и менее значительными государствами, это отклонение легко можно было игнорировать как проблему маргиналов (которые в любом случае не считаются настоящими конституционными демократиями). Но как только эти же изгои становятся влиятельными на надгосударственной сцене, от них уже нельзя отмахнуться как от маргиналов. Они начали принимать участие в выработке международных норм, формируя их в соответствии со своими предпочтениями (что ведёт к общему снижению уровня нормотворчества). Наконец, терпимо отнесясь к не отвечающему высоким стандартам поведению бывших маргиналов, некоторые члены элитного «клуба» обрадовались возможности освободиться от неудобств внешнего контроля. В результате затронутые подобными процессами международные организации, опасаясь, что из них выйдут и другие члены (и в конечном счёте они прекратят существование), ещё сильнее понижают якобы разделяемые всеми, то есть общие, стандарты, чтобы сохранить «клиентов». Соответствие решени-

ям, мнениям и взглядам надгосударственных институтов на уровне отдельных государств долгое время признавалось ахиллесовой пятой многоуровневого конституционализма. Чем более сложной должна быть мера, реализующая эти акты и позиции, и чем дальше она удаляется от местной конституционной самоидентификации (идентичности, культуры или традиции), тем в меньшей степени публичная власть желает расхотеть свой локальный политический капитал и принимать соответствующие национальные меры, которые удовлетворяют надгосударственных акторов. Недавним примером такого сопротивления стал отказ Великобритании пересмотреть свой общий запрет на голосование заключённых в свете решений ЕСПЧ<sup>65</sup>. По крайней мере поначалу, этот вопрос был гораздо менее острым в других странах, однако сопротивление Великобритании поощрило суды и национальные правительства бросить вызов принципу избирательных прав и полномочиям ЕСПЧ в этой области<sup>66</sup>.

В своём противостоянии с региональными и международными обязательствами и стандартами в области прав человека национальные правительства не одиноки. Национальные суды, особенно конституционные, уже на протяжении десятилетий испытывают давление, направленное на согласование надгосударственных конституционных стандартов и стандартов в области прав человека с требованиями национальных конституций. Как сказано выше, с самого решения по делу *Маастрихт* Конституционный суд Германии стремился укрепить свои позиции при установлении конституционных требований перед

<sup>65</sup> См.: ECtHR. *Hirst v. the United Kingdom* [GC]. Application no. 74025/01. Judgment of 6 October 2005. Прецедент был создан в следующем решении: ECtHR. *Greens and M.T. v. the United Kingdom*. Application nos. 60041/08 and 60054/08. Judgment of 23 November 2010. Ввиду отказа Великобритании действовать, в сентябре 2013 года ЕСПЧ прекратил отсрочку по более чем 2000 жалоб от британских заключённых и начал рассматривать дела.

<sup>66</sup> Например, в 2015 году Россия внесла поправки в Закон о Конституционном Суде, позволяющие последнему принимать решения о согласии или несогласии с международными обязательствами в области прав человека. Этим правом Суд воспользовался в решении от 19 апреля 2016 года № 12-П (*Анчугов и Гладков против России*). Британская антиевропейская риторика очень близка к российскому подходу.

лицом нарастающего давления европейских структур. Со временем некоторые конституционные суды вдохновились этим примером и определили те свойства внутригосударственной конституционной системы, которые не могут быть устранены или пересмотрены, временами конструируя из политического неповиновения конституционную идентичность<sup>67</sup>.

Многоуровневый конституционный эксперимент живёт взаимодействием своих акторов: без искренней приверженности и сотрудничества надгосударственные процессы становятся бессмысленной игрой в напёрстки. Чтобы скрыть менее заметные расхождения, теория надгосударственного конституционного развития часто маскирует разногласия и противоречия под видом диалога, или, если оппозиция со стороны определённого государства носит совершенно недвусмысленный характер, её приписывают принципиальному чувству исключительности<sup>68</sup>. Разумеется, когда страна формально выходит из международной организации, объяснять разногласия уже бессмысленно.

