

**Вестфальская Парадигма и Дуалистическая Теория Претворения Международного
Права: Уроки Северной Америки по Использованию Международного Права в
Национальных Юрисдикциях.**

*Стефан Болак**

Правовое пространство, в рамках которого оперируют государства и решаются международные вопросы, продолжает основываться на Вестфальской модели, с присущей ей дихотомией внутренней/ внешних сфер. Согласно этой модели, конституционные мандаты местных судов должны толковать и применять местное, а не международное право. Последнее может оказывать влияние на решение местных судей, только если, и только до такой степени, до которой национальные юридические предписания в отношении международного права, позволяют ему стать частью национального права. Такая дуалистическая логика представляет определенную проблему в эпоху глобализации и транснационального управления. Возникает вопрос: какие изменения необходимы в методологии толкования и применения закона, которые позволили бы судьям вносить больший вклад в актуализацию такого нормативного взаимопроникновения? Данная статья утверждает, что необходима лишь небольшая поправка в методологии толкования и применения закона, для того чтобы местные суды более систематично привлекали международное право. Действительно, определенные изменения в аргументации, базирующейся на толковании контекста, представляет собой соответствующий способ, обеспечивающий систематическую роль международного права в решениях местных судов.

Кэрон Кноп точно суммировала проблематичность этого вопроса в одной фразе: "Местное право - здесь, а международное право - там"¹. С точки зрения нормативного взаимодействия, действительно существует противоречивая раздвоенность между национальным и международным правом. Другими словами, сфера международного

* Автор выражает благодарность Ольге Завитневич и Никите Степину за перевод и редактирование статьи в ее русском варианте.

¹ *Кноп К.* Here and There: International Law in Domestic Courts // New York University Journal of International Law and Policy. 2000. Vol. 32. P. 504. Перевод с оригинала: "domestic law is 'here' and international law is 'there'."

продолжает рассматриваться как что-то отдаленное и не связанное с национальной сферой. Другой канадский юрист международник, Джон Карри сумел ухватить смысл этого принципиального разделения в следующем определении: "Общественное международное право не столько раздел или область закона, сколько вся правовая система, существенно отличающаяся от национальных законодательных систем, которые регулируют повседневную жизнь внутри государств"². Рассматривая последние тенденции в Канаде по вопросу привлечения международного права в местном законодательстве, автор данной статьи не может не повторить этот неизбежный постулат: "Что касается отношений между международным и местным правом, то ситуация указывает на отсутствие непосредственной (наследственной) связи, потому что эти две системы различны и раздельны"³.

Данная картина национального/ международного взаимодействия, в общем рассматривается как типичная практика, сложившаяся в большинстве общеправовых юрисдикций, происходящих из Англо-Саксонской либеральной конституционной традиции⁴, таких как Канада и США⁵. Тем не менее, как и в других вопросах

² *Currie J. Public International Law // Toronto: Irwin Law. 2001. P. 1. Перевод с оригинала: "Public international law is not so much an area or topic of the law as it is an entire legal system, quite distinct from the national legal systems that regulate daily life within states."*

³ *Beaulac S. National Application of International Law: The Statutory Interpretation Perspective// 41 Canadian Yearbook of International Law. 2003. P. 234. Перевод с оригинала: "As far as the relation between international law and domestic law is concerned, there is no direct [inherent] connection because the two systems are distinct and separate."*

⁴ Смотрите по данному вопросу: *Kindred H.M. The Challenge of Internalizing International Conventional Law: The Experience of Australia, England and Canada with Ratified Treaties // British and Canadian Perspectives on International Law / C.P.M. Waters (ed.). Leiden: Martinus Nijhoff, 2006. P. 393-404; Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties — A Comparative Study /*

юриспруденции, правоведы предпринимают попытки оспаривать эту давно признанную парадигму, рассматривая перспективу в рамках актуальности, якобы на благо человеческого сознания⁶; другими словами, авторы пользуются глаголами "существует", "есть", в то время как они имеют в виду "должно быть"⁷. В канадском контексте хорошим примером этому является Стивен Туп, который пишет, что принцип 'национального суверенитета' заменяется на транснационализм: "В это переходное время международное право существует одновременно как что-то 'чуждое' и в тоже время 'присущее нам'"⁸. В

S.A. Riesenfeld and F.M. Abbott (eds.). Dordrecht: Martinus Nijhoff. 1994; The Effect of Treaties in Domestic Law / F.G. Jacobs and S. Roberts (eds.). London: Sweet and Maxwell. 1987.

⁵ Для более полной информации о ситуации в США, смотрите *Cleveland S. H. Our International Constitution // Yale Journal of International Law. 2006. Vol. 31. P. 1-125; Calabresi S.G. and Zimdahl S.D. The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision // William and Mary Law Review. 2005. Vol. 47. P. 743-909.*

⁶ Эта идея "человеческого сознания" заимствована из моральной философии *Фридриха Гегеля*, точнее из его "Философии Духа" (Hamburg: Meiner, 1952), впервые опубликованной в 1807г. §§ 632-671. Идея "сознания" применительно к группе людей была предложена *Батлером* (*Butler G. Sovereignty and the League of Nations // British Yearbook of International Law. 1920-1921. Vol. 1. P. 42*) который рассматривает понятие суверенитет, а точнее "внешний суверенитет" прибегая, среди прочего, к определению из области психологии. Смотрите также *Allott P. Reconstituting Humanity — New International Law // European Journal of International Law. 1992. Vol. 3. P. 219-252.*

⁷ По этому вопросу смотрите *Allott P. The Health of Nations — Society and Law beyond the State // Cambridge: Cambridge University Press. 2002. глава 1; также Allott P. The Nation as Mind Politic // Journal of International Law and Politics. 1992. Vol. 24. P. 1361-1398.* Это утверждение непосредственно связано с аргументом *Виттгенштайна* о том, что язык, не просто представляет действительность, но и составляет акт, происходящий в действительности, более того являющийся агентом в человеческом сознании. Смотрите: *Wittgenstein L. Philosophical Investigations // Oxford: Basil Blackwell. 1958.*

⁸ *Toope S. J. The Uses of Metaphor: International Law and the Supreme Court of Canada // Canadian Bar Review. 2001. Vol. 80. P. 540.* Перевод с оригинала: "[I]n this in-between time, international law is

другой статье, игнорируя существующее различие сфер международного/ национального, Туп утверждает, что "международное право существует как снаружи, так и внутри"⁹. Так как "международное право есть частично наше право," - продолжает он, - "процесс применения международного права во внутреннем законодательстве не является переводом норм извне"¹⁰. Нельзя не согласиться, что в этих цитатах найдется несколько примеров, где желаемое "существует" выдается за действительное¹¹.

Куртис Брэдли показал, что в США, позиция отстаиваемая американскими правоведами в области международного права, разделяющими подобную точку зрения и выступающими за увеличение роли международного права во внутреннем законодательстве, на самом деле далека от реальной ситуации, существующей во внутренней правовой практике¹². Приводя пример дела *Бреард против Грина (Breard v. Greene)*¹³, Брэдли сопоставляет "международную концепцию"¹⁴ правовых публицистов с

both 'foreign' and 'part of us'." Смотрите также *Jackson J. Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept // American Journal of International Law. 2003. Vol. 97. P. 782-802.*

⁹ *Toope S. J. Inside and Out: The Stories of International Law and Domestic Law // University of New Brunswick Law Journal. 2001. Vol. 50. P. 11.* Перевод с оригинала: "international law is both outside and in."

¹⁰ *Ibid.* P. 18.

¹¹ Интересно в этом случае замечание другого канадского юриста международного права, защитника прав человека, *Джона Хамфри*, который пишет, что "юристы по правам человека зарекомендовали себя как самообольщающиеся мыслители". Смотрите *Humphrey J. P. Forword // Humanitarian Intervention and the United States / R.B. Lillich (ed.). Charlottesville: University of Virginia Press. 1973. P. VII.* В оригинале: "human rights lawyers are notoriously wishful thinkers".

