



полития

И.С. Григорьев

МИГРАЦИЯ ИЗ АВСТРИЙСКОЙ В АМЕРИКАНСКУЮ МОДЕЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО НОРМОКОНТРОЛЯ В СУДЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА¹

¹ Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда (проект № 20-78-00066).

Иван Сергеевич Григорьев — доцент департамента политологии и международных отношений, научный сотрудник Центра сравнительных исследований власти и управления Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» в Санкт-Петербурге. Для связи с автором: igrigoriev@hse.ru.

Аннотация. В правоведении выделяются две основные модели конституционного надзора — американская и австрийская (европейская). В американской модели объем полномочий и относительная весомость конституционного суда в политической системе заметно выше, чем в австрийской. В статье описывается история зарождения этих двух моделей, объясняются различия между ними и ставится вопрос о том, насколько жестко задана граница между двумя этими идеальными типами и возможен ли постепенный, не требующий формальной конституционной реформы переход из австрийской модели в американскую. В качестве ответа на этот вопрос описан реальный случай такого перехода, осуществленного Судом Европейского союза в 1960-е годы. Этот случай примечателен именно тем, что изменение системы конституционного надзора стало следствием не проведенной извне реформы, а постепенной миграции из одной модели в другую. Подобно барону Мюнхгаузену, вытащившему себя из болота за волосы, Европейский суд сумел самостоятельно, посредством собственных решений перестроить порядок конституционного нормоконтроля в ЕС, приблизив его к американскому образцу.

В заключительной части статьи автор помещает эту миграцию в исторический контекст, демонстрируя, что успех строительства нового европейского правопорядка не был предопределен и складывался из решений, принимаемых судьями по каждому конкретному делу. Но в аналогичной ситуации оказывается любой национальный конституционный суд после смены политического режима. Как правило, новые конституционные суды создаются по «австрийским» лекалам и институционально находятся ближе к законодательной ветви власти, но для эффективного конституционного надзора им необходимо «мигрировать» в американскую модель, сблизившись с обычными судами. И в этом отношении для них может быть чрезвычайно полезен опыт Европейского суда.

Ключевые слова: конституционный надзор, модели нормоконтроля, Суд Европейского союза, правовой порядок, реформа конституционного суда

Введение

² Garnett 2009: 6.

³ Sweet 2003: 2766—2767.

В правоведении выделяются две модели конституционного надзора — американская и австрийская (европейская). В американской модели суд выступает органом прямой демократии: закон, принятый народными избранниками, может быть аннулирован судебным решением, если он противоречит конституции, принятой народом². В Европе подобный пересмотр действующего закона, когда судебная власть фактически берет на себя функции негативного законодателя, расценивается как нарушение принципа разделения властей и в силу этого, напротив, считается недемократичным³. В большинстве европейских стран соответствие закона конституции оценивает специально созданный судебный орган — либо до вступления его в силу, либо после, но по искам ограниченного круга истцов. Такой подход позволяет сохранять иерархию нормативной системы, ее упорядоченность и при этом не вступает в противоречие с принципом разделения властей.

По объему получаемых надзорной инстанцией полномочий (и, как следствие, по значимости такой инстанции в политической системе) американская модель «сильнее» европейской. Ниже мы подробнее остановимся на причинах данного расхождения. Вместе с тем интересно посмотреть, насколько жестко задана граница между двумя идеальными типами конституционного нормоконтроля. Возможно ли без формальной конституционной реформы перейти от одной модели к другой? И как такой переход происходит на практике?

В настоящей работе рассмотрен реальный случай перехода из австрийской модели в американскую. Суд Европейского союза (до вступления в 2009 г. в силу Лиссабонского договора официально называвшийся Судом Европейских сообществ и для краткости часто именуемый Европейским судом) осуществил его в 1960-е годы. Этот случай примечателен именно тем, что изменение системы конституционного надзора стало следствием не проведенной извне реформы, а постепенной миграции из одной модели в другую, совершенной самим Судом. Подобно барону Мюнхгаузену, вытащившему себя из болота за волосы вместе с лошадью, Европейский суд сумел самостоятельно, посредством собственных решений перестроить порядок конституционного нормоконтроля в ЕС, приблизив его к американскому образцу и обеспечив себе те более широкие институциональные возможности, отсутствие которых отличает австрийскую модель.

Чтобы описать эту трансформацию, мы подробно проанализируем функционирование двух идеалтипических моделей — американской и европейской, охарактеризуем институциональные основы деятельности Европейского суда, зафиксировав их формальную принадлежность к конкретной модели, и изложим историю перехода Суда ЕС от одной

модели к другой. В заключение мы поместим этот переход в исторический контекст и предложим ряд обобщений, касающихся работы новых конституционных судов.

Идеальные типы конституционного нормоконтроля

Конституционный надзор по праву считается американским изобретением. В 1803 г. в Верховном суде США слушалось дело «Марбери против Мэдисона». Истец Уильям Марбери был одним из так называемых «полуночных судей», которых второй президент США Джон Адамс назначил на исходе своего президентства, прежде чем передать пост победившему его на выборах Томасу Джефферсону. Фактически в последние месяцы своего правления, уже после того, как стали известны результаты президентских выборов, но до инаугурации Джефферсона, Адамс попытался сместить баланс в политической системе в целом в пользу своей партии, заполнив все вакантные посты своими сторонниками.

Среди прочих в число назначенцев попал и Марбери. От вступления в должность его отделяло только получение официального письма о назначении, которое было подписано уходящим президентом, но которое Марбери и еще нескольким «полуночным судьям» не успели отправить. Став президентом, Джефферсон остановил все делопроизводство прежней администрации, и письма не были отосланы. В итоге Марбери формально так и не был назначен⁴.