Тем не менее с точки зрения конституционализма главная угроза исходит от национальных государств, стремящихся утвердить свой национальный суверенитет над надгосударственными акторами, стандартами или обязательствами. Это может оказать серьёзное негативное влияние на конституционализм в тех странах, где он в годы многоуровневого эксперимента частично интегрировался в международную сеть. В национальной конституционной системе может возникнуть новая брешь, если обращаться исключительно к страдающей конституционными проблемами национальной конституционной идентичности. Ведь для демократической составляющей конституционализма политика идентичности означает неуважение к меньшинствам, нетерпимость, манию безопасности, цензуру, подавление гражданского общества. Это ставит под угрозу конституционализм в «зрелых» демократиях. Тревогу вызывает возвращение неотрефлексированной примитивной национальной идентичности, основан-

ной на изоляционизме и пренебрежении к окружению, а потенциально и к глобальному политическому сообществу. Национальный провинциализм, которым проникнуты претензии на конституционную идентичность, ограничивает гражданина узким пространством проживаемого (и манипулируемого) личного опыта, лишённого горизонта.

Система, которая настолько зависит от (нередко воображаемой) динамики конвергенции и взаимного доверия, податлива, а её крушение может быть невероятно быстрым. Силу национального государства демонстрирует вызвавший шок Брексит, ставший сигналом для снижения степени евроинтеграции и других стран. По иронии судьбы, предлогом для распада стала защита национального конституционализма, понимаемого как неограниченный парламентский суверенитет. Конституционная идентичность созвучна с популярными и populistскими настроениями на внутригосударственной политической сцене.

Регресс может принимать различные формы. Хотя упоминание «национальной идентичности» не взаимозаменяемо с «национальной конституционной идентичностью», признаваемой в Договоре о ЕС<sup>69</sup>, когда правительства Венгрии (в 2010 году) и Польши (в 2015-м) начали перестройку внутригосударственной конституционной инфраструктуры, они хотели воспользоваться «аварийным люком» в виде аргумента о «конституционной идентичности», делаящим возможным отход от общеевропейских конституционных трактовок и ценностей. Даже в этой наиболее интегрированной надгосударственной конституционной организации не было институциональных механизмов, способных что-то сделать с отклонениями от якобы всеми разделяемых основных конституционных обязательств. Это наводит на мысль о глубоко неоднозначном отношении ключевых конституционных акторов к многоуровневому конституционному эксперименту в Европе<sup>70</sup>. И всё же кажется, что успех многоуровневого кон-

<sup>69</sup> См.: *Claes M., Reestman J.-H.* The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case // *German Law Journal*. Vol. 18. 2015. No. 4. P.917–970.

<sup>70</sup> См.: *Kochenov D., Pech L.* Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality // *European Constitutional Law Review*. Vol. 11. 2015. No. 3. P.512–540.

<sup>67</sup> См.: *AB*. 22/2016 (XII. 5.).

<sup>68</sup> См.: *Nolte G., Aust H. Ph.* European Exceptionalism? // *Global Constitutionalism*. Vol. 2. 2013. No. 3. P.407–436.

ституционализма по-прежнему в большой степени зависит от наиболее привычных конституционных акторов — национальных правительств.

## **6. Заключение: снова о многоуровневом конституционализме**

Изначальные надежды на то, что многоуровневый конституционный эксперимент сможет ограничивать национальных конституционных акторов посредством надгосударственных процедур, не оправдались. Многомерные конституционные конфликты приводят к фрагментации системы и создают доступные возможности для отката назад. Разумеется, наибольшее беспокойство вызывает наделение исполнительной власти неконтролируемыми полномочиями в сочетании с усилением представлений о национальной исключительности в области конституционной идентичности.

