

Франциско Лапорта*

Автономный Университет Мадрида (Испания)

**ГЛОБАЛИЗАЦИЯ И ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА.
НЕКОТОРЫЕ СОМНЕНИЯ ВЕСТФАЛЬЦА**

Франциско Лапорта (Francisco Javier Laporta San Miguel), профессор философии права юридического факультета Автономного Университета Мадрида. Преподает в университете с 1968 г., доктор права – с 1973 г. В различные годы был: заведующим кафедрой философии права (1973–1977) и проректором (1982–1983) Автономного Университета Мадрида, директором Центра конституционных исследований (1987–1993), членом Комиссии по демократии и праву («Венецианская Комиссия») Совета Европы (1989–1993). Президент Фонда Франциско Гинер де Риоса, член Международной группы сравнительно-правовых исследований, исполнительный директор серии «Право и философия» Клуверовского академического издательства, член Тамперовского клуба, приглашенный профессор в Великобритании, США и Мексике. Основные работы: «Адольфо Посада: Политика и социология в условиях кризиса испанского либерализма» (Мадрид, 1974), «Педагогическая антология Франциско Гинер де Риоса» (Мадрид, 1977), «Ведение в право и мораль» (Мехико, 1993), «Право и справедливость. Энциклопедия ибероамериканской философии. Т. II. (серед.)» (Мадрид, 1996), «Политическая коррупция (в соавт.)» (Мадрид, 1997), «Конституция: философские проблемы (ред.)» (Мадрид, 2003).

С разрешения автора публикуется перевод его доклада на XXII Всемирном конгрессе по философии права «Право и справедливость в глобальном обществе», который проходил в г. Гранада, Испания (Globalization and the Rule of Law. Some Westphalian doubts / Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas // Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada, 2005. – 230–252 (Spain), 253–273 (Engl.)).

Перевод с английского С.И. Максимова и А.В. Стовбы.

В своей изданной посмертно работе «Сила и процветание» экономист Манкур Олсон задается вопросом, почему экономика многих стран бывшего СССР и других развивающихся стран, несмотря на то, что они наконец-то адаптировались к теоретическим и практическим основам рыночной экономики, не получили процветания, которое обещает эта экономическая модель всем, кто следует ее правилам. Суть его ответа на поставленный вопрос изложена в пространном рассуждении, которое, вполне может показаться элементарным для юриста, но тем не менее его оригинальные мысли в качестве инновационных тезисов, безусловно, заслуживают внимания экономистов.

Вот это рассуждение:

«Для реализации всех преимуществ торговли, должны установиться такие правовая система и политический строй, при которых будут обеспечены соблюдение условий контрактов, защита имущественных прав, выполнение кредитных соглашений, образование обществ с ограниченной ответственностью и которые дадут возможность длительного и широкого использования

рынка капиталов, в результате чего инвестиции и займы станут более динамичными.

Без таких институтов общество не сможет в полной мере ни воспользоваться преимуществами рыночной экономики, ни организовать эффективное производство сложных товаров, требующее кооперации многих людей в течение длительного периода времени, а также получать прибыль от иных многосторонних и долгосрочных соглашений. Без правовой институциональной среды страна будет ограничена торговлей принудительного характера.

Чтобы реализовать преимущества от комплекса операций, в том числе и долгосрочных, всем членам общества необходимы не только свобода торговли, но и право обеспечивать неприкосновенность имущества и кредитных прав, кроме того, они должны иметь гарантированный доступ к справедливому суду, который обеспечит выполнение условий заключенных ими контрактов, и даст право создавать новые формы расширенного сотрудничества и организаций, таких, например, как акционерное общество» [32, с. 185].

* Автор [Франциско Лапорта] выражает свою благодарность Хуану Карлосу Байону, Элиас Диазу, Марии Луизе Эспада, Хавиер Гарсиа Вердуго, Либорио Иерро, Николас Лопес Калере и Альфонсо Мингэлю за их комментарии, предложения и поддержку.

Олсон утверждает, что аналогичные рассуждения относятся и к торговле, и к производству. Если таких правовых норм нет, то и процессы производства товаров будут вялыми и непредвиденными, имея форму слабой экономики, основанной на простом случайном обмене товаров первой необходимости и скоропортящихся продуктов.

Каких-то двадцать лет назад Джеймс Буханан заметил, что некоторые нормативные ограничения в поведении любого человека по отношению к другим, отказ от насилия, положение каждого человека в части возможности его доступа к ресурсам, продуктам и услугам, а также сроки вступления этих норм в силу, должны стать пунктами первостепенной важности в конституционном договоре. В противном случае мы не можем даже серьезно думать о рыночной экономике. Следовательно, право и законы возникли почти как рациональный приоритет для широкого и систематического функционирования рыночной экономики, и, более того, они возникли как имеющие характер *публично-го блага*, т.е. как блага, которое не могло быть произведено в условиях самого рынка [5, с. 7]. Поэтому рынок не был аномичным.

Утверждение Олсона и конструкция Буханана имеют непосредственное отношение к предмету исследования в этой статье, поскольку они оба установили решающую связь между свободной рыночной экономикой и правовой системой, связь настолько важную, чтобы утверждать, что право является ничем иным как условием возможности рыночной экономики. Они утверждают, что предсуществование права необходимо даже для того, чтобы говорить о возможности соответствующего функционирования рыночной экономики. Фактически это не более, чем новое и более четкое эхо идей старины Гоббса. Мы иногда забываем, что близким по духу его знаменитому утверждению о жизни человека в естественном состоянии как «одинокой, бедной, беспросветной, тупой и кратковременной» является также еще одна высказанная им ранее в невероятном озарении мысль: «В таком состоянии нет места для трудолюбия, так как никому не гарантированы плоды его труда, и потому нет земледелия, судоходства, морской торговли, удобных зданий, нет средств движения и передвижения вещей, требующих большой силы, нет знания земной поверхности, исчисления времени, ремесла, литературы, нет общества...» [24, с. 89]. Идея, подобная этой, крайне важна для того, чтобы хоть как-то приблизиться к отношениям между глобальной экономикой и верховенством права. Наша задача состоит в том, чтобы попы-

таться понять, как эта проблема выглядит сейчас, когда, с одной стороны, утверждается, что рыночная экономика достигает глобального внедрения, а с другой – когда любой может убедиться, что параметры правового регулирования стали размытыми между территориальным государством, называемым Вестфальским, и определенными глобальными директивами или стандартами, чья природа и размах могут быть окружены тайной. В действительности, строго говоря, никакого «глобального» права не существует, и вопрос состоит в следующем: возможно ли представить глобальную рыночную экономику с такой разновидностью права, которое не было бы глобальным, и соответствует ли этот вид права сегодняшним требованиям идеала верховенства права, пусть даже рассматриваемого не в таких строгих терминах, которые требуются в наше время.

I

Я начну с коротких разъяснений, касающихся понятия глобализации, которое я собираюсь использовать, и разных значений идеи верховенства права, о которых пойдет речь. Имея в виду хорошо известное определение, я буду понимать здесь под глобализацией «процесс (либо совокупность процессов), который олицетворяет трансформацию в пространственной организации общественных связей и действий – оцениваемых в зависимости от их широты, интенсивности, скорости и прочности – порождающий трансконтинентальные или межрегиональные потоки и сети деятельности, взаимодействия и использования власти» [21, с. 68].

В сущности, уже сейчас поверх установленных государственных границ идет очень сложный и всеобъемлющий процесс человеческого взаимодействия, определяющий существование совокупности политических, экономических, культурных и общественных связей, приоритетность которых по отношению к местным, региональным, национальным ограничениям, по видимому, обеспечивает условия для создания новой транснациональной цивилизации. Как уже неоднократно отмечалось, хотя исторически всегда существовали различного рода связи, пересекавшие границы человеческих сообществ, нынешний масштаб таких связей, их интенсивность, мобильность и динамизм, о чем упоминалось в этом определении, следует рассматривать как признаки, которые носят качественно иной характер по сравнению с предыдущими историческими процессами.

