КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО, КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУДЕБНЫЙ ПРОЦЕСС, МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО В СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ПЕРСПЕКТИВЕ

СРАВНИТЕЛЬНОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО — НЕЗАМЕНИМЫЙ ИНСТРУМЕНТ ДЛЯ СОЗДАНИЯ ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА*

БАРТОЛЕ Серджио, почетный профессор конституционного права, Университет Триеста
Италия, г. Триест
E-mail: mr_a@mail.ru

В статье рассматриваются задачи и перспективы развития сравнительного конституционного права на современном этапе. Возросшее внимание к данной тематике объясняется как продолжающимся распространением транснационального конституционного права, так и повышением значимости национальной конституционной идентичности.

Цель исследования — выявление роли сравнительного конституционного права в формировании современной модели транснационального права.

Для достижения заявленной цели автором исследуются современные концепции развития права на европейском пространстве, включающие концепцию европейского конституционного наследия и концепцию кондициональности. Автор отмечает, что современные тенденции глобализации и интеграции диктуют необходимость использования новых подходов к проведению сравнительно-правовых исследований, предполагающих переход от фрагментарного изучения опыта различных национальных правовых порядков к изучению глобального правового пространства, построенного на основе опыта национальных государств.

Подчеркивается значимость сравнительных конституционных правовых исследований при проведении оценки конкретных конституционных положений отдельных государств. В связи с этим отмечается роль Венецианской комиссии в проведении соответствующих исследований, которые не ограничиваются лишь анализом текста соответствующих нормативных положений, но и учитывают их толкование и применение на практике.

В работе обосновывается вывод, что развитие как национальных правовых порядков, так и общего наднационального правового порядка в духе соблюдения общепризнанных принципов и ценностей конституционализма должно основываться на объединении усилий всех субъектов, включая судей, юристов, ученых и специалистов в области права. Это особенно актуально в тех случаях, когда наблюдается отсутствие политической воли либо когда усилия, предпринимаемые национальными властями, ограничиваются декларацией общих намерений или формулированием общих принципов.

Ключевые слова: конституционное сравнительное право, конституционализм, европейское конституционное наследие, кондициональность, Европейский Союз, Венецианская комиссия, Европейский суд по правам человека.

COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW — AN INDISPENSABLE TOOL FOR THE CREATION OF TRANSNATIONAL LAW

S. BARTOLE, Emeritus professor of constitutional law, University of Trieste
1, Piazzale Europa, Trieste (Italy), 34127
E-mail: mr_a@mail.ru

The article deals with tasks and prospects of comparative constitutional law at the present stage. Increasing attention is being paid to the study of comparative constitutional law, thanks both to the expansion of transnational constitutional law and to the increasing relevance of the legal value of national constitutional identities.

The aim of the study is to identify the role of comparative constitutional law in the formation of modern model of transnational law.

To achieve this aim, the author examines the modern concept of development of law in the European space, including the concept of European Constitutional Heritage and the concept of conditionality. The author notes that current trends of

* Перевод выполнен ведущим научным сотрудником отдела конституционного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ кандидатом юридических наук А. Е. Помазанским. Оригинал статьи на англ. яз. см.: *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13, iss. 4, pp. 601—610. DOI: 10.1017/S1574019617000293.

globalization and integration dictate the need for new approaches to comparative law researches imposing a transition from the fragmentary experience of the various national legal orders to a global legal space constructed from the raw materials of national experiences.

Special attention is paid to the importance of comparative constitutional legal studies at the evaluation of specific constitutional provisions of individual states. In this regard the author emphasizes the role of the Venice Commission which does not limit its analysis to the relevant written constitutional and legislative provisions, but also thinks ahead by taking their concrete interpretation into account.

Based on the conducted research, the author has concluded that the development of national legal orders and the common supranational legal order in a spirit of respect for the universally recognized principles and values of constitutionalism, should be based on the combined efforts of all actors, including judges, lawyers, scholars and experts in the field of law. It is of special current interest when there is a dearth of political initiative, or when intervention is limited to grandiose proclamations or the invocation of general principles, effectively leaving room for the other dramatis personae to develop the work in progress.

Keywords: comparative constitutional law, constitutionalism, European Constitutional Heritage, conditionality, the European Union, Venice Commission, European Court of Human Rights.