Ущербность надгосударственных законодательных процессов с демократической точки зрения вызывает озабоченность не только потому, что «народ» лишён голоса в этих специфических процедурах. Национальная конституционная система в значительной мере утратила релевантность с точки зрения обеспечения дискуссий и артикуляции разногласий по вопросам, представляющим общественный интерес. Это произошло отчасти потому, что эти вопросы на национальном уровне перестали оформляться в виде правовых норм, а отчасти потому, что демократические процессы внутри государств мало влияют на надгосударственный уровень, где и принимаются решения. Конечно, надгосударственные судебные процедуры в отдельных случаях могут оказывать корректирующее воздействие. И всё же судебные разбирательства в некотором ограниченном числе случаев не могут и не должны заменить (и не заменят) настоящего публичного обсуждения и демократического легитимного принятия решений.

Пока что кажется, что принятия желаемого за действительное, взаимного доверия и взаимного давления равноправных игроков недостаточно для перезагрузки, которая привела бы к стабилизации многоуровневого конституционного эксперимента. Недавнее возрождение претензий на националь-

ную конституционную идентичность наводит на мысль о том, что большие надежды на конвергенцию не подкреплялись, увы, ничем другим, кроме творческой силы самих же больших надежд.

Неясно, в какой мере существующие институты (например, надгосударственные суды) смогут или пожелают противостоять этому или мобилизовать такое сопротивление. Катализатором дальнейшей интеграции могут стать институциональные интересы межгосударственных акторов и даже соображения демократической политики на национальном уровне. Существуют участники, заинтересованные в развитии многоуровневой системы. Среди них не только политики и политические институты, но и коммерческие компании, а также граждане, озабоченные возможной утратой средств к существованию *в отсутствие* глобализации. Они также обеспокоены будущим ценностей, которыми они дорожили, но до сих пор не пытались защитить. Утраты, якобы связанные с глобализацией, привели к фрустрации, вызывающей гнев (который, как ни странно, для популистов стал уважаемым чувством). Возможно, утрата преимуществ глобализации может мобилизовать людей схожим образом.

Конституционализм казался полезным как ярлык для объяснения надгосударственного конституционного эксперимента: он придавал ему серьёзность, уникальное ощущение идентичности (что выглядит теперь некоторой иронией судьбы) и даже обещание великой будущности. Но как только джинн многоуровневого конституционализма был выпущен на свободу, он обратился против своих хозяев. Он начал жить собственной жизнью, угрожая самим основаниям, которые призван был защищать.

Речь идёт об объяснении отношений правительств и их должностных лиц с властью, а не просто о наклеивании вымышленных ярлыков. Возможно, конституционализм — абстрактное понятие, но это понятие описывает границы повседневного осуществления политической власти в некотором политическом сообществе. Взаимодействие между конституционными акторами в многоуровневом контексте привело к расширению полномочий исполнительной власти без серьёзного конституционного контроля и сформировало массив новых правовых норм без ясного де-

мократического мандата. В ходе этого процесса взаимное доверие, на котором изначально был основан многоуровневый конституционный эксперимент, начинает медленно исчезать: столкновения между национальными государствами демонстрируют ещё большие различия между ними по фундаментальным вопросам. Последовавшая за этим реакция против глобализации наполняет национальный суверенитет новой жизнью. Возможно, настало время заманить джинна обратно в бутылку, прежде чем он сможет подорвать единственную силу, которая ещё в состоянии удержать суверена в узде, то есть конституционализм, каким он был до многоуровневого эксперимента. Это не просто боевой клич к реставрации конституционной демократии в том виде, в каком она пребывала до возникновения постнациональной системы. При том уровне взаимозависимости государств, который налицо сейчас, возвращение к герметичному национальному конституционализму маловероятно. Национальные конституции из-за своей открытости надгосударственным влияниям слабо защищают граждан от деятельности (и сбоев) многоуровневой сети. Если национальные суды настаивают на национальном стандарте, отличающемся от надгосударственного, обосновывая это необходимостью защиты конституционной идентичности, они рискуют подвергнуться остракизму за нежелание сотрудничать. Если национальные суды адаптируют национальные конституционные стандарты с целью «примирения» национального права с надгосударственными стандартами, они могут снизить уровень защиты, которую раньше предоставляла национальная конституция. Таким образом, национальная конституционная идентичность в контексте многоуровневого конституционализма становится одновременно и благом и злом.