Другой вопрос, как установить природу этого качественного отличия: для одних оно заключается в массовом присутствии частных субъектов, для других – в используемых средствах коммуникации. При все при этом действительно важным представляется лишь то, что взаимодействие всех этих участников процесса и деловых связей, которые они устанавливают, оказывают быстрое и очевидное влияние даже на отдаленные регионы, порождая сильную взаимозависимость как между государствами так и между различными сегментами гражданских обществ, независимо от их отдаленности.

Не думаю, что есть необходимость вступать в дискуссию о деталях полемики по вопросу глобализации/антиглобализации (я рекомендую работу Д. Хелда и А. Макгрью [22]). И тем не менее, будем исходить из того, что сам по себе процесс глобализации в самом широком смысле – процесс необратимый. Как однажды заметил один автор, мы не собираемся искать какие-либо способы, чтобы загнать джина обратно в бутылку. Я думаю, что это творение, которое мы все, как истинные ученики Волшебника, выпустили в свет, будет продолжать свои более или менее неуклюжие эксперименты, не заботясь о том, к чему они приведут. И, наконец, я не могу не сказать о том, что волнует и вызывает большую тревогу, – то, что сейчас предстает перед нами, подчиняется и будет всегда в подавляющей степени подчиняться логике коллективных действий, а это определяет высокий уровень анонимности и обезличенности в действиях людей и их реакциях и, следовательно, приведет к росту непредсказуемости в будущих результатах. Полагаю, что сама по себе идея «управления» этими сложными процессами, которыми сопровождается глобализация, или даже «возврата их назад», если и не иллюзорна, то, по крайней мере, чрезвычайно трудно осуществима.

II

Принимая во внимание другой компонент названия этой статьи, я предлагаю использовать выражение «верховенство права» в трех значениях или смыслах, которые в то же время являются тремя степенями, или тремя ступенями *концентрации* этого понятия*. Первый смысл – самый непосредственный и самый неизбежный –

* У меня нет намерения занимать какую-либо позицию относительно теоретической проблемы верховенства права. Я лишь оговариваю отдельные аспекты её значимости, для того чтобы противопоставить их проблеме глобализации. Из последних работ, посвященных углубленной разработке проблемы верховенства права, см.: [35].

касается самого существования эффективных правовых норм как правил, предотвращающих насилие в обществе, устанавливающих имущественные права и формы экономического обмена, при этом достаточно защищенных институтом принудительного применения. Это тот смысл понятия, который с ясностью может быть извлечен из мысли Гоббса, особенно когда он перечисляет полномочия суверенной власти: во-первых, «власть предписывать правила, указывающие каждому человеку, какими благами он может пользоваться и какие действия он может предпринимать, не оказываясь стесненным в этом отношении кем-либо из своих сограждан»; во-вторых, «право юрисдикции»... «ибо без решения споров не может быть защиты подданного от обид со стороны другого. Без такого решения споров остаются пустыми звуками законы о *Мейм (моем)* и *Туйт (твоем)*, и за всяким человеком в силу его естественного и необходимого стремления к самосохранению остается право защищаться собственной физической силой, т. е. остается состояние войны, противоречащее той цели, ради которой установлено каждое государство» [24, с. 125]. Следовательно, согласно этому первому смыслу, верховенство права эквивалентно существованию и действию законов, которые служат основой для обращения к судьям и судам. Можно сказать, что в этом смысле любой законный и эффективный правопорядок – даже несправедливый с иных позиций – может быть рассмотрен как осуществление идеи верховенства права.

Вторая степень или ступень концентрации идеи пытается пойти немного дальше. Здесь идеал верховенства права требует, чтобы не только частные лица, но и публичная власть была бы субъектом права. Действия институтов власти, их законность, должны контролироваться судебными органами. Это измерение верховенства права со времен его формулировки в *Декларации прав и свобод человека и гражданина* выражается через немецкую конструкцию теории *Rechtsstaat* (правового государства) и английскую идею *rule of law* (верховенства права). Это так называемый принцип законности поведения властей, например, принцип законности в уголовном и налоговом праве, или общий принцип законности в самом государственном управлении. Он выражает идею, что право и законы имеют верховенство над произвольными действиями властей. Как объяснил Дайси, это означает «абсолютное верховенство, или приоритет официального права в противовес произвольным действиям власти, что исключает самоуправство,

прерогативы или даже широкие дискреционные полномочия со стороны правительства. Англичане подчиняются праву и только праву; любой из нас может быть наказан за нарушение закона, но никто не может быть наказан за что-либо другое» [11, с. 120].

И, наконец, третий смысл – наиболее концентрированный с этической точки зрения – предполагает два предыдущих. В дополнение к идее верховенства права он приписывает комплексное требование, заключающееся в том, что по своей сути правопорядок должен быть установлен посредством абстрактных и общих правил, которые обеспечивают формально равное отношение ко всем адресатам; правил, которые в достаточной мере стабильны и легкодоступны общественности, не имеют обратной силы и могут быть применены в судах. Это значение верховенства права очень близко к требованиям формальной справедливости. Автор, который неминуемо должен быть здесь упомянут, – Лон Фуллер [15].

III

Давайте проследим в общих чертах и в порядке дискуссии как право было глобализовано или глобализуется сейчас и будет ли результат глобализации достаточно подходящим для создания в этом новом глобальном праве некоторых смыслов, или ступеней, концентрации, упомянутых нами в концепции (понятии) верховенства права. Я думаю, большинство юристов согласятся со мной, что относительно первого смысла, так сказать, определения *Meum* (моего) и *Tuum* (твоего) посредством принудительных правил и уголовно наказуемых запретов нанесения ущерба другим, национальное государство – это место, где право существует на данный момент. Здесь правовой глобализации не существует или практически не существует. Имущественные права и уголовное право еще не начали пересекать границы, чтобы попасть в сферу урегулирования нормами глобального свойства. Они до сих пор регулируются и вводятся в силу в рамках так называемых Вестфальских государств. То есть, не существует ни наднационального и глобального правового регулирования, в соответствии с которым имущественные права признаются и принудительно защищаются, ни (или, как мы увидим позже, оно существует лишь в случайной форме) принудительных правовых норм глобального характера об определении и наказания преступлений. Не существует и глобального судьи, суда или трибунала, чтобы апеллировать к нему в поисках

признания или защиты. Финансовый капитал может пересекать границы, но юридическое выражение собственности этого капитала остается под юрисдикцией внутреннего права. Загрязнение и кислотный дождь – это явления транснациональные, но правила, допускающие их появление, или ограничивающие его, до сих пор остаются национальными. И я думаю, что в рамках дискуссии это утверждение может быть обобщено, ибо, несмотря на сложное явление, каким является глобализация и безусловное влияние, которое оказывает транснациональная деятельность на многие части планеты, ключевые аспекты жизни и экономической деятельности подавляющего большинства индивидов и корпораций, которые населяют глобализованную планету, до сих пор регулируются внутренними правовыми нормами. Коммуникационная, экономическая и социальная глобализация пока что не сопровождается соответствующей правовой глобализацией. Глобальные действия недостаточно урегулированы и подчинены нормами, и хотя этот факт можно было бы рассматривать как достоинство в прошлой, более беспокойной эре, известной как «Вашингтонское соглашение», сейчас в мировой литературе можно обнаружить настойчивое требование урегулирования процессов глобализации в целом [17; 20; 34].

Хочу подчеркнуть эту асимметрию между социально-экономической глобализацией и глобализацией юридической для того, чтобы показать, что именно кажется мне самым важнейшим источником проблем и затруднений, связанных с процессами глобализации. Несоответствие между безусловно глобальной природой многих действий и экономической деятельности, с одной стороны, и преимущественно внутренне-государственной природой правовых норм, поддерживающих их, вызывает много ошибочных суждений, которые зиждутся на недовольстве, вызванном глобализацией. Этот великий парадокс глобальных действий проистекает из внутренних правовых норм, которые не в состоянии регулировать многие параметры и последствия глобальных действий – именно это я и хочу представить в своих рассуждениях. Какие же могут быть последствия этих глобальных действий?