DOI: 10.12737/art.2018.1.5

В последнее время все большее внимание уделяется изучению сравнительного конституционно-го права в связи как с распространением транснационального конституционного права, так и повышением значимости и правовой ценности национальной конституционной идентичности. Другие явления, такие как, например, международный мониторинг национальных конституционных систем, отражают эволюцию культурной и политической дискуссии по этому вопросу и одновременно способствуют ей. Как показывают недавние исследования, сравнительное конституционное право по-прежнему остается предметом научных дискуссий и обсуждений. Несколько лет назад в работе, посвященной исследованию доктринального конструктивизма в области конституционного права, Армин фон Богданди сформулировал стратегию реагирования на вызовы, стоящие перед европейской школой конституционного права, в которой подчеркнул возрастающее значение «сравнительного конституционализма на европейской правовой арене»¹. В недавнем исследовании Марк Ташнет поднял вопрос о снижении значимости традиционных границ (предмет, содержание и география) сравнительного права, характеризующих его как научную дисциплину. Размывание этих границ сделало практически невозможным установление четкого разграничения между сравнительным правом и правом в целом². Аналитическое сопоставление приведенных выше мнений двух авторитетных ученых позволяет поразмышлять над текущими дискуссиями о важности исследования сравнительного конституционного права. В представленной статье попытаемся продолжить исследование данной темы, сосредоточив внимание на Европейском пространстве.

Европейская перспектива. У читателя может возникнуть закономерный вопрос: обусловлены ли различия между позицией А. фон Богданди и позицией М. Ташнета различиями в географических и культурных областях, в рамках которых оба автора проводят свои исследования? Очевидно, что подход А. фон Богданди исходит из европейской перспективы и придает особое значение продолжающемуся формированию европейского правового порядка, который согласно его исследовательской гипотезе может придать новый импульс реализации проекта, получившего название *ius publicum europaeum* (право европейских народов) и являющегося «надежной основой для обсуждения и применения» его доктринальных аспектов, которые, видимо, выходят за рамки существования правовой системы Европейского Союза. Впрочем, такой подход также не лишен определенных дискуссионных моментов. Сравнительные исследования в области права могут внести важный вклад в определение основных особенностей и черт европейского права, имеющих общий и обязательный характер как для всех государств-членов, так и для руководящих органов Европейского Союза. Данные тенденции получили отражение в юридической литературе путем использования в качестве отправной точки для исследования понятия так называемого «европейского конституционного наследия».

Это понятие, которое означает совокупность принципов, лежит в основе общей конституционной культуры Европы, даже несмотря на имеющиеся различия в его толковании и применении в различных национальных конституционных порядках³. В рамках европейского наднационального межгосударственного образования интеграция конституционного опыта заинтересованных государств достигается посредством конституционного дискурса, который «должен представлять собой разговор многих участников кон-

¹ Von Bogdandy A. The Past and Present Of Doctrinal Constructivism: A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe // International Journal of Constitutional Law. 2009. No. 7. P. 364—400.

² См.: Tushnet M. The Boundaries of Comparative Law // European Constitutional Law Review. 2017. No. 13. P. 13.

³ См.: Rousseau D. European Constitutional Heritage: a Condition for European Constitutional Law // The Federalist. 1997. No. XXXIX. P. 57—60.

ституционного правотолковательного сообщества»⁴. Это сообщество включает, в частности, судей Европейского суда и судей национальных судов. При этом рассматриваемая концепция не только способствует учету общих конституционных доктрин европейских государств, но и имеет практическое, а не просто познавательное значение. Полезно напомнить, что истоки нынешних представлений об этой концепции естественным образом связаны с расцветом прецедентного права Европейского суда в отношении основных прав человека. Несомненно, что на протяжении многих лет данный суд занимается изучением общих конституционных традиций различных государств — членов Европейского Союза⁵. Значимость европейских конституционных традиций была признана даже конституционными судами новых государств — членов Европейского Союза. Например, в своем Лиссабонском решении польский Конституционный трибунал подтвердил «официальный характер конституционных традиций, которые являются общими для государств-членов»⁶. И результаты такой судебной деятельности не были оставлены без внимания конституционными и обычными законодательными органами соответствующих государств.

Алессандро Пиццоруссо⁷ справедливо предполагает, что сущность европейского конституционного наследия можно установить с использованием методов сравнительного правоведения и моделирования, которые в свою очередь определяют соответствующие особенности внутренних правовых порядков государств-членов. В использовании данной концепции заинтересованы не только судьи и законодатели. Международные органы используют аналогичный подход при осуществлении контроля соблюдения государствами-членами своих основополагающих принципов и ценностей. Консультативный мандат Венецианской комиссии предусматривает налаживание диалога с государствами — членами Со-

вета Европы и контроль реализации положений правовой системы Совета, направленный на обеспечение соблюдения основополагающих принципов и ценностей, которые был призван гарантировать этот институт при его создании⁸.

