

Сравнительное публичное право для европейского общества (I)

Армин фон Богданди *

* Армин фон Богданди - Директор Института сравнительного публичного права и международного права Макса Планка, Гейдельберг. В этом материале объединены части статьи A. von Bogdandy, "The Idea of European Public Law Today" в: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber and Sabino Cassese (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume I: The Administrative State* (Oxford: Oxford University Press 2017), 1, с частями Armin von Bogdandy, *The Emergence and Democratization of European Society. Rethinking the Transformation of European Public Law* (2023, готовится к изданию). В ходе подготовки данной публикации различные её составные части были переработаны и изменены.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству *Mohr Siebeck* и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Armin von Bogdandy, *Comparative Public Law for European Society***, в: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 83, 209-256 (2023).

Содержание

Аннотация	68
I. Заявление и программа	69
II. Теоретизирование европейского сравнительного публичного права	70
1. Европейское право	70
2. Европейское общество	77
3. Роль сравнения	80

4. Основания и стандарты для европейских сравнительных аргументов	87
5. Европейское публичное право, старое и новое	94
III. Испытание конституционным судом	96
1. Быть вершиной среди вершин	96
2. Общие разработки и множественные современности	99

Аннотация

Компаративистское правопонимание (сравнительное право) предполагает выход за пределы фокусирования внимания только на одном правовом порядке. В данном материале представлено европейское сравнительное публичное право как особый способ сделать это. Европейское сравнительное публичное право является особым, поскольку оно может использовать ключевой правовой ориентир - "все более тесный союз между народами Европы", как это предусмотрено статьей 1 п. 2 Договора о Европейском союзе (ДЕС). Его особенность заключается в том, что сравнение проводится в рамках специфического свода законов, а именно европейского права, объединяющего законодательство Европейского союза (ЕС), правовую систему Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ) и национальное законодательство 27 государств-членов ЕС. Оно особенное, поскольку оно может опираться и руководствоваться общими ценностями, закрепленными в статье 2 часть 1 ДЕС. И оно особенное, так как может содействовать интересам специфической социальной общности, создаваемой "все более тесным союзом", а именно «европейскому обществу» (статья 2 часть 2 ДЕС). Европейское сравнительное право, понимаемое в этом смысле, помогает развивать это общество, а также понимать, оценивать и защищать его разнообразие. При правильном понимании "все более тесный союз" направлен не на все большую централизацию, а на демократический конституционализм, мир и благосостояние, согласно статье 3 п. 1 ДЕС. В данном материале рассматривается особая роль сравнительных аргументов, а также их правовые и методологические основы. Сравнительная реконструкция конституционного судопроизводства - оплот разнообразия - иллюстрирует эту теоретическую концепцию. Наконец, в статье показано, как европейская компаративистика способствует формированию академического мышления, отражающего разнообразие

европейского общества, характеризующегося общими конституционными принципами.

I. Заявление и программа

Сравнительно-правовое мышление (сравнительное право) предполагает выход за пределы фокуса внимания только на одном правовом порядке. В данном материале представлено европейское сравнительное публичное право как особый способ сделать это. Теоретизируя его особую природу и характер, я стремлюсь углубить его понимание и внести свой вклад в достижение его цели. Сопоставляя его с другими сравнительными исследованиями, я надеюсь внести вклад в их понимание.

Настоящая публикация начинается с реконструкции европейского права как правового фундамента европейского сравнительного публичного права (II. 1.) и европейского общества как его социально-культурных рамок (II. 2.). Затем следует обсуждение особой роли сравнительных аргументов (II. 3.), их правовых и методологических основ (II. 4.), а также сравнение нового и старого *Jus Publicum Europaeum* (II. 5.). Сравнительная реконструкция конституционного судопроизводства иллюстрирует эту теоретизацию (III.). Наконец, я показываю, как европейская сравнительная среда способствует формированию академического мышления, отражающего разнообразие европейского общества, характеризующегося общими конституционными принципами (IV.).

Но сначала предварительное замечание о «*публичности*» сравнительного права, которая отличает объект исследования от сравнительного частного права: Я рассматриваю это различие как ответ на фундаментальную дифференциацию в современных обществах.¹ Частные и публичные действия относятся к разным социальным сферам с разной операционной логикой и требованиями к обоснованию. Публичное право в основном действует в отношениях, не опосредованных и обоснованных прямым согласием, в отличие от того, что обычно имеет место в частном праве. В то же время частное право в основном позволяет субъектам действовать исключительно в своих интересах, тогда как действия в рамках публичного

¹ Подробная аргументация приводится в работе: Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann and Ingo Venzke, 'From Public International to International Public Law. Translating World Public Opinion into International Public Authority', EJIL 28 (2017), 115-145.

права связаны более высокими стандартами, такими как статья 2 ДЕС. Конечно, в разных правовых системах граница проходит по-разному, эти две сферы по-разному соотносятся друг с другом, и практическое разграничение между ними иногда бывает затруднительным. Но все это не влияет на разграничение частного и публичного как таковое. Мало кто будет спорить с тем, что международное общество публичного права имеет свой собственный значимый фокус.

II. Теоретизирование европейского сравнительного публичного права

1. Европейское право

Европейское сравнительное публичное право является частью динамично развивающейся области публично-правовых исследований, которые выходят за рамки одного правового порядка.² Проведя десятилетия в академической нише во многих странах,³ едва замеченные наиболее авторитетными учеными, сравнительные усилия к настоящему времени стали мейнстримом. Хотя заявление о том, что "теперь мы все компаративисты"⁴ для науки публичного права остается немного преувеличением, но оно отражает истинный дух и реальную направленность.

Возникновение и развитие сравнительных исследований публичного права связано, прежде всего, с исследованиями конституционного права. Этот прогресс сопровождался процессом дифференциации. Глобальная или межрегиональная компаративистика соседствует со сравнениями,

² Рассмотрение различных возможных вариантов интерпретации см. Lucio Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo* (Bologna: Bononia University Press 2014), 19-42; Uwe Kischel, *Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press 2019), 3-10, 27-31].

³ Италия - одно из важных исключений с кафедрой сравнительного конституционного права на многих юридических и политологических факультетах.

⁴ Charles Lees, "We Are All Comparativists Now. Why and How Single-Country Scholarship Must Adapt and Incorporate the Comparative Politics Approach", *Comparative Political Studies* 39 (2006), 1084; Ran Hirschl, "On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law" в: Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge: Cambridge University Press 2007), 39-66 (63).

сосредоточенными на конкретном регионе.⁵ Глобальный дискурс процветает с тех пор, как опустился "железный занавес" и многие государства ввели конституцию, подкреплённую гарантиями принципов демократии и свободы.⁶ Появление псевдолиберального конституционализма не переломило эту тенденцию,⁷ не в последнюю очередь потому, что правительства защищают свои нелиберальные меры, часто используя сравнительные аргументы.⁸ По всем этим причинам благополучно развиваются такие ассоциации, как "Международная ассоциация конституционного права" или "Всемирная конференция по конституционному правосудию". Сравнительное административное право также приобрело новое значение. ГАП, аббревиатура "Глобальное административное право", - это первый глобальный бренд публично-правовой науки в XXI веке.⁹ Основание уже упомянутого "Международного общества публичного права" в 2014 году является важной вехой, поскольку оно объединяет административное и конституционное направления в рамках всеобъемлющего публично-правового дискурса, включающего транснациональные явления и междисциплинарные перспективы.¹⁰

Сравнения внутри регионов отличаются от глобальных сравнений, поскольку они часто могут основываться на политических программах и более широких связях. Латинская Америка является ярким примером: здесь большая часть сравнительной конституционной науки является

⁵ Michel Rosenfeld and András Sajó, "Introduction" в: Michel Rosenfeld and András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), 1-22 (10-11)].

⁶ Bruce Ackerman, 'The Rise of World Constitutionalism', *Va.L.Rev.* 83 (1997) 771-797; Sabino Cassese, 'Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino' in: *Accademia delle Scienze di Torino* (ed.), *Inaugurazione del 232° anno accademico dell'Accademia delle Scienze di Torino* (Torino: Accademia delle Scienze 2014), 17-33 (20).

⁷ См. Günter Frankenberg, *Autoritarismus. Verfassungstheoretische Perspektiven* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2020).