Первое – то, что сообщества (национальные или другие), у которых нет эффективного и подходящего внутреннего права, просто не принимают участия в процессе глобализации или, если и принимают, то играют совершенно пассивную роль. Имея явный дефицит глобального права, многим глобальным действиям участников процесса необходимы два основания поддержки:

внутреннее право, из которого они исходят и внутреннее право, которым они оперируют. Но если последнее неразвито или его вообще не существует, то глобальные действия невозможны. Большие мультинациональные корпорации просто не осуществляют экономическую деятельность в тех странах, которые не соответствуют в разумной степени программе Гоббса. Одно из самых важных и очевидных преимуществ экономической глобализации – поток прямых зарубежных инвестиций в те места и те экономики, где они нужны, – не касается тех стран, причем, независимо от их размеров и мощи, о которых нельзя сказать, что там существует четкое и эффективное государство. Поэтому все юридически неартикулированные (не имеющие четкой юридической основы) сообщества лишены потенциальных благ глобализационных процессов.

И все же, кажется очевидным, что существуют некоторые эффекты глобализации, которые работают в обратном направлении и которые ведут нас к неожиданным заключениям. Одной из отличительных и характерных особенностей глобального процесса, о чем уже неоднократно говорилось, является то, что потенциальный импульс, продуцируемый повсюду действием или положением дел, может оказывать влияние на остальные страны мира. Мы уже не можем более говорить, что наши страны обособлены друг от друга словно острова. Последствия вырубki лесов, кислотные дожди, инфекционные болезни, огромные проблемы с беженцами, неконтролируемая миграция людей и т. д. могут не только иметь место в любой стране, но и, выйдя за ее пределы, оказывать значительное влияние на другие страны. В юридически неартикулированных (unarticulated) сообществах могут возникать многие негативные проявления, и быстро распространяться, по формальным и неформальным каналам, по всему глобальному миру к самым отдаленным местам. Очевидность этого обстоятельства привела к резкой смене в восприятии важности проблемы, к пониманию того, что подобная недостаточность государственного и местного правового регулирования может коснуться *каждого*. Губительные последствия, трактуемые как продукты правовой недостаточности, могут фактически инициировать настоятельную необходимость создания или реформы юридических и политических институций в тех сообществах, где их не хватает. Например, предположение, что так называемый «международный терроризм» является продуктом институциональной слабости тех стран, где он возникает и откуда он мо-

жет распространяться, для некоторой части американских неоконсерваторов послужило основанием после событий 11 сентября предложить важную программу «государственного строительства», в то время как совсем недавно они настаивали на крайне скудной диете для государства [14]. Признание Милтоном Фридменом, несколько лет назад отстаивавшего приватизацию любой ценой, того, что, возможно, верховенство права более важно [цит. по: 14, с. 38], является потрясающим случаем на этом новом пути. Но как бы ни трактовали события 11 сентября (а я не думаю, что вышеупомянутое истолкование единственно верное), правда заключается в том, что этот состоявшийся коварный удар показал, что некоторые побочные негативные эффекты процесса глобализации не могут быть предотвращены или подавлены без существования во всех человеческих сообществах крепких правовых и политических основ (articulation). И тут возникает большой парадокс, о котором я упоминал раньше. Независимо от того, хотим ли мы, чтобы все человеческие сообщества пользовались благами глобализации, или хотим, чтобы человеческие сообщества не пострадали от ее негативных результатов, – наилучшее решение выглядит одинаково: сообщества обеспечивают себя постоянным доходом с помощью эффективного и хорошо организованного правопорядка, т. е. строго и хорошо устроенного государства. Политически и юридически не организованные (non-articulated) пространства являются теми областями, где глобализационные процессы могут лишь нанести ущерб и не принести никакой пользы. Иначе говоря, в этот исторический момент глобализации внезапно появилась необходимость реконструкции Вестфальского государства.

IV

Если нам действительно не хватает глобального права для всего того, что относится к имущественным правам, уголовному праву и т. п., то мы могли бы представить перспективу того, что имеем, в виде такой метафоры: разнообразная и тесно сплетенная сеть глобальных участников (мультинациональных корпораций, неправительственных организаций, групп и человеческих ассоциаций, даже отдельных индивидов), чьи действия и деятельность выходят за рамки государственных границ и, таким образом, преодолевают определяемую границами обширную мозаику сопредельных правовых и политических порядков. Я знаю, что это преувеличение, требующее разъяснений, но дайте мне возможность по-

дойти к реальности исключительно с позиций двойственного уровня выживания Вестфальского государства и существования целостности личной сети глобальной деятельности – это необходимо, чтобы понять аргумент, к которому я хочу прибегнуть.

Рассмотренная сверху панорама представляется глобальному участнику как разнообразное политическое и правовое меню для действий – экономических или иных, которые он намеревается совершать. Это то, что было названо «полигамией места» или «мультилокализмом», – условие, согласно которому участнику предлагается возможность разносторонних отношений с различными правовыми сферами: «разные действующие правила в различных местах могут быть предметом выбора. Субъекты, меняя место, несмотря на законы гражданства, которыми они до сих пор отмечены, могут входить в контакт с нормативным миром, отличающимся от их собственного» [13, с. 46]. Итак, юридическая и политическая карта, на которую устремлен взгляд глобального участника, возникает как бесчисленные предложения, которые могут быть выбраны, в соответствии с его предпочтениями и интересами. Это право «*a la carte*» (*индивидуальное, по выбору – фр.*). Оно возникло задолго до нас в экономических дискуссиях на тему так называемой «делокализации», т. е. стратегии сдвига большими корпорациями процессов производства, когда каждую фазу помещают в разные правовые порядки и переносят из одного правового порядка в другой в соответствии с их интересами. Следует сказать, что это неизбежное затруднение в текущий момент глобализации. Глобальных участников «отличает мобильность и они могут позволить себе «шопинговую поездку» между разными национальными правовыми порядками» [6, с. 57]. От безупречного мистера такого-то, получающего удовольствие от сексуального туризма, позволяя себе действия, которые могут быть криминалом в его государстве, до корпораций, размещающихся в тех местах где, например, детский труд не запрещен. Могучий размах глобализации позволяет нам выбирать правовые нормы так, как нам удобно. Такой, не самый лучший, способ выбора, хотя и не новый в истории, тем не менее, весьма распространенный в наше время. Наряду с этим, интенсифицируются действия новых последствий: соревнование между правовыми порядками, для привлечения потребителей норм, будь это мультинациональные корпорации, туристы или другие участники глобализации. Поэтому правовой порядок приобретает ту фо-

рму, которая привлекательна для экономических агентов и может лучшим образом удовлетворить интересы тех, кого он хочет привлечь. Так что более выгодно представить свой правовой порядок как «юридический рай» для деятельности, в которой глобальный участник заинтересован и является предпочтительным для него. Это соревнование парадоксальным образом сближает правовые системы, и это можно считать первым шагом на пути к единообразию нормативных содержания, но в этом можно также усмотреть и темную сторону, поскольку доминируют интересы глобального рынка правовых систем. Будут выбраны те системы, которые предложат самую низкую цену ведения деловых операций.

Одним из наиболее тревожащих аспектов этих затруднений на рынке правовых порядков, которые влечет глобализация как процесс, является то, что главный интерес участников глобализации относительно тех правовых норм, в сфере действия которых они предпочитают находиться, обусловлен тем, что эти нормы должны быть эффективны и действенны. Его не интересует их легитимность. Если они устраивают его, он воспользуется ими, чтобы защитить свою деятельность. Исходя из этой перспективы, глобализация может быть средством консолидации и поддержки нелегитимных политических режимов. По сути, это процесс, которому существование двух дальнейших степеней верховенства права не нужно. Глобальная экономика нуждается только в первом смысле верховенства права. Не требуется, чтобы нормативные акты властей страны, к которым человек обращается, были бы предметом какого-либо правового контроля или сдерживания независимых судов. Самые неконтролируемые диктатуры были способны предложить привлекательные ниши для деятельности участников глобальных процессов. Никто из них не настаивал на применении формальных требований концепции «прав». Возможно, это беспокойство о стабильности законов, но не об их обратной силе, их всеобщности или даже их публичности. Расследование интернациональной политической коррупции показало существование систематической практики покупки и продажи юридической силы норм права большими мультинациональными корпорациями [ср.: 29]. И это не только их суждение о легитимности той или иной власти, поскольку это ведет к повышению эффективности управления, но и их согласие с тем, как некоторые из этих властей распоряжаются управляемыми ими человеческими ресурсами, не взирая на источник их легитимно-

сти, не спрашивая о природе правовых норм, в соответствии с которыми они развивают свой бизнес, если только эти правовые нормы благоприятствуют их деятельности.