В этом проявляется общеизвестный эффект принципа кондициональности⁹. Исследователи признали его важность в период после падения Берлинской стены, когда бывшие коммунистические и советские государства впервые начали добиваться вступления в Совет Европы, а затем и членства в Европейском Союзе. Венецианская комиссия сыграла решающую роль в консультировании и поддержке демократических преобразований в Центральной и Восточной Европе. В этом процессе участвовали и другие европейские органы. Учреждениям Совета Европы предоставлено право отклонять просьбы о присоединении или вводить санкции, если его контролирующий орган считает, что действия государства-члена нарушают принятые нормы.

В рамках Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе Управление по демократическим институтам и правам человека оказывает поддержку и содействие демократии и верховенству права путем наблюдения за выборами, оценки законодательства и предоставления консультаций национальным правительствам по вопросам развития их демократических институтов. В обоих случаях (Совет Европы и Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе) под функционированием системы подразумевается разработка руководящих принципов конституционной инженерии и установление мер по оценке режима прав и свобод, основанных на национальных традициях европейского конституционализма. Аналогичный подход используется Комиссией Европейского Союза при осуществлении контроля соблюдения государствами-кандидатами *acquis communautaire*, или в случае необходимости проведения государствами-членами реформ для обеспечения соответствия требованиям, установленным обязательными нормами¹⁰.

Сохраняющаяся ценность сравнительного конституционного права. Если мы примем во внимание европейский аспект концепции А. фон Богданди, то сможем лучше понять выводы М. Ташнета, представленные в его работе. Рассматривая общую экспансию правовой сферы в свете «неизбежной гло-

⁴ Weiler J. H. H. European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order // *Political Studies*. 1996. No. XLIV. P. 532.

⁵ См., например: Европейский суд. Дело № 11/70. 17 декабря 1970 г. Internationale Handebgeselbchaft GmbH/Einfuhr und Voratstelle fuer Gerteide und Futtermittel.

⁶ Wendel M. Comparative Reasoning and the Making of a Common Constitutional Law // *International Journal of Constitutional Law*. 2013. No. 11. P. 981. Но, например, в своем решении № 22/2016 (XII. 5) в отношении прав мигрантов и обращения с ними Конституционный суд Венгрии признал, что защита конституционной идентичности возлагается на Европейский суд, и в то же время подтвердил свои полномочия по обеспечению гарантий венгерского суверенитета и защите национальной идентичности в отношении мер, принятых руководящими органами Европейского Союза.

⁷ См.: Pizzorosso A. Il patrimonio costituzionale europeo. Il Mulino, 2002. P. 16.

⁸ См.: Bartole S. Conditionality and Living Constitution // *New Millennium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenges* / ed. by G. G. Harutyunyan. Njar, 2013. P. 157.

⁹ См.: Checkel J. T. Compliance and Conditionality. Arena Working Papers WP 00/18, 1.

¹⁰ См., например: Sedelmeier U. Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Compliance in the New Member States: a Research // *Apres Enlargement: Legal and Political Responses in Central and Eastern Europe* / eds. by W. Sadurski et al. Robert Schuman Centre, 2006. P. 145.

бализации конституционного права»¹¹, он сосредоточивает внимание на результате данного процесса, который не ограничивается лишь Европейским континентом и характеризуется возрастающим размытием географических границ, традиционно определяющих область исследования сравнительного права.

Однако, поскольку в настоящий момент этот процесс приобрел неуклонный и постоянный характер, мы не считаем, что изучение опыта различных национальных конституционных систем утратило актуальность. На наш взгляд, процесс глобализации конституционного права диктует необходимость использования методологии сравнительного правоведения. Даже в рамках Европейского Союза географические границы государств все еще продолжают существовать¹², и мы должны учитывать их, если хотим понять неизбежный и трудный процесс балансирования, включающий сохраняющийся остаточный суверенитет государств и их основные конституционные особенности, с одной стороны, и необходимость формирования транснационального (или международно-го)¹³ права Европейского Союза — с другой.

В такой ситуации юристы сталкиваются с положениями Договора о Европейском Союзе, которые гарантируют сохранение конституционной идентичности государств-членов и одновременно с этим требуют соблюдения общих принципов и ценностей, следование которым является одним из условий продолжения членства. Все это требует использования сравнительного подхода. Выявление конституционной идентичности государства подразумевает его сопоставление с другими государствами, при этом их общие традиции устанавливаются путем изучения многообразия традиций, существующих в соответствующих государствах. Если мы откажемся от сравнительной конституционной оценки при изучении европейского права, то невольно отдадим предпочтение монистическому подходу, рискуя при этом лишиться достоинств и преимуществ плюралистического подхода, предложенного Мигелем Мадуро¹⁴.

