

**Правовой плюрализм как вызов.  
Значение международного права и правовой  
компаративистики в судебной практике  
Федерального Конституционного суда Германии**

*Андреас Фосскуле\**

*\* Андреас Фосскуле –, доктор права, профессор, Председатель Федерального Конституционного суда ФРГ. Статья основывается на докладе, прочитанном 26 апреля 2019 года по случаю открытия нового здания Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву в г. Гейдельберге.*

"*Дайджест публичного права*" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству Мюллер Ферлаг и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Andreas Voßkuhle, Zur Bedeutung des Völkerrechts und der Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, в: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 79, ZaöRV 2019, с. 481 и далее.

Содержание:

I. Каким путём мы пойдём?	68
II. Принцип уважения международного права в Основном Законе как отказ от интровертности национального государства	69
III. Правовая компаративистика за кулисами конституционной судебной практики	75
1. Правовое и конституционное сравнение в зеркале времени	76
2. Сравнительно-правовая конституционно-судебная практика	82
3. О (практических) предпосылках конституционного сравнения	88
IV. Заключение: «золотая середина» как идеальное решение	90

## I. Каким путём мы пойдём?

Нынешний год - год нескольких юбилеев. В мае отмечается 70-летие Основного Закона,<sup>1</sup> а также 70-летний юбилей воссоздания Института иностранного публичного и международного права имени Макса Планка (ИМП), который первоначально был основан как Институт кайзера Вильгельма. Если быть более точным, Институт, основанный в марте 1949 года, даже немного старше Основного Закона.

Вернёмся коротко назад в это время: История успеха ИМП берёт своё начало в «старом» Гейдельберге. Первым местом в деятельности Института стал *Дом Ризеништайна* на окраине Старого Города, а, чуть позже, частный дом *Карла Бильфингера* на Философской улице.<sup>2</sup> Два юриста совершают прогулку по Гейдельбергу 1949 года и, проходя мимо первого здания Института, обсуждают только что вступившую в силу новую конституцию Германии, Основной Закон ФРГ, и будущую роль Федерального Конституционного суда. Только что, 6 мая, *Карло Шмид* (*Carlo Schmid*) под бурные аплодисменты депутатов Парламентского Совета ясно и настойчиво выступил за наднациональную интеграцию Германии.<sup>3</sup> Возможно, именно эта атмосфера подъёма и вид здания нового исследовательского учреждения в области иностранного публичного и международного права подвигло одного из двух прогуливавших на тезис о том, что зарубежное право узнает небывалый расцвет в практике Конституционного суда. По его идее, Конституционный суд под влиянием международного права будет активно применять правовую компаративистику, дополняя и сопровождая это постоянным институционализированным обменом между судами и международной

<sup>1</sup> См. например, материалы, помещённые в сборнике *H. M. Heinig/F. Schorkopf* (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz, 2019.

<sup>2</sup> *H. Mosler*, Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, в: *Heidelberger Jahrbücher XX*, 1976, 53 (54); *R. Bernhardt/K. Oellers-Frahm*, Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2018, 1 и далее.

<sup>3</sup> *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle*, Bd. 9, 1996, 443 (Neunte Sitzung des Plenums): «Наш Основной Закон [...] делает более лёгкой, чем любая иная конституция в мире, передачу суверенных полномочий международным органам; он провозглашает общие нормы международного права составной частью федерального права и предусматривает помимо этого [...] интеграцию Германии в систему международной третейской юрисдикции и коллективной безопасности (*„Unser Grundgesetz macht [...] die Abtretung von Hoheitsbefugnissen an internationale Organe leichter als irgendeine andere Verfassung in der Welt; es macht die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zu Bestandteilen des Bundesrechts und sieht darüber hinaus [...] den Anschluss Deutschlands an ein System internationaler Schiedsgerichtsbarkeit und kollektiver Sicherheit vor.“*)».

сетевой структурой конституционных судей. Короче говоря, юридическое сравнительное правоведение должно в будущем определять и обуславливать профессиональные будни конституционных юристов.

Возможно, его собеседник, не соглашаясь с этим, мог привести аргумент, что только собственный правопорядок призван и способен решить конкретную проблему. Ни зарубежные правовые системы, ни судебная практика иностранных судов не должны проникать в национальную правовую систему и влиять на неё. Кроме того, существует дефицит практического характера: у правовой компаративистики отсутствует материал и метод; она не подходит для конституционной интерпретации.

Кто был прав с сегодняшней точки зрения? В данной статье я хотел бы исследовать ответ на этот вопрос в контексте основных областей исследовательской деятельности Института Макса Планка - международного права, а также публичного права иностранных государств - и их значения в работе Конституционного суда Германии.

## **II. Принцип уважения международного права в Основном Законе как отказ от интровертности национального государства**

Для начала обратимся к международному праву, упоминание которого содержится в различных нормах Основного Закона. В преамбуле Конституции подчёркивается приверженность объединённой Европе и обязанность содействовать достижению мира в мире. Ст. 25 абз. 1 Основного Закона (ОЗ) инкорпорирует общие нормы международного права в немецкий правопорядок, ст. 59 ОЗ касается международного договорного права. Основная идея «открытой государственности»<sup>4</sup>, а также международного сотрудничества и интеграции государств, выраженная в этих конституционных положениях, является антитезой непроницаемому, максимально закрытому (торговому) государству, идею которого еще в начале XIX века сформулировал *Иоганн Готтлиб Фихте (Johann Gottlieb Fichte)*<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> О происхождении термина см. *K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, 1964, 42 и сл.

<sup>5</sup> *J. G. Fichte, Der geschloßne Handelsstaat: Ein philosophischer Entwurf als Anhang zur Rechtslehre und Probe einer künftig zu liefernden Politik*, 1800.

Надгосударственная интеграция германского конституционного государства и приверженность ФРГ к международному праву оказывают влияние на научно-теоретическую дискуссию по вопросам публичного права.<sup>6</sup> Международное право может осмысливаться под различными региональными и культурными углами зрения, и при этом различные методы и подходы могут быть применены и сделаны плодотворными для теории международного права.<sup>7</sup> За всё время своей деятельности Институт Макса Планка способствовал тому, чтобы заново (вос)создавать и постоянно совершенствовать существенные элементы этой сферы правовой науки. Об этом свидетельствует не только впечатляющее количество значимых публикаций в этой области – можно например назвать выпускаемую в настоящее время *Армином фон Богданди (Armin von Bogdandy)* и *Анной Петерс (Anne Peters)* и насчитывающую сегодня более 270 томов серию монографий, посвященных иностранному публичному и международному праву, а также выпускаемый Институтом «*Журнал иностранного публичного и международного права*». Кроме того, благодаря многочисленным конференциям и симпозиумам с участием национальными и международными ученых-специалистов, Институт Макса Планка получил высокую оценку широкой экспертной аудитории за пределами Германии и таким образом способствует открытому обмену научными знаниями, не ограничиваясь при этом исключительно своим собственным предметом правовых исследований.

Однако интернационализация (публичного) права затрагивает также и судебную практику. Поэтому неудивительно, что Конституционный суд Германии уже достаточно рано, а также сравнительно часто стал заниматься вопросами международного права.<sup>8</sup> Уже первый том официального собрания его решений отражает важность международного права в правовой реальности молодой Федеративной Республики. Так, уже

---

<sup>6</sup> По данному вопросу см. *A. von Bogdandy*, *Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen*, в: *J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 232 пункт 4, 8 и далее.

<sup>7</sup> *A. Peters*, *Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus*, *ZaöRV* 67 (2007), 721 (747 и далее).

<sup>8</sup> В обобщающем виде см. *F. Schorkopf*, *Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, в: *T. Giegerich*, *Der "offene Verfassungsstaat" des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, 2010, 131 (133 и далее); см. также *J. A. Frowein*, *Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention*, в: *W. Fürst/R. Herzog/D. C. Umbach (Hrsg.)*, *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. II, 1987, 1763 и далее.

в некоторых своих ранних решениях<sup>9</sup> Суд коснулся вопросов действия общих норм международного права. В свою очередь, международно-правовые договоры и соглашения молодой Республики играли существенную роль в конституционной судебной практике, например, в решениях по делам о *Петерсбергском соглашении* (*Petersberger Abkommen*),<sup>10</sup> *Франко-германском экономическом соглашении*<sup>11</sup> или *Общем Договоре* (иное название данного договора – Соглашение по Германии от 26 мая 1952 года, **прим. Дайджеста**).<sup>12</sup>

Впоследствии Федеральный Конституционный суд ФРГ прилагал значительные усилия для того, чтобы обосновать в конституционной доктрине принцип приверженности (открытости) международному праву (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) и более детально конкретизировать его содержание. Впрочем, первоначально речь ещё шла скорее о том, чтобы в первую очередь сформулировать сферу действия этого принципа. В этом смысле можно говорить о «фазе становления» международно-правовой конструкции Суда.