¹² *Bradley C.A. Breard, Our Dualist Constitution and the Internationalist Conception // Stanford Law Review. 1999. Vol. 51. P. 529-566.*

¹³ *Breard v. Greene*, 118 S. Ct. 1352 (U.S.S.C. 1998), affirming *Breard v. Pruett*, 134 F.3d 615 (4th Cir. 1997), and *Breard v. Commonwealth*, 445 S.E.2d 670 (Va. 1994).

дуалистичеким типом аргументации, которой правительственные чиновники и юридические суды США продолжают отдавать предпочтение в делах затрагивающих международные правовые вопросы¹⁵. Подобно своим американским коллегам, многие канадские правоведы международники — Хью Киндред¹⁶, Джутта Бруннэ¹⁷, Рене Прово¹⁸, Джоанна Харрингтон¹⁹ — производят впечатление, что они не придают большого значения внутренней практике государственных чиновников и судей и, точно так же как

¹⁴ *Брэдли С.А.* см. сноску 12. Смотрите также *Bradley С.А. The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretative Role of International Law // Georgetown Law Journal. 1998. Vol. 86 P. 479-537.*

¹⁵ В этом случае Верховный Суд США отказался признать себя связанным решением Международного Суда, обеспечивающего временную отсрочку приведения в исполнение приговора о смертной казни, нарушив, таким образом, *Венскую Конвенцию по Консульским Отношениям и Дополнительный Протокол о Разногласиях*, а именно пункт "об отсутствии доказательств в пользу противного", 24 апреля 1963, 596 U.N.T.S. 261.

¹⁶ *Kindred H.M. The Use and Abuse of International Legal Sources by Canadian Courts: Searching for a Principles Approach // The Globalized Rule of Law — Relationships between International and Domestic Law / O.E. Fitzgerald et al. (eds.). Toronto: Irwin Law. 2006. P. 5-30; Kindred H. M. Canadians as Citizens of the International Community: Asserting Unimplemented Treaty Rights in the Courts // Citizenship and Citizen Participation in the Administration of Justice / S.G. Coughlan and D. Russell (eds.). Montreal: Thémis. 2002. P. 263-287.*

¹⁷ *Brunnée J. and Toope S.J. A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts // Canadian Yearbook of International Law. 2002. Vol. 40. P. 3-60.*

¹⁸ *Provos R. Judging in Splendid Isolation // American Journal of Comparative Law. 2008. Vol. 56. P. 125-172.*

¹⁹ *Harrington J. Punting Terrorists, Assassins and Other Undesirables: Canada, the Human Rights Committee and Requests for Interim Measures of Protection // McGill Law Journal. 2003. Vol. 48. P. 55-87.*

Туп, защищают до нереальной степени роль международного права в национальной юрисдикции²⁰.

Данная статья воздерживается от подобных заблуждений, не выдвигая слишком больших претензий относительно идей с которыми она выступает и, что более важно, удостовериваясь, что предлагаемые добавочные изменения более или менее совместимы с существующей практикой. Настоящая гипотеза такова, что большее привлечение международного права требует от местных судей оперировать за рамками сложившихся границ, границ так называемой Вестфальской модели, и одновременно продолжать работать в дуалистических правовых рамках государственности²¹. Автор утверждает, что необходима лишь небольшая поправка в методологии толкования и применения закона, для того чтобы национальные суды стали больше привлекать международное право. Небольшое изменение в аргументации, основанный на толковании контекста, представляет соответствующий способ, обеспечивающий систематическое привлечение

²⁰ Удивительно то, что преувеличенный энтузиазм правоведческих кругов по вопросам международного права был подхвачен, без каких либо поправок, международными комментаторами из Министерства Юстиции Канады: *Fitzgerald O.E. Implementation of International Humanitarian and Related Law in Canada // The Globalized Rule of Law — Relationships between International and Domestic Law / O.E. Fitzgerald et al. (eds.). Toronto: Irwin Law. 2006. P. 625-638; Eid E. and Hamboyan H. Implementation by Canada of its International Human Rights Treaty Obligations: Making Sense Out of the Nonsensical // Legitimacy and Accountability in International Law — Proceedings of the 33rd Annual Conference of the Canadian Council on International Law / C.C.I.L. (ed.). Ottawa: Canadian Council on International Law. 2005. P. 175-191; and Weiser I. Undressing the Window: Treating International Human Rights Law Meaningfully in the Canadian Commonwealth System // University of British Columbia Law Review. 2004. Vol. 37. P. 113-155.*

²¹ На эту же тему, хотя данная работа не рассматривалась при написании этой статьи, смотрите *Aleinikoff A. Thinking outside the Sovereignty Box: Transnational Law and the U.S. Constitution // Texas Law Review. 2004. Vol. 82. P. 1989-2016.*

международного права в принятии национальных правовых решений. Данная статья построена следующим образом: в ее первом разделе рассматривается Вестфальская модель и дуалистическая логика, тогда как второй раздел посвящен вопросам а) методологии интерпретации закона в общем; и б) аргументации, построенной на толковании контекста с привлечением международного права в частности.

Вестфалия и Дуализм.

Что касается работы судей в большинстве общеправовых юрисдикций, то правовое пространство, в рамках которого государства функционируют и ведут свои международные дела, продолжает базироваться на Вестфальской модели международных отношений²², в центре которой лежит форс-идея суверенитета²³. Правовые побочные продукты этой социальной постройки имеют две составляющие: конституционное право и международное право²⁴, которые в свою очередь соответствуют учениям о внутреннем

²² Конечно, Вестфалия всего лишь *этиологический миф* (миф о происхождении), созданный международным сообществом для объяснения когда, где и как оно возникло и существует. Признание этого факта, тем не менее, ни в коей мере не уменьшает экстра-ординарный семиотический эффект Вестфалии на сознание международного сообщества. Смотрите: *Beaulac S. The Westphalian Model in Defining International Law: Challenging the Myth // Australian Journal of Legal History. 2004. Vol. 8. P. 181-213; Beaulac S. The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality? // Journal of the History of International Law. 2000. Vol. 2. P. 148-177.*

²³ Смотрите *Krasner S. D. The Hole in the Whole: Sovereignty, Shared Sovereignty, and International Law // Michigan Journal of International Law. 2004. Vol. 25 P. 1077*, который, несмотря на выдвигаемые в течении многих лет заявления о необходимости пересмотра этого вопроса, точно описал современную ситуацию в отношении суверенитета в одной фразе: "Суверенитет сегодня - это единственная тема у всех на устах". В оригинале: "Sovereignty is now the only game in town."

²⁴ Смотрите *Walker N. Late Sovereignty in the European Union // Sovereignty in Transition / N. Walker (ed.). London: Hart Publishing. 2003. P 3-32.*

суверенитете Жана Бодина²⁵ и внешнем суверенитете Эмера де Ваттеля²⁶. Таким образом, общепринятая позиция утверждает, что Вестфальская модель международных отношений, основанная на правовой структуре разработанной Ваттелем, включает международную сферу, которая отлична и независима от внутренней сферы²⁷. Джеффри Палмер, утверждая что эта ситуация меняется, в то же время не может не признать, что: "Международное право и муниципальное право рассматриваются как две различные области, которые никогда не пересекаются"²⁸. Заимствуя из лексикона экономистов можно сказать, что плоскость международного есть "непересекающееся множество" ("non-intersecting set"), которое не имеет внутренне присущего ему контакта и не способно к пересечению с

²⁵ Смотрите *Beaulac S. The Social Power of Bodin's 'Sovereignty' and International Law // Melbourne Journal of International Law. 2003. Vol. 4. P. 1-28; Beaulac S. Le pouvoir sémiologique du mot 'souveraineté' dans l'œuvre de Bodin // International Journal for the Semiotics of Law. 2003. Vol. 16. P. 45-76.*

²⁶ Смотрите *Beaulac S. Emer de Vattel and the Externalization of Sovereignty // Journal of the History of International Law. 2003. Vol. 5. P. 237-292.*

²⁷ Смотрите *Beaulac S. The Power of Language in the Making of International Law — The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff. 2004.*

²⁸ *Palmer G. Human Rights and the New Zealand Government's Treaty Obligations // Victoria University in Wellington Law Review. 1999. Vol. 29. P. 59.* Перевод с оригинала: "[I]nternational law and municipal law have been seen as two separate circles that never intersect." Подобную мысль высказывает *Weil P. Towards Relative Normativity in International Law // American Journal of International Law. 1983. Vol. 77. P. 441*: "У кого-то данная ситуация может вызвать сожаление, но сфера международного на сегодня представляет собой соседство равноправных суверенных государств, стремящихся, несмотря на их различия, к обеспечению их мирного сосуществования и сотрудничества." В оригинале: "Regret it as one may, the international scene today is still made up of the juxtaposition of equally sovereign states seeking, irrespective of their differences, to ensure their peaceful coexistence and cooperation."