Библиографическое описание:

Уйтц Р., Шайо А. Суверен наносит ответный удар: судебная перспектива многоуровневого конституционализма в Европе // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1 (122). С. 33–53.

## The sovereign strikes back: a judicial perspective on multi-layered constitutionalism in Europe

Renáta Uitz

Professor, Chair of the Comparative Constitutional Law Program of the Central European University, Budapest, Hungary (e-mail: uitzren@ceu.hu).

András Sajó

Professor, Central European University, Budapest, Hungary; Judge, European Court of Human Rights (2008–2017) (e-mail: sajoand@ceu.edu).

### Abstract

This article covers current trends in global constitutional development. For many years, so-called multilevel or multi-layered constitutionalism achieved remarkable progress. New supranational actors were established that received various competencies from nation states via delegation. A typical example of this was the creation of international courts for the protection of human rights, the best known of which is the European Court for Human Rights. Another well-known example is the project of European integration that resulted in the establishment of the European Union. However, the process of transferring competencies to supranational institutions has shown a dip in progress over the past few years because of the opposition of some states. An important reason for refusing the further internationalization of constitutional law is to preserve the so-called constitutional identity of these nation states. The authors of this article provide an ambivalent assessment of this new trend. On the one hand, the isolation of nation states, especially of the governments of these nation states, from influence from abroad, which could negatively impact human rights protection in those countries. On the other hand, the established model of multilevel constitutionalism suffers from some serious defects. The most important of these defects that supranational institutions are not sufficiently controlled by democratically legitimate authorities. Moreover, they have not become such authorities themselves. Due to the lack of democratic control, the governments of nation states obtain additional opportunities to influence supranational institutions and, through them, their own countries. These opportunities refer to competencies that are typically limited under national constitutions.

### Keywords

constitutionalism; democracy; human rights; supranational; globalisation; constitutional identity.

### Citation

Uitz R., Sajó A. (2018). Suveren nanosít otvetnyy udar: sudebnaya perspektiva mnogourovnevnogo konstitutsionalizma v Evrope [The sovereign strikes back: a judicial perspective on multi-layered constitutionalism in Europe]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 1 (122), pp. 33–53. (In Russian).

### References

- Baer S. (2010) A Closer Look at Law. Human Rights as Multi-Level Sites of Struggles Over Multi-Dimensional Equality. *Utrecht Law Review*, vol. 6, no. 2, pp. 56–76.
- Benvenisti E. (1999) Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, no. 4, pp. 843–854.
- Claes M. (2006) *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford: Hart Publishing.