Решая вопрос о том, нарушила ли федеральная земля Нижняя Саксония (*Niedersachsen*) принятием своего земельного Закон об учебных заведениях 1954 года (*Schulgesetz 1954*) Имперский конкордат 1933 года (заключён между Папой римским и Германией – **прим. Дайджеста**), Суд вывел принцип приверженности международному праву в первую очередь из ст. 25 ОЗ.<sup>13</sup> Впоследствии он расширил нормативный конституционно-правовой фундамент и обосновал «международно-правовые установки» Основного закона, уже исходя из преамбулы и положений ст. 24 и ст. 25 ОЗ. (частично также и ст. 26 ОЗ)<sup>14</sup>, а также ст. 1 абз. 2 ОЗ.<sup>15</sup> Здесь, в частности, говорится:

«Исходя из этого, немецкий народ признает неприкосновенные и неотчуждаемые права человека в качестве основы всякого человеческого сообщества, мира и справедливости на земле».

Здесь читается нечто большее, чем необязательный программный принцип; Основной Закон подчёркивает приверженность не только

<sup>9</sup> См. к ст. 25 Основного Закона ФРГ, GG BVerfGE 1, 14 (51) (*Südweststaat*); 1, 208 (239 и сл.) (7,5 %-*Sperrklausel*); 1, 322 (329) (*Zwangsverleihungen deutscher Staatsangehörigkeit*).

<sup>10</sup> BVerfGE 1, 351 (366 и далее).

<sup>11</sup> BVerfGE 1, 372 (380 и далее).

<sup>12</sup> BVerfGE 1, 396 (410 и далее).

<sup>13</sup> BVerfGE 6, 309 (362 f.) (*Reichskonkordat*).

<sup>14</sup> BVerfGE 63, 343 (370) (*Rechtshilfevertrag zwischen Deutschland und Österreich*).

<sup>15</sup> BVerfGE 31, 58 (75) (*Spanier*).

европейскому и международному праву, но и особенным образом - правам человека.<sup>16</sup>

С точки зрения содержания, приверженность международному праву Основного Закона предполагает следующие три момента.<sup>17</sup> *Во-первых*, государственные органы Германии обязаны, исходя из конституционно закреплённого «принципа уважения» (*Achtungsgebot*), соблюдать обязывающие ФРГ нормы международного права и, по возможности, воздерживаться и их нарушения. Все органы государственной власти должны противодействовать несоответствию правового положения по международному и национальному праву. *Во-вторых*, законодатель должен в рамках национально правового порядка Германии обеспечить возможность исправления нарушений международного права, совершенных собственными государственными органами. *В-третьих*, государственные органы Германии также могут быть обязаны применять международное право в сфере собственной компетенции и ответственности, даже если другие государства нарушают его. Кроме того, принцип приверженности международному праву – конкретно в контексте Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ) – служит «вспомогательным средством для интерпретации» («*Auslegungshilfe*») основных прав, принципов правового государства и верховенства права Конституции, а также «обычного» права.<sup>18</sup> Текст Конвенции оказывает влияние на интерпретацию конституционных норм, основополагающие решения Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) выполняют нормативно-правовую направляющую и ориентирующую функцию.<sup>19</sup> То, что международно-правовой договор, имеющий юридическую силу обычного закона, влияет на национальную конституцию, не является самим собой разумеющимся. Тем не менее для

---

<sup>16</sup> A. Voßkuhle, Menschenrechtsschutz durch die Europäischen Verfassungsgerichte, RdA 68 (2015), 336 (337 и сл.); см. уже K.-P. Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung. Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 114 (1989), 391 (419 и сл.); J. A. Frowein, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 51 (1998), 806 (808 и сл.).

<sup>17</sup> См. BVerfGE 112, 1 (26) (*Alteigentümer*).

<sup>18</sup> См. BVerfGE 128, 326 (366 и далее) (*Sicherungsverwahrung II*); 148, 296 (350 и далее, пункт 126 и далее).

<sup>19</sup> A. Voßkuhle, в: Н. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, пункт 88 с дальнейшими ссылками. Более критически к учёту ЕКПЧ как вспомогательного средства при интерпретации права см. C. Hillgruber, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland, JÖR 63 (2015), 367 (374 со сноской 23). Подробно к вопросу о правовом положении в Германии см. C. Grabenwarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 3 пункт 8 и далее.

Германии это следует именно из содержательной ориентации Основного Закона на права человека.<sup>20</sup>

Уже эти беглые пояснения свидетельствуют о том, что Основной Закон не является «крепостью» и что Конституционный Суд ФРГ не является инстанцией, поднимающей разводной мост, чтобы воспрепятствовать влияниям международного (надгосударственного) права. Таким образом, тезис о «замкнутости», упомянутый в водной части статьи, не подтвердился.

Как обстоят дела с принципом приверженности международному праву в судебной практике Федерального конституционного суда сегодня? основополагающий принцип приверженности международному праву определяет, как и прежде, продолжающийся плодотворный диалог по правам человека между *Страсбургом* и *Карлсруэ* и каждый раз вновь и вновь постоянно связывает осуществление государственного суверенитета с мыслью о международном сотрудничестве. Поскольку Конституционный суд ФРГ рассматривает конституционные жалобы на акты германской государственной власти в конечном счете исключительно на их соответствие Основному Закону, в то время как масштаб установления наличия (или отсутствия) нарушения Конвенции для ЕСПЧ является только ЕКПЧ, реальные конфликты компетенции между обоими судами хотя не исключены *per se*, но тем не менее не стали частым явлением.<sup>21</sup> Отношение обоих судов можно скорее назвать конструктивным; Европейский союз конституционных судов основан не на конфронтации, а на сотрудничестве.<sup>22</sup> Поэтому суды не являются органами, «несвязанными друг с другом», как это иногда утверждается.<sup>23</sup>

Одним из относительно недавних примеров усилий по обеспечению соответствия содержания судебных решений, принимаемых в Страсбурге и Карлсруэ, является решение Федерального Конституционного суда ФРГ от 2017 года по делу о *Национал-демократической партии (NPD-Urteil)*. Второй Сенат в целом поддержал требования, предъявляемые к запретам на деятельность партий, которые сформулировал ЕСПЧ на основании

<sup>20</sup> См. также BVerfGE 128, 326 (369) (*Sicherungsverwahrung II*).

<sup>21</sup> По данному вопросу см. A. Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, NVwZ 29 (2010), 1 (4); A. Nußberger, *Die Europäische Menschenrechtskonvention – eine Verfassung für Europa?*, JZ 74 (2019), 421 (427).

<sup>22</sup> По вопросу об отношении между Судом Европейского Союза и Федеральным Конституционным Судом как отношении взаимоуважения, понимания и толерантности см. D. Halberstam, *Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World*, в: G. de Búrca/J. Weiler (Hrsg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012, 150 (161).

<sup>23</sup> В этом смысле, однако C. Hillgruber (сноска 19), 386.

ЕКПЧ.<sup>24</sup> Ссылаясь на свои выводы, сделанные в решении по вопросу о допустимости ограничения свободы после отбытия основного наказания П,<sup>25</sup> Федеральный Конституционный суд в этой связи еще раз подчеркнул значение ЕКПЧ как вспомогательного средства при интерпретации германского конституционного права. Подобный процесс диалога, тесная связь обоих судов имеет решающее значение для достижения общей для обоих судебных институтов цели - согласованной системы обеспечения прав человека в Европе. То обстоятельство, что достижение этой цели в результате развития правовой ситуации в некоторых государствах, как например в России,<sup>26</sup> Турции, Венгрии и Польше, в настоящее время в целом снова несколько отделилось,<sup>27</sup> не должно отвлекать нас от этого курса.<sup>28</sup>

Неотъемлемой частью «диалога судов»<sup>29</sup> является, с другой стороны, международно-правовые отпечатки разнообразия и множественности, в частности, в виде национальных конституционных традиций. В Германии сам Основной Закон устанавливает определенные границы для своего толкования в свете международного права, а также ЕКПЧ: юридическая методика и методология не должны быть выброшены за борт; конституционная идентичность (ст. 79 абзац 3 ОЗ) должна оставаться сохранённой.<sup>30</sup> Если коротко: не должен допускаться отказ от всех особенностей конституционного строя Германии.<sup>31</sup> Особое внимание требуют и сложные вопросы в т.н. многополярных правовых отношениях, связанных с осуществлением основных прав и свобод, в которых большая свобода одного субъекта конституционных прав, как правило, означает

---

<sup>24</sup> BVerfGE 144, 20 (234 и далее, пункт 607 и далее); см. однако также *T. Kingreen*, *Auf halbem Weg von Weimar nach Straßburg: das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im NPD-Verbotsverfahren*, *Jura* 39 (2017), 499 (505); он критикует, что судебная практика ЕСПЧ играла в этом решении Федерального Конституционного Суда ФРГ лишь второстепенную роль.