другими непересекающимися множествами, представляющими внутренни сферы суверенных государств²⁹.

Отличительность и независимость международных/ национальных реальностей объясняет два фундаментальных правовых принципа: первый - исходящий из международного права, и второй - из конституционного права. Первый, таким образом, предполагает, что суверенное государство не имеет право привлекать свои местные законы, включающие его конституционную структуру³⁰, для оправдания своих невыполненных международных обязательств³¹. По существу, главная причина, по которой внутренние законы не могут оправдать неспособность данного государства соблюдения его обязательств по отношению к международному сообществу, состоит в том, что эти нормы и обязанности принадлежат к двум разным и независимым системам. Второй ключевой правовой принцип, происходящий из разделения международного и внутреннего, который по своей сути представляет ряд предписаний, затрагивает сферу администрирования отношений между двумя системами³². Заимствуя в этот раз из

²⁹ Автор выражает благодарность *Carlos Ponce*, докторанту кафедры экономики (the European University Institute, Florence, Italy) за предоставленную информацию и его терпеливое объяснение данного понятия.

³⁰ Смотрите *Jennings R. and Watts A. Oppenheim's International Law*. London: Longman. 1992. 9th ed. Vol. 1. P. 254.

³¹ Основное полномочие этого заявления лежит в решении арбитражного суда в деле о Притязаниях Алабамы (the *Alabama Claims* case) (United States/United Kingdom) 1872, *Moore, Arbitrations*, i. 653. Этот закон был зафиксирован в секции 27 Венской Конвенции в Законе о Соглашениях, 23 мая 1969, 1155 U.N.T.S. 331. Смотрите также: *Nguyen Quoc Dinh — Droit international public / P. Daillier and A. Pellet (eds.)*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1994. 9th ed. Vol. 1. P. 272.

³² Смотрите *Ferrari-Bravo L. International and Municipal Law: The Complementary of Legal Systems // The Structure and Process of International Law / R.St.J. Macdonald and D.M. Johnston (eds.)*. Dordrecht:

компьютерного словаря, эту особенность можно охарактеризовать как "область соприкосновения" ("interface") между двумя различными и независимыми правовыми реальностями³³.

Эти предписания определяют (как предмет закона), как одна правовая система взаимодействует с другой и как она относится к другой правовой системе, включая способ, которым нормативность, происходящая из одной, может быть учтена и использована в другой. Соответственно предписания о статусе международного права внутри юрисдикции суверенного государства являются внутренними предписаниями, обычно рассматриваемые как достаточно важные, чтобы включать их в конституционное право. По определению Фрэнсиса Джейкобса:

Значимость международного права в общем и отдельных соглашений в частности внутри правового порядка Государства всегда будут зависеть от национального права. Фундаментальный принцип здесь состоит в том, что применение соглашений определяется местным конституционным правом. Естественно, при определенных обстоятельствах местное законодательство может нуждаться или разрешать применение международных соглашений, наложенных на Государство, даже если они не включены конкретно в

Martinus Nijhoff. 1983. P. 715-744; *Sperduti G. Dualism and Monism: A Confrontation to be Overcome?* // *Italian Yearbook of International Law*. 1977. Vol. 3. P. 31-49; and *Seidl-Hohenveldern I. Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law* // *International and Comparative Law Quarterly*. 1963. Vol. 12. P. 88-124.

³³ Эта терминология была использована Джоном Карри в его монографии по общему международному праву (J. Currie, см. сноску 2. С. 193). Некоторые авторы раздули до нереальных размеров важность этих законов, заявляя что они составляют независимую область юриспруденции, так называемое "претворение законов международного права" ("reception law"); смотрите например, *Van Ert G. What is Reception Law* // *The Globalized Rule of Law — Relationships between International and Domestic Law* / *O.E. Fitzgerald et al. (eds.)*. Toronto: Irwin Law. 2006. P. 85-93.

национальное право. Но такое применение соглашений, как таковых, предписано законом местного конституционного права. Оно не является результатом, полученным вследствие применения закона международного права, так как такое право, в достаточной степени само зависит от того, признается ли оно местным законодательством. Действительно, международное право в общем несведуще в этой области, так как оно предусматривает применение соглашений при любых обстоятельствах. Но это не изменяет главного принципа, что применение соглашений местными судами предопределено местным законодательством³⁴.

В своей основе подобная ситуация является результатом применения дуалистической логики. Маттиас Кумм прав, подчеркивая - " Что сама идея о национальных конституциях, как решающем факторе в разработке доктрин, которые определяют

³⁴ *Jacobs F.G. Introduction // The Effect of Treaties in Domestic Law / F.G. Jacobs and S. Roberts (eds.). London: Sweet and Maxwell. 1987. P. xxiv [emphasis added].* Перевод с оригинала: "[T]he effect of international law generally, and of treaties in particular, within the legal order of a State will always depend on a rule of domestic law. The fundamental principle is that the application of treaties is governed by domestic constitutional law. It is true that domestic law may, under certain conditions, require or permit the application of treaties which are binding on the State, even if they have not been specifically incorporated into domestic law. But this application of treaties "as such" is prescribed by a rule of domestic constitutional law. It is not a situation reached by the application of a rule of international law, since such a rule, to have effect, itself depends upon recognition by domestic law. *Indeed international law is generally uninformative in this area since it simply requires the application of treaties in all circumstances. It does not modify the fundamental principle that the application of treaties by domestic courts is governed by domestic law*" [emphasis added]. Это заявление отражает традиционную точку зрения, которая оспаривается "международной концепцией" отношений между международным и местным правом, выдвигаемой некоторыми американскими авторами; смотрите *C.A. Bradley*, см. сноску 12. P. 531.

структуру отношений между национальным и международным правом, дуалистична по своему характеру"³⁵.

Что касается юридических действий, дихотомия сфер международного/ национального означает, что местные суды и трибуналы суверенных государств применяют местное право, в то время как Международный Суд и другие международные суды и трибуналы применяют международное право. Говоря другими словами, конституционные мандаты местных судов должны толковать и применять местные, а не международные законы. Но это нормативное деление не означает, что международные правовые инстанции не могут принимать во внимание местное законодательство, которое по сути представляет собой непосредственный источник международного права согласно статье 38(1) *Кодекса Международного Суда*³⁶, или, что местные законодательства не оказывают влияние на его решения как второстепенный источник международного права³⁷, или как свидетельство международных норм³⁸. Подобное утверждение также

³⁵ Kumm M. Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement // The Migration of Constitutional Ideas / S. Choudhry (ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 2006. P. 258. Перевод с оригинала: "The very idea that the national constitution is decisive for generating the doctrines that structure the relationship between national and international law is dualist."

³⁶ Кодекс Международного Суда (*Statute of the International Court of Justice*) от 26 июня 1945, U.N.T.S. 961, статья 38(1), излагает источники международного права, включая под-параграф (с), так называемые "традиционные принципы права, признаваемые цивилизованными нациями", которые унаследованы из общей правовой традиции местных юрисдикций. Смотрите: B. Vitanyi, "Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de 'principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées'" (1982) 86 *Revue générale de droit international public*. P. 48-116.

³⁷ Под-параграф (d) статьи 38(1) Кодекса Международного Суда предусматривает учет юридических решений, подразумевая включение решений местных судов, как дополнительный источник международного права.

справедливо по отношению к другой стороне: местные суды могут прибегать к ресурсам международного права, когда оно стало частью местного законодательства³⁹.