V

Мы увидели, как участники глобализации могут выбирать правовые нормы согласно своим предпочтениям. Это относится и к уголовному праву. Уместно обратить сейчас внимание на некоторые особенности уголовного права глобализации, поскольку, как напоминает высказывание Дайси, идея законности наказания всегда была одной из базовых составляющих верховенства права. Действительно, зависимость использования силы от законности – это, как было заявлено ранее, ядро второй степени интенсивности идеи верховенства права. И, более того, это то, что проповедовалось двумя великими правовыми традициями, начиная от Великой Хартии Вольностей (§ 39) до французской Декларации прав и свобод человека и гражданина (гл. 7). Кроме того, это было явно признано Всемирной декларацией прав человека ООН: «Никто не может быть осужден за преступление на основании какого-либо действия или бездействия, которые на время их совершения не являлись преступными по национальным законам или согласно международному праву» (ст. 11).

Верховенство права конденсировалось здесь в принципе законности наказания (*penal legality*): *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (нет преступления без закона – нет наказания без закона). И оно раскрывается во множестве требований к природе уголовных законов: *sine lege stricta* (запрещение аналогии широкого толкования), *sine lege scripta* (отрицание неустойчивого и меняющегося обычного права), *sine lege praevia* (запрет обратной силы), *sine lege certa* (никакой неопределенности в описании преступления). Поэтому наш вопрос заключается в следующем: существует ли глобальное уголовное право? И возможен только один ответ: такого феномена не существует. Чтобы прийти к такому заключению, достаточно вспомнить ограничения Международного Уголовного Суда, что, несомненно, можно расценивать как огромный дипломатический успех. Он имеет дело с весьма ограниченным списком преступлений: геноцид, преступления против человечества, военные преступления; он до сих пор основывается на принципе территориальности, который предполагает, что государство должно принять его юрисдикцию, но,

как известно два самых больших участника процесса глобализации, США и Китай, до сих пор еще не подписали этого соглашения. Он работает согласно принципу дополнительности: международный уголовный суд рассматривает дела лишь в том случае, если национальные суды не действуют. Он не имеет власти требовать, чтобы государство соблюдало его решения. Наконец, можно считать, учитывая противодействие США, его финансовая поддержка будет недостаточной, вследствие чего его независимость будет оставаться под угрозой. Считаю, не будет преувеличением утверждать, что деятельность Международного Уголовного Суда на сегодняшний день можно считать неэффективной.

Уголовное право по-прежнему устойчиво исповедует принцип территориальности, глобальное право же гордится тем, что оно перешагнуло через такой принцип. Уголовное право, как регулятор использования силы, тесно связано с идеей территориального суверенитета и действительно как право, в основном определенное территорией. На территории государства применяется государственное уголовное право; применение зарубежного уголовного права запрещено. Глобальное право по своей природе должно стремиться преодолеть границы в своем описании преступлений, процесса расследования и уголовной юрисдикции, однако дело обстоит не так. Скорее происходит нечто противоположное. Вместе с глобализацией появились новые международные правонарушения, с которыми очень тяжело бороться, потому что правонарушители обычно используют изменения в уголовной юрисдикции, национальные различия в классификации преступлений и изменения принципов в экстрадиционном праве (отказ от экстрадиции соотечественников и т. д.) приспособившись к различным видам так называемого «уголовного рая» («*penal paradises*»), которые, подобно различным видам «налогового рая» («*tax paradises*»), очень удобны для игнорирования верховенства права. Кроме того, те, кто, как администрация Джорджа Буша, пытаются развить процедуры, в которых гарантий цивилизованного уголовного права не существует, продолжают «детерриториализацию» заключенных (в Гуантанамо или в других странах), для того, чтобы действовать на маргиналиях права. Такое использование территории уголовного права указывает на слабость глобального права в отношении уголовных правонарушений. И подобно этому, появление новых транснациональных правонарушений, основанных на асимметрии между экономическими и социальными

аспектами глобализации и их юридических отражениях. Эта асимметрия, выраженная в юридических определениях, крайне важна, поскольку ставит под сомнение саму концепцию права, которая подразумевается процессами глобализации. Идея права как нормативного устройства для управления использованием силы [4], остается в границах территориальности, в то время как транснациональный правовой порядок глобализации стремится работать без каких бы то ни было явных проявлений принуждения.

Я не хочу заканчивать тему уголовного права глобализации, не уделив внимания некоторым вытекающим из нее философским проблемам. Это некоторые принципиальные вопросы, возникающие тогда, когда мы помещаем некоторые важные элементы теории преступления в среду глобализации. Немецкие разработки общей теории преступления как *действия, типичного, противоправного и виновного*, воспринимаются в качестве одного из самых важных достояний европейской континентальной правовой науки для конструирования современного и наполненного гарантиями уголовного права. Воспринимая «противоправность» как выражение принципа законности, мы приходим к заключению, что глобальное право не имеет своего собственного ответа на этот вопрос. Как следствие, относительно «типичности» как точного и определенного описания наказуемых типичных деяний, глобальное право также ничего не может сказать. Давайте посмотрим вкратце, с какими проблемами должны столкнуться сторонники известного доктринального равенства.

Если истинно, что одним из измерений проблемы глобализации является пространственное измерение, то сама идея преступления как «действия», которое имеет место в пространстве, может поставить ряд проблем. Благодаря новым технологиям и глобальным сетям коммуникации, сама идея человеческого действия и идея результата или исхода этого действия становятся совершенно смещенными. Проблема так называемого *locus commissi delicti* (места совершения преступления) возникла перед нами во всей своей неприкрытости: в этом упраздненном пространстве глобализации мы не можем знать, где исток действия и где возникают его результаты. Старая проблема тех преступлений, которые начинаются по одну сторону границы, а в результате заканчиваются по другую сторону, становится сейчас весьма актуальной, причем до такой степени, что сама идея человеческого действия становится настолько расп-

лывчатой, что её невозможно осмыслить как реальный предмет методов доказывания.

Не меньше проблем существует и в отношении «виновности». Крупные преступления глобализации, преступления против окружающей среды или экономические преступления – это преступления, редко совершаемые отдельными людьми. Они в основном совершаются большими корпорациями, т. е. юридическими лицами. И проблема уголовной ответственности юридических лиц чрезвычайно сложна [3]. Рекомендация Совета Европы от 20 октября 1988 года отразила эту трудность:

«1. Предприятия должны подлежать ответственности за совершенные преступления в процессе их деятельности, даже когда преступление не направлено на достижение цели предприятия.»

2. Предприятие также должно подлежать ответственности независимо от того, будет ли установлено физическое лицо, которое подлежит ответственности за это преступление.»

Эта рекомендация была ограничено эффективной, поскольку не могла быть распространена на страны, находящиеся вне сферы Совета. Наряду с гражданской ответственностью эта рекомендация должна была предусмотреть и уголовную ответственность для крупных участников глобализации, поскольку в их деятельности зачастую заключается угроза некоторым важным общественным благам. Проблема состоит в том, что правовая теория связывает виновность с персональными психологическими процессами, которых нет у юридических лиц. Деятельность большой глобальной корпорации может быть до такой степени разветвленной и настолько анонимна, что фактически «никто» не совершает наказуемых действий.