<sup>25</sup> BVerfGE 128, 326 (366 и далее).

<sup>26</sup> По данному вопросу см. *Hartwig*, *Vom Dialog zum Disput? Verfassungsrecht vs. Europäische Menschenrechtskonvention – der Fall der Russländischen Föderation*, *EuGRZ* 44 (2017), 1 (19 и далее.).

<sup>27</sup> Более подробно по данному вопросу см. *A. Nußberger*, *Wenn Selbstverständliches nicht mehr selbstverständlich ist: Zum Status quo des Menschenrechtsschutzes in Europa*, *JZ* 73 (2018), 845 и далее с дальнейшими ссылками.

<sup>28</sup> По данному вопросу см. *M. Hartwig* (сноска 26), 19 и далее.

<sup>29</sup> Vgl. *A. Voßkuhle* (сноска 21), 1; *A. Nußberger* (сноска 21), 427. Более критично к этому термину см. *C. Hillgruber* (сноска 19), 386.

<sup>30</sup> К обоим аспектам см. BVerfGE 128, 326 (371) (*Sicherungsverwahrung II*).

<sup>31</sup> См. также *S.-P. Hwang*, *“Auslegungshilfe” ernst genommen: Zum Spannungsverhältnis zwischen der EMRK und dem GG am Beispiel des beamtenrechtlichen Streikverbots*, *VerwArch* 108 (2017), 366 (382).



меньшую свободу для другого субъекта.<sup>32</sup> Всё это показывает: соотношение между ЕСПЧ и Федеральным Конституционным судом не является ни вопросом простого преобладания и подчинения, ни вопросом параллелизма судебных практик. Вместо этого, понятием «союз конституционных судов» (*Verfassungsgerichtsverbund*) описывается комплексная многоуровневая система (*Mehrebenensystem*).

Не в последнюю очередь помощь в создании адекватного баланса между идеей о влиянии наднационального права как руководства и ориентира, с одной стороны, и необходимостью учета национальных особенностей, с другой, может оказать инструмент контекстуализации. При этом за рамками «*inter-partes* решений» в соответствии со ст. 46 ЕКПЧ<sup>33</sup> речь идёт о том, чтобы принимать во внимание обстоятельства конкретного дела и оценивать конкретные фактические моменты и правоотношения так же, как и (культурно-правовому) фон, в который они встроены. В прошлом году Второй Сенат подтвердил эту точку зрения в своем решении по вопросу о запрете забастовок государственных чиновников (*Beamtenstreikverbot*).<sup>34</sup>

### III. Правовая компаративистика за кулисами конституционной судебной практики

Если ссылки на международное право в решениях Федерального Конституционного суда Германии воспринимаются достаточно чётко (часто благодаря их трансляции средствами массовой информации),<sup>35</sup> то это нельзя в той же степени утверждать в отношении правового и особенно конституционно-правового сравнения. При этом также и сравнительный метод обращает свой взор на нормы, выходящие за рамки собственной конституции, и позволяет работать с принципами и структурами из других

---

<sup>32</sup> BVerfGE 128, 326 (371) (*Sicherungsverwahrung II*); *C. Grabenwarter/K. Pabel* (сноска 19), § 3 пункт 10 с дальнейшими ссылками.

<sup>33</sup> См. по данному вопросу *J. A. Frowein/W. Peukert*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Kommentar, 3. Aufl. 2009, ст. 46 пункт 1 и далее.

<sup>34</sup> См. BVerfGE 148, 296 (354 пункт 132); zur Differenzierung zwischen Rechtskraft- und Orientierungswirkung schon *C. Grabenwarter/K. Pabel* (сноска 19), § 16 пункт 8 и сл.

<sup>35</sup> См. например последние доклады в рамках дела «СЕТА» или соответственно тематику, связанную с изменением договоров о двойном налогообложении путём установления иного регулирования в национальном законе (так называемый «*Treaty Override*»).

правовых систем, хотя и не с юридической обязательностью, характерной для европейского или международного права.<sup>36</sup>

## 1. Правовое и конституционное сравнение в зеркале времени

Правовая компаративистика — это богатая традициями дисциплина, которая восходит своими корнями к глубокой древности. Уже в сочинениях *Аристотеля* (Политика), *Платона* («Законы» = «*Nomoi*») и *Феофраста* (О законах) встречаются компаративистские размышления по поводу различных правовых феноменов и кодификаций.<sup>37</sup> Если сегодня речь идёт о правовом сравнении, то этим редко затрагиваются его античные формы, а скорее правовая компаративистика, как она ныне сформировалась на протяжении последнего века.<sup>38</sup> Эта современная правовая компаративистика пережила разные эпохи: периоды разочарования чередовались с периодами расцвета.<sup>39</sup> То, что в целом касается правовой компаративистики, главной областью которого долгое время было сравнение частного права,<sup>40</sup> действует и для сравнения в публичном праве и, здесь, в частности в особенной мере для сравнения конституционного

<sup>36</sup> См. также *M. Herdegen*, *Internationalisierung der Verfassungsordnung*, в: O. Depenheuer/C. Grabenwarter, *Verfassungstheorie*, 2010, § 7 пункт 30: сравнительно-правовой метод как «мягкая форма проявления («*weiche Erscheinungsform*») интернационализации конституционных правопорядков.

<sup>37</sup> К истории сравнительного права и правовой компаративистики см. *K. Zweigert/H. Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996, 47 и далее; см. По данной проблематике также *W. Hug*, *The History of Comparative Law*, Harv. L. R. 45 (1931/32), 1027 (1029 и далее); *R. Hirschl*, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, 2014, 77 и далее.

<sup>38</sup> В качестве фактора, послужившего важным импульсом для развития современной правовой компаративистики, нередко называется Парижский конгресс сравнительного права 1900 года (*Congrès international de droit comparé*), по данному вопросу см. также *R. Michaels*, *Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans*, *RebelsZ* 66 (2002), 97 (98 и далее).

<sup>39</sup> В сравнительно-правовой литературе в качестве важного «институционального события» («*institutionelles Ereignis*») также называется создание в 1924 году Института кайзера Вильгельма по иностранному публичному и международному праву, сегодня – Институт Макса Планка по иностранному публичному и международному праву, см. *B. Wieser*, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, 2005, 12.

<sup>40</sup> См. *K. Zweigert/H. Kötz* (сноска 37), 3; *R. Bernhardt*, *Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, *ZaöRV* 24 (1964), 431; zur Geschichte der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht vgl. etwa *E. Schmidt-Aßmann*, *Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht*, *ZaöRV* 78 (2018), 807 (813 и далее).