⁴ *Eastman 2005: 134—135.*

Не дождавшись письма о назначении, Марбери обратился в Верховный суд, чтобы тот принудил нового госсекретаря Джеймса Мэдисона отправить его. При этом, поскольку, не выслав письма о назначении «полуночных судей», Мэдисон выполнял указание Джефферсона, иск, по сути, был направлен против президента. Более того, в том, что письма не были разосланы, виноват был не Мэдисон, а госсекретарь администрации прежнего президента Джон Маршалл, которого Адамс, руководствуясь описанной выше логикой, успел до выхода в отставку назначить на пост верховного судьи (каковой тот и занимал, когда поступил иск Марбери)⁵.

⁵ *Paulsen 2003: 2707.*

Иск Марбери, таким образом, был с самого начала политизирован. С одной стороны, Маршалл отчасти выступал судьей в собственном деле. (То, что сам он был действующим политиком, главой администрации президента-федералиста, тоже не говорило в пользу непредвзятости суда.) С другой стороны, иск против Мэдисона был скорее частью политической борьбы между партиями федералистов и демократов-республиканцев, чем попыткой отдельно взятого гражданина добиться справедливости. Марбери как крупного финансиста мало интересовал скромный пост мирового судьи, и форсировали судебный процесс его однопартийцы, надеявшиеся обратить судебную победу в политическую. Политизация процесса была настолько высока, что, когда Маршалл обратился к Мэдисону за прояснением его позиции, Верховный суд был закрыт на год⁶.

⁶ *Sloan and McKean 2010.*

Вернувшись к работе, судьи уже не пытались заставить Мэдисона отправить неразосланные письма, а нашли изящный способ удовлетворить

запросы обеих сторон и отвести огонь от Верховного суда. Признавая, что «отказ в отправке письма о назначении на пост... является противозаконным и нарушает законное право» истца, Верховный суд (а заключение писал сам Маршалл) отметил, что право это не может быть восстановлено через Верховный суд, так как закон, на основе которого Марбери обращался с иском напрямую в эту инстанцию, вместо того чтобы пойти в суд низшей инстанции, противоречит Конституции, которая недвусмысленно определяет Верховный суд как апелляционный орган. Непосредственно иск Марбери тем самым был отклонен, но гораздо важнее, что при этом впервые подверглась оценке конституционность закона, принятого демократически избранным законодательным органом, и отдельные положения этого закона были объявлены недействительными как противоречащие Конституции — по той логике, что «именно в компетенции и обязанностях судебного органа определять, что есть закон»⁷.

⁷ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 177 (1803).

⁸ *Paulsen 2003*: 2709.

Судебный пересмотр по американской модели является, таким образом, элементом системы сдержек и противовесов⁸, дополняющим и корректирующим традиционное разделение властей. Впервые примененная на практике в 1803 г., эта процедура активно обсуждалась в политических элитах США еще со времен Войны за независимость. В частности, еще в 1788 г. в 78 выпуске «Федералиста» Александр Гамильтон, рассматривая будущее устройство судебной власти, писал, что «суды учреждают, чтобы... они держали [законодательную власть] в рамках предоставленной ей компетенции», и что «толкование законов — должная и свойственная судам сфера деятельности»⁹.

⁹ *Федералист 1994*: 505.

Вследствие этой ее особенности американская политическая система стоит несколько особняком по сравнению с европейскими. Как отмечал еще Алексис де Токвиль, «именно судебное устройство Соединенных Штатов иностранцу понять труднее всего»¹⁰, ибо в США суды «облечены огромной политической властью», проистекающей из того обстоятельства, что «американцы признали за своими судьями право обосновывать свои решения конституцией, а не законом... позволили судьям не применять закон, если тот покажется им антиконституционным»¹¹. Изумление Токвиля легко понять, ведь во Франции, согласно статье 127 наполеоновского Уголовного кодекса, судьи могли быть «признаны виновными в превышении полномочий... за создание нормативных документов, содержащих законодательные положения, за приостановку исполнения одного или нескольких законов или за попытку определять, должен ли закон быть опубликован и применяться»¹². Для французской системы, построенной на всесторонне регламентирующих отдельные области правоотношений кодексах, «настолько совершенных, чтобы не требовалось интерпретации»¹³, идеальный судья — это исполнитель, применяющий ясные и недвусмысленные законы. Творческая, интерпретирующая составляющая правового процесса, играющая столь важную роль в прецедентном праве, в праве французском не предусмотрена.

¹⁰ *Tocqueville 1842*: 157.

¹¹ *Ibid.*: 160.

¹² *The Penal Code of France 1819*: 28—29.

¹³ *Bowman 1986*: 108.

Корни подобного подхода кроются в той восходящей к Просвещению идее, что источником демократической власти может быть только

«общая воля», то есть воля народа. То, что в рамках системы разделения властей каналы представительства связывают «общую волю» главным образом с законодательной властью, ставит парламент выше исполнительных и судебных органов. Соответственно, ограничение законодательной власти через процедуру судебного нормоконтроля неизбежно посягает на делегированную парламенту *общую волю*, а значит, недопустимо. Потому-то и не нашла поддержки во Франции идея дополнения разделения властей системой сдержек и противовесов, и судебная власть — по меткому выражению Шарля Луи Монтескье, «ничто» без поддержки двух других¹⁴ — так и осталась «ничем», никак не усиленная политически¹⁵.

¹⁴ Montesquieu 1749: 155.

¹⁵ Впрочем, после создания Конституционного совета «политический» суд появился и во Франции (см. Sweet 1992).

¹⁶ Sweet 2003: 2751—65.