VI

В этом докладе поддерживается некоторый скрытый скептицизм относительно возможностей глобального права реализовать идеал верховенства права. Думаю, существует общепринятое убеждение, что все различные смыслы или степени концентрации понятия верховенства права основываются на концепции права, распространенной в государствах, называемых вестфальскими. То есть, на опыте права как нормативного устройства принудительного характера, претендующего на то, что оно может обязывать в определенных территориальных границах, более или менее протяженных, но определенных внутри

пространства. Это, конечно, не означает, что кто-то настаивает преимущественно на пространственном и «статистическом» восприятии правовой реальности, как если бы правовая карта мира была только разновидностью мозаики правовых пространств, изолированных и недоступных. Если правовая реальность возникает сегодня как глобальный или транснациональный поток, то это только потому, что право стремительно выходит за рамки границ и юридические нормы, касающиеся экономических действий или же окружающей среды, оказывают влияние, распространяющееся далеко за пределы их действия. Тем не менее, мой скептицизм вызван тем, что идеал, к которому мы стремимся, все еще не в состоянии приобрести необходимые формы глобального или транснационального права. Там же, где право приобрело реальное транснациональное измерение, оно покоится на классических основаниях международного права: нормах коллизионного права и договорах. Недостаточность этих норм коллизионного права в разрешении транснациональных споров, вследствие чего количество договоров в последние двадцать лет многократно увеличилось (говорят о существовании более чем 50 000 действующих международных договоров), лишь свидетельствует о сложности и интенсивности отношений вне границ, но разрешения сути вопроса не достигает. Как коллизионные нормы, так и Венская конвенция договорного права апеллирует к внутреннему праву, чтобы поддержать обязывающую природу норм и таким образом поддержать верховенство права.

Я не хочу присоединяться к дебатам, а также не желаю пополнять обширную библиографию по международным организациям, таким как ООН или региональным, таким как ЕЭС. Однако для большинства юристов является приемлемым то, что глобализация в ее новом юридическом измерении стремится выйти за координаты, определяющие международное право. Для них это нормально и поэтому делается предположение, что глобальное право стремится быть выше, быть чем-то большим, нежели просто развивающееся международное право. Поэтому я предпочитаю рассмотреть более подробно три институциональных и нормативных составляющих этого нового вида права, остановившись на том, каким образом они могут удовлетворять требованиям верховенства права. Эти составляющие – так называемое *lex mercatoria* (торговое право), Всемирная торговая организация и природа и границы так называемого «мягкого права». В итоге я постараюсь сформулировать отличия между разными ви-

дами международных правовых норм и их возможностями относительно верховенства права.

VII

Значительная часть литературы о глобализации посвящена примерам или моделям нового типа права, которые породил этот транснациональный процесс, новое *lex mercatoria*, контролирующее международные коммерческие действия и стремящееся выйти за пределы государств, обязывая без применения государственного принуждения. Это новое право заслуживает краткого анализа с точки зрения правовой теории.

Название «*lex mercatoria*», о котором много говорится в литературе о глобализации, когда речь идет о новом развитии права, не изменилось. Оно явно относится к феномену, выработанному в средние века торговым правом. За пределами локальных юридических норм и юрисдикцией средневековых купцов развивалось спонтанное право, т. е. право, не произведенное какой-либо местной властью, а базирующееся на соглашениях и коммерческих обычаях, требующее универсального применения, предназначенное скорее для самих купцов как для пространственно нелокализованных участников под специальной юрисдикцией (так называемых «консульств»), чем для деловой деятельности в определенных территориальных координатах [см.: 12, гл. 1]. В современном процессе глобализации одной из наиболее характерных юридических составляющих является именно международное коммерческое право, чьи общие черты приблизительно одни и те же: спонтанность, конвенциональное развитие, независимость и выход за государственные границы, создание особой разновидности деятельности для решения конфликтов путем арбитража. «Развитие этого нового, универсально спланированного *lex mercatoria* (торгового права), которое устанавливает один из наиболее важных структурных аспектов изменений, переживаемых так называемым частным экономическим правом, в качестве пути преодоления недостатков «клинического метода» разрешения правовых конфликтов, и скромные результаты, полученные «превентивным методом» в составлении однообразного торгового права, имеют свои основы в обычном праве, и зачастую на них ссылаются при оформлении иска в арбитраж» [см.: 12, с. 79–80].

Из чего состоит это право? Существует много дискуссий относительно его главных и наиболее характерных компонентов. Мы не касаемся ни

международного коммерческого законодательства, основанного на договорах, ни продукта так называемого «общепринятого права», а ведем речь о «совокупности правил поведения и общепринятых и типичных одинаковых формулировок интерпретаций, которые обобщены постоянным и повторяемым способом в международной торговле и принимаются частными лицами благодаря общей убежденности в их обязательном характере». Им сопутствует существование Международной торговой палаты с ее полномочием устанавливать правила и процедуры, к которой присоединился Международный арбитражный суд, имеющий прекрасную репутацию [12, с. 89, 99]. По правилам, которые он устанавливает, осуществляется тысячи международных операций, (единообразное использование аккредитивов, типичные контракты и стандартизированные контракты, общие условия покупки и продажи, стандартные соглашения относительно транспортировки, строительства и т. д., типичные оговорки касательно купли-продажи, ограниченной ответственности и т. д.). Все это опирается на право, созданное за пределами государства, и хотя, по общему мнению, это право несколько эфемерно и многие его важные моменты находят поддержку государственного внутреннего права (корпорации создаются и регистрируются, основываясь на внутреннем праве, и тяжбы часто решаются на территории государств), тем не менее, оно весьма распространено и на первый взгляд в нем присутствуют удивительные свойства. Давайте попытаемся рассмотреть эти аспекты более тщательно.

Существует мнение, что новое *lex mercatoria* базируется не на чем ином, как на естественном праве [9, с. 167]. На самом же деле тщательное изучение его основного содержания свидетельствует об ином. Действительно, несмотря на большое количество операций, зарегистрированных в соответствии со стандартами этого нового вида права, было показано, что работа арбитража не столько сложна, сколько избирательна: некоторые исследования эмпирического характера позволили сделать вывод, что решений, базирующихся только на этом праве, на самом деле немного [8], конфликты возникают очень редко и, когда они действительно появляются, решаются на основе внутренней юрисдикции, далекой от гибкости и приспособляемости *lex mercatoria*. Но как их происхождение вне государства, так и их рассеянность и низкий уровень конфликтности могут быть объяснены таким моим предположением: на значительном пространстве они являются юридическими средствами, с помощью уста-

новления формальных компонентов контрактов и их интерпретации способствующих международным коммерческим операциям. Они относятся не так к содержанию той или иной операции, как к правовым формам, посредством которых они выражены. И если это так, тогда можно сказать, что все те, кто принимает участие в международной торговой деятельности, для того, чтобы сделать торговлю проще, имеют общую заинтересованность в эффективности таких однородных оговорок, поскольку они облегчают коммерческую деятельность. Таким образом, это ни что иное, как общие и совместные интересы социальных учреждений, создающих институциональную сеть для удовлетворения этих интересов. В экономических выражениях это звучит следующим образом: обобщенная и общая информация о формах контрактов и их применении может способствовать уменьшению всех издержек по операциям с совпадающими интересами [31].

Если бы это было так, то мы смогли бы осмыслить структуру нового *lex mercatoria* как решение проблемы координирования через «общее соглашение» [28]. Договорной, основанный на традициях характер этого права мог бы быть объяснен природой проблемы, которую мы пытаемся разрешить, проблемы, в которой совпадение интересов между участниками преодолевает конфликт интересов. Правила, установленные Международной торговой палатой (ИСС), принимались бы как решение проблемы, и решение арбитражей были бы скорее провозглашением верховенства закона, принятого всеми, нежели решением конфликта. Это обеспечивало бы также ответ на предполагаемый самопринуждающий характер этого права, которое может вследствие этого пренебрегать государственными институтами принуждения. Стандарты, которые разрешают проблему координации, являются самопринуждающими в силу того, что все участники заинтересованы в их одобрении больше, чем в их нарушении, поскольку это означало бы действие, направленное против их собственных интересов. И, наконец, это также обеспечивает удовлетворительное объяснение компонента «исключения», который иногда приписывали этому виду права. Как было уже сказано, это *lex mercatoria* работает, вновь утверждая себя по отношению к тем, кто не следует ему и кого, таким образом, исключают из международной торговли. Однако его черты допускают менее агрессивное объяснение: любой участник, игнорирующий стандарты, которыми координируются интересы глобального движения, но, тем не менее, устанавливающим комме-

рческие отношения с операциональными издержками, исключается из конкурентных условий. Следовательно, это не исключение из рынка, а скорее самоубийственная стратегия.