Такое взаимовлияние, тем не менее, не изменяет первичной ситуации, когда международные правовые структуры применяют нормы действующие в сфере международного, в то время как национальные юрисдикции используют правовые нормы местной сферы. Международная реальность отлична и отдельна от внутренней реальности и, соответственно, актуализация международного права путем принятия юридических решений отлична и отдельна от актуализации местного права, претворенного в правовых решениях. Таким образом, ситуация, по крайней мере в

³⁸ Среди недавних публикаций по вопросу нормативного международного права, смотрите *Guzman A.T. Saving Customary International Law // Michigan Journal of International Law. 2005. Vol. 27. P. 115-176; Swaine E. T. Rational Custom // Duke Law Journal. 2002. Vol. 52. P. 559-627; Roberts A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation // American Journal of International Law. 2001. Vol. 95. P. 757-791; Kelly J. P. The Twilight of Customary International Law // Virginia Journal of International Law. 2000. Vol. 40. P. 449-543; Mendelson M.H. The Formation of Customary International Law // Hague Recueil. 1998. Vol. 272. P. 155-410.*

³⁹ Если бы была необходима ссылка на авторитетный источник, то самое точное заявление по этому вопросу в канадской юриспруденции может быть найдено в Ссылке на Отделение Квебека (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, P. 235), где отрицая аргумент, что он не имеет юрисдикции обращаться к международному праву, Верховный Суд Канады пишет: "В ряде предыдущих случаев, Суд счел необходимым обратиться к международному праву для определения прав и обязательств некоторых участников внутри Канадской правовой системы". В оригинале: "In a number of previous cases, it has been necessary for this Court to look to international law to determine the rights or obligations of some actor within the Canadian legal system." В поддержку своего решения, Суд процитировал следующие разбирательства: *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; and *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86. Смотрите также: *Beaulac S. On the Saying that International Law Binds Canadian Courts // Canadian Council on International Law Bulletin. 2003. Vol. 29(3). P 1-6.*

Северной Америке, такова, что международные нормы могут оказывать влияние на местных судей в толковании и применении местного права, только если, и только до такой степени, до какой национальные юридические предписания в отношении международного права позволяют ему стать частью национального законодательства, и более того, до какой степени оно стало частью местного права как такового через принятие закона⁴⁰. Сущность вышесказанного можно перефразировать иными словами: международное право, как таковое, не может быть навязано местным судьям⁴¹, чья юридическая власть конституционно предопределена суверенным государством в интересах этого суверенного государства. Иными словами, международная нормативность не может быть применена, как таковая, внутри национальных систем, потому что суды занимаются вопросами национального права и компетентны в этом национальном, а не международном праве⁴². Но то, что нормы международного права могут делать, и более того должны делать, когда это представляется соответствующим, это влиять на толкование и применение местных законов⁴³. Они должны действовать как *убедительный источник*, то есть как материал и информация, которые "рассматриваются как достаточно важные, чтобы учитывать их при

⁴⁰ Смотрите *Beaulac S.* сноску 3.

⁴¹ Смотрите *LeBel L.* и *Chao G.* *The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law* // *Supreme Court Law Review* (2nd). 2002. Vol. 16. P. 62.

⁴² Смотрите *Fitzmaurice G.* *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law* // *Hague Recueil*. 1957. Vol. 92. P. 70 - 80.

⁴³ Смотрите *Neuman G. L.* *International Law as a Resource in Constitutional Interpretation* // *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 2006. Vol. 30. P. 185. Смотрите также *Beaulac S.* *Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont 'liés' par le droit international* // *Revue juridique Thémis*. 2004. Vol. 38. P. 359-387.

принятии решения, но в то же время не навязанные судье, действующего в рамках иерархии законов местного законодательства, определенного официальными властями"⁴⁴.

Эта концепция отношений между международным и местным правом, в частности юридическое применение правовых норм, по своей сущности дуалистична⁴⁵. Действительно, эти две системы, в реальном смысле, не являются частью одного интегрированного правового порядка, вытекающего из единой логики⁴⁶. Напротив, согласно до сих пор доминирующему пониманию мира правоведения "различные правовые системы на национальных и международных уровнях взаимодействуют с друг

⁴⁴ *McCrudden G.* A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2000. Vol. 20. P. 502-503. Перевод с оригинала: "regarded as relevant to the decision which has to be made by the judge, but [...] not binding on the judge under the hierarchical rules of the national system determining authoritative sources." Данная терминология напоминает терминологию доктрины "важного и убедительного", затрагивающей роль международного права в интерпретации Канадского Чартера о Правах и Свободах (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), в части I Конституционного Акта, 1982 (being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, P. 11); смотрите: *Beaulac S.* L'interprétation de la Charte: reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international // *Canadian Charter of Rights and Freedoms / G.-A. Beaudoin and E.P. Mendes* (eds.). 4th ed. Markham: LexisNexis Butterworths. 2005. P. 27-73; reprinted in 2005. Vol. 27. *Supreme Court Law Review* (2d). P. 1-46.

⁴⁵ По вопросу дуализма смотрите классическую работу *Brierly J.L.* *International Law in England* // *Law Quarterly Review*. 1935. Vol. 51. P. 24-35; *Triepel H.* *Droit international et droit interne*. Oxford: Oxford University Press. 1920; *Oppenheim L.F.E.* *International Law — A Treatise*. vol. 1. Peace. London: Longmans, Green. 1905.

⁴⁶ По вопросу монизма смотрите классическую работу *Kelsen H.* *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press. 1945; *Lauterpacht H.* *Is International Law a Part of the Law of England?* // *Transactions Grotius Society*. 1939. P. 51-88; and *Scelle G.* *Précis de Droit des Gens: Principes et Systématique*. Vol. II. Paris: Sirey. 1934.

другом на основе внутренних норм присущих каждой системе"⁴⁷. Из этого следует, что для того, чтобы определить правовой статус международной нормативности внутри местных правовых систем суверенных государств, необходимо рассмотреть насколько эти международные законы интегрированы в конституционные законы в данном государстве. Например в Соединенных Штатах, несмотря на *верховную статью (supremacy clause)* в Американской конституции⁴⁸, не приведенные в исполнение соглашения не имеют прямого эффекта в целом из-за презумции против самопретворения соглашений разработанной в кодексе⁴⁹. В Канаде, несмотря на то, что недавние судебные разбирательства допускают большую свободу в использовании международного права⁵⁰,

⁴⁷ *Kumm M.* см. сноску 35. P. 257. Перевод с оригинала: "different legal systems on the national and international levels interact with one another on the basis of standards internal to each legal system".

⁴⁸ Статья VI, положения 2, Американской Конституции гласит, что "все Соглашения, уже заключенные или которые должны быть заключены, для признания властями США"[в оригинале: "all Treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States"] должны быть частью высшего закона страны.

⁴⁹ Официальное определение различающее самопретворяющиеся и не самопретворяющиеся соглашения отражено в деле Фостер против Нэйлсона (*Foster v. Neilson*), 27 U.S. (2 Pet.) 253, 314 (1829). По вопросу презумции против самопретворения соглашений, смотрите: *Goldstar, S.A. v. United States*, 967 F.2d 965 (4th Cir. 1992); *More v. Intelcom Support Services, Inc.*, 960 F.2d 466 (5th Cir. 1992); *Canadian Transportation Co. v. United States*, 663 F.2d 1081 (D.C. Cir. 1980); *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287 (3d Cir. 1979); *United States v. Postal*, 589 F.2d 862 (5th Cir. 1979); *Diggs v. Richardson*, 555 F.2d 848 (D.C. Cir. 1976); *Freyfus v. Von Finch*, 534 F.2d 24 (2d Cir. 1976); *Sei Fuji v. State*, 242 P.2d 617 (Cal. 1952). Смотрите также *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, sub-section 111; *Vazquez C.M.* The Four Doctrines of Self-Executing Treaties // *American Journal of International Law*. 1995. Vol. 89. P. 695-723.