¹⁷ Sweet 1992: 228.

Слабость судебной системы вызвала глубокое недовольство французских юристов, и в какой-то момент в их среде возникло движение за импорт американской модели конституционного надзора¹⁶. Однако ввести в европейскую юридическую практику систему судебного нормоконтроля было суждено не французам, а выдающемуся австрийскому правоведу, автору Конституции Первой Австрийской республики Гансу Кельзену¹⁷.

Замысел Кельзена состоял в том, чтобы исключить возможность вмешательства судебной власти в политику, искусственно разведя право и политику путем создания особого судебного органа (собственно конституционного суда), выведенного за рамки судебной ветви власти. С одной стороны, только конституционный суд уполномочен проверять законы на соответствие конституции (другим судам это не позволено). С другой стороны, сам он не разбирает конкретные дела, а занят исключительно рассмотрением запросов о конституционности отдельных нормативно-правовых актов и разъяснением положений Основного закона. При наиболее последовательном соблюдении логики, лежащей в основе идеи конституционного суда, проверка на соответствие конституции осуществляется им на стадии разработки закона, до его принятия¹⁸.

¹⁸ Sweet 2002: 79—80.

¹⁹ Bersier Ladavac 1998: 392.

Кельзен изобрел и «вписал» соответствующий орган в Конституцию Австрии и даже был назначен его пожизненным членом. Впрочем, несмотря на такой статус, в 1930 г. он был выведен из состава конституционного суда за сочувствие социал-демократам¹⁹, а в 1934 г., после аншлюса, перестал существовать и сам суд. Однако в послевоенные годы придуманная им модель обрела новую жизнь, будучи реализована сначала в Австрии, Германии и Италии, затем, в 1970-е годы, в Испании и Португалии и наконец, в 1990-е годы, в большинстве бывших социалистических стран, включая Россию.

Австрийская модель судебного нормоконтроля отличается от американской по ряду параметров. Первый, организационный, заключается в том, что если в одном случае создается специальный орган конституционного надзора, выведенный за рамки судебной системы, то в другом право устанавливать неконституционность законодательства получают суды общей юрисдикции.

Вторым отличием австрийской модели от американской является то, что в Европе судебный пересмотр может осуществляться еще до

принятия закона. Тем самым «австрийские» конституционные суды приближены к законодательной ветви власти, с которой постоянно взаимодействуют, проводя своеобразную экспертизу принимаемого законодательства на конституционность, тогда как Верховный суд США фактически оценивает не законодательство, а содержание исков. Это отличие, критически важное для сформулированного Кельзенем идеального типа, на практике, впрочем, присутствует не всегда: реальные «австрийские» суды часто наделяются возможностью оценивать конституционность уже принятых законов. Однако и в таких случаях дух «австрийского» нормоконтроля нередко сохраняется за счет сведения круга потенциальных заявителей к самим законотворцам и ограничения доступа к конституционному суду частных лиц.

Со вторым отличием связано третье, состоящее в том, что в США Верховный суд намного чаще выступает в роли законодателя, чем конституционные (не говоря уже об обычных) суды в европейских странах, поскольку, обладая правом рассматривать конкретные дела, он выносит свои решения, основываясь не на формальных законах, источником которых может быть только законодательная власть, а на правоприменительной практике, в которую включены сами граждане. Австрийская модель конституционного надзора абстрактна: конституционные суды оценивают исключительно принципиальное соответствие законодательной нормы конституции. Американский судебный нормоконтроль, напротив, конкретен, и в конкретике отдельных кейсов американские суды находят поводы не только для объявления каких-то норм законодательства неконституционными, но и для создания новых норм путем трактовки зачастую неоднозначных положений конституции.

Эти три параметра, отличающие европейский нормоконтроль от американского, и лягут в основу нашего анализа динамики изменения конституционного надзора в Европейском суде.

Конституционный надзор в Европейском союзе

²⁰ Статьи 230—231 в долиссабонской нумерации и 173—174 в оригинальной нумерации Римского договора.

²¹ Право обращения в суд.

Порядок конституционного надзора в ЕС задается статьями 263—264 Договора о функционировании Европейского союза²⁰, согласно которым Европейский суд оценивает правомерность актов ЕС по обращению правительства страны-члена или одного из институтов Союза. Физические и юридические лица могут оспаривать правомерность европейского законодательства в Суде, только если оно затрагивает их напрямую (тем самым ограничивается их *locus standi*²¹). Рассмотрев обращение, Суд может лишить оспариваемую норму законной силы.

При этом не всякая норма европейского законодательства обладает прямым действием. Принимаемые нормы часто предполагают последующую имплементацию на национальном уровне, после чего имплементированные законы становятся органической частью общего строения правовой системы ЕС и подпадают под контроль Европейского суда. В этой части правового поля конституционный надзор регламентируется статьями 258—259 Договора о функционировании

²² Статьи 226—227 в дописанной нумерации и 169—170 в оригинальной нумерации Римского договора.

Европейского союза²², в соответствии с которыми Европейская комиссия или одно из национальных правительств могут обратиться в Суд с иском против страны, уклоняющейся от исполнения своих обязательств. В той мере, в какой такое «уклонение» закреплено в законодательстве данной страны, статьи 258—259 тоже описывают процедуру конституционного надзора (правда, его объектом оказывается уже не европейское, а национальное законодательство).