Предлагались и иные подобные объяснения этого вида права, и некоторые из них заслуживают внимания: те, что сформулированы на основании повторяющихся проблем, таких как проблема, касающаяся дилеммы заключенных, или же проблема, возникшая в связи с попытками коммерческих субъектов защитить свою репутацию [16], но я предпочел бы не вспоминать о них сейчас, потому предлагаю посмотреть на это с позиций комплексного решения проблем координации между коммерческими субъектами глобального рынка. Это позволит нам прийти к двум заключениям, которые могут быть интересны и которые я сейчас собираюсь предложить для обсуждения. С одной стороны, посредством этого типа права могут быть достигнуты некоторые цели верховенства права: в частности разумная степень предсказуемости, которая является важным условием для проведения экономической деятельности. Но, с другой стороны, сфера реализации верховенства права весьма ограничена, ибо, когда эта деятельность покидает структуру идентичности интересов и входит в пределы конфликта интересов, *lex mercatoria* не служит для упорядочивания поведения, она показывает условия безоружного права (*unarmed law*), необязывающего права (*non-binding law*). Если, как я думаю, решение проблем справедливости принадлежит к области конфликта интересов, тогда глобальное торговое право не служит достижению справедливости.

VIII

Если бы в качестве примера или модели организационной особенности глобализации предложить какой-либо институт, то им была бы Всемирная торговая организация (ВТО). Это было темой интересных дебатов относительно возможностей этой организации взять на себя «глобальное управление» или провести необходимую «конституционализацию» международного права [36, гл. XIII]. Уместно рассмотреть суть этого предложения с точки зрения философии права, т. е. обратиться к его предпосылкам. Конечно, я не собираюсь описывать это в деталях (испанские читатели получают хорошее представление об этом в [10], английские – в [25]), но лишь подчеркну некоторые его характерные аспекты, чтобы потом предложить интерпретацию природы обя-

зывающей силы его предписаний. ВТО – это организация, созданная в соответствии с важным международным соглашением коммерческого характера, целью которого было достижение широчайшей степени либерализации в вопросах торговли. Её истоки в Генеральном соглашении по таможенным тарифам и торговле (ГАТТ), были сфокусированы в основном на таможенных тарифах и их отмене для определенного ассортимента коммерческих продуктов. В настоящее время она регулирует более широкий круг вопросов, в том числе нормы и условия для всех видов коммерческих продуктов, включая регуляцию и либерализацию услуг. Она имеет дело не только с проблемами снижения тарифов, но и с теми действиями государств, которые могут вредить экономической либерализации: установление квот, лицензии на импорт или субсидий любого вида. Не углубляясь детально в огромную массу положений, регулирующих деятельность этой организации, рассмотрим более детально способ ее функционирования и то, какие это имеет следствия для нашего исследования. Это – транснациональный организм, принимающий решения путем обсуждения и консенсуса, пытаясь достичь, после изматывающих переговоров, минимальных соглашений, имеющих нормативную силу. Как уже было сказано, это форум постоянных переговоров и периодических круглых столов «аутентичного рынка правил» [36, с. 538]. Члены организации договариваются и обмениваются коммерческими порядками для своих продуктов и интересов и выражают результаты переговоров в нормах транснационального права, которые обязательны для всех участников. К тому же у организации есть оговорка, названная «наиболее привилегированная нация», в соответствии с которой те участники, которые в двустороннем порядке создали особенно привлекательный режим для определенного товара, обязаны сделать этот режим доступным для всех государств-членов. Это допускает выражение рационального свойства «всеобщности» норм, исходящих от ВТО.

ВТО состоит из государств-членов как непосредственных адресатов. Его принципы, правила и решения имеют приоритет над их внутренним правом, что принуждает их менять те аспекты собственных правовых порядков, которые противоречат им. И, что более важно, у ВТО есть механизм решения конфликтов: Комиссия урегулирования споров (DSS) может быть рассмотрена как совокупность вторичных правил, где разрешение споров и разногласий, интерпретация правил и исполнение решений возлагается на нейтраль-

ный орган. Эта система работает с рациональной эффективностью и высокой степенью поддержки части участников. Пользуясь терминологией Герберта Харта, мы можем сказать, что шаг от «доюридического» к юридическому миру сделан, поскольку мы можем идентифицировать в системе как первичные, так и вторичные правила. И это, действительно, правовой мир, превалирующий над правом отдельных государств. Следовательно, в этом случае международное сотрудничество выработало настоящее глобальное право, т. е. общие и публичные правовые предписания применяются независимым органом, не ограниченными государственными границами. Вот почему ВТО иногда предлагают принять в качестве модели для будущего глобального права.

Чтобы проанализировать это более детально, мы должны понять, что лежит в основе обязательности соблюдения и выполнения правил и решений ВТО. Не существует органа между ВТО и государствами-членами, который исполнял бы эти решения. Не существует также и органа, который стоял бы над обоими, как это бывает при решении сложных проблем, например, таких, которые возникают из-за противоречий между решениями Организации и международными соглашениями по окружающей среде. Где они приобрели эту обязательность? Думаю, на этот вопрос можно ответить исходя из современной теории глобальных общественных благ, которые воспринимаются как мощный инструмент для понимания этой новой эры [см.: 26; 30]. Если посмотреть на ВТО как на организацию, управляющую глобальным общественным благом, то, возможно, некоторые причины объяснений этого несомненного успеха в регулировании появились еще до нас. Общественное благо характеризуется двумя чертами: неограниченность и неконкурентность в потреблении. Учет неограниченности означает, что если ресурсы существуют, то невозможно не допустить их потребления каждым. Неконкурентность потребления означает, что потребление ресурсов одним из участников не уменьшает количество доступного ресурса для остальных. Глобальное общественное благо прибавляет к этим характеристикам еще одну: тот факт, что все его плоды должны быть квазиуниверсальными в отношении стран, людей и поколений [26, с. 10–11]. Хорошо известно, что наибольшая проблема, связанная с общественными благами, состоит в том, что если они существуют и ими могут пользоваться все без исключения, то конкуренции в их потреблении не существует, так что у участников нет мотивации

производить их, тем более, что это тяжело с точки зрения частного обеспечения. Как бы то ни было, в сферу действия рыночного механизма не включается обеспечение общественными благами. И это, несомненно, одна из наиболее серьезных проблем, с которыми сталкивается процесс глобализации, поскольку если этот процесс – явление социально-экономическое, чьей движущей силой является рынок обмена, тогда сложность заключается в производстве общественных благ. Но с ВТО этого не случилось. Почему? Потому что общественные блага, которыми она управляет, являются не чистой, а смешанной формой общественных благ, тем, что технически называется «клубом общественных благ». У этого вида общественного блага есть та особенность, что характеристика неограниченности проявляется в них не в полной мере: экономические участники могут быть исключены из потребления. И только те, кто являются членами клуба, могут употреблять блага как общественные. Так же и с ВТО. Общественное благо, которым она управляет, это свободный рынок товаров и услуг, так сказать, положение вещей, заключающееся в отсутствии экономических, правовых и тарифных барьеров на международном рынке товаров. И возможность, которая есть у этой организации, является возможностью разрешения или запрета доступа на этот рынок гражданам или товарам государства. Итак, его неограниченность ограничена, потому что любое государство, желающее присоединиться к организации, должно провести ряд правовых и ценовых реформ, которые можно назвать «входным билетом». Оставаясь за пределами ВТО, государство отдаляет себя от возможности совершения коммерческих трансакций за пределами своих границ, поскольку тарифные ограничения, которыми пользуется одно государство, будут вызывать ответные ограничения со стороны стран-членов организации. Только находясь внутри «клуба», можно получить выгоду от общественных благ, управляемых этой организацией. И чтобы быть членом организации, нужно подчиняться ее требованиям. Вот причина нормативной силы ее решений. Их эффективность несомненна: их существование привело почти к полному исчезновению двусторонних коммерческих соглашений в смысле «международной коммерции».