⁸ См. See Iustitia (Polish Judges Association), "Response to the White Paper Compendium on the reforms of the Polish justice system, presented by the Government of the Republic of Poland to the European Commission", 17 March 2018, последнее посещение 19 февраля 2023 года].

⁹ См. Benedict Kingsbury, Nico Krisch and Richard B. Stewart, 'The Emergence of Global Administrative Law', *Law & Contemp. Probs.* 68 (2005), 15-61. См. также материалы для Симпозиума: "Through the Lens of Time: Global Administrative Law After 10 Years", *I.CON* 13 (2015), 463-506.

¹⁰ Joseph H. H. Weiler, "The International Society for Public Law - Call for Papers and Panels", *I.CON* 12 (2014), 1-3; Sabino Cassese, *An International Society of Public Law*", *ICON.S Working Paper - Conference Proceedings Series* 1, no. 1/2015, , последнее обращение 15 февраля 2023 г.].

частью регионального политического движения за демократический конституционализм и заслуживающие доверия, надёжные государственные институты. Кроме того, в регионе есть общие институты, прежде всего Межамериканский суд по правам человека. Кроме того, правовые системы региона демонстрируют значительное сходство: общее наследие иберийских завоеваний, *Corpus Iuris Civilis*, *Corpus Iuris Canonici*, Конституция Соединенных Штатов (США) и американская наука, Конституция Кадиса и французское публичное право. Они также демонстрируют не менее важные общие проблемы: маргинализацию широких слоев населения, наследие авторитарных режимов, тень, отбрасываемую интересами США, президентство, слабость многих государственных институтов и нападки на демократический конституционализм. Исходя из этого, сравнительная аргументация имеет больший вес в практических юридических дискурсах, что является ключевым для юридической науки, которая в основном ориентирована на практику.

Неудивительно, что Латинская Америка демонстрирует богатый региональный дискурс в области публичного права, в частности конституционного. Иberoамериканский институт конституционного права (*Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional*) представляет собой центр сравнения на службе конституционной демократии.¹¹ Идея регионального дискурса лежит в основе таких журналов, как *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* или *Revista Latinoamericana de Derecho*. Некоторые реконструируют общий латиноамериканский закон о правах человека.¹² Однако эти правовые явления не опираются на политические решения и институты, подобные тем, которые лежат в основе европейского права, и которые, таким образом, позволяют создать специфическое европейское сравнительное публичное право.¹³

¹¹ Последнее посещение 8 декабря 2022 г.

¹² См. Alexandra Huneus, "The Inter-American Court of Human Rights: How Constitutional Lawyers Shape Court Authority" in: Karen J. Alter, Laurence R. Helfer and Mikael Rask Madsen (eds), *International Court Authority* (Oxford: Oxford University Press 2018), 196-220; Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi and Flavia Piovesan (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford: Oxford University Press 2017).

¹³ Это справедливо и для европейского сравнительного частного права, Reinhard Zimmermann, 'Comparative Law and the Europeanization of Private Law' in: Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2nd edn, Oxford: Oxford University Press 2019), 557-598; Andreas Schwartze, 'Comparative Law' in: Karl Riesenhuber (ed.), *European Legal Methodology* (1st edn, Cambridge: Intersentia 2017), 61-63.

Чтобы понять европейское сравнительное публичное право как часть европейского права, необходимо теоретизировать европейское право, то есть разработать подходящую концепцию. Если слова "европейское право" должны воплощать концепцию, они должны что-то определять (или выделять) и связывать различные явления, опыт, теоретические представления или данные в связь, обеспечивающую понимание, выходящее за рамки простого обозначения вопросов.¹⁴

Я предлагаю концепцию европейского права, которая включает в себя право ЕС, Европейскую конвенцию по правам человека, а также внутренние законы, которые отвечают европейской интеграции. *Герман Мослер (Hermann Mosler)* был первым, кто сформулировал такую концепцию. Будучи юридическим архитектором и идейным вдохновителем концепта интеграции Германии с Западом (*Westbindung*), *Мослер* был важен как в научном, так и в практическом плане. Профессор права из Франкфурта служил юридическим советником *Аденауэра* и *Халльштайна*, а затем был директором Института сравнительного публичного права и международного права Макса Планка. В знак признания его заслуг он стал первым немецким судьей в Европейском суде по правам человека (ЕСПЧ) в 1959 году и первым немецким судьей в Международном суде (МС) в 1976 году.¹⁵ Его международная карьера символизирует успешную интеграцию Федеративной Республики в Запад.

Мослер разработал свою концепцию в контексте европейской интеграции, в частности, в рамках основного конфликта, олицетворяемого убеждённым "суверенистом" *Шарлем де Голлем* и федералистом *Вальтером Халльштайном*. Начальные успехи *Халльштайна* заставили защитников национального суверенитета выступить против него. Наиболее известным примером такого противостояния является французская политика "пустого кресла" ("*chaise vide*") с 30 мая 1965 года по 30 января 1966 года, которую французское правительство использовало для блокирования перехода к мажоритарному голосованию в Совете.¹⁶

¹⁴ Разумеется, это лишь один из многих способов концептуализации понятий; это понимание опирается на Reinhart Koselleck, "Einleitung" в: Otto Brunner, Werner Conze and Reinhart Koselleck (eds), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*. Bd. 1 (Stuttgart: Klett-Cotta Verlag 1972), I-XXVII (XXIII).

¹⁵ О *Мослере* см. Felix Lange, "Between Systematization and Expertise for Foreign Policy: The Practice-Oriented Approach in Germany's International Legal Scholarship (1920-1980)", *EJIL* 28 (2017), 535-558.

¹⁶ Более подробно по данному вопросу см. Luke van Middelaar, *The Passage to Europe. How a Continent Became a Union* (New Haven, Connecticut: Yale University Press 2014), 54 и далее.

Конфликт между видением *Халльштейна* и *де Голля* имеет множество аспектов. Здесь я сосредоточусь на посреднической концепции европейского права *Мослера*, которая включает в себя право Сообщества (теперь - Союза), Европейскую конвенцию по правам человека, а также внутреннее право, реагирующее на европейскую интеграцию, а именно все внутренние акты имплементации, а также автономные акты государств-членов, изданные с целью достижения целей европейской интеграции.¹⁷ Таким образом, право ЕС не одиноко в определении европейского права, поскольку внутреннее право выполняет конституирующую функцию уже на концептуальном, можно даже сказать, онтологическом уровне.

Мослер выдвинул идею создания свода законов, охватывающего различные правовые порядки. Он признал, что его концепция радикальна, написав, что "она разрушает границы между международным и внутригосударственным правом". Его концепция в меньшей степени радикальна, поскольку она также "разрушает" границы между различными внутренними правовыми порядками, например, между французским и итальянским правом. Таким образом, радикальность концепции заключается в том, что она разрушает те различия, которые являются основополагающими для большинства современных представлений о праве.¹⁸ Конечно, холистические теории существовали и до *Мослера*, такие как монизм *Кельзена* и шмиттовское *Jus Publicum Europaeum* (II. 5.).¹⁹ Но именно холистическое понимание *Мослера* подходит для европейского права послевоенного времени.

Как это связано с вышеупомянутым политическим конфликтом? Видение *Халльштейна* о федеральных европейских институтах противостояло «Европе патриотов» *де Голля*. Концепция *Мослера* занимает промежуточное положение между ними, поскольку подчеркивает, что оба уровня важны и служат общей цели. Другими словами, *Мослер* предвидел, что произойдет в ближайшие десятилетия. В 1992 году авторы Маастрихтского договора провозгласили процесс "еще более тесного объединения народов Европы" (тогда статья А, пункт 2 ДЕС; в настоящее время статья 1, пункт 2 ДЕС). Это подразумевает объединение правовых

¹⁷ Hermann Mosler, 'Begriff und Gegenstand des Europarechts', *HJIL* 28 (1968), 481-502; Hermann Mosler, 'European Law - Does it Exist?', *Current Legal Probs.* 19 (1966), 168-191.

¹⁸ См. Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig: C. L. Hirschfeld 1899), 12-22; Pierre-Marie Dupuy, 'International Law and Domestic (Municipal) Law' in: Rüdiger Wolfrum (ed.), *MPEPIL* (online edn, Oxford: Oxford University Press 2011), (последнее обращение 15 февраля 2023 г.).