Возникновение общего, глобального правового пространства, характеризующегося отсутствием тра-

диционных границ, вероятно, будет зависеть от постепенного проявления последствий глобализации. Расширение Европейского Союза на региональном уровне можно рассматривать как первый, основополагающий шаг в этом долгом и продолжительном процессе. В настоящий момент на примере Европы мы наблюдаем переход от различных фрагментарных национальных правовых систем к глобальному правовому пространству, построенному на основе опыта и наследия национальных государств.

Поэтому сравнительный методологический подход по-прежнему важен и продуктивен, и не только в целях проведения научных исследований и получения новых знаний. Сравнительный методологический подход может оказаться даже более практичным и полезным, чем в прошлом, что подтверждается европейским опытом. Европейский взгляд обеспечивает конструктивный подход по эту сторону Атлантики, который, возможно, в большей степени подходит для изучения региональных особенностей в рамках более широкого процесса. Межрегиональные процессы, как представляется, более часто попадают в поле зрения исследователей, которые рассматривают данное явление с другой точки зрения.

Авторитарные тенденции и европейские конституционные традиции. Начиная с 1989 г. после падения Берлинской стены функции мониторинга, осуществляемые международными учреждениями, приобрели важное значение в контексте того, что было определено в фундаментальной статье Брюса Аккермана как «подъем мирового конституционализма»¹⁵. В настоящее время контрольные или мониторинговые органы выполняют также консультативные функции, которые призваны содействовать распространению конституционализма в новые сферы общественной жизни.

В конце XX в. бывшие члены Варшавского договора активно участвовали в процессе вступления в Совет Европы, а позднее и в Европейский Союз. В связи с этим встал вопрос о том, насколько данные государства соответствуют основополагающим принципам и ценностям данных европейских наднациональных институтов. При этом никогда не существовало опасности потери собственного суверенитета, поскольку рассматриваемые государства добровольно согласились принять внешние рекомендации и контроль со стороны компетентных органов в рамках пакета мер по присоединению — он не был навязан им извне¹⁶. В целях обеспечения реализации своих мониторинговых функций наднациональные органы разработали критерии проведения оценки привержен-

¹¹ *Tushnet M.* The Inevitable Globalization of Constitutional Law. Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series Paper. No. 09-06.

¹² Как в нормативном, так и в институциональном отношении право Европейского Союза сохраняет тесную связь с правовыми системами государств-членов (подробнее см.: *Tuori K.* Transnational law: on Legal Hybrids and Legal Perspectivism / *Maduro M.* et al. Transnational Law Rethinking European Law and Legal Thinking. Cambridge University Press, 2014. P. 21).

¹³ Подробнее о данном терминологическом вопросе см.: *Tuori K.* Op. cit.

¹⁴ См.: *Maduro M.* Three Claims of Constitutional Pluralism // *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* / eds. by *M. Avbelj, J. Komarek.* Hart, 2012. P. 67.

¹⁵ *Ackerman B.* The Rise of World Constitutionalism // *Virginia Law Review.* 1997. No. 83. P. 771.

¹⁶ Данный вопрос не получил достаточного внимания в работе: *Tushnet M.* Some Skepticism about Normative Constitutional Advice // *William and Mary Law Review.* 2008. No. 49. P. 1473.

ности европейскому конституционному наследию. Данные критерии приобрели нормативное значение сразу после того, как стали носить юридически обязательный характер вследствие применения принципа кондициональности. В рамках описанного процесса поддерживается диалог с соответствующими национальными властями во избежание каких-либо наметок на авторитаризм.

Все это постепенно привело к развитию транснационального (или международного) конституционного права, действующего в соответствии с вышеупомянутым принципом кондициональности. Однако его применение в государствах-членах как Совета Европы, так и Европейского Союза находится под угрозой вследствие появления авторитарных тенденций как ответной реакции на либеральную демократию, якобы оправданных верховенством государственного суверенитета и безопасности, что показали недавние события в России, Венгрии и Польше¹⁷.

Принцип кондициональности в ряде случаев не гарантирует достижения необходимых результатов. После принятия в состав Совета Европы или Европейского Союза некоторые государства нарушили предписанные рекомендации: Польша все еще не полностью выполнила рекомендации по реформированию своего Конституционного суда, которые были представлены руководящими органами Совета Европы и Европейского Союза на основе мнений, принятых Венецианской комиссией, а Венгрия лишь частично приняла аналогичные замечания относительно организации своей судебной власти¹⁸.