Таким образом, по двум из трех параметров Европейский суд отвечает принципам централизованного конституционного нормоконтроля и относится к австрийской модели. И хотя нормоконтроль здесь осуществляется после принятия оспариваемой нормы и в этом смысле Суд ЕС не может считаться чистым примером «австрийского» суда, круг потенциальных заявителей фактически ограничен участниками законотворческого процесса (то есть правительствами стран-членов и институтами ЕС), что типично для «австрийских» судов. По третьему параметру — абстрактности нормоконтроля — четких ограничений не предусмотрено, но в ситуациях, когда в рамках нормоконтроля Суд оценивает соответствие европейского или национальных законодательств «основному закону» (учредительным договорам) ЕС, такая оценка производится им абстрактно ввиду отсутствия в подобных спорах собственно *дела*. Иначе говоря, процедура конституционного нормоконтроля, прописанная учредительными договорами ЕС, является централизованной, абстрактной и квазипредварительной (что выражается в ограничении *locus standi*). Можно сказать, что нормоконтроль в данном случае очень близок к «австрийскому» идеальному типу.

В этом видится часть общего замысла. По своему институциональному устройству Европейские сообщества были типичной межправительственной организацией, державшейся на четырех институциональных «столпах»: (1) форуме правительств — Совете министров, (2) исполнительном органе, занимающемся текущими делами, — Комиссии, (3) межпарламентской ассамблее и (4) судебном органе, осуществляющем арбитраж в спорах, непосредственно относящихся к области, регулируемой Римским договором. Сходным образом устроены многие международные организации, появившиеся в ту же эпоху (например, Совет Европы и ГАТТ/ВТО). Институционально Сообщества повторяли их дизайн, довольно популярный по сей день. Как отмечает Карен Альтер, по тем же институциональным лекалам создана значительная часть организаций региональной интеграции²³.

²³ *Alter 2010: 41.*

Но ни в одной из этих организаций не наблюдалось той необыкновенной динамики, которая присуща правовому полю ЕС. Содержательно его динамичность обуславливалась тем, что в «обертку» типовой международной организации своего времени отцы Римского договора завернули новаторскую идею о строительстве общего рынка, подразумевавшую постепенное устранение препятствий для трансграничной экономической деятельности и обеспечение равных условий для всех экономических агентов, что требовало гармонизации национальных

²⁴ Stein 1964: 6—7.

законодательств в самых разных областях²⁴. Учитывая масштаб задачи, осуществить такую гармонизацию разом было невозможно. Поэтому, в отличие, скажем, от той же Конвенции о защите прав человека, Римский договор фиксировал лишь идеальную модель, к которой в конечном счете должны прийти страны-члены, предполагая, что необходимые условия будут созданы их правительствами постепенно. В этой модели правительства следят за общим ходом интеграции и друг за другом и могут требовать от «отстающих» исполнения взятых ими обязательств — напрямую или с помощью брюссельского «контролера», Европейской комиссии. Вместе с тем, чтобы не выпускать этот процесс из-под контроля правительств, доступ к контрольной инстанции был ограничен. Этим объясняется централизация нормоконтроля и ограничение *locus standi* в статьях 258—259 и 263—264.

Параллельно этому, однако, нужно было решить вторую задачу: наряду с созданием новой законодательной базы следовало также обеспечить единообразие правоприменения. Для этого была предусмотрена процедура так называемых преюдициальных запросов (статья 267 Лиссабонского договора²⁵), посредством которых Суд дает толкование законодательства ЕС по запросу национальных судов, тем самым обеспечивая единообразие толкования и исполнения коммунитарного права — в противном случае различия в понимании коммунитарного права национальными судами порождали бы искажения рынка.

В то же время статья 267 содержит намек на устранение монополии правительств на обращение к Суду. Действительно, преюдициальные запросы обеспечивают Европейскому суду выход на новых «собеседников»²⁶ — национальные суды и, как следствие, конкретные дела, с которыми в эти суды обращаются истцы. Статья 267, таким образом, содержит потенциал для размывания основного элемента австрийской модели надзора, открывая формально отдельно стоящему Европейскому суду доступ к конкретным кейсам. Авторы Римского договора этого потенциала, скорее всего, не замечали. Как вспоминает один из участников переговоров в Валь Дюшес, где писался текст Римского договора, люксембуржец Пьер Пескатор, «принятие идеи [о преюдициальных запросах] в принципе не вызвало никаких сложностей... возможно, никто не понимал важности этого нововведения»²⁷. Именно это обстоятельство и позволило Европейскому суду в дальнейшем мигрировать из заготовленной для него изначально австрийской модели нормоконтроля в более сильную американскую.

²⁵ Статья 234 в долиссабонской нумерации и 177 в оригинальной нумерации Римского договора.

²⁶ Weiler 1994.

²⁷ Pescatore 1981: 159.

Миграция Суда ЕС из австрийской в американскую модель

На первых порах канал статьи 267 был фактически закрыт, так как установлению связи между национальными судами стран-членов и Европейским судом препятствовали два юридических обстоятельства. Во-первых, нормы международных договоров (в том числе Римского) не обладают прямым действием, то есть нарушение их государством не может быть оспорено гражданином, который не является субъектом

международного права и сам не подписывал договор. Во-вторых, в отдельных европейских странах нормы международного права (включая Римский договор) не имели верховенства над национальными. Для запуска механизма статьи 267 на практике понадобилось утвердить принципы прямого действия и верховенства коммунитарного права — задача, решенная Судом ЕС в 1963—1964 гг.

Принцип прямого действия был введен решением по делу «Ван Генд ен Лоос» (1963) — голландской компании, обратившейся в национальную арбитражную комиссию с иском против повышения пошлин на ввоз в Нидерланды химической продукции (в частности, водной эмульсии уреаформальдегида, импортируемой из Германии). Обстоятельства дела потребовали толкования положений Римского договора, и голландская арбитражная комиссия направила преюдициальный запрос в Европейский суд, с тем чтобы тот разъяснил, противоречит ли повышение пошлины статье 12 (запрещающей повышение тарифов и пошлин на ввоз товаров в рамках Общего рынка), а также «имеет ли статья 12 прямое действие на территории стран-членов» и, следовательно, могут ли в принципе физические и юридические лица подавать иски о защите своих прав на основе этой статьи²⁸.