¹⁹ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (1934), (2nd edn, Berkely: University of California Press 1967), 320 и далее; Carl Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum* (1950), (Candor, NY: Telos Press 2006).

порядков различных народов, но не один доминирующий правовой порядок европейского народа в европейском федеративном государстве.

В 1996 году парадигма *Мослера* получила дальнейшее развитие в концепции «конституционного союза» (*Verfassungsverbund*) *Ингольфа Перница* (*Ingolf Pernice*), ставшей краеугольным камнем европейских конституционных дебатов конца 1990-х и 2000-х годов.²⁰ Его "многоуровневый конституционализм" стремится сформулировать многообразный опыт глубокого взаимодействия между различными правовыми порядками. Большинство направлений европейского правового плюрализма, европейских сетевых теорий или европейского федерализма преследуют аналогичные цели.²¹ Хотя эти теории отличаются друг от друга, все они видят национальные и европейские правовые порядки настолько глубоко переплетенными, что эта переплетённость составляет часть идентичности этих порядков. В соответствии с этим одна из наиболее важных доктрин Суда Европейского Союза (СЕС) рассматривает каждый суд государства-члена как «"обычный" [суд] в системе правопорядка Европейского Союза».²²

Европейское право охватывает совокупность правовых норм, выходящих за рамки отдельных правовых порядков. Оно формулирует то, что сегодня происходит в бесчисленных правовых операциях во всем европейском обществе. Право Союза зависит от национального права по множеству причин, не в последнюю очередь также и для того, чтобы стать эффективным в миллионах правоотношений. В то же время и многие правовые операции в рамках правопорядков государств-членов зависят от транснациональных компонентов европейского права.

Долгое время ученые исследовали это явление в основном в отношениях между отдельными государствами-членами и Европейским Союзом, то есть в вертикальном измерении. Однако к настоящему времени стало ясно,

²⁰ Ingolf Pernice, 'Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund', EuR 31 (1996), 27-43; см. далее Ingolf Pernice, 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?', CML Rev. 36 (1999), 703-750.

²¹ Реконструкцию этих дебатов см. в Ferdinand Weber, 'Formen Europas. Rechtsdeutung, Sinnfrage und Narrativ im Rechtsdiskurs um die Gestalt der Europäischen Union', Staat 55 (2016), 151-179; о многоуровневом конституционализме см. Antonio D'Atena, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali* (Torino: Giappichelli 2007).

²² CJEU, *Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, Opinion 1/09, EU:C:2011:123, para. 80; см. также *Amministrazione delle finanze dello Stato v. Simmenthal*, case no. C-106/77, EU:C:1978:49; Allan Rosas, "The National Judge as EU Judge: Opinion 1/09" in: Pascal Cardonnel, Allan Rosas and Nils Wahl (eds), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh* (Oxford; Portland, Oregon: Hart 2012), 105-122.

что горизонтальное переплетение правовых порядков государств-членов также имеет важное и, по сути, преобразующее значение.²³ Даже высшие суды, некогда независимые и суверенные по определению, интегрировались в горизонтальные европейские сети, составляющие одну из граней европейского общества (см. П. 2., III. 4.).

Подход к правовым явлениям с помощью этой концепции европейского права отличается от традиционного правопонимания тем, что эта концепция объединяет нормы, пришедшие из различных правовых систем²⁴ и продолжает рассматривать свои составные части как различные правовые порядки (что является предпосылкой для сравнительного права). Действительно, в принципе любое решение по европейскому праву о действительности, законности, правовых последствиях и легитимности того или иного акта требует отнесения этого акта к определенному правопорядку. Европейское право не сплавляет свои части, а, скорее, выступает за адекватную комплексность. Этот концепт предполагает реляционную, динамическую структуру, плотную и непрерывную правовую коммуникацию между государственными институтами в рамках различных правовых порядков, будь то правовые порядки разных стран, ЕС или Совета Европы. Все это - европейское право, но не один правовой порядок.

Это придает концепции дополнительную отличительную специфику. Европейское право, с одной стороны, противостоит традиционному подходу к публичному праву, согласно которому "все можно объяснить через суверенитет"²⁵ и которая стремится сохранить верховенство национального правопорядка.²⁶ С другой стороны, она отличается от понимания, в котором европейские события рассматриваются как пример глобального управления, как аналогичные правовые явления в рамках Всемирной торговой организации (ВТО), Организации Объединенных Наций, Североамериканской зоны свободной торговли (НАФТА) или МЕРКОСУР.²⁷ Говоря кратко, европейское право - это не право

²³ Ingolf Pernice, 'La Rete Europea di Costituzionalità - Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie', *HJIL* 70 (2010), 51-71.

²⁴ Об этой концепции см. Dana Burchardt, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund. Theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht* (Tübingen: Mohr Siebeck 2015), 15 и далее, 220 и далее, 242 и далее.

²⁵ Georg Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (1882). Herausgegeben und eingeleitet von Walter Pauly (Goldbach: Keip 1996), 16 ff., 36.

²⁶ См. Christian Hillgruber, 'Souveränität - Verteidigung eines Rechtsbegriffs', *JZ* 57 (2002), 1072-1080 (1077-1079); Agostino Carrino, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione: da Kelsen allo Stato-mercato* (Soveria Mannelli: Rubbettino 2014).

²⁷ Оригинальную трактовку см. в Jan Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (3rd edn, Cambridge: Cambridge University Press 2015), 14 f.; Bruno de

национального общества, не право мирового общества, а право европейского общества. Как бы банально это ни звучало, это имеет важные последствия, не в последнюю очередь для сравнительно-правового мышления.

2. Европейское общество

Европейское общество - это не научная фантазия, а юридическая концепция. Согласно статье 2 ДЕС, все лица, проживающие в Европейском Союзе, сегодня являются частью одного общества.²⁸ Европейская интеграция, возможно, не привела к созданию европейского государства или народа, но она привела к созданию европейского общества. Это общество тесно переплетено с европейским правом, и особенно с конституционным правом ЕС, поскольку законодатель Договора - то есть политические системы 27 государств-членов в сотрудничестве с институтами ЕС - использует конституционные принципы для его характеристики. Статья 2 ДЕС гласит, что европейское общество - это общество, "в котором господствуют плюрализм, недискриминация, терпимость, справедливость, солидарность и равенство между женщинами и мужчинами" и в котором действуют ценности "уважения человеческого достоинства, свободы, демократии, равенства, верховенства закона и уважения прав человека, включая права лиц, принадлежащих к меньшинствам". Несмотря на автономию права ЕС, разработка этих принципов требует учета особенностей национальных правовых систем.

Существует множество европейских обществ. Вспомните 3000 европейских компаний, имеющих юридическую форму «европейская компания» (*Societas Europaea*), и тысячи организаций гражданского общества - от Европейского общества международного права до Европейского общества кардиологии и Европейского общества по вопросам духовной регрессии. Термин "общество" в Статье 2 ДЕС охватывает все эти организации, но подразумевает гораздо большее - а

Witte, 'The European Union as an International Legal Experiment' in: Grainne de Búrca and Joseph H. H. Weiler (eds), *The Worlds of European Constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2012), 19-56.

²⁸ Stelio Mangiameli, 'Article 2' in: Hermann-Josef Blanke and Stelio Mangiameli (eds), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary* (Berlin, Heidelberg: Springer 2013), paras 35-41; Loïc Azoulay, 'The Law of European Society', *CML Rev.* 59 (2022), 203-214 (203, 209).

именно, социальное целое, образованное Договором о ЕС, включая все государственные институты (наднациональные и внутренние) с их персоналом, процедурами, инструментами и практикой, а также всех людей, находящихся под их властью.

Это устоявшееся значение общества. Статья 16 французской Декларации прав человека и гражданина 1789 года, одно из важнейших положений европейского конституционализма, гласит: "Общество, в котором нет положений, гарантирующих права или разделение властей, не имеет конституции". Тот же смысл лежит в основе Европейской конвенции по правам человека. Многие ее положения содержат слова "демократическое общество" (напр. Статья 6 п. 1, ст. 8 п. 2, ст. 9 п. 2, ст. 10 п. 2, ст. 11 п. 2 ЕКПЧ). При этом они в основном ссылаются на государственные институты стран-участниц Конвенции. Разумеется, для обозначения этого социального целого существуют и другие понятия, такие как нация, республика или государство. Из них понятие государства является наиболее важным, особенно в конституционных традициях континентальной Европы, которые часто являются державно-этатистскими.²⁹

Концепты *общество* и *государство* могут обозначать одну и ту же социальную совокупность, но выбор того или другого не является чем-то несущественным. Отметим одно значимое различие: понятие общества представляет социальное целое скорее с точки зрения взаимодействующих индивидов, тогда как понятие государства - с точки зрения публичной власти. Общество также более открыто в отношении возможных форм публичной власти, обеспечивающих политическое единство. Сосредоточение на обществе может помочь преодолеть этатистское мышление.