⁵⁰ Смотрите *Beaulac S.* Recent Developments on the Role of International Law in Canadian Statutory Interpretation // *Statute Law Review*. 2004. Vol. 25. P. 19-39; *La Forest A.W.* Domestic Application of International Law in *Charter* Cases: Are We There Yet? // *University of British Columbia Law Review*. 2004. Vol. 37. P. 157-218.

наблюдается такая же ортодоксальность: "Международные соглашения и конвенции не являются частью Канадского законодательства, если они не были официально приняты законом"⁵¹. Что касается нормативного международного права, то многие критики соглашались на отсутствие необходимости специального принятия закона в этом случае⁵². В данной ситуации дуалистические правила о внедрении международных законов в суверенном государстве требуют их непосредственного применения⁵³.

II. Правовая Интерпретация и Контекстуальный Аргумент.

Несмотря на риск быть обвиненным в использовании клише, нельзя не признать, что проблемы глобализации и транснационального управления заставляют пересмотреть всю Вестфальскую модель⁵⁴. Эта новая реальность требует перестройки структуры общественных властей и создания правовых систем, учитывающих всю многообразность

⁵¹ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 [hereinafter *Baker*], at 861. Перевод с оригинала: "International treaties and conventions are not part of Canadian law unless they have been implemented by statute." Смотрите классическое заявления Судебного Комитета Тайного Совета в деле о Трудовых Конвенциях (the *Labour Conventions* case), *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326, at 347, *per* Lord Atkin.

⁵² В Канаде этот вопрос наконец-то исчерпан решением Верховного Суда в деле Р против Хейп (*R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292). Смотрите также на разбирательства в других общеправовых юрисдикциях, *Dunworth T. The Rising Tide of Customary International Law: Will New Zealand Sink or Swim?* // *Public Law Review*. 2004. Vol. 15 P. 36-58; *Neuman G.L. Sense and Nonsense About Customary International Law: A Response to Bradley and Goldsmith* // *Fordham Law Review*. 1997. Vol. 66. P. 371-392; *Henkin L. International Law as Law in the United States* // *Michigan Law Review*. 1984. Vol. 82 P. 1555-1569.

⁵³ Смотрите *Beaulac S. Customary International Law in Domestic Courts: Imbroglia, Lord Denning, Stare Decisis* // *British and Canadian Perspectives on International Law / C.P.M. Waters* (ed.). Leiden: Martinus Nijhoff. 2006. P. 379-392.

⁵⁴ Смотрите *Linklater A. The Transformation of Political Community: Ethical Foundations of the Post-Westphalian Era*. Cambridge: Polity Press. 1998.

нормативных влияний. Таким образом, встает следующий вопрос: Какие изменения необходимы в методологии толкования и применения закона, которые позволили бы судьям более продуктивно актуализировать нормативное внедрение международного права? Представленная в этой части статьи дискуссия а) начинается с рассмотрения правовой интерпретации в целом, и б) затем переходит к рассмотрению контекстуальной интерпретации в частности.

А). Методология правовой интерпретации.

Необходим обзор общей методологии толкования законов, чтобы лучше понять способ, каким местные суды прибегают к использованию международных правовых норм, выбор которого полностью зависит от личного решения судьи. Может показаться банальным, но не следует забывать, что функция судебных властей, более того, их конституционная миссия (согласно Британской парламентской модели либеральной демократии⁵⁵) заключается в толковании и применении внутренних законов с целью разрешения разногласий, над которыми они имеют юрисдикцию, будь то в территориальной, личной или общественной сферах⁵⁶. Что касается правовых норм, основывающихся на законодательстве, Парламент рассматривает и узаконивает их, в то время как суды трактуют и применяют их⁵⁷. В процессе этой судебной интерпретации, базирующейся на

⁵⁵ По этому вопросу смотрите классические работы *Д. Локка* "Два Трактата Правительства" (*Locke J. Two Treatises of Government*. London: Amen-Corner. 1690.), и *С.-Л. Монтескью* "О Природе Закона" (*de S. Montesquieu C.-L. De l'esprit des lois*. London: n.b. 1757).

⁵⁶ Смотрите по данному вопросу *Shaw M.N. International Law*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2003. P. 578-611; *Rousseau C. L'aménagement des compétences en droit international // Revue générale de droit international public*. 1930. Vol. 37. P. 420-460; Смотрите также: *Randall K.C. Universal Jurisdiction under International Law // Texas Law Review*. 1988. Vol. 66. P. 785-837.

⁵⁷ Смотрите по данному вопросу *Freund E. Interpretation of Statutes // University of Pennsylvania Law Review*. 1917. Vol. 65. P. 207-231.

структурном понятии парламентских намерений⁵⁸, суды имеют в своем распоряжении несколько методов толкования закона⁵⁹. Они включают толкование, учитывающее текстуальный, телеологический или исторический аспекты, а так же трактование общих принципов, базирующуюся на логике и нескольких типах аргументации правового контекста, будь то внутренний или внешний (от использования парламентских дебатов до правовых норм из международного законодательства), и прагматических (или последующих) аргументах типа *ab absurdo* (нерациональности альтернативной интерпретации), или таких как предположение законодательного намерения.

Данная глава не ставит своей задачей дать исчерпывающий список всех методов толкования, а скорее показывает, как эти типы аргументации (так называемый “набор инструментов” судей) предоставлены в распоряжение судов для донесения намерений властей принимающих закон (например Парламента), не будучи обязательными или ограничительными. Более того, по своей сути аргументы интерпретации являются такими *аргументами*, которые могут быть, но не обязательно должны быть, использованы судом, миссия которого толковать и применять правовые нормы, которые представлены в

⁵⁸ Среди многочисленных публикаций на данную тему смотрите *Graham R. N. Good Intentions // Supreme Court Law Review (2d). 2000. Vol. 12. P. 147-185; MacCallum Jr G.C. Legislative Intent // Yale Law Journal. 1965-1966. Vol. 75 P. 754-787; Payne D. The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statutes // Current Legal Problems. 1956. Vol. 9 P. 96-112; Jones H. W. Statutory Doubts and Legislative Intention // Columbia Law Review. 1940. Vol. 40. P. 957-974; Horack Jr. F.E. In the Name of Legislative Intention // West Virginia Law Quarterly. 1932. Vol. 38 P. 119-131; Sedgwick T. A Treatise on the Rules which Govern the Interpretation and Construction of Statutory and Constitutional Law. 2nd ed. New York: Baker, Voorhis. 1874. P. 327 ff.*

⁵⁹ Смотрите по данному вопросу *Beaulac S. Handbook on Statutory Interpretation — General Methodology, Canadian Charter and International Law. Markham: LexisNexis. 2008.*

законодательстве⁶⁰. Вместо этого трактующие *конвенции*, которые иногда (к сожалению) понимаются как законы, хотя они не содержат никакого нормативного элемента, существуют чтобы направлять и объяснять результаты процесса делопроизводства⁶¹. Суды дают убедительную силу каждому из различных аргументов интерпретации, расцениваемых как значительные в данном случае, основываясь на ряде факторов, один из которых учет общего курса судопроизводства⁶². Ни один из канонов толкования закона не может рассматриваться судом как более важный или несущий определенный вес (не говоря уже о решающем весе)⁶³. Говоря другими словами, странно представить адвоката, который выступая перед судьей, заявил бы, что он "должен" использовать текстуальный, или телеологический, или исторический тип аргументации, или что он должен отдать определенный вес тому или иному методу толкования закона. Такое же утверждение справедливо и по отношению к аргументам международного права, которые могут, но не обязательно, должны быть использованы судом в конкретной ситуации, и которым может быть придано большее или меньшее значения в зависимости от обстоятельств. Это

⁶⁰ Смотрите *de Sloovere F. G. Preliminary Questions in Statutory Interpretation // New York University Law Quarterly Review. 1932. Vol. 9 P. 407-428.*

⁶¹ По вопросу двойственной функции методов правовой интерпретации (эвристической и оправдательной) смотрите *Beaulac S. and Côté P.-A. Driedger's 'Modern Principle at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization // Revue juridique Thémis. 2006. Vol. 40. P. 131-172.*

⁶² Смотрите *Sullivan. R. Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes, 4th ed. Markham and Vancouver: Butterworths. 2002. P. 3.*

⁶³ Смотрите классическую работу *Radin M. Statutory Interpretation // Harvard Law Review. 1929-1930. Vol. 43. P. 863-885.*

отражает правдивую природу толкования законов и, в большей степени, правовой интерпретации в целом⁶⁴.