права. Как раз в молодой Федеративной Республике взгляд практически не выходил за рамки собственной конституции. Если в процессе создания Основного Закона и, тем самым, в конституционной политике, и видны, во всяком случае частично, некоторые сравнительно-правовые импульсы (т.н. «легислативная правовая компаративистика»),<sup>41</sup> то государственная наука послевоенного периода не может служить свидетельством более-менее глубокого обращения к иностранному публичному праву.<sup>42</sup> Научное (теоретическое) сравнительное правоведение не находило особого отражения в рамках интерпретации конституции. О причинах фокусирования государственно-правовой науки в основном на собственном (позитивном) праве можно только догадываться: возможные языковые барьеры, отсутствие высококвалифицированных специалистов в области изучения и оценки зарубежных материалов и источников, сосредоточенность на преодолении права, установленного в период нацистского режима, и внедрение нового, созданного в послевоенное время права, а также слабо разработанная в немецком публичном праве методология правового сравнения, и несколько позже, возможно, удовлетворение Основным Законом как образцом и моделью успешного развития.<sup>43</sup>

В конце 80-х годов прошлого века сравнительная компаративистика получила в публичном праве новый импульс. Усиление внимание и изучения публичного права других государств, было безусловно, вдохновлялось не в последнюю очередь работами *Петера Хэберле (Peter Häberle)*<sup>44</sup> и сопровождалось на уровне (мировой) политики

---

<sup>41</sup> Отдельные компаративистские моменты в Парламентском Совете, в частности, в отношении принципа демократии (JÖR 1 [1951], 197), а также передачи суверенных прав (JÖR 1 [1951], 223 сноска 3); иные примеры: JÖR 1 (1951), 65 (ст. 2 ОЗ), 409 сноска 7 (ст. 56 ОЗ, 897 и сл. сноска 2 (ст. 139 ОЗ); по вопросу об ориентированности Парламентского Совета на представления союзников см. также *C. Schmid*, *Erinnerungen*, 1979, 368 и далее. Общая характеристика также *W. Haller*, *Verfassungsvergleichung als Impuls für die Verfassungsgebung*, в: P. Häni (Hrsg.), *Mensch und Staat*, Festschrift für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, 2003, 311 и далее; также *C. Fuchs*, *Verfassungsvergleichung und Gesetzgebung*, *Journal für Rechtspolitik* 21 (2013), 2 и далее; см. также *R. Bernhardt* (сноска 40), 443 м сл.

<sup>42</sup> *C. Schönberger*, *Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild*, *VRÜ* 43 (2010), 6 (7 и далее) говорит о «птолемеевской картине мира государственноведческой науки»; в отношении административного права см. *E. Schmidt-Aßmann* (сноска 40), 815.

<sup>43</sup> См. также *J. A. Frowein* (сноска 16), 806; о других причинах см. *C. Schönberger* (сноска 42), 12 и далее.

<sup>44</sup> *P. Häberle*, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, *JZ* 44 (1989), 913 и далее; *P. Häberle*, *Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textstufendifferenzierung des Verfassungsstaates*, *VRÜ* 23 (1990), 225 и далее; *P. Häberle*,

восоединением Германии и падением «железного занавеса».<sup>45</sup> Если вначале этот поворот еще не был столь заметным, то в последние годы обращение к конституционному сравнению значительно усилилось.<sup>46</sup> В немецкоязычной литературе об этом свидетельствует, например, издаваемая с 2007 года под руководством Армина фон Богданди (*Armin von Bogdandy*) и Петера М. Хубера (*Peter M. Huber*) серия монографических публикаций «*Ius Publicum Europaeum*», посвященная исследованию структур европейского правового пространства и насчитывающая в настоящее время восемь томов.<sup>47</sup> Другим примером может служить также объемное учебное пособие по правовой компаративистике Уве Кисшеля (*Uwe Kischel*),<sup>48</sup> который в сильно сокращенной форме обобщил свои выводы на предпоследнем заседании Германского Объединения юристов-государствоведов в Саарбрюккене.<sup>49</sup> Интерес к конституционному сравнению заметно растёт, однако, и в правовом круге «общего права» (*common law*).<sup>50</sup> Так, начиная с 2000-х годов, наряду с целым рядом специальных статей,<sup>51</sup> были опубликованы несколько весьма объемных работ по *comparative constitutional law*.<sup>52</sup>

---

Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 18 (1991), 261; P. Häberle, Die Entwicklungsstufe des heutigen Verfassungsstaates, Rechtstheorie 22 (1991), 431 и далее.

<sup>45</sup> C. Starck, Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht, JZ 24 (1997), 1021 и далее; R. Grote, Rechtskreise im öffentlichen Recht, AöR 126 (2001), 10 и далее; R. Wahl, Verfassungsvergleich als Kulturvergleich, в: R. Wahl, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, 96 и далее; S. Baer, Verfassungsvergleich und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, ZaöRV 64 (2004), 735 и далее.

<sup>46</sup> H.-P. Schneider, Verfassung und Verfassungsrecht im Zeichen der Globalisierung – zwischen nationaler Entgrenzung und transnationaler Entfaltung, JÖR 65 (2017), 295 (309 и сл.).

<sup>47</sup> A. von Bogdandy/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I bis Bd. VIII, 2007-2019.

<sup>48</sup> U. Kischel, Rechtsvergleichung, 2015.

<sup>49</sup> U. Kischel, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht, VVDStRL 77 (2018), 285 и далее.

<sup>50</sup> A. Jakab, European Constitutional Language, 2016, 55 говорит в этом смысле о «глобальной тенденции».

<sup>51</sup> См., например: R. Hirschl, The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law, Am. J. Comp. L. 53 (2015), 125 и далее; V. C. Jackson, Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement, Harv. L. Rev. 119 (2005), 109 и далее; E. A. Posner/C. R. Sunstein, The Law of Other States, Stanford L. Rev. 59 (2006), 131 и далее; M. C. Rahdert, Comparative Constitutional Advocacy, American University Law Review 56 (2007), 553 и далее; N. J. Brown, Reason, Interest, Rationality, and Passion in Constitution Drafting, Perspectives on Politics 6 (2008), 675 и далее; E. Benvenisti, Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts, AJIL 102 (2008), 241 и далее; D. Fontana, The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era, Yale J. Int'l L. 36 (2011), 1 и далее; D. S. Law/M.

Растущее внимание и изучение вопросов сравнительного права в рамках публичного права возможно также связаны с появлением нового материала для сравнительной компаративистики. После ухода социалистических конституционных порядков с окончанием «холодной войны», государства Восточной Европы в процессе преобразования в демократические конституционные государства обратили внимание на западные образцы<sup>53</sup> (это обстоятельство заслуживает особого внимания, учитывая нынешние и очень тревожные события, например, в Польше и Венгрии). И в других частях мира, как например, в Южной Африка и в некоторых государствах Латинской Америки, также произошли важные изменения и инновации в конституционном праве.<sup>54</sup> В целом, более широкие и тесные международные взаимосвязи и унификация права, несомненно, повысили интерес к сравнению в публичном праве. Проблемы, которыми сегодня сопровождаются появление новых технологий или изменения в обществе, часто не ограничиваются национальными рамками, а носят глобальный характер.<sup>55</sup> Наконец продолжает возрастать значимость международных и европейских текстов и судебных решений – нормативных источников, которые в свою очередь зачастую привлекают в сравнительном плане иностранное право.<sup>56</sup>

---

*Versteeg*, *Sham Constitutions*, *Cal. L. Rev.* 101 (2013), 863 и далее; *M. Tushnet*, *Authoritarian Constitutionalism*, *Cornell Law Review* 100 (2015), 391 и далее.

<sup>52</sup> *N. Dorsen/M. Rosenfeld/A. Sajó/S. Baer*, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, 2003, 2. Aufl. 2010, 3. Aufl. 2016; *M. Rosenfeld/A. Sajó* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012; *M. Andenas/D. Fairgrieve* (Hrsg.), *Courts and Comparative Law*, 2015; с м. также *M. Tushnet* (Hrsg.), *Comparative Constitutional Law*, Bd. I-III, 2017.

<sup>53</sup> *B. Wieser* (сноска 39), 13.

<sup>54</sup> *M. Rosenfeld/A. Sajó* (сноска 52), 1; *N. Dorsen/M. Rosenfeld/A. Sajó/S. Baer* (сноска 52), 1 и сл.

<sup>55</sup> См. примеры у *T. Koopmans*, *Comparative Law and the Courts*, *ICLQ* 45 (1996), 545 (549); по данному вопросу см. также *M. D. Poli*, *Der horizontale Dialog zwischen Verfassungsgerichten bzw. Rechtsvergleichung in den Verfassungsgerichtssälen*, в: *R. Broemel/P. Krell/O. Muthorst/J. Prütting* (Hrsg.), *Prozessrecht in nationaler, europäischer und globaler Perspektive*, 2017, 43 (45); *A. Jakab* (сноска 50), 55; *A. Jakab*, *Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective*, *GLJ* 14 (2013), 1215 (1252).

<sup>56</sup> По данной проблематике в целом см. *K. Zemanek*, *Was kann die Vergleichen staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten?*, *ZaöRV* 24 (1964), 453 (461 и далее); *G. Ress*, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen*, *ZaöRV* 36 (1976), 227 (243 и далее); *U. Kischel* (сноска 48), § 2 пункт 81 и сл.; см. также ст. 38 абз. 1 lit. с Статута Международного Суда: «1. Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет [...]: общие принципы права, признанные цивилизованными нациями [...].»