Статья 2 относится к *европейскому* обществу³⁰ - а не обществам государств-членов³¹ - поскольку в нем используется единственное число "общество". В нем нет намека на глобальное (или мировое) общество, поскольку речь идет о странах-членах ЕС. Ссылка на ценности также подчеркивает, что статья 2 не понимает общество только как транзакционное, в отличие от нормативно укоренённого сообщества. Путь и терминология европейских договоров демонстрируют почти

²⁹ Георг Вильгельм Фридрих Гегель, *Элементы философии права* (1821) (Кембридж: Cambridge University Press 1991), п. 258. Но также см. Martin Loughlin, *Foundations of Public Law* (Oxford: Oxford University Press 2010), 208.

³⁰ CJEU, *Centro Hospitalar de Setúbal и SUCH*, мнение AG Mancini, дело №. C-574/12, EU:C:2014:120, para. 40; новаторское мнение Mangiameli (п. 28).

³¹ В этом смысле Pierre-Yves Monjal, "Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe. Quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne?", RTDE 40 (2004), 443-476 (453 ff.)

противоположную логику. В 1957 году законодатели начали с Договора о Европейском Экономическом Сообществе (ЕЭС); в 2007 году, после полувековой интеграции, они постулировали общество, основанное на ценностях.

Создатели Договора рассматривают сегодняшнее количество и качество взаимодействия и общения между 27 национальными обществами как единое европейское общество. Такое употребление слова является социологически устойчивым.³² Конечно, остается множество вопросов о том, как теоретизировать европейское общество и как его исследовать. Как базовое понятие европейской мысли, общество теоретизировалось по-разному, и соответствующие данные могут быть реконструированы в столь же различных формах. Но все они опираются на социальное взаимодействие или коммуникативную практику.³³ Ученые-юристы наблюдают за таким взаимодействием или практикой в основном через изучение определенных текстов: конституций, договоров, законов, указов, директив, судебных решений и научных публикаций. Европейское сравнительное публичное право может многое предложить в этом отношении, не в последнюю очередь потому, что статья 2 ДЕС характеризует европейское общество через его плюрализм. Чтобы понять этот плюрализм, сравнительное право имеет большое значение.

Юристы сосредоточены на правовых дискурсах, которые представляют собой особенно интенсивную форму социального взаимодействия и коммуникативной практики. Соответственно, европейское общество реализуется в многочисленных конфликтах, связанных с положениями статьи 2 ДЕС, конфликтах, в которых *европейские* права, *европейское* правосудие, *европейская* солидарность, *европейская* демократия или *европейское* верховенство права становятся предметом споров.

³² См. напр. Orietta Angelucci von Bogdandy, Zur Ökologie einer Europäischen Identität. Soziale Repräsentationen von Europa und dem Europäer-Sein в Deutschland und Italien (Baden-Baden: Nomos 2003); William Outhwaite, European Society (Cambridge, Malden, MA: Polity 2008); Hartmut Kaelble, Eine europäische Gesellschaft? Beiträge zur Sozialgeschichte Europas vom 19. bis ins 21. Jahrhundert (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2020); см. также многочисленные материалы в журнале European Societies, напр. Fridolin Wolf, Henning Lohmann and Petra Böhnke, "The Standard of Living Among the Poor Across Europe. Does Employment Make a Difference?", European Societies 24 (2022), 548-579; Xavier Rambla and Rosario Scandurra, "Is the Distribution of NEETs and Early Leases from Education and Training Converging Across the Regions of the European Union?", European Societies 23 (2021), 563-589.

³³ Hans-Peter Müller, "Auf dem Weg in eine europäische Gesellschaft? Begriffsproblematik und theoretische Perspektiven", Berliner Journal für Soziologie 17 (2007), 7-31 (24).

Действительно, европейское общество создает себя в этих спорах.³⁴ Европейское право играет конституирующую роль в той мере, в какой оно концептуализирует конфликты как европейские конфликты, ограничивает их и делает их правовые последствия действительными, эффективными и легитимными. Для того чтобы европейское право могло делать это адекватно, необходимо сравнительное право, поскольку большинство европейских правовых операций затрагивают различные правовые порядки.

Европейское сравнительное публичное право, поддерживая такие операции, служит не только европейскому праву. Сравнительные аргументы дают возможность различным частям европейского общества встретиться и углубить взаимные знания. Таким образом, европейская сравнительно-правовая мысль вносит свой вклад в развитие европейского общества, каким бы малым ни был ее вклад.

3. Роль сравнения

Рассмотрение внутренних законов различных стран не является чем-то чуждым для транснационального права.³⁵ Сравнение получило юридическое закрепление в международном праве с тех пор, как Эдуард Декамн (*Édouard Descamps*) сформулировал то, что сейчас является статьей 38 п. 1 лит. с Статута Международного Суда.³⁶ Тем не менее, сравнительное публичное право не является непомерно важным для международного права. Более того, внутреннее право традиционно понимается как "фактическая данность" в международном праве; оно не считается его элементом.³⁷ Исследования в области европейского права,

³⁴ Jiří Příbáň, "Introduction: On Europe's Crises and Self-Constitutions" in: Jiří Příbáň (ed.), *Self-Constitution of European Society. Beyond EU Politics, Law and Governance* (2016), 1-10 (3).

³⁵ Под транснациональным правом я понимаю правовые явления, которые распространяются на различные внутренние правовые порядки, такие как старый *Jus Publicum Europaeum* (II. 5.), международное право или европейское право. Поскольку я продолжаю проводить различие между публичным и частным правом, а также между внутренним правом, правом ЕС и международным правом, я не следую основным теориям транснационального права; о последнем см. Peer Zumbansen (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (Oxford: Oxford University Press 2021).

³⁶ Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (Cambridge: Cambridge University Press 2001), 161.

³⁷ Это традиционная точка зрения, воплощенная в рассуждениях Постоянной палаты международного правосудия (ППМП) в "Деле о некоторых германских интересах в

хотя и опираются на международное право, всегда были более комплексными. С самого начала она включала в себя те части внутреннего права, которые реализуют и реагируют на транснациональные части европейского права. Изложения европейского права часто выходят за рамки права ЕС (и Европейской конвенции по правам человека) и распространяются на внутреннее право. Конечно, ученые часто рассматривают только тот внутренний порядок, который они знают лучше всего. Но совершенно очевидно, что европейское право требует более широкого охвата.

В понимании *Мослера*, сравнение национальных законов служит для выработки общих принципов, которые (а) помогают толковать транснациональное право, (б) помогают институтам создавать законы и (в) помогают определить общий *ordre public*, в центре которого находятся права личности, верховенство права и демократическое правительство.³⁸ По сравнению с традиционной частноправовой ориентацией международного права,³⁹ европейское право начиналось с сильной ориентации на публичное право.

По мнению *Мослера*, сравнительное право имеет гораздо большее значение для европейских судов (Суда Европейского союза и ЕСПЧ), чем для Международного суда или Международного трибунала по морскому праву. В обоих институтах есть специальные исследовательские подразделения по сравнительному праву. Сравнение используется, например, для определения так называемого европейского консенсуса - весомого аргументативного инструмента, который ЕСПЧ применяет для развития конвенционного права.⁴⁰ Аналогичным образом, СЕС использует

польской Верхней Силезии", PCIJ Ser. A No. 7, p. 19. Хотя это положение в принципе остается верным на концептуальном уровне, современные оценки практики международного права становятся все более нюансированными: см. Dupuy (сноска 18), paras 27 и далее. Область, в которой традиционное понимание оказалось наиболее деформированным, вероятно, относится к международному инвестиционному праву, см. Jarrod Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration* (Oxford: Oxford University Press 2017).

³⁸ Mosler (сноска 17).