Б). Интерпретации в Контекстуальном Аспекте и Международное Право.

Таким образом международные правовые нормы, как аргумент интерпретации, традиционно используются в местных судах "мягким способом", то есть, говоря словами Маттиаса Кумма, "предоставляя судьям полную свободу действия в ссылке на международное право в ходе совещательных дискуссий".⁶⁵ Кумм демонстрирует примеры из недавней практики США в применение международного права, включая смертную казнь для несовершеннолетних в деле *Ропера против Симмонса* (*Roper v. Simmons*)⁶⁶, и в программах положительных действий в деле *Груттера против Боллинджера* (*Grutter v. Bollinger*)⁶⁷, к которым можно добавить дело о гомосексуальном преступном законодательстве *Лоренс против Техаса* (*Lawrence v. Texas*)⁶⁸. В отличие от своего южного соседа, где применение иностранных и международных законов все еще остается довольно спорным вопросом⁶⁹, Канада уже в течение нескольких лет определила

⁶⁴ Смотрите по данному вопросу *Wróblewski J.* L'interprétation en droit : théorie et idéologie // *Archives de Philosophie du droit.* 1972. Vol.17. P. 51-69; *Holmes O.W.* The Theory of Legal Interpretation // *Harvard Law Review.* 1898-1899. Vol. 12. P. 417-420.

⁶⁵ *Kumm M.*, см. сноску 35. P.278. Перевод с оригинала: "by providing a *discretionary point of reference for deliberative engagement*" [emphasis in original].

⁶⁶ *Roper v. Simmons*, 125 S.Ct. 1183 (2005).

⁶⁷ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

⁶⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 123 S.Ct. 2472 (2003).

⁶⁹ Пожалуй ни какой другой текст правовых доктрин не демонстрирует лучше глубокое разделение по данным вопросам существующее среди представителей Верховного Суда США, чем статья из Международного журнала по Конституционному Праву, излагающая краткую дискуссию двух судей, имевшую место на встрече организованной Американской Ассоциацией Конституционного Права, проводимой в Американском Университете (Washington College of Law)

свою позицию по вопросу использования вне-национальных правовых норм в конституционной интерпретации⁷⁰.

Недавним примером этому является дело *Суреш против Канады (Министерство по Гражданским Дела и Иммиграции) (Suresh v. Canada)*⁷¹, в котором Верховный Суд Канады нашел полезным ссылку на международное право в трактовке понятия "принципа фундаментальной справедливости" в Главе 7 *Канадской Хартии по Правам и Свободам (Canadian Charter of Rights and Freedoms)*⁷². Под заголовком "Международная Перспектива" Суд пишет: "Всеобъемлющее понимание Акта и Хартии требует рассмотрения международной перспективы"⁷³. Эта международная перспектива включает ссылку (без принятия решения) на международный запрет на использование пыток, как безапелляционную норму традиционного права (то есть, *jus cogens*)⁷⁴. а также принимая

– "The Relevance of Foreign Legal Material in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer" // *International Journal of Constitutional Law*. 2005. Vol. 3. P. 519-541.

⁷⁰ Одни из самых красноречивых разбирательств в практике Верховного Суда Канады включают: *Slight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; and *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

⁷¹ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 [hereinafter *Suresh*]. Смотрите также: *Beaulac S. The Suresh Case and Unimplemented Treaty Norms* // *Quebec Journal of International Law*. 2002. Vol. 15 P. 221-240.

⁷² См. сноску 44. Глава 7 гласит: "Каждый человек имеет право на жизнь, свободу и безопасность личности и это право неотъемлемо, за исключением ситуаций, затрагивающих принципы фундаментальной справедливости". В оригинале: "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice."

⁷³ *Suresh*, см. Сноску 71. P. 37-38. В оригинале: "A complete understanding of the Act and the *Charter* requires consideration of the international perspective"

⁷⁴ Понятие *jus cogens* определено в статье 53 *Венской Конвенции Закона о Соглашениях*, см. сноску 31. Смотрите также *Hannikainen L. Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical*

во внимание три международные конвенции: (1) *Международный Пакт о Гражданских и Политических Правах*⁷⁵; (2) *Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания*⁷⁶; и (3) *Протокол, касающийся статуса беженцев*⁷⁷. Тем не менее, в итоге Верховный Суд не чувствовал себя связанным обязательствами по отношению к международной перспективе, так как он пришел к заключению, что канадские внутренние нормы (Глава 7 *Канадской Хартии*) отличаются от международных правовых норм, которые налагают абсолютный запрет на депортацию при наличии риска пытки, в то время как по канадским законам, в случае экстремальной ситуации, такой запрет теряет свою силу, если встает вопрос о национальной безопасности.

Дело *Суреши* подтверждает наличие тенденции, которая возникла начиная с дела *Бэйкер против Канады (Министерство по Гражданским Дела и Иммиграции) (Baker v. Canada)*⁷⁸ в привлечении международного права через изложение доводов, построенных на толковании контекста, будь то в трактовании конституции или в правовой трактовке в

Development, Criteria, Present Status. Helsinki: Lakimiedliiten Kustannus. 1988, на которую Суд делает ссылку.

⁷⁵ (1976), 999 U.N.T.S. 171. В английской терминологии: *International Covenant on Civil and Political Right*.

⁷⁶ (1984), 23 I.L.M. 1027, minor changes in 24 I.L.M. 535. В английской терминологии: *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*.

⁷⁷ (1951), 189 U.N.T.S. 150. В английской терминологии: *Convention Relating to the Status of Refugees*.

⁷⁸ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 [hereinafter *Baker*]. Другие разбирательства в Верховном Суде Канады подтверждают эту тенденцию: *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241; and *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 76.

целом⁷⁹. Интерпретируя Главу 7 *Хартии* в ее полном контексте, Верховный Суд Канады, таким образом, идентифицировал в деле *Суриша* международные правовые нормы, которые "в наилучшей степени разъясняют содержание принципов общей справедливости"⁸⁰. Другие заявления в решении суда так же демонстрируют, что международное право было использовано как контекстуальный аргумент в ходе разбирательства: "Канадская и международная перспективы, каждая в свою очередь разъясняют наши конституционные нормы"⁸¹. "Действительно, обе местная и международная юриспруденции утверждают, что попытка так отвратительна, что перевес в решение почти всегда будет на другой стороне, даже если он ставит под угрозу интересы безопасности"⁸². Соответственно, разъясняя смысл нормативной статьи (в конституции или в кодексе) с целью правового толкования, суд может прибегнуть, по своему усмотрению, к привлечению международного права, как элемента контекста. Тем не менее у суда нет "обязанности" в этом, как и "обязанности" учитывать любой другой аргумент интерпретации, будь то контекстуальный, текстуальный, телеологический или какой-либо другой. Эта свобода действия относительно ссылки на международное право

⁷⁹ Обзор ситуации в данной области предложен в *Beaulac S. International Treaty Norms and Driedger's 'Modern Principle' of Statutory Interpretation // Legitimacy and Accountability in International Law. Vol. 32. Ottawa: Canadian Council on International Law. 2005. P. 144-163.* Подобное мнение о наличии соответствующей тенденции высказывает *Sullivan R.* см. сноску 62. P. 426.

⁸⁰ *Suresh*, см. сноску 71, С 45. Перевод с оригинала: "best informs the content of the principles of fundamental justice."

⁸¹ *Ibid.* Перевод с оригинала: "The Canadian and international perspectives in turn inform our constitutional norms."

⁸² *Ibid.* Перевод с оригинала: "Indeed, both domestic and international jurisprudence suggest that torture is so abhorrent that it will almost always be disproportionate to interests on the other side of the balance, even security interests."

по личному рассмотрению судьи в решении национальных вопросов представляет основную проблему в взаимопроникновении норм международной и национальной правовых систем.