Эта особая природа ВТО означает, что ее члены, являющиеся суверенными государствами, отказываются выходить из него и принимают существование четких ограничений их суверенитета. Они также принимают существование «сог-

ласия» создать систему органов разрешения споров, которая работает на двух уровнях, по первой инстанции и апелляции, и чьи решения, какими бы они не были, принимаются всеми членами, вплоть до исключения из организации, хотя такое решение никогда и не принималось. Сейчас не время, да это и не в моей компетенции, чтобы анализировать правовую систему ВТО. Это нужно только для того, чтобы продемонстрировать наиболее успешный, из известных нам, путь построения глобальной правовой нормативной базы, действующей по ту сторону национального государства. Но нельзя сказать, что этот локальный правовой порядок будет таким же, как правовой порядок государства. Право ВТО гибкое, его нормы принимаются путем соглашения и не исключают соблазна «вольного прочтения» и борьбы за то, чтобы найти «обходные пути», особенно наиболее могущественными странами. Но, как бы там ни было, можно сказать, что разумная степень предсказуемости и всеобщности производна от этого. Было бы гораздо труднее подтвердить, что в этом заключена реальная зависимость от власти права. Конечно, разные агенты организации являются субъектами этих правил, но не следует забывать, что, вследствие широко известной нехватки демократии в процессе принятия норм и решений, значительные экономические силы (США и ЕС) получают ряд привилегий и особых режимов в ущерб остальным странам, тоже являющимся членами этой организации, но не имеющим доступа на равных условиях к их внутренним рынкам. В таких ситуациях норма несправедлива, но нельзя сказать, что ее не существует.

IX

Пользуясь терминологией, относящейся к юридическим аспектам глобализации, мы можем сказать, что идея верховенства права всегда предполагает «жесткое право» («hard law»), а глобализация показывает его наиболее характерные очертания через некоторые вариации того, что зовется «мягким правом» («soft law»). Таким образом, сейчас необходимо немного поразмыслить над возможностями этого нового «мягкого права» передавать требования верховенства права. И первое, что приходит в голову в процессе размышления, – это то, что «мягкие» решения, которые предлагает глобализация, относятся к «тяжелейшим» проблемам, которые она поднимает. Действительно, если мы рассматриваем глобализацию как процесс крайне интенсивных транснациональных отношений, осуществляе-

мых, прежде всего, *частными* участниками, чьи интересы находятся в *конфликте*, то мы оказываемся задействованными в сценарии, где ситуации типа дилеммы заключенного становятся множественными. Это, по моему мнению, ситуации, которые наиболее пригодны для провоцирования того, что обычно называется недовольством глобализацией. По ту сторону конвенциональной саморегуляции проблем координации, по ту сторону международных институтов и общего международного права, мы входим сейчас в пределы конфликтных интересов в мире аномии (отсутствия законов). Способно ли мягкое право справиться с этим?

Хотя во всех сферах международного права всегда имели место мягкие нормы, в виде увещивающих деклараций и основных принципов, однако сейчас они распространены довольно широко. Эта «мягкая» нормативная реальность, сложная для понимания, изучалась на контрасте с традиционным правом договоров, осмысленных как «жесткое право» [23]. Но я хочу рассмотреть это право автономно и попытаться представить его посредством его же собственных характеристик. Эти черты могут быть суммированы следующим образом: Мягкое право часто исходит от негосударственных участников, то есть от агентов, которые не обладают национальной или международной законодательной силой, оно содержит неясные и неопределенные условия, артикулируется как необязательное и базируется на произвольной приверженности и неправовых способах принуждения [7, с. 30]. Можно сказать, это вид необязательного права, возникающего на основе участия и ресурсов негосударственных участников в конструкции и имплементации стандартов так называемого «управления». Оно преимущественно, если не полностью имеет произвольный характер, «любой участник волен уйти в любое время, придерживается он режима или нет, без опасения санкций со стороны государственной власти» [27, с. 9]. Для большей убедительности сошлюсь на некоторые примеры: стандарты труда Международной организации труда, кодексы об ответственности многонациональных корпораций, соглашение приемлемого развития и итог саммита в Рио, антикоррупционные стандарты в международной торговле, критерии Международной организации стандартизации, рекомендации по сохранению видов и биологического разнообразия и т. д. Это все формальные нормативные соглашения, которые, тем не менее, не обязательны для исполнения, часто являются лишь общими продуктами экспертных комитетов, неправительственных организаций

или больших банковских корпораций, которые не стремятся к жесткому принуждению. Конечно, они сталкиваются с основной проблемой: проблемой одобрения. В их пользу приводилось много доводов: это быстрый и экспериментальный метод регуляции, который не встречается с привычными проблемами при подписании и ратификации договора, это избежание бюрократизации, они весьма вариабельны, – допуская участие гражданского общества, часто обходятся без утомительных процедур инкорпорации в национальное право, поощряют координацию законодательства, создают условия для появления возможности осуществления отношений и вступают в сотрудничество, трудно достижимое посредством обычных каналов, и т. д. И на самом деле существует много аргументов в пользу этого. Возможно, не строго правовых, но заслуживающих внимания. Многие информационные инструменты, в которых содержится «мягкое право», включают моральные требования и привлекают общественное внимание к спору о важной информации и этическом выборе. Определенным образом они обладают «мнением» (*auctoritas*), благодаря их независимости и умелому проектированию так, что они непреднамеренно переводят бремя доказывания, и те государства, органы или корпорации, которые не принимают их, принуждены к публичному оправданию своего несогласия. Они могут быть в этом смысле интересным каналом ориентации публичных дебатов и могут служить – как они это делают в большинстве случаев – основанием для наказания потребителя за его поведение, за нарушение стандартов, которые коллективно рассматриваются в качестве правильных.

Но, несмотря на это, «мягкое право» не может быть подходящим инструментом для реализации идеи верховенства права, поскольку оно не представляет себя адресатам в тех же терминах, что и «жесткое право»: «Верховенство права требует согласия для того, чтобы право было эффективным и приводило в согласие предмет общего международного интереса» [33, с. 9]. И хотя нормы «мягкого права» соблюдаются добровольно, соглашаться с ними не всегда легко. В любом случае, это согласие не исходит из его нормативной природы, но зависит от возможности присутствия контекстуальных факторов и причин, таких как общественное давление или сила гражданского общества, и которое всегда оспаривалось и будет оспариваться [19]. И поэтому оно не может выполнить задачи, которых требует верховенство права. Позволить участникам свободно решать, примут они нормы или нет, несовместимо с верховенством права.

Заключение: возможность рассмотрения верховенства права в сложном процессе глобализации зависит от природы юридических норм, которые артикулируют этот процесс и управляют им. И в международном праве, и в сфере информационного глобального взаимодействия мы можем найти нормы, которые не могут выполнять эту функцию, и нормы, которые, возможно, могут ее выполнить. Для того чтобы кратко и быстро добраться до этих типов норм, которые мы можем найти в сфере международных отношений, я использовал два критерия, один более материального типа [18], а другой – более формального [1]. Согласно первому, типология международных норм может быть представлена на основе трех параметров: уровня конфликтности между нормой и интересами субъекта; значимости санкций, к которым они прибегают; их взаимоотношений с моралью и деонтологией. Согласно этим авторам, различаются три вида норм: *нормы сотрудничества*, содержание которых совпадает с интересами их адресатов и которые поэтому не нуждаются в санкциях и имеют слабый деонтологический оттенок. На втором месте – *децентрализованные нормы*, – нормы, не соответствующие интересам адресатов, которые имеют широкие полномочия для санкционирования и базируются на готовности отдельных участников «заплатить» за санкционирование; у них наличествует важный деонтологический аспект. И на третьем месте – *руководящие нормы*, которые частично не соответствуют личным интересам, оставляют санкции в руках центрального органа и имеют умеренный уровень легитимации [18, с. 640]. Второй критерий позволяет использовать три параметра: *обязательность*, т. е. степень обязательности норм; *четкость*, благодаря которой нормы предписывают поведению требования, дозволения или запреты; *делегирование*, предполагающее, что нормы включают существование третьей стороны, которой дана власть разъяснять и применять нормы, решать споры [1, с. 401]. В этом случае авторы не перечисляют никакой типологии норм, поскольку параметры воспринимаются как постоянно действующие и один из полюсов типологии должен был бы состоять из явно необязывающих норм, очень неясно очерченных и предоставленных рискованной дипломатии для их интерпретации и применения. На другом полюсе мы должны были бы найти обязывающие правила (*ius cogens*), весьма точные и детально разработанные, допускающие применение междуна-

родным судом, уполномоченной организацией или внутреннем правом государств. Феномен, когда международные нормы достигают полюса постоянного действия, назван авторами «легализацией» мировой политики.