³⁹ Показательно сравнение с мыслями Мослера о международном праве; см. Hermann Mosler, "General Principles of Law" в: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*. Bd. II (1995), 511-527 (518 и далее); основополагающий анализ см. в Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (London: Longmans, Green and Co. Ltd. 1927).

⁴⁰ Kanstantsin Dzethsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights* (Cambridge: Cambridge University Press 2015); взгляд изнутри ЕСПЧ см. в статье Luzius Wildhaber, Arnaldur Hjartarson and Stephn M. Donnelly, "No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights", HRLJ 33 (2013), 248-263.

"оценочное сравнение" для обоснования своих решений.⁴¹ Как бы ни были они важны, подобные (довольно редкие) аргументы в судебных решениях - лишь верхушка айсберга.

Сравнительные исследования прогрессировали на протяжении всего процесса формирования «все более тесного союза».⁴² За 50 лет, прошедших с момента формулирования *Мослером* его теоретической конструкции, право ЕС преобразило публичное право в Европе. Это может показаться парадоксальным, но сам успех интеграции подразумевает гораздо более значительную роль внутренних публичных законов и их сравнения. Сегодня изучение национальных законов и их сравнение переросло ту роль, которую *Мослер* отвел ему в 1960-х годах, когда он назвал его просто вспомогательной наукой (*Hilfswissenschaft*), напоминающей подсобного работника (*Hilfsarbeiter*).⁴³ Четыре события представляются здесь особенно важными: формирование публичного (конституционного и административного) права ЕС, европеизация внутреннего публичного права, горизонтальное объединение национальных институтов и проблема национальной идентичности.

Процесс создания все более тесного союза привел к появлению конституционного права ЕС и административного права ЕС. Как конституционное право ЕС, так и административное право ЕС развивались не в вакууме, а в поле, определяемом различными национальными системами публичного права. Это предполагает сравнительно-правовое осмысление между ЕС и национальным уровнем, а также между различными национальными системами. Аналогичным образом, политология вышла за рамки изучения интеграции исключительно с

⁴¹ См. CEC, *Zuckerfabrik Schöppenstedt v. Council*, Opinion of AG Roemer, case no. C-5/71, EU:C:1971:96; основополагающий труд Konrad Zweigert, 'Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten', *RabelsZ* 28 (1964), 601-643 (610 и далее).

⁴² Важные работы включают L.-J Constantinesco, *Rechtsvergleichung* (1971); Jürgen Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht* (Baden-Baden. Nomos 1988); Constanze Grewe and Hélène Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens* (Paris: Presses Universitaires de France 1995); Ann-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet and Joseph H. H. Weiler (eds), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context* (Oxford; Portland, Oregon: Hart 1998); Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre* (Baden-Baden: Nomos 2002); Michel Fromont, *Droit administratif des États européens* (Paris: Presses Universitaires de France - Thémis 2006); Paolo Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo* (Torino: Giappichelli 2010); Albrecht Weber, *European Constitutions Compared* (Baden-Baden: Nomos 2019); Claus Dieter Classen, *Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union. Eine integrierte Darstellung von 27 Verfassungsordnungen* (Baden-Baden: Nomos 2021); Enzo Di Salvatore (ed.), *Sistemi costituzionali europei* (Milano: Giuffrè 2021).

⁴³ Mosler (сноска 17), 489.

помощью дисциплинарного подхода международных отношений, используя интересы, теории и методы сравнительной политики.⁴⁴

Сравнение необходимо, потому что публичное право ЕС, чтобы избежать конфликтов, должно учитывать различные внутренние реалии. Только подумайте о конституционном разнообразии государств-членов. Существуют республики и монархии, парламентские и полупрезидентские системы, сильные и слабые парламенты, сильные и слабые партийные структуры, унитарные, регионализированные и федеральные порядки, сильные, слабые или вовсе отсутствующие конституционные суды, значительные различия в институциональных гарантиях независимости суда, основных прав и избирательных систем, и, наконец, католические, протестантские, светские, социалистические, государственные, анархо-синдикалистские, гражданские, османские и постколониальные конституционные традиции. Публичное право ЕС не может стремиться к гомогенизирующей модернизации.⁴⁵ Скорее, оно должно отражать разнообразие государств-членов ЕС (см. III. 2.). Для этого необходимо сравнение. Это справедливо и для теории публичного права: чтобы сделать это убедительно, она должна учитывать это разнообразие.

Границами этого исследования являются случаи, когда законодательство ЕС устанавливает ограничения на это разнообразие в соответствии с ценностями статьи 2 ДЕС, как, например, в Венгрии с 2010 года и в Польше с 2015 года. *Мослер* уже предвидел роль сравнительного публичного права для европейского общественного порядка. Сегодня в европейском обществе ведутся острые споры о том, что подпадает под общие конституционные традиции, питающие принципы статьи 2 ДЕС. В этом споре сравнительные аргументы играют свою роль.⁴⁶

Второе измерение сравнительных аргументов касается "европеизации" внутреннего публичного права.⁴⁷ В процессе все более тесного объединения происходит трансформация внутренних правовых порядков. При этом право ЕС в большинстве случаев оставляет открытыми многие возможности: национальное публичное право может адаптироваться

⁴⁴ Wilhelm Knelangen, "Ist die Europäische Union ein Fall für die Vergleichende Regierungslehre?" в: J. Varwick and Wilhelm Knelangen (eds), *Neues Europa, alte EU? Fragen an den europäischen Integrationsprozess* (Wiesbaden: Springer 2004), 113-132.

⁴⁵ Wolfgang Zapf, 'Die Modernisierungstheorie und unterschiedliche Pfade gesellschaftlicher Entwicklung', *Leviathan* 24 (1996), 63-77.

⁴⁶ См. Заключение № 833/2015 Венецианской комиссии от 11 марта 2016 года, доступное по последнему обращению 4 ноября 2022 года, в частности 16, 17, 21 и 22.

⁴⁷ См. Michael Bobek, 'Europeanization of Public Law' в: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber and Sabino Cassese (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume I: The Administrative State* (Oxford: Oxford University Press 2017), 631-673.

различными способами. В такой ситуации многие национальные институты и ученые задумываются о том, как институты и ученые других национальных систем предпочитают реагировать. Многие конференции, организованные Международной федерацией европейского права (*FIDE*), способствовали такому сравнительно-правовому анализу, что объясняет значимость национальных докладов. Какими бы трудоёмкими они ни были, они имеют ключевое значение для функционирования европейского права.

Компаративистская аргументация приобрела еще большее значение для налаживания связей между национальными институтами. Когда-то национальное публичное право создавало замкнутую сферу правовой коммуникации; контакты с государственными институтами других стран шли в основном через министерства иностранных дел. Сегодня ситуация кардинально изменилась: члены правительства и парламента, государственные чиновники, администраторы и судьи, готовясь к исполнению своих полномочий, как правило, общаются со своими европейскими коллегами, и часто делают это в рамках институционализированных сетей. Даже такие институты, как верховные и конституционные суды - некогда отдалённая вершина своей ветви власти - сформировали институциональные сети, которые служат основой их судебной практики.⁴⁸ Хотя иногда этого требует законодательство ЕС, большая часть этой деятельности национальных институтов является автономной.

Это горизонтальное открытие национальных правовых пространств выходит за рамки первоначального понимания европейского права и подчеркивает его сравнительное измерение. Сравнение собственной внутренней ситуации с правовой системой другого государства стало обычным делом для многих практиков в Европе. Соответственно, знание других правовых систем и сравнительная аргументация помогают юристам, государственным служащим или судьям, взаимодействующим в европейском обществе, понять своих коллег и соответствующим образом скорректировать свою линию аргументации.

Национальные суды, в частности высшие суды, представляют собой хорошо изученный пример. Они все чаще привлекают исследователей, специализирующихся на сравнительном анализе, поскольку важные решения национальных судов часто представляют интерес для всей Европы. Многие суды хотят быть услышанными за рубежом и поэтому

⁴⁸ Christoph Grabenwarter, "Summary of the Results for the Previous Sessions" in: Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich (ed.), *The Cooperation of Constitutional Courts in Europe: Current Situation and Perspectives*, Volume 1 (Vienna: Verlag Österreich 2014), 169, 170 и сл.