Итак подытожим вышесказанное: учитывая что Вестфальская модель международных отношений продолжает оставаться общепринятой парадигмой, так называемой Вестфальской “рамкой”, в следствии чего конституционные мандаты местных судов трактуют и применяют национальные законы для разрешения разногласий, над которыми они имеют юрисдикцию, возникает вопрос: Какие коррективы необходимы в методологии принятия юридических решений для ограничения полной свободы действия предоставленной судьям по вопросу привлечения (по своему личному усмотрению) международного права с целью продвижения такой сверх-национальной нормативности? В действительности необходима лишь небольшая поправка в контекстуальном методе интерпретации, для того чтобы более эффективно и более систематично привлекать международные правовые нормы в местных судах. Снова можно сослаться на недавнюю работу Маттиаса Кумма, в которой он показывает, как закон о правах человека (по своей сущности неоспоримо международный закон) может быть применен в конституционной трактовке (и бесспорно в правовой трактовке в целом) самым убедительным, или по крайней мере более убедительным способом, ссылаясь на его источник в системе международного права⁸³. Кумм вводит идею о *предписаниях по привлечению*

⁸³ *Kumm M.* см. сноску 35. Р. 279-281. В действительности он ссылается на две ситуации, где закон о международных правах человека может быть использован в конституционной трактовке более убедительным способом. Первая, когда сам текст конституции требует от местных судов применять международные нормы, как в ЮАР. Вторая ситуация подразумевает привлечение метода “опровержения презумции того, что местные конституционные права должны трактоваться способом, который не противоречит законам международного права” (*ibid.* Р. 280); В оригинале:

международных норм⁸⁴, которые "по сущности принимают форму обязанности привлекать, обязанности учитывать эти международные нормы как несущие определенный вес или определенную презумпцию"⁸⁵.

"rebuttable presumption that domestic constitutional rights are to be interpreted in a way that does not conflict with international law" [emphasis in original].

⁸⁴ *Ibid.* P. 292. Кумм отличает этот более убедительный способ привлечения международного права от более слабого способа, когда ссылка на международное право в трактование закона полностью зависит от личного решения судьи. Он пишет: "Идея "дискурса судов" также является реакцией на этот сдвиг. Она улавливает ту аргументированную форму, которую использование международного права часто принимает. Но и она ограничена концептуально. Она не достаточно адекватно реагирует на возрастающие требования придания больших полномочий международному праву, выдвигаемые различными доктринами рассматривающими это вопросы (*ibid.*); В оригинале: "The idea of a 'discourse between courts' too is a response to this shift. It captures the reasoned form that engagement with international law frequently takes. But it too falls short conceptually. It is not sufficiently sensitive to the graduated claims of authority that various doctrinal frameworks have built into them." По последнему замечанию относительно диалога или дискурса среди судов и судей в международной или транснациональной сети, смотрите следующую литературу: *Toufayan M.* Identity, Effectiveness and 'Newness' in Transjudicialism's Coming of Age // *Michigan Journal of International Law*. 2009. Vol. 31 (forthcoming); *Jackson V. C.* Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse // *Montana Law Review*. 2004. Vol. 65 P. 15-40; *Slaughter A.-M.* A Global Community of Courts // *Harvard International Law Journal*. 2003. Vol. 44 P. 191-219; *McCrudden C.* A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2000. Vol. 20. P. 499-532; *L'Heureux-Dubé C.* The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court // *Tulsa Law Journal*. 1998. Vol. 34. P. 15-40; *Slaughter A.-M.* A Typology of Transjudicial Communication // *University of Richmond Law Review*. 1994. Vol. 29. P. 99-139.

⁸⁵ *Kumm M. ibid.* Как пример этому, он приводит случай из судебного разбирательства в Германии: Гергулу против Германии (*Görgülü v. Germany*), (2004) 2 Bv.R. 1481/04, где Конституционному Суду страны пришлось рассматривать вопрос из области семейного законодательства — права отца на посещение незаконорожденного ребенка, который был отдан на усыновление матерью — в свете решений Европейского Суда по Правам Человека, берущим за свою основу *Европейскую Конвенцию о Правах Человека*, (1955) 213 U.N.T.S. 221, E.T.S. 5. Конституционный Суд признал

Это предложение, таким образом, предполагает, что наличие правовых норм из международного кодекса должно изменять традиционную динамику, вовлеченную в стандартный процесс толкования и применения национальных законов. Несмотря на то, что лояльность местных судов продолжает оставаться на стороне внутренней сферы конституционных законов суверенного государства, наличие международных норм по конкретному вопросу судебного разбирательства заставляет местных судей принимать их во внимание⁸⁶. Говоря другими словами, привлечение международного права перестает

роль международной нормативности в следующем определении: "Условия Конвенции трактуемые в Конвенции по Правам Человека должны быть учтены при принятии решения; по крайней мере суд должен их рассмотреть" (*ibid.*, at para. 62); в оригинале: "[T]he Convention provision as interpreted by the ECHR must be taken into account in making a decision; the court must at least duly consider it." Таким образом, существует обязанность суда привлекать международное право в трактовании конституционных законов (и несомненно, в правовой интерпретации в целом), и эта обязанность непосредственно связана с понятием правовые нормы: "Истец может оспаривать тот факт, что суд проигнорировал эту обязанность, так как это является нарушением фундаментальных прав, из области интересов, которые они защищают в соединении с принципом правовой нормативности." В оригинале: "A complainant may challenge the disregard of this duty of consideration as a violation of the fundamental right whose area of protection is affected in conjunction with the principle of the rule of law" (*ibid.*, at para. 30).

⁸⁶ Чтобы помочь местным судьям с теоретической частью этой новой лояльности в отношении международного правового порядка, можно прибегнуть к доктрине "разделения ролей" ("*dédoublement fonctionnel*") Джоржа Шелла; Смотрите *Scelle G. Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel // Rechtsfragen der internationalen Organisation, Festschrift für Hans Wehberg zu seinem / W. Schätzel and H.-J. Schlochauer* (eds.). Cologne: Klostermann. 1956. P. 324-342; *Scelle G. Manuel de droit international public*. Paris: Domat-Montchrestien. 1948. P. 15-24; *Scelle G. Règles générales du droit de la paix // Hague Recueil*. 1933. Vol. 46. P. 356. По сути, если судья осознает, что он или она являются участником процесса в претворении не только национальной, но и международной нормативности, то существует более обоснованная необходимость в привлечении международных законов во всех случаях трактования и применения местного права. Смотрите

быть аспектом, который полностью зависит от личного решения судьи, а в какой-то мере становится аспектом обязательным. Не оспаривая дуалистичную правовую схему, внутри которой международная и местная системы взаимодействуют, предлагаемая поправка требует переоценки неотъемлемых полномочий аргументов, привлекающих международное право в процессе правовой трактовки. Это, по своему существу, скромная попытка размышлений за рамками "Вестфальской" схемы.

Оставляя корни данной полемики в практике местных судов, аргументация, построенная на толковании контекста, представляет собой надежный способ для обеспечения систематической роли международного права в местных судах⁸⁷. Концепция контекста в правовой трактовке достаточно гибка для того, чтобы придать ряд полномочий различным аргументам⁸⁸. Например некоторые элементы правового контекста полностью факультативны, и обычно несут незначительную убедительную силу, таких как преамбула кодекса⁸⁹. Другие элементы контекста правовой интерпретации обязательны *de facto* (если не по закону, то в практике), когда они выступают в деле, как парламентские дебаты (законодательная история) в

также *Cassese A. Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoulement fonctionnel) in International Law // European Journal of International Law. 1990. Vol. 1 P. 228-229.*

⁸⁷ Смотрите *Beaulac S. International Law and Statutory Interpretation: Up with Context, Down with Presumption // The Globalized Rule of Law — Relationships between International and Domestic Law / O.E. Fitzgerald et al. (eds.). Toronto: Irwin Law. 2006. P. 331-365.*

⁸⁸ По вопросу контекста в правовой интерпретации в целом смотрите *Côté, P.-A. Beaulac S. and Devinat M. Interprétation des lois, 4th ed. Montreal: Thémis. 2009.*

⁸⁹ Смотрите *Bisson A.-F. La Disposition préliminaire du Code civil du Québec // McGill Law Journal. 1990. Vol. 44 P. 539-565; Bisson A.-F. Préambule et déclaration de motifs ou d'objets // Revue du Barreau. 1980. Vol. 40 P. 58-74.*

предусмотренной законом интерпретации⁹⁰. Соответственно, аргументативная роль международного права в местной правовой трактовке должна занять такое положение, где международный правовой аргумент контекста учитывался бы (полу)автоматически, если он представляется значительным в конкретном разбирательстве. Таким образом, вес придаваемый контекстуальному аргументу международного права, изменялся бы в зависимости от ряда факторов. Что касается закона о выполнении международных соглашений в юрисдикции как Канада, то одним из главных факторов здесь является степень его включения в местное законодательство, начиная с непосредственной трансформации посредством правового выполнения и до менее явного его включения путем ссылки на ценности лежащие в основе международного права⁹¹.