Отношение государств, предполагающее непринятие общепризнанных норм или их источников, ставит под угрозу эффективность и полезность сравнительного подхода к определению европейского кон-

ституционного наследия. Но даже в этих случаях сравнительный правовой анализ и толкование могут обеспечить достижение положительных результатов с исторической точки зрения. Комплексная оценка последних событий возможна только путем исчерпывающего изучения авторитарных аспектов упомянутых конституционных реформ в свете исторических европейских традиций, а также конституционных принципов и ценностей других европейских государств, которые послужили основой для последующего развития наднациональных институтов.

Значимость толкования и применения конституционных положений. Сравнительный подход играет определяющую роль в установлении основных элементов соответствующих европейских правовых доктрин в рамках конструктивизма, о чем А. фон Богданди упоминает в своей работе. Сопоставление различных правопорядков также способствует лучшему пониманию национальных особенностей или идентичностей, о которых упоминалось выше, а также различий между ними. Хотя знание текстов конституционных и законодательных положений соответствующих государств при осуществлении контроля приверженности европейскому конституционному наследию, безусловно, необходимо, их эффективное толкование и применение в свете моральных и философских традиций конституционализма имеет не менее важное значение, на что справедливо указывает М. Ташнет. Джованни Богнетти¹⁹ подчеркнул важность сравнительного правоведения при изучении конкретного применения и толкования соответствующих конституционных положений.

Аналогичный подход востребован и в области конституционного мониторинга. Если мы хотим понять реальный опыт конституционного развития, то должны изучить социальный эффект, возникающий в результате того, как понимаются письменные тексты, а также правовые нормы, которые принимаются на основе их толкования. Это не предполагает обязательного следования подходу, основанному на реалистической теории права, поскольку даже это не отменяет необходимости оценки конкретного применения толкований нормативных положений²⁰. В рамках предложенной Г. Кельзенем концепции ступенчатого устройства (Stufenbau) правового порядка практическое судебное или административное толкование и применение конституционных и законодательных положений рассматривается как завершающий этап формирования права²¹. Сравнительный анализ име-

¹⁷ Cooley A. Countering Democratic Norms. *Journal of Democracy*. 2015. No. 26. P. 49.

¹⁸ Важным элементом для понимания общей ситуации является интерпретация поведения институтов Европейского Союза. В то время как дело Венгрии все еще находится в процессе рассмотрения после резолюции Европарламента, принятой в июле 2013 г., Европейская комиссия как в июле 2016 г., так и в декабре 2016 г. предложила Польше реформировать оспариваемое законодательство, касающееся деятельности Конституционного трибунала. В обоих случаях компетентные органы еще не изучили возможности применения ст. 7 Договора о Европейском Союзе. Эти события порождают сомнения относительно природы рассматриваемого транснационального права. Если принятие последующих санкций зависит от политических решений европейских руководящих органов, то было бы разумно классифицировать его как «мягкое право». Во всех других случаях необходимо руководствоваться общими принципами права, гарантирующими возможность обращения к судебной власти (см. недавнюю работу на эту тему: Sadurski W. That Other Anniversary // *The European Constitutional Law Review*. 2017. No. 13. P. 417).

¹⁹ См.: Bognetti G. *Diritto costituzionale comparato Approccio metodologico*. Stem Mucchi Editore, 2011.

²⁰ См.: Weinberger O. *Die Norm als Gedanke und Realitat [The Norm as Thought and Reality]*. *Osterreichische Zeitschrift fur offentliches Recht*. 1970. No. 20. P. 203.

²¹ См.: Kelsen H. *Reine Rechtslehre*. F. Deuticke, 1934. Ch. V, § 31 c-e.

ет смысл, только если мы разрабатываем его доктрины с учетом конкретного практического применения конституционных и законодательных положений.

Опыт Венецианской комиссии по разработке организационных моделей судебной системы наглядно свидетельствует о том, что ее подход особенно актуален в плане осуществления мониторинговых функций. Комиссия часто отмечает, что судебная система должна сохранять независимый статус по отношению к другим ветвям власти в государстве. Новым демократиям Центральной и Восточной Европы была предложена Средиземноморская модель независимых советов судей в качестве институционального инструмента, который мог бы обеспечить независимость и нейтралитет судей²². Вместе с тем Комиссия указала, что в тех странах, где зависимость судебной власти от власти исполнительной является давней традицией, такой подход будет допустим до тех пор, пока в правоприменительной практике будут поддерживаться и соблюдаться независимость и нейтралитет судебных органов²³. Очевидно, что в данном случае Венецианская комиссия не ограничивает свой анализ соответствующими текстуальными конституционными и законодательными положениями, а также думает о будущем, принимая во внимание их конкретное толкование. В фокусе ее внимания также находится вопрос о том, соответствует ли правоприменительная практика конституционному принципу независимости судебных органов.