публикуют решения на английском языке. Уже представляется нормальным, что вердикты зарубежных коллег служат источником информации для судей, даже если этот источник не всегда цитируется.⁴⁹ Национальные суды используют компаративистскую аргументацию, в частности, для обоснования особо серьёзных и далеко идущих решений. Поскольку для правильного использования требуется определенное системное знание, чтобы избежать неправильного прочтения, это требует академических текстов, которые обеспечивают *структурное* знание, освещают критические вопросы и отслеживают сравнительную практику.

Горизонтальные сети важны для все более тесного союза, поскольку они делают европейское общество более сплочённым и устойчивым. Это не означает, что горизонтальные сети всегда поддерживают европейские институты. На самом деле они также сдерживают централизацию, о чем свидетельствует взаимное цитирование конституционных судов в решениях, контролируемых европейскими институтами.⁵⁰ Это приводит к следующему аспекту: раннее европейское сравнительное право казалось более пристрастным к продвижению интеграции, но его успех также привел в последующем к реконструированному акценту на ограничениях. Сегодня сравнительное европейское публичное право направлено не только на продвижение, но и на сопротивление европеизации сверху вниз. *Все более тесный союз* - это не синоним *все большей централизации*, а европейский демократический конституционализм, мир и благополучие (ст. 3 п. 1 ДЕС).

Как это ни парадоксально, но, если перейти к четвертому фактору, защите "идентичности", то и здесь присутствует сильный компаративистский элемент, поскольку этот концепт был разработан именно в европейском дискурсе.⁵¹ В этом процессе у внутреннего публичного права появилась новая функция - выражение национальной идентичности. Сегодня, как никогда ранее, политически, юридически и нормативно неосуществимым представляется, чтобы право ЕС доминировало над европейским правом в той же мере, как федеральное

⁴⁹ См. Andreas Voßkuhle, 'Constitutional Comparison by Constitutional Courts - Twelve Observations from Twelve Years of Constitutional Practice', *ELTE Law Journal* 5 (2023), forthcoming.

⁵⁰ Mattias Wendel, "Die Europa-Entscheidungen der Verfassungsgerichte" в: Christoph Grabenwarter and Erich Vranes (eds), *Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund - Grundfragen und neueste Entwicklungen* (Zürich: Dike, Wien: Manz, Baden-Baden: Nomos 2013), 134.

⁵¹ См. анализ в книге Christian Calliess and Gerhard van der Schyff (eds), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2020).

право доминирует над правом федеральных земель (провинций, кантонов). Публичное право государств-членов, безусловно, не стало темой второго уровня, как право штатов, земель/кантонов в США, Австрии, Германии или Швейцарии. Большинство европейцев чувствуют себя слишком различными для такой централизации. Изучение других правовых систем помогает понять ценные различия, а такие исследования, в диалектическом смысле, расширяют взаимные знания и, зачастую, взаимопонимание.

Все эти события привнесли сравнительные аргументы в ткань европейского права. Одни из них сосредоточены на операционной логике, общей или различной, другие - на том, как решаются конкретные вопросы в различных правовых системах европейского общества. Зачастую интерес к другим национальным правовым системам связан с целью корректировки собственной системы, поскольку ее встраивание в европейское общество требует реконструкции этих внутренних правовых систем в свете нового, более широкого контекста. Европейская интеграция заставила историков пересмотреть национальные истории в рамках общей системы;⁵² аналогичные работы проводились в литературоведении.⁵³ Аналогичным образом ученые-юристы анализируют внутреннее законодательство, для которого европейское сравнительное публичное право является важным инструментом.⁵⁴

Таким образом, сравнительная аргументация стала устоявшимся и все более ожидаемым элементом юридической науки в европейском обществе. Это способствует формированию общей европейской правовой культуры. Под общей культурой я подразумеваю, что правовые субъекты из многочисленных и разнообразных правовых систем действуют в общих рамках знаний, аргументов, практик, ценностей и понимания.⁵⁵ Однако эта зарождающаяся европейская культура, как представляется, не объединяет юридические умы в единый менталитет, а скорее поддерживает многообразие европейского общества (IV.).

⁵² Tony Judt, *Postwar. A History of Europe Since 1945* (Munich: Penguin 2005); однако *Judt* ошибается в некоторых деталях европейской интеграции. Подобные сравнительные исследования можно найти в журнале *Comparative Studies in Society and History*.

⁵³ См. Piero Boitani and Massimo Fusillo (eds), *Literatura europea* (Torino: UTET 2014); César Domínguez, *Literatura europea comparada* (Madrid: Arco Libros 2013).

⁵⁴ В качестве примера можно привести Christoph Schönberger, *Der "German Approach". Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich* (Tübingen: Mohr Siebeck 2015).

⁵⁵ Susana de la Sierra, *Una metodología para el Derecho comparado europeo: Derecho público comparado y Derecho administrativo europeo* (Madrid: Civitas 2004), 67 и далее; Peter Häberle and Markus Kotzur, *Europäische Verfassungslehre* (8th edn, Baden-Baden: Nomos, Zürich: Dike 2016), 104-111.

4. Основания и стандарты для европейских сравнительных аргументов

К счастью, европейские сравнительные аргументы могут опираться на прочный правовой фундамент и довольно простые методы. Я начну с первого элемента - правового фундамента, поскольку он является ключом к особенностям европейского сравнительного публичного права по сравнению со сравнительным публичным правом в целом. На втором этапе мы обсудим то, что я считаю наиболее важными методологическими стандартами. Наконец, я обращаюсь к возможным способам использования сравнительных аргументов.

Компаративисты всегда ратовали за то, чтобы придать сравнительному праву ключевую практическую роль. Парижский международный конгресс по сравнительному праву 1900 года высказался за гармонизацию права народов *одной и той же* цивилизации.⁵⁶ В 1949 году *Конрад Цвайгерт* (*Konrad Zweigert*), основатель функционального метода сравнительного правоведения, представил его как "универсальный интерпретационный метод". В 1989 году *Петер Хеберле* (*Peter Häberle*) объявил сравнение "пятым" методом толкования.⁵⁷ В 2016 году *Юрген Базедов* (*Jürgen Basedow*) считал его "обязательным".⁵⁸

Тем не менее, сравнительные аргументы глобального характера не получили широкого распространения, и, как представляется, по вполне понятной причине.⁵⁹ Их нормативные основания слишком слабы. *Эдуард Ганс* (*Eduard Gans*), возможно, первый в Германии настоящий правовой компаративист, считал, что универсальный разум является основой сравнительного права.⁶⁰ Сегодняшним эквивалентом может быть

⁵⁶ См. Édouard Lambert, "Théorie générale et méthode" в: Congrès International de Droit Comparé (ed.), Procès-verbaux des séances et documents, tome 1 (Paris: LGDJ 1905), 26-61 (38 и далее).

⁵⁷ Peter Häberle, 'Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat - Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode', JZ 44 (1989), 913-919 (916 и далее).

⁵⁸ Jürgen Basedow, 'Hundert Jahre Rechtsvergleichung. Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung', JZ 71 (2016), 269-280.

⁵⁹
⁶⁰ См. Heinz Mohnhaupt, "Universalrechtsgeschichte und Vergleichung bei Eduard Gans" in: Reinhard Blänkner, Gerhard Göhler and Norbert Waszek (eds), *Eduard Gans (1797-1839). Politischer Professor zwischen Restauration und Vormärz* (Leipzig: Leipziger

глобальный конституционализм, который провозглашает Устав Организации Объединенных Наций 1945 года и два Пакта 1966 года в качестве конституционного права человечества. На мой взгляд, такому конституционализму не хватает правовой, политической и общественной основы".⁶¹ Мировое общество, если это можно считать значимым понятием, определенно не характеризуется принципами Устава Организации Объединенных Наций (ООН) и Пактов.

Соответственно, я согласен с теми современными публично-правовыми компаративистами, которые не считают, что глобальные сравнения заложены в общем законе, который управляет различными правовыми порядками, или ведут к нему. *Вики Джексон (Vicki C. Jackson)* хорошо попытожила это. Эта ведущая сторонница глобальных сравнений предлагает "взаимодействие" между правовыми порядками, чтобы доказать актуальность глобальных сравнений.⁶² Однако она не утверждает наличие пласта общей правовой нормативности, даже среди демократических стран, таких как Дания, Израиль и Соединенные Штаты Америки. Это хорошо согласуется с общим пониманием статьи 38 п. 1 с Статута Международного Суда, который связывает глобальное сравнительное право с международным правом: в универсальном международном праве существует лишь несколько принципов (публичного) права.