Едва ли будет странным утверждать, что если бы мы находились в мире чисто кооперативных норм или необязательных норм, неясно написанных и изложенных в провокационном тоне, врученных исключительно дипломатии и переговорам, которые бы давали подтверждение, зависящее от момента и контекста, идеал верховенства права был бы далеко от воплощения. Насколько мы приближаемся к совокупности «легализованных» норм, т. е. норм, которые многие авторы называют «руководящими», нормам, которые превосходят интересы их адресатов, являются обязывающими и применяются беспристрастными органами, настолько мы становимся ближе к исполнению этого идеала. Комплекс экономических, социальных, технологических и политических феноменов, которые мы называем глобализацией, очень медленно движется в этом направлении. Иногда, к превеликому удовольствию некоторых авторов, глобализация, кажется, находится в мире в большей мере фактическом, нежели нормативном, в мире, в котором больше «сетей», чем норм, в котором больше информации, контактов и переговоров, нежели управления и предписаний поведению. На самом деле, нормы, которые мы нашли в этой сфере, втянуты более в координацию и кооперацию совпадающих интересов, чем в конфликт интересов. В современной ситуации международных отношений только процессы, подобные ЕС, удовлетворяют специфическим требованиям, включающим идеал верховенства права. Но этот процесс большинством экономистов назван «регионализацией» (в противоположность глобализации) и воспринимается как потенциальная угроза глобализации, но это не что иное, как разработка ситуаций, включающих различные государства с четко обозначенной территориальной основой и пограничными экономическими барьерами. Тем не менее, этот процесс наиболее близок к необходимой легализации осуществления верховенства права. Возможно глобальные ответы на вопросы Олсена, вызвавшие этот доклад, должны быть найдены скорее на пути создания наднациональных политических и правовых союзов, чем в мире транснациональных частных сетей, которые стремятся существовать в аномичной окружающей среде. Возможно, такой путь, со всеми его трудностями, лучше указан Европой, чем теми,

кто мечтает о правовом мире любой ценой, что имеет скрытую связь с тенью Гоббса.

Список литературы

1. *Abbott K.W, Keohane R.O, Moravcsik A., Slaughter A.M., Snidal D.* (2000) *The Concept of Legalization.* International Organization. 54. 3.
2. *Appelbaum R., Felstiner W., Gessner V.* (eds.) *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions.* Oxford, Portland Oregon. Hart Publishing. (2001)
3. *Bacigalupo S.* (1998) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Barcelona. Bosch.
4. *Bobbio N.* (1965) «Law and Force» en *The Monist*, XLIX, 1965.
5. *Buchanan James M.* (1975) *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan.* Chicago/London. The University of Chicago Press.
6. *Cassese S.* (2002) «El espacio jurídico global», in *Investidura como Doctor Honoris Causa del Excmo. Sr. D. Sabino Cassese.* Toledo. Universidad de Castilla-La Mancha.
7. *Chinkin Ch.* (2000) «Normative Development in the International Legal System», in *Shelton 2000.*
8. *Dasser F.* (2001) «Lex Mercatoria – Critical Comments on a Tricky Topic» in *Appelbaum, Felstiner, Gessner* (2001)
9. *De Ly F.* (2001) «Lex Mercatoria (New Law Merchant): Globalization and International Self-regulation» in *Appelbaum, Felstiner, Gessner* (2001)
10. *Díaz Mier M.A.* (1996) *Del GATT a la Organización Mundial de Comercio.* Madrid. Editorial Síntesis.
11. *Dicey Albert V.* (1985) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution.* Indianapolis. Liberty Fund (original de 1885).
12. *Fernández Rozas J. C.* (2003) *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales.* Madrid. Colegios Notariales de España.
13. *Ferrarese M.R.* (2000) *Le istituzioni della globalizzazione.* Bologna. Il Mulino.
14. *Fukuyama F.* (2004) *State-Building. Governance and World Order in the Twenty-first Century* (the quotation of Friedmann's comment is in the Spanish translation *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI.* Barcelona. Ediciones B)
15. *Fuller L.* (1969) *The Morality of Law.* New Haven and London. Yale University Press. (ed. Revisada)
16. *Furber F.* (2001) «Global Markets, New Games, New Rules: The Challenge of International

- Private Governance», in Applebaum, Felstiner, Gessner (2001)
17. *Gilpin R.* (2000) *The Challenge of Global Capitalism. The World Economy in the 21st Century.* New Jersey. Princeton University Press.
18. *Goertz G., Diehl P.F.* (1992) «Toward a Theory of International Norms. Some Conceptual and Measurement Issues» *Journal of Conflict Resolution* Vol. 36, n° 4, December.
19. *Haas P.* (2000) «Choosing to Comply: Theorizing from International Relations and Comparative Politics», in Shelton 2000.
20. *Held D.* (2004) *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus.* Cambridge. Polity Press.
21. *Held D. & McGrew A.* (2001) *The Global Transformations Reader. An Introduction to the Globalization Debate.* Cambridge. Polity Press.
22. *Held D. & McGrew, A* (2002a) *Globalization/Anti-Globalization.* Oxford. Polity Press and Blackwell Publishers Ltd.
23. *Hillgenberg H.* (1999) «A Fresh Look at Soft Law», in *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 3.
24. *Hobbes T.* (1996) *Leviathan.* Edited by Richard Tuck. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Cambridge. Cambridge University Press; Гоббс Т. Левиафан // Гоббс. Соч.: В 2-х т. Т. 2. – М.: Мысль, 1991. – С. 96, 139.
25. *Jackson, J.H.* (1998) *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence.* London. The Royal Institute of International Affairs, Chatham House Papers.
26. *Kau J., Grunberg I., Stern M.A.* (1999) *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century.* New York. Oxford. Oxford University Press.
27. *Kirton J.J., Trebilcock M.J.* (2004) *Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance.* Adershot. Ashgate.
28. *Lewis D.* (1969) *Convention. A Philosophical Study.* Oxford. Basil Blackwell.
29. *Malem J.* (2000) *Globalización, comercio internacional y corrupción.* Barcelona. Gedisa.
30. *Marin Quemada J.M., García-Verdugo J.* (2003) *Bienes públicos globales, política económica y globalización.* Barcelona. Ariel.
31. *North D. C.* (1990) *Institutions, Institutional Change and Economic Performance.* Cambridge. Cambridge University Press.
32. *Olson Mancur* (2000) *Power and Prosperity. Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships.* New York. Basic Books.
33. *Shelton D.* (ed.) (2000) *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System.* Oxford. Oxford University Press.
34. *Stiglitz J.* (2002) *Globalization and its Discontents.* London. Allen Lane.
35. *Tamanaha B.Z.* (2004) *On The Rule of Law. History, Politics, Theory.* Cambridge. Cambridge University Press.
36. *Zapatero P.* (2003) *Derecho del comercio global.* Madrid. Thompson-Civitas.

Ф. Ланорта

ГЛОБАЛІЗАЦІЯ Й ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА. ДЕЯКІ СУМНІВИ ВЕСТФАЛЬЦЯ

Стаття присвячена аналізу співвідношення процесів глобалізації з реалізацією верховенства права. Автор досліджує питання правозастосування в межах глобалізованих правопорядків. При цьому розглядаються не лише публічно-правові, але й приватно-правові аспекти проблеми. Особлива увага приділяється новітнім суб'єктам права – мультинаціональним корпораціям, міжнародним організаціям, які поєднують у собі функції правотворчості та правозастосування.

F. Laporta

GLOBALIZATION AND THE RULE OF LAW. SOME DOUBTS OF THE WESTPHALIAN

This paper is dedicated to a analysis of the correlation between the processes of globalization and the realization of the rule of law. The author reviews problems of the application of law within the borders of the globalized legal order in public and private aspects. Particular attention is devoted to the new subjects of law such as multinational corporations, international organizations which imply functions of rule-making and rule-enforcement.