Независимо от этого, конституционное сравнение обнаруживает по сравнению с общей правовой компаративистикой особенность, которая заложена в самом сравниваемом материале. Конституционные тексты отличаются от обычного законодательства как правило большим числом неопределённых правовых понятий, требующих конкретизации: определения правовых понятий в Основном Законе в принципе не исключены,<sup>57</sup> но довольно редки. В свою очередь, конституционные тексты демонстрируют более высокую плотность общих (абстрактных) правовых установок, формулировок государственных целей и структурных принципов.<sup>58</sup> В вытекающей отсюда большой открытости для интерпретации заключается сравнительно-конституционный потенциал,<sup>59</sup> даже если это и не облегчает со всей необходимостью проведение соответствующих сравнительно-правовых исследований.<sup>60</sup> Кроме этого, конституции и конституционно право традиционно тесно связаны с данным конкретным государством как основным объектом регулирования. Эта ориентированность на конкретный объект в конституционной интерпретации, традиционно осуществляемой национальными органами конституционной юрисдикцией, нередко рассматривается как «ограничивающая правовое сравнение».<sup>61</sup>

Однако было бы неверно тем странам, конституционное право которых продиктовано под сильным влиянием судебной практики их конституционных судов, отказывать в их открытости для компаративистских анализов.<sup>62</sup> В этом случае необходимо скорее дифференцировать. С одной стороны, существуют государства, чьи конституционные суды, в том числе и их (известные) члены, демонстрируют скорее более сдержанный подход к конституционному сравнению. Часто цитируемым примером является высказывание покойного судьи Верховного суда США *Антонина Скалия (Antonin Scalia)* о том, что хотя правовая компаративистика и может инспирировать, но с

<sup>57</sup> См. к понятию «немцы» например ст. 116 абз. 1 ОЗ.

<sup>58</sup> *A. von Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, 19; *M. Wendel*, *Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive*, *Der Staat* 52 (2013), 339 (356).

<sup>59</sup> См. *A. von Bogdandy* (сноска 58), 11.

<sup>60</sup> Относительно нередко высказываемого мнения о том, что правовое сравнение в публичном праве — это сложная проблема, см. *C. Fuchs* (сноска 41), 2.

<sup>61</sup> *B.-O. Bryde*, *Warum Verfassungsvergleichung?*, *JÖR* 64 (2016), 431 (438); vgl. auch *C. Fuchs* (сноска 41), 2.

<sup>62</sup> В этом смысле, однако, *C. Schönberger* (сноска 42), 15 и сл., который с указанием на судебную практику Федерального Конституционного суда ФРГ говорит о скорее взвешенно-сдержанном результате для Германии; иное мнение см. *B. Wieser* (сноска 39), 36: относительно широкая компаративистская практика Федерального Конституционного суда ФРГ.

конституционной точки зрения она не имеет значения.<sup>63</sup> Как раз среди представителей школы оригинализма (*originalism*), которые требуют выяснения «первоначального намерения» (*original intent*) или «первоначального смысла» (*original meaning*),<sup>64</sup> сравнительный подход наталкивается на решительный отказ. Здесь считалось, что собственный конституционный строй не может интерпретироваться через нормы и концепциями, разработанными в законодательстве и судебной практике других стран.<sup>65</sup> С другой стороны, существуют также государства, в которых конституционные суды в силу самой конституции поощряются к обращению к правовой компаративистике в рамках интерпретации ими конституционных норм. Так, например, конституция ЮАР прямо разрешает судам принимать во внимание иностранное право.<sup>66</sup>

Таким образом, сильная конституционная юрисдикция и сравнительно-правовые соображения не являются несовместимыми. Скорее наоборот, есть определённые основания, говорящие в пользу тезиса о том, что конституционные суды, как раз в том случае, когда им придаётся особое значение при толковании конституционного права, должны стремиться к максимально широкому и полному рассмотрению конкретной правовой проблемы. Для выполнения этой задачи сравнительно-правовые

---

<sup>63</sup> См. *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815, 868 сноска 4 (1988) (*Scalia*, J., особое мнение); далее также *A. Scalia*, Commentary, St. Louis U.L.J. 40 (1996), 1119; также *N. Dorsen*, The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Beyer, I.CON 3 (2005), 519 и далее. Верховный Суд США сам применяет также правовое сравнение, по данному вопросу см. *C. Bezemek*, Dangerous Dicta? Verfassungsvergleichung in der Rechtsprechung des US Supreme Court, Journal für Rechtspolitik 18 (2010), 207 и далее.

<sup>64</sup> По данному вопросу см. *W. Heun*, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers als Interpretationsmaximen, в: *W. Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, 213 и далее.

<sup>65</sup> Против конституционного сравнения часто выдвигается принцип народного суверенитета, см. также *A. Scalia* (сноска 63), 1119: “It is quite impossible for the courts, creatures and agents of the people of the United States, to impose upon those people of the United States norms that those people themselves (through their democratic institutions) have not accepted.” С недавнего времени, однако, также и в США усиленно раздаются голоса, выступающие с поддержкой значения конституционного сравнения, свидетельства этому см. *S. Müller-Franken*, Verfassungsvergleichung, в: *O. Depenheuer/C. Grabenwarter* (сноска 36), § 26 пункт 31 сноска 110.

<sup>66</sup> Ст. 39 абз 1: «При толковании Билля о правах суд, трибунал или общественный суд (а.) суд должен руководствоваться ценностями, которые характерны для открытого и демократического общества, основанного на человеческом достоинстве, равенстве и свободе; (b.) должен учитывать международное право; и (с.) должен учитывать иностранное право.» См. По данному вопросу *A. Jakab* (сноска 50), 54; *A. Jakab*, Judicial Reasoning ... (сноска 55), 1252; *S. Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, 247 и далее.

соображения могут быть, несомненно, особенно полезны, поскольку они, по общему правилу, значительно увеличивают «арсенал возможных решений», если использовать выражение, приписываемое Эрнсту Цительманну (*Ernst Zitelmann*).

## 2. Сравнительно-правовая конституционно-судебная практика

Учитывая вышеизложенные потенциальные возможности для теории и практики, ответ на вопрос о том, должен ли Федеральный Конституционный суд Германии заниматься конституционным сравнением, может быть только утвердительным. Понимание Судом ценности сравнительной перспективы сложилось не только сегодня. Суд уже в своих довольно ранних решениях<sup>67</sup> уделял внимание другим правовым порядкам,<sup>68</sup> хотя сначала и с относительно сильным фокусом на европейском и североамериканском правовых кругах.<sup>69</sup> В решении по делу *Люта (Lüth-Urteil)* основное право на выражение мнений исследовалось в том числе и в историко-сравнительной перспективе, в частности со ссылкой на Декларацию прав человека и гражданских свобод 1789 года. Следует отметить, что при этом речь шла вообще об одном из первых прав и свобод человека.<sup>70</sup> В мотивировочной части решения со ссылкой на формулировку, принадлежащую либеральному судье Верховного Суда *Бенжамина Н. Кардозо (Benjamin N. Cardozo)* (1870-1938), говорится далее, что право на выражение мнений лежит в основе практически всех других прав и свобод.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Сравнительно-правовые пассажи можно обнаружить, в первую очередь, в решениях Сената ФКС и значительно реже в решениях Палат, которые как правило не занимаются решением сложных проблем конституционной догматики и обоснование которых строится поэтому на значительно менее обширной основе, см. также *S. Baer*, *Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus*, JÖR 63 (2015), 389 (395 и сл.)

<sup>68</sup> Обзор сравнительно-правовой аргументации в ранних решениях Федерального Конституционного суда Германии см. *J. M. Mössner*, *Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung*, AöR 99 (1974), 193 (228 и далее).

<sup>69</sup> См. *S. Baer* (сноска 67), 392; также общий обзор см. *A. M. Cárdenas Paulsen*, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, 44 и далее.

<sup>70</sup> BVerfGE 7, 198 (208) (*Lüth*).

<sup>71</sup> BVerfGE 7, 198 (208) (*Lüth*); см. также судья *B. N. Cardozo* в процессе по делу *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 327 (1937).