В лучшем случае существует очень тонкий пласт общего публичного права для мирового сообщества. Это, конечно, не умаляет эпистемической легитимности глобального сравнительного права в контексте научной деятельности. Однако активное использование сравнительных аргументов в самой практике публичного права, которое подразумевается в вышеупомянутых исследованиях, как представляется, не имеет достаточного нормативного обоснования.

В европейском обществе ситуация совершенно иная. Оно демонстрирует условия, которые могут удовлетворить призывы *Цвайгерта*, *Хеберле* и *Базедова* к актуализации сравнительных аргументов. Государства-члены ЕС образовали союз (статья 1 п. 2 ДЕС) и единое общество (статья 2 предложение 2 ДЕС). Этот союз включает в себя внутренние правовые порядки. Статья 2 ДЕС подчиняет эти правовые порядки общему набору конституционных стандартов. Любой правовой акт любого органа государственной власти в европейском обществе связан этими

Universitätsverlag 2002), 339-366; Stefan Vogenauer, 'Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900: Die Geschichte einer anderen "Emanzipation durch Auseinanderdenken"', *RabelsZ* 76 (2012), 1122-1154 (1127).

⁶¹ Von Bogdandy, Goldmann and Venzke (сноска 1), 126 и сл.

⁶² Vicki C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford: Oxford University Press 2010).

стандартами.⁶³ Таким образом, европейское правовое сравнение действует в рамках одного общества и одной конституционной структуры, что противоречит сравнению даже с другими демократиями, такими как Израиль, Великобритания или Соединенные Штаты Америки.

Однако стандарты проведения сравнительных исследований в основном одинаковы для европейского сравнительного публичного права и других сравнительных исследований. Сравнительное исследование должно ответить на вопрос, являются ли сравниваемые законы сопоставимыми.⁶⁴ Статья 2 ДЕС отвечает на этот вопрос применительно к правовым порядкам, которые объединяет Договор о Европейском Союзе, поскольку в ней утверждается, что эти правовые порядки являются частью одного общества, руководствующегося одним набором конституционных принципов. Согласно статье 2 ДЕС, правовое решение в рамках одного правового порядка может в принципе считаться легитимным во всем европейском обществе.⁶⁵ Что касается статьи 2 ДЕС, то правовые сравнения в европейском обществе сравнивают яблоки с яблоками. Более того, большинство европейских сравнительных исследований имеют общие рамки, так как в большинстве своем они так или иначе связаны с процессом "все более тесного объединения народов Европы" (п. 2 ст. 1 ДЕС).

Еще один важный методологический вопрос заключается в том, должны ли в сравнительном исследовании рассматриваться все 27 государств-членов, как это следует из принципа равенства (ст. 4 п. 2 ДЕС). Действительно, в процедурах правотворчества ЕС участвуют все государства-члены, а в европейских судах работает значительный штат сотрудников, занимающихся сравнительными исследованиями (Ш. 3.). Однако такие исследования требуют библиотечных, финансовых, человеческих и временных ресурсов, которые обычно могут предоставить только европейские институты.⁶⁶ Научная практика, как правило,

⁶³ Более подробно о толковании значения статьи 2 TEU см. Luke Dimitrios Spieker, *EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks* (Oxford: Oxford University Press 2023).

⁶⁴ Об устоявшемся понимании этого вопроса см. Giuseppe De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* (5th edn, Padua: CEDAM 1999), 42 и далее.

⁶⁵ Armin von Bogdandy, "Principles of a Systemic Deficiencies Doctrine. How to Protect Checks and Balances in the Member States", *CML Rev.* 57 (2020), 705-740.

⁶⁶ Суд Европейского Союза (СЕС) публикует некоторые из своих сравнительных исследований, см. CJEU, Research Note. Application of the *Cilfit* Case-Law by National Courts or Tribunals against whose Decisions there is No Judicial Remedy under National Law, (2019), последнее посещение 15 февраля 2023 года. О сравнительном подходе СЕС см. Koen Lenaerts, 'Discovering the Law of the EU: The European Court of Justice and the Comparative Law Method' в: Siniša Rodin and Tamara Perišin (eds), *The Transformation or*

избирательна, и это нормально. Я никогда не слышал, чтобы какое-либо академическое сравнительное исследование было ущербным только потому, что в нем не были задействованы все 27 национальных правовых систем.

Однако выбор требует обоснования. Учитывая важность сравнительного права для европейского общества, а также трудности, с которыми это связано, я нахожу убедительным, что требования к обоснованию не должны быть завышенными. Многие основания признаются в качестве оправдания выборочного выбора, не в последнюю очередь это ограниченное владение языком и ограниченные временные ресурсы (см. выбор, сделанный в III. 3. ниже).

В то же время существует одно строгое правило. Недопустимо отбирать только то, что подтверждает желаемый результат, и намеренно избегать противоположных доводов. *Антонио Скалиа (Antonio Scalia)* выразил это в, пожалуй, самом известном высказывании о сравнительном методе: "Ссылаться на чужой закон, когда он согласуется с собственным мышлением, и игнорировать его в противном случае - это не обоснованное принятие решений, а софистика".⁶⁷ Европейские ученые должны, в той мере, в какой они способны это сделать, искать типичные закономерности, а также расхождения.⁶⁸

Также ожидается, что в большинстве случаев исследования должны выходить за рамки абстрактных правил и доктрин. Действительно, большинство ученых с разной степенью акцента обсуждают исторические траектории, социальные функции и правовые, а также культурные, экономические, политические и социальные условия.⁶⁹ Я понимаю свой подход (см. III.) в этом ключе как "контекстуализированный функционализм".⁷⁰ Эта концепция, однако, не подразумевает какого-либо

Reconstitution of Europe. The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union (London: Bloomsbury 2018), 61-87. О сравнительном подходе ЕСПЧ см. Mónica Ambrus, 'Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law', *Erasmus Law Review* 2 (2009), 353-371.

⁶⁷ USSC, *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551, 627 (2005) (Scalia, J, dissenting). Критику СЕС в этом ключе см. Michaël Bardin, 'Depuis l'arrêt Algera, retour sur une utilisation "discrète" du droit comparé par la Cour de justice de l'Union européenne' в: Thierry Di Manno (ed.), *Le recours au droit comparé par le juge* (Brussels: Bruylant 2014), 97-108 (97 и далее, в частности 101).

⁶⁸ Attila Vincze, 'Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts. Eine rechtsvergleichende Annäherung', *HJIL* 77 (2017), 235-267 (246 и далее).

⁶⁹ Об этой необходимости см. Jan Muszyński, 'Comparative Legal Argument in the Polish Discussion on Changes in the Judiciary', *JöR* 68 (2020), 705-720.

⁷⁰ См. Kischel (сноска 2), 87 и далее; Ralf Michaels, "The Functional Method of Comparative Law" в: Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2nd edn, Oxford: Oxford University Press 2019), 345-389. С

точного протокола для успешного исследования. Функция любого закона, то есть его вклад в жизнеспособность общества, не является само собой разумеющейся, а должна быть истолкована с учетом целей проводимого исследования. Такое понимание функции гораздо шире, чем первоначальное, когда оно означало, как закон разрешает конкретный конфликт.

Таким образом, понятие функции лишь показывает необходимость разработки значимого исследовательского вопроса. То же самое справедливо и для контекста: не существует фиксированного набора критериев, которые следует учитывать. Чтобы представить успешное исследование, все зависит от хорошо аргументированного ответа на хорошо поставленный исследовательский вопрос. В этом отношении сравнительные исследования мало чем отличаются от других видов научной деятельности.

Сравнительные аргументы можно использовать во многих случаях. В конце концов, сравнение - это стандартный метод человеческой проницательности и нормативной аргументации.⁷¹ Сравнительное право может даже играть роль, аналогичную роли экспериментов в других дисциплинах.⁷² Как и в общем сравнительном праве, в публично-правовых исследованиях доминируют три способа использования сравнения: подтверждение утверждения, разработка более широкой концептуальной основы, а также выделение контраста.⁷³ Действительно, европейский сравнительный анализ может показать европейским институтам, если предполагаемый акт или решение несовместимы с внутренним

более сильным акцентом на контекстуализации Günter Frankenberg, 'Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law', *Harv. Int'l L. J.* 26 (1985), 411-456; Vicki C. Jackson, 'Comparative Constitutional Law: Methodologies' в: Michel Rosenfeld and András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), 54-74.