Превзошло ли «мягкое право» по своему авторитету и значимости традиционное «жесткое право» в соответствии с контрпозицией, высказанной более 30 лет назад?²⁴ «Мягкое право» не влияет на построение правовой теории, поскольку оно сходно или пересекается²⁵ с такими хорошо известными и признанными понятиями, как «джентльменские соглашения»,

«международная вежливость», «необязывающие соглашения» или используемые в английском конституционном праве «конституционные обычаи». Более того, после проведенных Рональдом Дворкиным исследований на эту тему разнообразные последствия, обусловленные воздействием правовых норм, являются часто изучаемым явлением²⁶.

В заключение отметим, что накопленный опыт свидетельствует о следующем: недостаточно просто разработать и предложить какую-либо научную теорию. Требуется также оценка целесообразности ее практического применения для проверки ее обоснованности. Политико-нравственные доктрины, а также исторический опыт конституционализма должны быть интегрированы в сравнительные исследования и исследования конституционного права. Например, история конституционного развития Европы позволяет установить вклад различных государств в распространение идей конституционализма на европейском пространстве.

Некоторые государства с самого начала занимали центральное место в разработке и применении конституционных доктрин, в то время как другие страны по различным политическим и социальным причинам оставались на периферии этих событий либо их участие носило эфемерный или случайный характер. Именно поэтому западноевропейский конституционный опыт так сильно влияет на европейское конституционное наследие²⁷. Политические силы в ряде европейских государств подвергают сомнению обоснованность такого развития, апеллируя при толковании доктрин конституционализма к многовековым национальным традициям, однако в этом случае существует серьезный риск скатиться к историческим анахронизмам²⁸.

События в некоторых странах могут заслуживать определенного внимания, хотя в силу разных причин они не могут восприниматься как памятники европейской конституционной традиции. Примером этого служит Конституция Польши 1791 г., которая никогда не применялась на практике²⁹. Конституционализм в этой стране стал укореняться только после преодоления печального наследия XX в. и падения советской власти. Исторические традиции нельзя использовать для объяснения недавнего конституционного кризиса, хотя польские власти придерживаются обратного мнения.

²² См. критические замечания относительно данного выбора: *Bobek M., Kosar D.* Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe // *German Law Journal*. 2014. No. 15. P. 1257; *Iancu B.* Perils of Sloganised Constitutional Concepts Notably that of "Judicial Independence" // *European Constitutional Law Review*. 2017. No. 13. P. 582.

²³ CDL-PI (2015)001. Однако следует помнить, что, например, в Великобритании недавно были пересмотрены нормативные положения, а также административная практика с тем, чтобы устранить трудности, связанные с их противоречивым применением.

²⁴ См.: *Baxter R.* International Law in "Her Infinite Variety" // *International and Comparative Law Quarterly*. 1980. No. 29(4). P. 549; а также: *Weil P.* Towards Relative Normativity // *International Law. American Journal of International Law*. 1983. No. 77. P. 413.

²⁵ См.: *Peters A., Pagotto I.* Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective. New Modes of Governance Project // *SSRN Electronic Journal*. 2006. Febr.

²⁶ См.: *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. Bloomsbury, 1977. P. 22. Он отграничивает принципы от норм, поскольку первые не требуют применения в режиме «все или ничего».

²⁷ См.: *Bartole S.* Standards of Europe's Constitutional Heritage. *Giornale di storia costituzionale* [Journal of constitutional history]. 2015 No. 30/11. P. 17.

²⁸ См.: *Jarasiunas E.* The Prehistory of Constitutionalism: the Sources or the Archetype // *Jurisprudence*. 2009. No. 118. P. 21.

²⁹ См.: *Palka B. M.* La Costituzione Polacca del 3 maggio 1791: tra tradizione e modernità, 6 *Historia Constitucional (revista electronica)* (2005). P. 285.

В качестве примера можно привести венгерскую Золотую Буллу³⁰, которая в течение XX столетия являлась олицетворением нормативного правового акта, необоснованно предоставлявшего дворянству значительные привилегии. Этот документ является полной противоположностью Великой хартии вольностей, которая и по сей день сохраняет свою актуальность и важность для конституционного развития Великобритании. Следует также подчеркнуть, что положения Золотой Буллы пренебрегали основным принципом равного обращения и недискриминации личности, который заключается в признании достоинства и прав любого человека. Поэтому Булла не создает традиций и примеров для современного венгерского конституционного выбора.