В некоторых решениях, принятых несколько позднее, обнаруживается сравнительный взгляд на возможное противоречие между свободой прессы и интересами государства в сфере безопасности. В решении Первого Сената по делу «*Шпигель*» (*Spiegel-Urteil*) содержатся ссылки на другие правовые системы, а именно, как в позиции четырех судей, представлявших большинство, так и в («отклоняющихся») аргументов остальных членов Сената (институт особого мнения был введен только в декабре 1970 года).<sup>72</sup> Правовое сравнение, однако, обнаруживается не только в решениях Суда по вопросам элементарных прав на свободу выражения мнения и свободу прессы. Также при рассмотрении более специальных вопросов, например, о праве на отказ от военной службы (ст. 4 ОЗ),<sup>73</sup> о толковании термина «жилище» (ст. 13 ОЗ),<sup>74</sup> а также о существовавшем ранее запрете брака в соответствии с § 4 абзац 2 Закона о семье (ст. 6 ОЗ),<sup>75</sup> Суд также отважился обратиться за пределы собственного конституционного порядка. За многие годы судебные решения из самых разных правовых кругов нашли отражение в официальном собрании решений Федерального Конституционного суда.<sup>76</sup>

Судебные постановления других конституционных судах рецепируются Федеральным конституционным судом также и в течение нынешнего десятилетия.<sup>77</sup> В своем решении по делу о *Фрапорт* от 2011 года (*Fraport-Entscheidung*) Первый Сенат при решении вопроса о том, при каких предпосылках сфера действия свободы собраний в соответствии со ст. 8 ОЗ включает также места, располагающиеся вне общественных улиц, дорог и публичных мест, указал в том числе и на критерии, развитые высшими

<sup>72</sup> BVerfGE 20, 162 (208, 220 и сл.) (*Spiegel*).

<sup>73</sup> BVerfGE 28, 243 (258 и сл.) (*Kriegsdienstverweigerung*).

<sup>74</sup> BVerfGE 32, 54 (70) (*Betriebsbetretungsrecht*).

<sup>75</sup> BVerfGE 36, 146 (165) (*Eheverbot*).

<sup>76</sup> См. также эмпирическое исследование за период 1951 - 2007 годов А. М. *Cárdenas Paulsen* (сноска 69); подробный статистический материал у S. *Martini* (сноска 66), 86 и далее.

<sup>77</sup> И наоборот, Федеральный конституционный суд Германии цитируется иностранными судами, такими как Верховный суд Канады и Конституционный суд Южной Африки, примеры и другие свидетельства см. H.-P. *Schneider* (сноска 46), 301. Не в последнюю очередь именно по этой причине более 300 решений Федерального Конституционного суда можно найти в настоящее время в переводе на английский язык на сайте Суда; в печатной и тематически каталогизированной форме Конституционный суд Германии издает свои основные решения на английском языке в виде издания «Decisions of the Bundesverfassungsgericht»; в том числе был издан и почти 1000 страничный пятый том (Family-Related Decisions в 1957-2010), который подразумевался как вклад в глобальный диалог конституционных судов (см. A. *Voßkuhle*, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Bd. V, 2013, Preface, XIX). Тем самым была учтена ранее прозвучавшая критика часто отсутствующего перевода решений (см. J. A. Frowein [сноска 16], 806).

судами Соединенных Штатов Америки и Канады к правовой фигуре «публичного форума» (*public forum*).<sup>78</sup> Пять лет позднее Второй Сенат в его решении по делу о *Программе ОМТ (OMT-Urteil)* привёл при ответе на вопрос о приоритете применения права Евросоюза соответствующие решения целого ряда конституционных и высших судов государств-членов Евросоюза.<sup>79</sup> Это справедливо также и в отношении судебной практики Суда Европейского Союза (СЕС) и ЕСПЧ.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> BVerfGE 128, 226 (253) (Frarport): «С другой стороны ответ на вопрос, нужно ли места, расположенные вне общественных улиц, дорог и публичных мест, признавать как места общественных коммуникаций, по образцу и подобию понятия «публичного форума» (см. к похожим критериям: Supreme Court of Canada, *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S. C. R. 139; Supreme Court of the United States, *International Society for Krishna Consciousness [ISKCON] v. Lee*, 505 U. S. 672 [1992]). Оно характеризуется тем, что здесь может осуществляться множество различных видов деятельности и задач, что создает таким образом разнообразную и открытую коммуникационную сеть.» Еще одним недавним примером ссылки на иностранные суды является решение Второго Сената о приватизации приведения в исполнение лечебно-исправительных мер наказания, ссылающееся на решение Верховного Суда Израиля, см. BVerfGE 130, 76 (121).

<sup>79</sup> BVerfGE 142, 123 (197 и сл. пункт 142) (*OMT*): «Также в конституционно праве целого ряда других государств-членов Европейского Союза можно найти специальные предписания, направленные на защиту конституционной идентичности и установление пределов передачи суверенных прав Европейскому Союзу (см. в этом смысле BVerfGE 134, 366 [387 пункт 30]). Подавляющее большинство конституционных и высших судов других государств-членов в рамках своей компетенции разделяют мнение Конституционного суда Германии о том, что приоритет (применения) права Союза не является неограниченным, а что национальное (конституционное) право устанавливает для этого границы (см. для Дании: *Højesteret*, решение от 6.4.1998 – I 361/1997 –, раздел 9.8; для Эстонии: *Riigikohus*, решение от 12.7.2012 – 3-4-1-6-12 –, абзац 128, 223; для Франции: Conseil Constitutionnel, решение Nr. 2006-540 DC от 27.7.2006, девятнадцатый аргумент; решение Nr. 2011-631 DC от 9.6.2011, сорок пятый аргумент; Conseil d'État, решение от 8.2.2007, Nr. 287110 (Ass.), *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, EuR 43 (2008), 57 (60 и сл.); для Ирландии: Supreme Court of Ireland, *Crotty v. An Taoiseach*, (1987), I.R. 713 (783); *S.P.U.C. (Ireland) Ltd. v. Grogan*, (1989), I.R. 753 (765); для Италии: Corte Costituzionale, Entscheidung Nr. 98/1965, *Acciaierie San Michele*, EuR 2 (1966), 146; решение Nr. 183/1973, *Frontini*, EuR 10 (1974), 255; решение Nr. 170/1984, *Granital*, EuGRZ 12 (1985), 98; решение Nr. 232/1989, *Fragd*; решение Nr. 168/1991; решение Nr. 117/1994, *Zerini*; для Литвы: Satversmes tiesa, решение от 7.4.2009 – 2008-35-01 –, абзац 17; для Польши: Trybunal Konstytucyjny, решения от 11.5.2005 – K 18 /04 –, пункт 4.1., 10.2.; от 24.11.2010 – K 32 /09 –, пункт 2.1. и далее; от 16.11.2011 – SK 45/09 –, пункт 2.4., 2.5.; для Испании: Tribunal Constitucional, постановление от 13.12.2004, DTC 1/2004, пункт 2 мотивировочной части, EuR 40 (2005), 339 (343) и решение от 13.2.2014, STC 26/2014, пункт 3 мотивировочной части, HRLJ 34 (2014), 475 (477 f.); Для Чехии: Ústavní Soud, решение от 8.3.2006, Pl. ÚS 50/04, раздел VI.B.; решение от 3.5.2006, Pl. ÚS 66/04, пункт 53; решение от 26.11.2008, Pl. ÚS 19/08, пункт 97, 113, 196; решение от 3.11.2009, Pl. ÚS 29/09, пункт 110 и далее; решение от 31.1.2012, Pl. ÚS 5/12, раздел

В действительности, именно в европейском правовом пространстве правовая компаративистика может быть особенно плодотворной, поскольку правовые системы государств-членов Европейского Союза обнаруживают определённые общие «фундаментальные каноны» в совпадающих между собой системах ценностей (см. также ст. 2 Договора о Европейском Союзе [ДЕС]).<sup>81</sup>

Если более внимательно исследовать соответствующие решения ФКС Германии и их мотивировочные части, то, с одной стороны, можно констатировать, что правовая компаративистика, несомненно, не занимает в конституционном праве Германии место «пятого метода интерпретации»

---

VII.; для Великобритании: High Court, решение от 18.2.2002, *Thoburn v. Sunderland City Council*, (2002) EWHC 195 (Admin), абзац 69; UK Supreme Court, решение от 22.1.2014, *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v. The Secretary of State for Transport*, (2014) UKSC 3, абзац 79, 207; решение от 25.3.2015, *Pham v. Secretary of State for the Home Department*, (2015) UKSC 19, абзац 54, 58, 72 - 92.»