²⁸ *Van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration (Case 26/62)*.

Содержательно второй пункт запроса выглядит менее значимым, но именно он определял исход дела. Так, Суд мог решить, что повышение пошлины было незаконным и в этом плане недовольство голландской компании оправданно (как было оправданно недовольство Марбери, так и не получившего письма о своем назначении). Однако если бы при этом он вынес заключение, что указанное положение Римского договора не имеет прямого действия, то компании «Ван Генд ен Лоос» в иске было бы отказано.

²⁹ *Ibidem*.

Решение, которое в итоге принял Суд, неоднородно. С одной стороны, трактовка статьи 12 в нем полностью однозначна: какую бы форму ни принимало повышение пошлин, оно незаконно²⁹. С другой стороны, применительно к праву юридических и физических лиц требовать пересмотра национального законодательства, противоречащего коммунитарному праву, вердикт Суда звучал торжественно, но довольно расплывчато. Не случайно, по свидетельству одного из современников, решение Суда в этой части вызвало волну толкований в академических кругах³⁰. И действительно, по форме оно было скорее декларацией: «Европейское экономическое сообщество образует в системе международного права новый правовой порядок, в пользу которого государства ограничили свои суверенные права... и субъектами которого являются не только страны-члены, но и их граждане... Право Сообщества не только налагает обязательства на граждан, но также должно наделять их правами, которые становятся частью их правового достояния. Эти права появляются не только в тех случаях, когда они явно представляются Договором, но и в силу обязательств, непосредственно налагаемых Договором на граждан, равно как и на государства-члены и институты Сообщества»³¹.

³⁰ *Riesenfeld 1965: 334*.

³¹ *Van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration (Case 26/62)*.

Иными словами, коммунитарный правовой режим не «собственность» правительств, выступающих в роли легитимных представителей граждан, он также принадлежит самим гражданам. Если правительства создают систему обязательств, распространяющуюся в том числе на граждан, и вправе требовать от граждан исполнения этих обязательств, значит, симметричным правом требовать исполнения обязательств от своих правительств обладают и граждане. Соответственно, после дела «Ван Генд ен Лоос» меняется и статус Европейского сообщества — отныне «не только сообщества государств, но также сообщества народов и граждан»³².

³² *Rodriguez Iglesias* 2001: 12.

Процесс выстраивания альтернативной процедуры нормоконтроля, начатый решением по иску «Ван Генд ен Лоос» и допускающий прямое участие граждан, получил логическое завершение в деле «Коста против „Энель“», решением по которому был установлен принцип верховенства коммунитарного права над национальным³³. Итальянец Фламинио Коста был вызван в суд Милана по иску итальянской электроэнергетической компании «Энель» — за неуплату счетов за электричество. Сумма неуплаты была символической; в действительности Коста был акционером «Энель» до ее национализации в 1962 г. и использовал иск как повод для начала судебного разбирательства с компанией, которая, по его мнению, была национализирована в нарушение европейского законодательства. Рассматривавший дело миланский магистрат направил в Европейский суд преюдициальный запрос о соответствии указа итальянского правительства о национализации «Энель» положениям учредительного договора.

³³ *Costa v E.N.E.L.* (Case 6/64).

Что примечательно, в формулировке запроса была допущена ошибка. Система преюдициальных запросов на тот момент действовала всего порядка трех лет³⁴, и многие судьи в национальных судах не вполне понимали, как она работает. В данном случае некорректность запроса заключалась в том, что Суд ЕС не уполномочен оценивать соответствие национального законодательства европейскому — он только дает трактовку интересующей национальный суд норме коммунитарного права (здесь ярко проявляется формальная «австрийскость» нормоконтроля в Суде ЕС), и, получив разъяснения от Суда ЕС, национальный суд сам выносит решение, соответствует ли оспариваемое положение договорам.

³⁴ *Первое решение по статье 177 (267) было вынесено в 1961 г.; к 1964 г. таких решений было всего 12.*

Ввиду ошибок в процедуре преюдициального запроса в итоговом тексте решения больше внимания уделялось процессуальным вопросам, чем собственно существу дела. В частности, оговорок потребовало то, может ли Суд отвечать на некорректный запрос и как он определяет, что в действительности имел в виду национальный суд. Как следствие, не очень большая по объему основная часть решения, где Суд давал трактовку статьям Договора, касающимся национализации, оказалась окружена массой комментариев, с самим делом связанных только косвенно.

По сути Суд принял решение не в пользу Косты, поскольку, в отличие от дела «Ван Генд ен Лоос», статья Римского договора, к которой тот апеллировал, по мнению Суда, не порождает прямого действия, то есть

он в принципе не имел права оспаривать итальянское законодательство, на основе которого была осуществлена национализация «Энель». Магистрату Милана этого разъяснения было бы достаточно. Однако Европейский суд пошел дальше, провозгласив по этому же запросу важнейший принцип верховенства права ЕС, который к существу дела, рассматриваемого миланским магистратом, отношения не имел.

Действительно, вопрос о верховенстве возник в деле исключительно потому, что параллельно рассмотрению в Европейском суде дело также слушалось в итальянском конституционном суде, который постановил, что верховенство принадлежит хронологически более поздней норме. В данном случае это означало приоритет декрета о национализации, который был принят уже после ратификации Римского договора. Европейский суд вступил в полемику с национальным конституционным судом и своим решением отверг эту позицию, объявив, что «нормы учредительного договора, являющегося независимым источником права, не могут в силу его особой и первообразной природы уступать по своей юридической силе внутреннему законодательству»³⁵.