Недавно Венецианская комиссия указала, что традиционный российский и украинский институт прокуратуры не соответствует руководящим принципам, которые гарантируют права человека и верховенство права³¹. Более того, возникли сомнения в совместимости с принципами европейского конституционного наследия положения Конституции России (ст. 131), указывающего на традиции осуществления местного самоуправления, социальную направленность которых высоко оценивал Александр Герцен³².

Общие усилия. Приведенные выше примеры касаются порядка организации публичной власти в государстве, который является предметом пристального внимания со стороны наднациональных институтов в части его соответствия принципам, лежащим в основе верховенства права, принятого Парламентом и Комиссией Европейского Союза³³. Судьи уделяют особое внимание защите прав и основных свобод человека. Даже после принятия Хартии основных прав Европейского Союза проведение сравнительно-пра-

вовых исследований в этой сфере по-прежнему сохраняет свою актуальность. Европейский суд и другие суды продолжают опираться на сравнительные исследования с целью обеспечения соблюдения прав и принципов, которыми должны руководствоваться власти Европейского Союза и его государства-члены. Этот процесс находится в постоянном развитии, обусловленном наличием потенциального конфликта между правом Европейского Союза и правовыми системами государств-членов. Мигель Мадуро, как указывалось выше, справедливо подчеркнул, что в то время как «требование о признании верховенства права Европейского Союза заставляет национальные суды перестраивать даже свои национальные конституционные правопорядки... национальные конституционные концепции также определяют динамику развития права Европейского Союза и как оно учитывает национальные конституционные традиции»³⁴.

Это означает, что судьи и юристы, вовлеченные в этот процесс, участвуют в правотворчестве, в какой-то мере способствуя завершению интеграции положений соответствующих письменных международных договоров, а также национальных конституций и законодательства. В рамках этого процесса мы наблюдаем прогрессивное сближение различных национальных правовых порядков, в том числе даже континентального и общего права, что справедливо отмечает М. Ташнет. Например, принцип *stare decisis* находит свое применение в решениях судей стран, относящихся к романо-германской правовой семье, особенно когда они касаются разработки нормативных нововведений, или при исполнении решений наднациональных судов (Европейского суда и Европейского суда по правам человека).

Ученые и другие специалисты в области права, даже те из них, которые не осуществляют законодательных или судебных функций, традиционно играют важную роль в создании наднациональных правовых порядков, продолжая находить вдохновение в общем правовом наследии государств. При этом в ряде случаев участие конституционных и законодательных органов в этом процессе полностью отсутствует или носит недостаточный характер. Это особенно актуально, когда наблюдается отсутствие политической воли или когда усилия, предпринимаемые национальными властями, ограничиваются лишь декларацией общих намерений или формулированием общих принципов, а фактически предоставляется возможность другим действующим лицам принять участие в завершении данной работы.

Европейская история наглядно демонстрирует примеры такого подхода. Вклад юристов и ученых в формирование международного и транснационального конституционного права в контексте распространения и утверждения общих принципов и ценностей на-

³⁰ См.: *Balogh E.* La formazione della Bolla d'oro e il suo contenuto istituzionale nella storia costituzionale e giuridica ungherese // *L. Besenyei et al.* (eds.). *De Bulla Aurea*. Valdonega, 1999. P. 129.

³¹ CDL-AD(2009)048. Комиссия разделяет мнение Консультативного совета европейских прокуроров, что конституционная история и правовые традиции той или иной страны могут оправдать закрепление за прокуратурой функций, не связанных с уголовным преследованием, однако полагает, что украинская и российская историческая модель организации прокуратуры не соотносится с европейскими стандартами и ценностями Совета Европы: она является недемократическим пережитком прошлого, обладает чрезмерными полномочиями при одновременном отсутствии юридических гарантий, сопоставимых с теми, которые установлены в отношении других аналогичных учреждений.

³² Подробнее см.: *Kelly A. M.* The Discovery of Chance: The Life and Thought of Alexander Herzen. New York Review Books, 2016. P. 24.

³³ Послание Комиссии Европейскому Парламенту и Совету (COM (2014) 158 final/2) и резолюция Европейского Парламента 25 октября 2016 г. (2015/2254(INL)).

³⁴ *Maduro M.* Op. cit. P. 74.