Недавнее разбирательство Верховного Суда Канады иллюстрирует возможность привлечения международного права более систематическим способом через аргумент, рассматриваемый в контексте международного права в толковании закона. Решение в деле *Мугесера против Канады (Министерство по Гражданским Дела и Иммиграции)* (*Mugesera v. Canada*)⁹² затрагивало толкование условия в Канадском *Криминальном*

⁹⁰ Смотрите *Beaulac S. Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight?* // McGill Law Journal. 1998. Vol. 43. P. 287-324; *Beaulac S. Recent Developments at the Supreme Court of Canada on the Use of Parliamentary Debates* // Saskatchewan Law Review. 2000. Vol. 63. P. 581-616.

⁹¹ Смотрите *Beaulac S.* см сноску 3, где данный автор предлагает аналитическую схему убедительной силы международных соглашений основываясь на степени их внедрения во внутреннюю правовую систему Канады.

⁹² *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100 [hereinafter *Mugesera*].

*Кодексе*⁹³ о преступлениях о подстрекательстве к убийству, геноциду, ненависти и преступлениях против человечества. Во-первых, относительно геноцида, суд пишет: "Геноцид является преступлением из раздела международного права. Поэтому международный закон *должен играть решающую роль в трактовании национального закона*, особенно касательно элементов преступления о подстрекательстве к геноциду"⁹⁴. Далее суд замечает: "Важность трактования местных законов в манере, которая соответствует принципам традиционного международного права и обязательствам Канады о соблюдении соглашений подчеркивается в *Бэйкере*"⁹⁵, в деле, которое требовало общей правовой интерпретации, где международное право рассматривалось как элемент контекста. Во второй части разбирательства о преступлениях против человечества Суд еще более решительно настроен в необходимости привлечения международных норм, включая способ которым они были разработаны в международной практике, в трактовании важных статей в местном законодательстве:

Хотя решения Международного Трибунала по бывшей Югославии и Международного Трибунала по Руанде не связывают обязательствами данный Суд, опыт этих трибуналов, а так же полномочия по отношению к традиционному международному праву, в котором

⁹³ *Criminal Code*, R.S.C. 1985, с. С-45 [hereinafter *Criminal Code*] s. 27 (1)(a.1)(ii), (a.3(ii) (по подстрекательству к убийству, геноциду и ненависти; в английском источнике: on incitement to murder, genocide and hatred) and s. 7 (3.76), (3.77) (по преступлениям против человечества; в английском источнике: on crimes against humanity).

⁹⁴ *Mugesera*, *supra* note 92, at para. 82 [emphasis added]. Перевод с оригинала: "Genocide is a crime originating in international law. International is thus called upon *to play a crucial role as an aid in interpreting domestic law*, particularly as regards the elements of the crime of incitement to genocide" [emphasis added].

⁹⁵ *Ibid.*, at para. 82. Перевод с оригинала: "The importance of interpreting domestic law in a manner that accords with the principles of customary international law and with Canada's treaty obligations was emphasized in [*Baker*, *supra* note 51]."

они заинтересованны, предполагает, что их выводы не могут быть не учтены Канадскими судами в применении к подобным местным разбирательствам⁹⁶.

Следует заметить, что статьи *Криминального Кодекса*, давая определение преступлениям против человечества, непосредственно используют соответствующие международные правовые нормы⁹⁷, облегчая, таким образом, для Верховного Суда Канады использование международных норм таким прямым и убедительным способом.

* * *

⁹⁶ *Ibid.*, at para. 126. Перевод с оригинала: "Though the decisions of the [International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia] and the [International Criminal Tribunal for Rwanda] are not binding upon this Court, the expertise of these tribunals and the authority in respect of customary international law with which they are vested suggest that their findings should not be disregarded lightly by Canadian courts applying domestic legislative provisions."

⁹⁷ Глава 7(3.76) Канадского *Криминального Кодекса*, *supra* note 93, гласит: "В данной главе, [...] 'преступления против человечества' означают убийство, истребление, порабощение, депортацию, преследование или другие негуманные акты или упущения, совершенные против гражданского населения или любой опознаваемой группы людей, независимо от того составляет ли это нарушение закона действующего в это время и в месте его исполнения, и в это время и в этом месте являющееся нарушением международного нормативного права и общего международного права, и является преступным согласно общим принципам закона, признаваемым сообществом наций. В оригинале: "For the purposes of this section, [...] 'crime against humanity' means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations" [emphasis added].

В заключение надо снова отметить, что предложение представленное в этой статье непритязательно и вкратце оно сводится лишь к небольшой поправке в методологии толкования и применения местных законов с учетом увеличения роли международного права. Большая часть статьи посвящена демонстрации того, что процесс принятия решений в местных юрисдикциях основан на Вестфальской модели и дуалистической правовой схеме, которая означает, что местные суды заняты и компетентны в местном, а не в международном праве. "Мягкий" способ привлечения международных норм через аргумент, строящийся на толковании контекста показывает свою несостоятельность, так как он полностью зависит от личного решения судей. Тем не менее, небольшая поправка в полномочиях относительно этого элемента правового контекста обеспечила бы систематическое привлечение международного права, более эффективно применяющее вне-национальную нормативность. Говоря другими словами, такое незначительное изменение - это все, что требуется, чтобы существенно изменить роль международного права в местных судах. Более амбициозное предложение может вынести эти дебаты далеко за рамки устоявшейся местной правовой практики судов и правительственных чиновников, и скорее всего, обречено на неудачу не убедив никого за исключением горстки авангардных единомышленников из академических кругов⁹⁸.

⁹⁸ Смотрите Брэдли, *supra* note 12. P. 566, согласно которому, слишком сильное проталкивание международного права на национальном уровне, ведет к отрыву от реальной практики существующей в местных судах, и может быть не только контра-продуктивным в данном деле, но и нанести непосредственный вред международному праву как области юриспруденции: "Если описание международного права в учебниках лишь издали напоминает реальную ситуацию и существующую практику правительственных чиновников, то такое международное право не может восприниматься серьезно." В оригинале: "If the international law described in academic commentary bears little resemblance to the actual attitudes and practices of government actors, international law itself may be taken less seriously."

Стефан Болак

The Westphalian Paradigm and the Dualist Theory of Reception: Lessons from North America in Using International Law Domestically.

Профессор Болак преподаватель Юридического Факультета, Университет Монреаля (Université de Montréal), Канада. Он является выпускником юридических факультетов университетов Оттавы (Ottawa) и Далхаузи (Dalhousie Law School), Канада. Степень Магистра и Доктора Философии он защитил в Кэмбриджском Университете, в Великобритании. Профессор Болак преподает в Университет Монреаля с 2001г. Сфера его интересов включает: общественное международное право и компаративное канадское конституционное право.

Данная работа представляет собой переработанную, обновленную версию рабочей статьи, ранее опубликованной под названием: *Beaulac S. Westphalia, Dualism and Contextual Interpretation: How to Better Engage International Law in Domestic Judicial Decisions* // European University Institute, Max Weber Programme. 2007. No. 2007/03. P. 1-16.

http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/6923/1/MWP_2007_03.pdf