³⁵ *Costa v E.N.E.L.*
(Case 6/64).

Установленный таким образом принцип верховенства коммунитарного права органично дополняет принцип прямого действия. Прямое действие позволяет гражданам в случае несоответствия имплементирующего национального законодательства коммунитарному праву оспаривать его в национальных судах, не нарушая при этом сформулированной в Договоре субординации инстанций. Но эта схема была бы незавершенной, если бы коммунитарное право не обладало верховенством над национальными законами. При сочетании же двух принципов возникает альтернативный канал нормоконтроля, которому присущи такие характеристики, как децентрализованность и включенность в него судов общей юрисдикции; расширенный круг заявителей, обращающихся в суд после вступления оспариваемой нормы в силу; и, наконец, конкретность нормоконтроля, в ходе которого фактически оцениваются обстоятельства дела, а не абстрактное соответствие той или иной нормы основному закону. Иначе говоря, этот канал строится по американской модели.

Чтобы прояснить, как он работает, и оценить его силу, сравним его с оригинальной процедурой, предусмотренной статьями 258—259, которые допускают осуществление конституционного надзора только с подачи одного из институтов ЕС или национального правительства. Помимо чрезвычайной узости круга потенциальных заявителей, что само по себе ограничивает возможное число пересмотров, следует учитывать и ту мотивацию, которая может побудить их требовать ревизии законодательства одной из стран. Споры между правительствами редко затрагивают проблемы, регламентируемые национальными законодательствами, так как последние, как правило, ориентированы внутрь страны, а не наружу — на ее граждан, а не на соседей. В свою очередь, с нормами национального законодательства сталкиваются в основном граждане, тем самым более заинтересованные в проверке соответствия законов, принимаемых странами-членами, европейскому праву.

В конечном счете, впрочем, преюдициальные запросы оказались более эффективными и применительно к тем задачам, на решение которых была нацелена классическая процедура, заложенная в статьях 258—259. Так, в 1985 г. Суд ЕС получил преюдициальный запрос из французского суда, где слушалось дело Мишеля Юмбло — владельца автомобиля с двигателем мощностью в 36 лошадиных сил³⁶, вынужденного в связи с этим платить налог по повышенной ставке. По французскому законодательству, автомобили мощностью до 16 лошадиных сил облагались относительно небольшим налогом, а в случае превышения этой планки ставка налога возрастала в разы³⁷.

³⁶ Точнее, так называемых «фискальных» лошадиных сил — условных единиц, применяемых для расчета налогооблагаемой базы. Реальная мощность двигателя многократно превышает «фискальную».

³⁷ *Humblot v Directeur des services fiscaux (Case 112/84)*.

Учитывая особенности налогообложения, французские производители маркировали свои машины как менее мощные, и машин, которые были бы мощнее 16 лошадиных сил, во Франции не производилось вообще. Все более мощные машины импортировались, в том числе из других стран ЕС. Таким образом, французский налог фактически работал как импортная пошлина, что запрещено Римским договором. Европейский суд встал на сторону Юмбло и потребовал отмены дискриминирующих налогов.

Дело Юмбло идеально ложится в русло статьи 258: Франция нарушила обязательство не дискриминировать импортные товары, взятое перед другими странами. В правительствах этих стран об этом, вероятно, даже не догадывались. Зато нарушение было очевидно французским налогоплательщикам, которые и помогли устранить его. Неудивительно, что преюдициальные запросы сегодня составляют основную массу дел, поступающих в Европейский суд: в 2019 г. 66,35% всех его решений были вынесены по статье 267.

**Применимость
опыта
Европейского суда
к другим
«австрийским»
конституционным
судам**

Европейский суд является модельным случаем перехода из австрийской в американскую модель нормоконтроля, доказывающим саму возможность такой миграции. Необходимая для этого работа была проделана Европейским судом в первой половине 1960-х годов в решениях по делам «Ван Генд ен Лоос» и Косты. Рассматривая эти дела, мы сконцентрировались на их правовом контексте и том значении, которое они имели для складывания процедуры судебного нормоконтроля, выведя за скобки контекст исторический. Между тем контекст этот играл не менее важную роль.

Начало 1960-х годов было трудным временем для Европейских обществ. Вскоре после подписания Римского договора в 1957 г. к власти во Франции пришел Шарль де Голль, в отличие от функционеров Четвертой республики, инициировавших создание Сообществ, к идее европейской интеграции относившийся холодно. В 1961—1962 гг. прошла серия пресс-конференций, на которых де Голль подверг критике идею объединенной Европы, отстаивая казавшуюся ему более верной идею Европы наций. Впоследствии комментаторы заметно облагородили и усложнили эту концепцию, но сам де Голль сводил ее к простой

³⁸ Mahoney 2018: 133.

аналогии, доказывая несостоятельность интеграционных устремлений сравнением величественных произведений Данте, Гёте и Шатобриана, при всем своем разноязычии являющихся достоянием всех европейцев, с бесплодными «интегрированными» волапюком и эсперанто³⁸. Де Голль и позднее активно критиковал Сообщества, а в 1965 г. разразился так называемый «кризис пустого кресла», когда Франция отозвала своего представителя из Совета министров Сообществ, что заморозило его работу на год.