<sup>80</sup> См. BVerfGE 133, 59 (80 и сл. пункт 56) (*Sukzessivadoption*): «Помимо Германии, индивидуальную адаптацию детей лицами с гомосексуальной ориентацией разрешают Финляндия, Франция, Греция, Ирландия, Италия, Латвия, Литва, Люксембург, Нидерланды, Австрия, Польша, Румыния, Словакия, Словения, Венгрия, Англия и Уэльс, Хорватия, Монако и Турция. Соответствующее развитие наблюдается в судебной практике как Конституционного суда Германии (см., с одной стороны, BVerfGE 6, 389 и, с другой стороны, BVerfGE 105, 313; 124, 199), а также и европейских судов (см. по вопросу об уравнивании правового статуса зарегистрированных партнеров в целом Суд Европейского Союза, EUGH, постановление от 1.4.2008 - C-267/06 - *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*, EuZW 19 (2008), 314 и далее; по вопросу индивидуальной адаптации детей лицами с гомосексуальной ориентацией, с одной стороны, уже раньше ЕСПЧ, решение от 26.2.2002 - 35615/97 - *Fretté v. Frankreich*, FamRZ 51 (2003), 149 и далее; с другой стороны, из недавней практики ЕСПЧ, решение от 22.1.2008 - 43546/02 - *E.B. v. Frankreich*, NJW 62 (2009), 3637 и далее).»

<sup>81</sup> По данному вопросу см. также *A. von Bogdandy*, *European Law Beyond "Ever Closer Union"* Repositioning the Concept, Its Thrust and the EJC's Comparative Methodology, *ELJ* 22 (2016), 519 (534): «*основополагающие конституционные стандарты*» («*basic constitutional standards*»). В ст. 2 Договора о Европейском Союзе предусматривается: «Союз основан на ценностях уважения человеческого достоинства, свободы, демократии, равенства, правового государства и соблюдения прав человека, включая права лиц, принадлежащих к меньшинствам. Эти ценности являются общими для государств-членов в рамках общества, характеризующегося плюрализмом, недискриминацией, терпимостью, справедливостью, солидарностью и равенством женщин и мужчин («Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.»).

в смысле *Хэберле (Häberle)*,<sup>82</sup> и уже в количественном отношении является скорее исключением, а не правилом.<sup>83</sup> С другой стороны, было бы неверным приписывать решениям Федерального Конституционного суда общий дефицит в применении сравнительно-правового подхода (как это отчасти происходит).<sup>84</sup> В действительности, он имеет трудно переоценимое значение, частично вполне видимое, а именно в виде подкрепления или соответственно (максимально широкого) сопровождения обоснования найденного результата в смысле «вспомогательного средства интерпретации» (*Auslegungshilfe*),<sup>85</sup> отчасти однако – так сказать «за кулисами» конституционно-судебной практики.

Практикуемое таким образом правовое сравнение по самым разным причинам<sup>86</sup> не всегда получает отражение в опубликованных постановлениях Суда,<sup>87</sup> но, тем не менее, правовые позиции, сформулированные как экспертные заключения в преддверии принятия коллегиального решения в качестве их основы, часто содержат разнообразные сравнительно-правовые аргументы.<sup>88</sup>

Важной формой воздействия правовой компаративистики, которая не всегда видима, являются также личные контакты судей европейских конституционных и высших судов<sup>89</sup>, как например, состоявшееся в начале этого года, совещание в Берлинском научном колледже, посвященное

---

<sup>82</sup> По данному вопросу см. *P. Häberle*, Grundrechtsgeltung ... (сноска 44), 916; *P. Häberle*, Europäische Rechtskultur, 1994, 78; см. также *M. D. Poli* (сноска 55), 45.

<sup>83</sup> В этом смысле также *S. Baer* (сноска 67), 391 и сл., 397; о чрезмерных ожиданиях от сравнительной компаративистики предупреждает в этом смысле *R. Bernhardt* (сноска 40), 443.

<sup>84</sup> В этом смысле *P. Häberle*, Das deutsche BVerfG, eine "Nachlese" zu 60 Jahren seiner Tätigkeit, в: *P. Häberle*, Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht, 2014, 251 (256 и сл.).

<sup>85</sup> В этом смысле также *C. Starck* (сноска 45), 1024; по вопросу о различных функциях сравнительной конституционно-правовой аргументации см. *M. Wendel* (сноска 58), 344 и далее.

<sup>86</sup> Например, попытки избежать чрезмерного увеличения объема решений; нерелевантность сравнительно-правовых соображений для конкретно взятого судебного решения.

<sup>87</sup> По данному вопросу см. *M. Wendel* (сноска 58), 342.

<sup>88</sup> О публикации внутренних (сравнительно-правовых) документов и подготовительных материалов судов см. например *A. von Bogdandy* (сноска 81), 537 м сл., с указанием на уже существующую практику итальянского Конституционного суда (*Corte Costituzionale*).

<sup>89</sup> См. также *M. Claes/M. de Visser*, Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks, *Utrecht Law Review* 8 (2012), 100 и далее; *C. Grabenwarter/E. Vranes* (Hrsg.), Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund – Grundfragen und neueste Entwicklungen, 2013.

вопросам конституционной юрисдикции и политическим переменам в Европе, или контакты в рамках заседаний «Гейдельбергского круглого стола» по вопросам «европейского объединения конституционных судей» (*Verfassungsgerichtsverbund*).<sup>90</sup> Информация и данные, полученные в ходе встреч по обмену опытом и знаниями, нередко таким путём попадают в конституционную судебную практику.<sup>91</sup> Наглядным примером международного дискурса в повседневной жизни Конституционного суда ФРГ является, например, конкретно-индивидуальный обмен с другими конституционными судами через учреждения и институты Совета Европы. На Венецианском форуме или соответственно в Венецианской Комиссии<sup>92</sup> национальные конституционные суды европейских государств, равно как и Конституционный суд Германии, могут получать информацию о том, существует ли в государствах-членах Совета Европы по какому-либо конкретному вопросу уже сложившаяся (конституционная) судебная практика.<sup>93</sup> Кроме того, Суд получает также информацию об актуальной судебной практике и других конституционных судов в Америке, Азии и Африке. С 2017 года, например, в структурах Суда выпускается «Международный Информационный бюллетень», который ежемесячно представляет сжатую информацию об иностранных судебных решениях и через ссылки на соответствующие страницы Интернета предоставляет непосредственный доступ к ним судьям и всем сотрудникам ФКС.

Таким образом, можно сказать, что правовое сравнение занимает не только науку, но и находит своё место в практике Федерального Конституционного суда в Карлсруэ.<sup>94</sup>

<sup>90</sup> По данному вопросу см. <<http://www.mpil.de>> (вызов ссылки 23.5.2019).

<sup>91</sup> J. Limbach, Globalization of Constitutional Law through Interaction of Judges, VRÜ 42 (2008), 51 (53 f.); см. также K.-G. Zierlein, Entwicklung und Möglichkeiten einer Union: Die Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, в: W. Fürst/R. Herzog/D. C. Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. I, 1987, 315 (334 и сл.).

<sup>92</sup> Более подробно по данному вопросу и по вопросу о других форумах и институтах сотрудничества см. A. von Bogdandy/C. Grabenwarter/P. M. Huber, Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum, в: A. von Bogdandy/P. M. Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. VI, 2016, § 95 пункт 21 и далее, 24 с дальнейшими ссылками.

<sup>93</sup> Именно запросы, посылаемые через Венецианскую Комиссию в Федеральный Конституционный суд Германии – а это, как правило, несколько десятков ежегодно – обнаруживают широкий конституционно-правовой спектр.

<sup>94</sup> По вопросу о значении сравнительной компаративистики для конституционной юрисдикции см. M. D. Poli (сноска 55), 43; T. Koopmans (сноска 55), 545; см. также K.-P. Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 52 (1999), 1017 (1024, 1028).