- Claes M., Reestman J.-H. (2015) The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case. *German Law Journal*, vol. 18, no. 4, pp. 917–970.
- De Búrca G. (2012) The ECJ and the International Legal Order: A Re-Evaluation. In: De Búrca G., Weiler J. H. H. (eds.) *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 105–149.
- Dixon R., Landau D. (2015) Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, no. 3, pp. 606–638.
- Dulitzky A. E. (2015) An Inter-American Constitutional Court? The Invention of Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, vol. 50, no. 1, pp. 45–93.
- Forcese C., Roach K. (2010) Limping into the Future: The U.N. 1267 Terrorism Listing Process at the Crossroads. *George Washington International Law Review*, vol. 42, no. 2, pp. 217–277.
- Frankenberg G. (2016) In Verteidigung des Lokalen – Odd Details als globalisierungskritische Marker im Verfassungsvergleich. *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 49, no. 3, pp. 263–277.
- Gelter M., Siems M. (2015) Networks, Dialogue or One-Way Traffic? An Empirical Analysis of Cross-Citations Between Ten of Europe's Highest Courts. In: Andenas M., Fairgrieve D. (eds.) *Courts and Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 200–212.
- Genser J., Barth K. (2014) Targeted Sanctions and Due Process of Law. In: Genser J., Stagno Ugarte B. (eds.) *The United Nations Security Council in the Age of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 195–246.
- Gongora-Mera M. E. (2011) *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José: IIDH, Inter-American Institute of Human Rights.
- Grimm D. (2010) The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: Dobner P., Loughlin M. (eds.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, pp. 3–22.
- Groppi T., Ponthoreau M.-C. (eds.) (2013) *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford: Hart Publishing.
- Habermas J. (2001) The Postnational Constellation and the Future of Democracy. In: Habermas J. *The Postnational Constellation: Political Essays*, M. Pensky (ed., trans.), Cambridge, MA: MIT Press, pp. 58–112.
- Halliday T. C., Shaffer G. (2015) Transnational Legal Orders. In: Halliday T. C., Shaffer G. (eds.) *Transnational Legal Orders*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 3–72.
- Jachtenfuchs M., Krisch N. (2016) Subsidiarity in Global Governance. *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, no. 2, pp. 1–26.
- Jackson V. (2010) *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press.
- Joerges Ch. (2006) Constitutionalism in Postnational Constellations: Contrasting Social Regulation in the EU and in the WTO. In: Joerges Ch., Petersmann E.-U. (eds.) *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford: Hart Publishing, pp. 491–527.
- Kochenov D., Pech L. (2015) Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality. *European Constitutional Law Review*, vol. 11, no. 3, pp. 512–540.
- Kumm M. (2013) The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, no. 2, pp. 605–628.
- Law D. S., Chang W.-Ch. (2011) The Limits of Global Judicial Dialogue. *University of Washington Law Review*, vol. 86, no. 3, pp. 523–577.
- Lord Lester of Herne Hill (1995) The European Convention on Human Rights in the New Architecture of Europe. *A Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 38, pp. 223–236.
- Loughlin M. (2010) What is Constitutionalization? In: Dobner P., Loughlin M. (eds.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, pp. 47–69.
- Madsen M. R., Alter K. J., Helfer L. (2016) How Context Shapes the Authority of International Courts. *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, no. 1, pp. 1–36.
- Maduro M. P. (2007) Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism. *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, no. 2, pp. 137–152.
- Martinico G., Pollicino O. (2012) *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar.
- Martinico G. (2016) Constitutionalism, Resistance and Openness: Comparative Reflections on Constitutionalism in Postnational Governance. *Yearbook of European Law*, vol. 35, no. 1, pp. 318–340.
- Müller J.-W. (2007) *Constitutional Patriotism*, Princeton: Princeton University Press.
- Nolte G., Aust H. Ph. (2013) European Exceptionalism? *Global Constitutionalism*, vol. 2, no. 3, pp. 407–436.
- Pernice I. (1999) Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? *Common Market Law Review*, vol. 36, no. 4, pp. 703–750.
- Peters A. (2006) Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, pp. 579–610.
- Rosenfeld M. (2010) *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, London; New York: Routledge.
- Sadurski W. (2015) Supranational Public Reason: On Legitimacy of Supranational Norm-producing Authorities. *Global Constitutionalism*, vol. 4, no. 3, pp. 396–427.
- Scheppele K. L. (2010) The International Standardization of National Security Law. *Journal of National Security Law and Policy*, vol. 4, no. 2, pp. 437–453.
- Slaughter A.-M. (2003) A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no. 1, pp. 191–219.
- Teubner G. (1997) "Global Bukowina": Legal Pluralism in World Society. In: Teubner G. (ed.) *Global Law Without a State*, London: Dartmouth Publishing Company, pp. 3–30.
- Tushnet M., Khosla M. (2015) Unstable Constitutionalism. In: Tushnet M., Khosla M. (eds.) *Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 3–17.
- Voßkuhle A. (2010) Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund. *European Constitutional Law Review*, vol. 6, no. 2, pp. 175–198.
- Walker N. (2010) Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate. In: Tuori K., Sankari S. (eds.) *The Many Constitutions of Europe*, London; New York: Routledge, pp. 143–167.
- Walker N. (2015) *Intimations of Global Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Weiler J. H. H. (1991) The Transformation of Europe. *Yale Law Journal*, vol. 100, no. 8, pp. 2403–2483.
- Yeh J.-R., Chang W.-Ch. (2008) The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. *Penn State International Law Review*, vol. 27, no. 1, pp. 89–124.