Удивительно, но судебные решения, заложившие основу развития коммунитарного права, пришлось именно на этот бурный период — словно в Люксембурге, где расположен Европейский суд, время текло иначе, и пока политические круги штормило, Суд ЕС неспешно «распаковывал» Римский договор и расставлял по местам различные элементы нового правопорядка согласно плану, составленному до прихода к власти де Голля. Тем не менее исторически это не так. И хотя возникает соблазн сказать, что Суд был изолирован от политической конъюнктуры и потому мог позволить себе отстраивать новый порядок, не обращая внимания на политиков, время в Люксембурге и том же Париже шло одинаково.

Примером (и подтверждением) служит эпизод с Робером Лекуром — французским юристом, назначенным судьей от Франции в 1962 г., вскоре после его ухода с поста государственного министра Франции в знак протеста против международной политики де Голля. Этим назначением де Голль решал собственные задачи. Судьей от Франции в то время был Жак Рюэфф, его незаменимый советник по финансовым вопросам, и, устав каждый раз вызванивать Рюэффа из соседней страны, президент одним выстрелом убил двух зайцев: вернул Рюэффа в Париж и пристроил отставленного Лекура в Люксембург на почетную пенсию.

³⁹ Pescatore and Muñoz 2003.

По мнению Пьера Пескатора (впоследствии судьи от Люксембурга), эта рокировка имела колоссальное значение. Оказавшись в Суде, Лекур активно включился в рассмотрение дел «Ван Генд ен Лоос» и Косты: Пескатор утверждает, что текст решения по первому из них Лекур написал собственноручно, так как первоначально назначенный докладчиком по этому делу люксембуржец Шарль Леон Аммес оказался в меньшинстве (из семи судей четверо проголосовало против предложенной им позиции; одним из этих четырех был новоприбывший Лекур)³⁹. И именно Лекур придумал, как выстроить связь с национальными судами, столь важную для обеспечения доступа Европейского суда к реальным искам граждан стран — членов ЕС.

Успех строительства нового европейского правопорядка в те годы не был предопределен и складывался из решений, принимаемых судьями по каждому конкретному делу. Но в аналогичной ситуации оказывается любой национальный конституционный суд после смены политического режима, когда согласно предписаниям новой конституции в старом правовом поле начинает выстраиваться новый порядок. Как и Европейскому суду, этим конституционным судам приходится

вырабатывать инструментарий для проверки конституционности, а для этого — искать выход на более широкий круг заявителей. Так же, как и ему, им приходится устанавливать рабочие отношения с судами общей юрисдикции. Как правило, новые конституционные суды создаются по «австрийским» лекалам и институционально оказываются ближе к законодательной ветви власти, но для эффективного конституционного надзора им необходимо мигрировать в американскую модель, сблизившись с обычными судами.

Миграция из австрийской в американскую модель укрепила позиции Суда ЕС в изначально неустойчивой институциональной системе Европейских сообществ, а затем позволила ему укрепить и собственно новый правовой порядок. Именно эти две задачи вынуждены решать все новые конституционные суды. И в этом отношении опыт Европейского суда может быть для них чрезвычайно полезен.

Библиография

- Федералист: Политические эссе А.Гамильтона, Дж.Мэдисона и Дж.Джея.* (1994) М.: Прогресс-Литера.
- Alter K. (2010) *The European Court's Political Power: Selected Essays*. Oxford: Oxford University Press.
- Bersier Ladavac N. (1998) «Hans Kelsen (1881—1973): Biographical Note and Bibliography» // *European Journal of International Law*, vol. 9, no. 2: 391—400.
- Bowman F.P. (1986) «D.R.Kelley, Historians and the Law in Postrevolutionary France» // *Romantisme*, vol. 16, no. 51: 107—111.
- Eastman J.C. (2005) «Judicial Review of Unenumerated Rights: Does Marbury's Holding Apply in a Post-Warren Court World» // *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 28, no. 3: 713—740.
- Garnett R.W. (2009) «Judicial Review, Local Values, and Pluralism» // *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 32, no. 1: 5—16.
- Mahoney D. (2018) *De Gaulle: Statesmanship, Grandeur and Modern Democracy*. London: Routledge.
- Montesquieu Ch. (1749) *De l'esprit des lois*. Geneve: Barrillot.
- Paulsen M.S. (2003) «The Irrepressible Myth of Marbury» // *Michigan Law Review*, vol. 101, no. 8: 2706—2743. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1764&context=mlr> (accessed on 16.11.2020).
- Pescatore P. (1981) «Les Travaux du „Groupe Juridique“ dans la Negotiation des Traités de Rome» // *Studia Diplomatica*, vol. 34, no. 1/4: 159—178.
- Pescatore P. and S.Muñoz. (2003) *Interview de Pierre Pescatore: les arrêts fondateurs de la Cour de justice (1962—1966)*. Sanem: Centre Virtuel de la Connaissance de l'Europe.
- Riesenfeld S.A. (1965) «The Decisions of the Court of Justice of the European Communities, 1961—1963» // *The American Journal of International Law*, vol. 59, no. 2: 325—335.
- Rodriguez Iglesias G.C. (2001) «Toward a European Law» // *Seton Hall Journal of Diplomacy and International Relations*, vol. 2, no. 1: 11—20.

Schotten P. (2004) «Marbury v. Madison, Rightly Understood» // *Perspectives on Political Science*, vol. 33, no. 3: 134–141.

Sloan C. and D.McKean. (2010) *The Great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*. New York: Public Affairs.

Stein E. (1964) «Assimilation of National Laws as a Function of European Integration» // *The American Journal of International Law*, vol. 58, no. 1: 1–40.

Sweet A.S. (1992) *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press.

Sweet A.S. (2002) «Constitutional Courts and Parliamentary Democracy» // *West European Politics*, vol. 25, no. 1: 77–100. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569379 (accessed on 16.11.2020).