поминает нам о вкладе в развитие *Jus commune* (так называемого общего права) в разных экономических и социальных условиях юристов, судей, нотариусов, адвокатов и особенно ученых-правоведов Средневековья, которые непосредственно принимали участие, как верно отмечает Паоло Гросси³⁵, в рецепции римского права, протекавшей невзирая ни на географи-

ческие, ни на политические границы. И мы не должны забывать о важности влияния на развитие законодательства и судебной практики концепции Савиньи, которая предусматривала формирование единого правового пространства путем применения нового подхода к традиционной юридической практике немецких государств того времени³⁶.

³⁵ См.: Grossi P. *L'Europa del diritto* [The Europe of Law]. Editio Laterza, 2007. P. 48.

³⁶ См.: Von Savigny F. K. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1814.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Ackerman B. The Rise of World Constitutionalism // *Virginia Law Review*. 1997. No. 83.
- Balogh E. La formazione della Bolla d'oro e il suo contenuto istituzionale nella storia costituzionale e giuridica ungherese // L. Besenyei et al. (eds.). *De Bulla Aurea*. Valdonega, 1999.
- Bartole S. Conditionality and Living Constitution // *New Millennium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenges* / ed. by G. G. Harutyunyan. Njar, 2013.
- Bartole S. Standards of Europe's Constitutional Heritage. *Giornale di storia costituzionale* [Journal of constitutional history]. 2015. No. 30/11.
- Baxter R. International Law in "Her Infinite Variety" // *International and Comparative Law Quarterly*. 1980. No. 29(4).
- Bobek M., Kosar D. Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe // *German Law Journal*. 2014. No. 15.
- Bognetti G. *Diritto costituzionale comparato Approccio metodologico*. Stem Mucchi Editore, 2011.
- Checkel J. T. Compliance and Conditionality. *Arena Working Papers* WP 00/18, 1.
- Cooley A. Countering Democratic Norms. *Journal of Democracy*. 2015. No. 26.
- Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. Bloomsbury, 1977.
- Grossi P. *L'Europa del diritto* [The Europe of Law]. Editio Laterza, 2007.
- Iancu B. Perils of Sloganised Constitutional Concepts Notably that of "Judicial Independence" // *European Constitutional Law Review*. 2017. No. 13.
- Jarasiunas E. The Prehistory of Constitutionalism: the Sources or the Archetype // *Jurisprudence*. 2009. No. 118.
- Kelly A. M. *The Discovery of Chance: The Life and Thought of Alexander Herzen*. New York Review Books. 2016.
- Kelsen H. *Reine Rechtslehre*. F. Deuticke, 1934. Ch. V, § 31 c-e.
- Maduro M. Three Claims of Constitutional Pluralism // *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* / eds. by M. Avbely, J. Komarek. Hart, 2012.
- Palka B. M. La Costituzione Polacca del 3 maggio 1791: tra tradizione e modernità, 6 *Historia Constitucional* (revista electronica) (2005).
- Peters A., Pagotto I. Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective. *New Modes of Governance Project* // *SSRN Electronic Journal*. 2006. Febr.
- Pizzorusso A. Il patrimonio costituzionale europeo. Il Mulino, 2002.
- Rousseau D. European Constitutional Heritage: a Condition for European Constitutional Law // *The Federalist*. 1997. No. XXXIX.
- Sadurski W. That Other Anniversary // *The European Constitutional Law Review*. 2017. No. 13.
- Sedelmeier U. Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Compliance in the New Member States: a Research // *Apres Enlargement: Legal and Political Responses in Central and Eastern Europe* / eds. by W. Sadurski et al. Robert Schuman Centre, 2006.
- Tuori K. Transnational law: on Legal Hybrids and Legal Perspectivism / Maduro M. et al. *Transnational Law Rethinking European Law and Legal Thinking*. Cambridge University Press, 2014.
- Tushnet M. Some Skepticism about Normative Constitutional Advice // *William and Mary Law Review*. 2008. No. 49.
- Tushnet M. The Boundaries of Comparative Law // *European Constitutional Law Review*. 2017. No. 13.
- Tushnet M. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series Paper*. No. 09-06.
- Von Bogdandy A. The Past and Present Of Doctrinal Constructivism: A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe // *International Journal of Constitutional Law*. 2009. No. 7.
- Von Savigny F. K. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1814.
- Weil P. Towards Relative Normativity // *International Law. American Journal of International Law*. 1983. No. 77.
- Weiler J. H. H. European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order // *Political Studies*. 1996. No. XLIV.
- Weinberger O. Die Norm als Gedanke und Realität [The Norm as Thought and Reality]. *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. 1970. No. 20.
- Wendel M. Comparative Reasoning and the Making of a Common Constitutional Law // *International Journal of Constitutional Law*. 2013. No. 11.