### 3. О (практических) предпосылках конституционного сравнения

Но как должно осуществляться серьезное конституционное сравнение? В рамках данной публикации этот вопрос не может быть рассмотрен во всех подробностях. Тем не менее совершенно очевидно, что отправной точкой здесь должен быть поиск функционирующего метода.<sup>95</sup> При этом в современной научной литературе нельзя найти определённого «господствующего» метода конституционного сравнения, вместо этого существует скорее некоторое разнообразие различных гипотез и предложений о том, как должно осуществляться конституционное сравнение. Спорным является уже то, может ли сравнение работать только через взаимодействие нескольких методов, или же меньшее разнообразие методов является здесь более адекватным.<sup>96</sup> Тем не менее, существует согласие относительно того, что сравнение не может исчерпываться в некомментируемом (эмпирическом) сопоставлении различий и общих черт или же простом сравнении правовых категорий и стандартов.<sup>97</sup> Удачное правовое сравнение, скорее, должно охватывать по общему правилу различные фазы или стадии: от простого описания к объяснению и классификации и к собственно сути сравнения, сопоставлению и оценке материала.<sup>98</sup> При этом именно для (конституционной) судебной практики, ориентированной на конкретное правоприменение, представляет интерес метод сравнения, который направлен на решение конкретной предметной

<sup>95</sup> Необходим убедительный аргумент для опровержения обвинения в том, что конституционное или соответственно правовое сравнение применяется слишком поверхностно и селективно (например, относительно обвинения в «*cherry-picking*» и возможностях его опровержения см. *R. Hirschl* [сноска 37], 187 и сл.). В целом критически уже *H. Nawiasky*, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, *VVDStRL* 3 (1927), 25 (26): В той же малой степени, в какой из исторически отдаленных друг от друга правовых состояний можно вывести аргументы и позиции для толкования, допустимо на основе разделённых, представленных различными государствами правовых порядках делать сравнительные выводы в отношении них. Практическое возражение против конституционного сравнения (во всяком случае, проводимого судами) особенно подчеркивает необходимость (особенно для масштабного правового сравнения) серьезных усилий и рабочих затрат при одновременном сильном давлении, связанном с принятием решения, к общей проблематике см. *C. Hillgruber* (сноска 19), 385.

<sup>96</sup> См. по данному вопросу также *B. Wieser* (сноска 39), 38 и сл.; *A. von Bogdandy*, *Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung. Eine hegelianische Reaktion auf Ran Hirschsels Comparative Matters*, *Der Staat* 55 (2016), 103 (107 и сл.).

<sup>97</sup> *K. Zweigert/H. Kötz* (сноска 37), 42 и сл.

<sup>98</sup> Общую характеристику см. уже *L.-J. Constantinesco*, *Rechtsvergleichung*, Bd. II, 1972, 137 и далее, который подразделяет методологический процесс на три фазы (знание – понимание – сравнение).

проблемы.<sup>99</sup> Этой потребности отвечает функциональное сравнение правовых норм, которое задаётся вопросом о том, какие варианты решения для решения конкретной предметной проблемы предлагают правовые системы различных наций.<sup>100</sup>

Но конституционное правовое сравнение не должно быть слепым по отношению к соответствующему культурному обрамлению конкретных вариантов правовых решений. Конституционное сравнение поэтому всегда требует культурного сравнения или, по крайней мере, достаточного учёта культурной обусловленности нормативных основоположений,<sup>101</sup> поскольку конституции - хотя и в разной степени – всё же отражают реалии именно «своего» государства.<sup>102</sup> Потребности человека, как впрочем, и человеческий менталитет, не являются повсюду одинаковыми. По этой причине правовое сравнение должно принимать во внимание и серьёзно относиться к культурно-правовому аспекту рассматриваемой ситуации.<sup>103</sup> Сравнительно-правовой подход с обращением к правовым системам других государств и их конституциям не должен приводить к эрозии собственной идентичности.

Кроме того, правовое или конституционное сравнение находится в прямой зависимости от достоверного рабочего фундамента в форме актуализированного и всесторонне проработанного материала.<sup>104</sup> Более глубокое знакомство с иностранными правопорядками, например в форме сравнительного зарубежного правоправедения, может значительно облегчить

---

<sup>99</sup> Конкретная работа конституционных судов является тем самым той областью, на которой можно проверить практическую пригодность правового сравнения, см. также *M. Andenas/D. Fairgrieve* (сноска 52), 4: «суды стали лабораториями сравнительного права» («*courts have become the laboratories of comparative law*»).

<sup>100</sup> По данному вопросу подробнее *U. Kischel* (сноска 48), § 1 пункт 14 и далее, § 3 пункт 6 и далее; см. уже *F. Münch*, Einführung in die Verfassungsvergleichung, ZaöRV 33 (1973), 126 (139 и сл.).

<sup>101</sup> Более подробно по данному вопросу *R. Wahl* (сноска 45), 96 и далее; *S. Baer* (сноска 45), 735 и далее.

<sup>102</sup> См. также общую характеристику также *C. Starck* (сноска 45), 1023.

<sup>103</sup> См. также *L.-J. Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. III, 1983, 54 и далее; *U. Kischel* (сноска 48), § 3 пункт 11. В этой связи стоит также и вопрос, в какой степени правовое сравнение зависит от информации и данных из других научных дисциплин и вспомогательных наук (например: экономика, социология, статистика), см. по данной теме *E. Schmidt-Aßmann* (сноска 40), 824 и далее.

<sup>104</sup> В сфере деятельности Совета Европы Венецианская Комиссия с 1993 года выпускает, в частности, Бюллетень Конституционных судебных прецедентов (*Bulletin on Constitutional Case-Law*), начиная с 2000 года доступно на интернет-сайте по адресу <<http://www.venice.coe.int>> (просмотр страницы 23.5.2019); кроме того, доступен электронный банк данных «CODICES» по адресу <<http://www.codices.coe.int>> (просмотр страницы 23.5.2019).

нелёгкий путь правового сравнения.<sup>105</sup> Институт Макса Планка иностранного публичного и международного права является ключевым игроком в этой области, как это, например, подтверждается издаваемой уже более десяти лет под его эгидой многотомной серией «Конституции государств мира» (КГМ). Показательной примером - также актуальным - работы в области сравнительного конституционного права является интерактивная база данных Фонда Макса Планка по международному миру и правовой государственности «Энциклопедия Макса Планка сравнительного права» (МПЭСР, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (MPCCoL))<sup>106</sup>. В рамках данного проекта поставалена и решается задача охватить с точки зрения компаративистики все сферы конституционного права, и при этом включить в предмет исследования различные правовые культуры, а также различные методы конституционного сравнения.

Но конституционное сравнение также может работать с фокусом на деятельность конституционных судов. Решению этой задачи была посвящена изданная (в том числе, при участии *Андраша Якоба (András Jakab)*) работа по сравнительному конституционному правоведению («Comparative Constitutional Reasoning»)<sup>107</sup>. Эти и другие проекты из недавнего прошлого свидетельствуют о впечатляющей динамике в области конституционного сравнения, которое не игнорирует и Федеральный Конституционный суд.

#### **IV. Заключение: «золотая середина» как идеальное решение**

Точки соприкосновения Федерального Конституционного суда Германии с правом, выходящим за рамки национального конституционного правопорядка, не являются всеобъемлющими, но весьма разнообразны. Если мы снова обратимся к двум гейдельбергским собеседникам, о прогулке которых писалось выше, то обнаружим, что ни один из их тезисов не стал реальностью в чистом виде. Федеральный Конституционный суд Германии принимает во внимание обязательные нормы международного права, но адаптирует их в структуру национального правопорядка. Он применяет в своей практике правовое сравнение, но не в чрезмерной

<sup>105</sup> См. уже *G. Ress* (сноска 56), 227 (230, 255).

<sup>106</sup> Доступно на сайте <<http://oxcon.oup.com>> (просмотр страницы 23.5.2019).

<sup>107</sup> *A. Jakab/A. Dyevre/G. Itzcovich* (Hrsg.), *Comparative Constitutional Reasoning*, 2017.



форме, а там, где он считает, что это уместно и полезно. Он способствует обмену между судами и судьями и осознает важность и значение расширения своего собственного правового горизонта. Можно поэтому сказать, что суд избрал некую золотую середину. Хотя как сказал один из поэтов эпохи барокко *Фридрих фон Логан* (*Friedrich von Logau*): «в момент опасностей и смут приносит смерть срединный путь»,<sup>108</sup> Германия с её «Конституцией середины»<sup>109</sup> 09 года успешно справилась с проблемами последних десятилетий. Это должно нас настраивать на оптимизм и в отношении грядущего будущего.

---

<sup>108</sup> *F. von Logau. Der Mittel-Weg*, в: Gustav Eitner (Hrsg.), *Sämtliche Sinngedichte*, 1872, 421.

<sup>109</sup> Более подробно по данному вопросу см. *A. Voßkuhle/T. Wischmeyer, Die Verfassung der Mitte*, 2016.