Sweet A.S. (2003) «Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter» // *Michigan Law Review*, vol. 101, no. 8: 2744–2780. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1765&context=mlr> (accessed on 16.11.2020).

The Penal Code of France, Translated into English; with a Preliminary Dissertation and Notes. (1819) London: H.Butterworth.

Tocqueville A. de. (1842) *De la démocratie en Amérique*. Paris: Librairie de Charles Gosselin.

Weiler J. (1994) «A Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors» // *Comparative Political Studies*, vol. 26, no. 4: 510–534.



I.S.Grigoiev

TRANSITION FROM AUSTRIAN TO AMERICAN MODEL OF JUDICIAL REVIEW IN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Ivan S. Grigoiev — Associate Professor at the Department of Political Science and International Relations, Researcher at the Centre for Comparative Governance Studies, HSE University in St Petersburg. Email: igrigoiev@hse.ru.

Abstract. Legal scholars distinguish between two main models of judicial review — the American model and Austrian (European) one. In the American model, the scope of discretion and the relative role of the constitutional court in the political system are noticeably higher than in the Austrian one. The author traces the history of the origin of these two models, explains the differences between them and raises the question of whether the boundaries between these two ideal types are too rigid or whether a gradual transition from the Austrian

model to the American one (without formal constitutional reform) is possible. The author provides the answer drawing on the real case of such transition that occurred in the European Court of Justice in the 1960s. This case is unique precisely because the change in the system of the judicial review was the result of the gradual “migration” from one model to the other, rather than the result of an outside reform. Similar to Baron Munchausen, who pulled himself out of the swamp by his own hair, the European Court of Justice was able to independently, through its own decisions, alter the order of the judicial review in the European Union, bringing it closer to the American model.

In the final part of the article, the author places this transition into a broader historical context, demonstrating that the success of the construction of a new European legal order was not predetermined and consisted of the decisions taken by the judges in each specific case. However, any national constitutional court finds itself in a similar situation after a change of the political regime. As a rule of thumb, new constitutional courts are created according to the Austrian model and are institutionally similar to the legislative branch of government, but in order to make judicial review efficient, they need to transform into the American model, becoming more similar to the courts of general jurisdiction. In this respect, the experience of the European Court of Justice can be extremely useful for them.

Keywords: judicial review, models of judicial review, European Court of Justice, legal order, reform of the constitutional court

References

- Alter K. (2010) *The European Court's Political Power: Selected Essays*. Oxford: Oxford University Press.
- Bersier Ladavac N. (1998) “Hans Kelsen (1881–1973): Biographical Note and Bibliography” // *European Journal of International Law*, vol. 9, no. 2: 391–400.
- Bowman F.P. (1986) “D.R.Kelley, Historians and the Law in Postrevolutionary France” // *Romantisme*, vol. 16, no. 51: 107–111.
- Eastman J.C. (2005) “Judicial Review of Unenumerated Rights: Does Marbury’s Holding Apply in a Post-Warren Court World” // *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 28, no. 3: 713–740.
- Federalist: Politicheskie esse A.Gamil’tona, Dzh.Medisona i Dzh.Dzheja* [The Federalist Papers: Political Essays by A.Hamilton, J.Madison, and J.Jay]. (1994) Moscow: Progress-Litera. (In Russ.)
- Garnett R.W. (2009) “Judicial Review, Local Values, and Pluralism” // *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 32, no. 1: 5–16.
- Mahoney D. (2018) *De Gaulle: Statesmanship, Grandeur and Modern Democracy*. London: Routledge.
- Montesquieu Ch. (1749) *De l’esprit des lois*. Geneve: Barrillot.
- Paulsen M.S. (2003) “The Irrepressible Myth of Marbury” // *Michigan Law Review*, vol. 101, no. 8: 2706–2743. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1764&context=mlr> (accessed on 16.11.2020).

- Pescatore P. (1981) “Les Travaux du „Groupe Juridique“ dans la Negotiation des Traités de Rome” // *Studia Diplomatica*, vol. 34, no. 1/4: 159—178.
- Pescatore P. and S.Muñoz. (2003) *Interview de Pierre Pescatore: les arrêts fondateurs de la Cour de justice (1962—1966)*. Sanem: Centre Virtuel de la Connaissance de l’Europe.
- Riesenfeld S.A. (1965) “The Decisions of the Court of Justice of the European Communities, 1961—1963” // *The American Journal of International Law*, vol. 59, no. 2: 325—335.
- Rodriguez Iglesias G.C. (2001) “Toward a European Law” // *Seton Hall Journal of Diplomacy and International Relations*, vol. 2, no. 1: 11—20.
- Schotten P. (2004) “Marbury v. Madison, Rightly Understood” // *Perspectives on Political Science*, vol. 33, no. 3: 134—141.
- Sloan C. and D.McKean. (2010) *The Great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*. New York: Public Affairs.
- Stein E. (1964) “Assimilation of National Laws as a Function of European Integration” // *The American Journal of International Law*, vol. 58, no. 1: 1—40.
- Sweet A.S. (1992) *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Sweet A.S. (2002) “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy” // *West European Politics*, vol. 25, no. 1: 77—100. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569379 (accessed on 16.11.2020).
- Sweet A.S. (2003) “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter” // *Michigan Law Review*, vol. 101, no. 8: 2744—2780. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1765&context=mlr> (accessed on 16.11.2020).
- The Penal Code of France, Translated into English; with a Preliminary Dissertation and Notes*. (1819) London: H.Butterworth.
- Tocqueville A. de. (1842) *De la démocratie en Amérique*. Paris: Librairie de Charles Gosselin.
- Weiler J. (1994) “A Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors” // *Comparative Political Studies*, vol. 26, no. 4: 510—534.