⁷¹ Matthias Ruffert, 'The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project' в: Matthias Ruffert (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe* (Munich: Sellier 2007), 3-7 (5).

⁷² Martin Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis* (Chicago: Chicago University Press 1981), viii.

⁷³ Matthias Wendel, 'Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive', *Der Staat* 52 (2013), 339-370 (344 и далее); Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau, 'The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges. A Limited Practice, an Uncertain Future' в: Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (London: Bloomsbury 2013), 411-432 (424 и далее); Eyal Benvenisti, 'Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts', *AJIL* 102 (2008), 241-274 (241 и далее).

конституционным порядком и, следовательно, могут привести к глубоким противоречиям.

Существуют и предосудительные варианты использования. Наиболее важным из них является предположение об общности там, где ее нет, как это было сделано в решении СЕС по делу *Mangold* о возрастной дискриминации⁷⁴ или решение Федерального конституционного суда Германии по программе Европейского центрального банка относительно покупки государственных облигаций и активов, когда он претендовал на то, чтобы быть представителем европейского мейнстрима.⁷⁵ Особенно вопиющим образом сравнительное право использует для поддержки авторитарных тенденций Конституционный суд Венгрии.⁷⁶

В качестве средства правовой аргументации европейское сравнительное право предполагает оценку внешних эффектов внутренних решений, то есть их влияния на другие правовые порядки. Учитывая взаимозависимость правовых порядков в европейском обществе, законодательное, административное или судебное решение вполне может иметь значительные последствия за пределами правового порядка, в котором оно было принято. Учет таких внешних эффектов является частью общей ответственности европейского общества (III. 4.).

Исследование и учет последствий сегодня признается как часть построения юридических рассуждений и обоснований, хотя обычно только в рамках национального правопорядка.⁷⁷ В европейском обществе эта общая ответственность подразумевает, что эти рамки распространяются на все объединенные правовые порядки. Таким образом, национальный суд должен рассмотреть вопрос о том, может ли возможное толкование привести к несостоятельности греческого государства или поощрить авторитарные тенденции в других государствах-членах. Игнорирование

⁷⁴ CJEU, *Mangold*, case no. C-144/04, EU:C:2005:709, paras 74 и далее; см. Basedow (сноска 58), 275; Ulrich Preis, "Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht. Der Fall "Mangold" und die Folgen", NZA 23 (2006), 401-456(401, 406).

⁷⁵ BVerfGE 154, 17, Public Sector Purchase Programme – PSPP, paras 124 и далее; Diana-Urania Galetta, 'Karlsruhe über alles? The Reasoning on the Principle of Proportionality in the Judgment of 5 May 2020 of the German BVerfG and Its Consequences', *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 14 (2020), 166-178.

⁷⁶ Beáta Bakó, 'The Zauberlehrling Unchained? The Recycling of the German Federal Constitutional Court's Case Law on Identity-, Ultra Vires- and Fundamental Rights Review in Hungary', *HJIL* 78 (2018), 863-902.

⁷⁷ Gertrude Lübke-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?* (Freiburg [u.a.]: Alber 1981), 156 и сл.; Andreas Voßkuhle, 'Neue Verwaltungsrechtswissenschaft' в: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann and Andreas Voßkuhle (eds), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1 (Munich: C. H. Beck 2006), § 1, paras 32 и далее.

таких последствий не обеспечивает европейской ответственности и равносильно тому, что можно назвать эпистемическим национализмом.⁷⁸ Взгляд за пределы своих национальных границ необходим для обеспечения разумных результатов в европейском обществе.

По всем этим причинам сравнительное правовое обоснование является частью европейского права. Но каков его нормативный охват? Может ли сравнительный метод дать "лучший" ответ на правовой вопрос? Я не вижу, как это может работать. Ведь сравнительное публичное право всегда знало, что почти ни одно правовое предписание не является просто наилучшим техническим решением, но так или иначе всегда носит политический характер.⁷⁹ По этой причине сравнительное публичное право обычно представляет собой не лучшее решение, а скорее мысли для понимания, размышления, критики и конструирования.⁸⁰ Такое использование сегодня сопровождается термином *Цвайгерта* "оценочное сравнение".⁸¹ Конструкции, возникающие в результате такого сравнения, являются тем, что в договорах ЕС называется "общими" или "общепризнанными принципами" или "традициями, общими для государств-членов".⁸² Хотя ни эти (ни другие) концепции не отвечают на все эпистемические вопросы, они обеспечивают жизнеспособные рамки, как показывает прогресс в этой области.

⁷⁸ См. Michael Zürn, "Politik in der postnationalen Konstellation. Über das Elend des methodologischen Nationalismus" в: Christine Landfried (ed.), *Politik in einer entgrenzten Welt*. 21. wissenschaftlicher Kongreß der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft (Cologne: Verlag Wissenschaft und Politik 2001); Anne Peters, "Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft. Wider den epistemischen Nationalismus", *HJIL* 67 (2007), 721-776.

⁷⁹ Rudolf Bernhardt, 'Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht', *HJIL* 24 (1964), 431-452 (432 и сл.).

⁸⁰ Philipp Dann, 'Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law', *GLJ* 6 (2005), 1453-1473 (в частности 1427 и далее); Eberhard Schmidt-Aßmann, 'Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht', *HJIL* 78 (2018), 807-862 (в частности 836 и далее, 850 и далее). Такое использование сегодня сопровождается термином Цвайгерта "оценочное сравнение".

⁸¹ Zweigert (сноска 41), 610 и сл.

⁸² См. статью 6 п. 3 TEU, ст. 340 п. 2 Договора о функционировании ЕС, ст. 83 Регламента Совета (ЕС) № 207/2009 от 26 февраля 2009 г. о торговой марке Сообщества (кодифицированная версия), *OJ* 2009 L 78/1; Sabino Cassese, 'The "Constitutional Traditions Common to the Member States" of the European Union', *Riv. Trimestr. Dir. Pubbl.* 67 (2017), 939-948; см. также Peter M. Huber, 'Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten - Identifizierung und Konkretisierung', *EuR* 57 (2022), 145-276.

5. Европейское публичное право, старое и новое

Наконец, историческое сравнение помогает теоретизировать особую природу европейского сравнительного публичного права. Существует старое европейское публичное право и новое европейское публичное право, основанное на статье 2 ДЕС. Оба они имеют сильный компонент сравнительного права, но значительно отличаются друг от друга во многих других отношениях. Старое европейское сравнительное публичное право возникло после того, как Вестфальский мир 1648 года положил конец идее христианского политического единства.⁸³ Труд *Йоахима Хагемейера* (*Joachim Hagemeyer*) "Европейское публичное право" (*Juris Publici Europaei*), вероятно, является первой европейской компаративистской монографией, в которой исследуется, что это значит.⁸⁴ Он состоит из восьми томов, изданных в 1677-1680 годах. В них содержатся разделы о Дании, Норвегии и Швеции, Франции, Англии, Шотландии и Ирландии, Бельгии и Нидерландах, Венгрии и Богемии, а также о Польше, Московском княжестве, Италии и, наконец, о Священной Римской империи германской нации.⁸⁵ В работе представлен обширный обзор публичных законов Европы. Европейское сравнительное публичное право начиналось как летопись суверенных государств.

⁸³ Derek Croxton, *Westphalia. The Last Christian Peace* (New York: Palgrave Macmillan 2013). Следующий раздел основан на Armin von Bogdandy, Stephan Hinghofer-Szalkay, "European Public Law - Lessons from the Concept's Past" в: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber and Sabino Cassese (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume I: The Administrative State* (Oxford: Oxford University Press 2017), 30-56.

⁸⁴ Название гласит *Juris Publici Europaei*, а не *Jus Publicum Europaeum*, поскольку это генитив к соответствующей эпистоле, Joachim Hagemeyer, *Juris Publici Europaei de Trium Regnorum Septentrionalium Daniae, Norvegiae & Sveciae Statu, Epistola Prima* (Frankfurt a. M.: Beyer 1677); Joachim Hagemeyer, *Juris Publici Europaei de Statu Galliae, Epistola II* (Frankfurt a. M.: Beyer 1678); Joachim Hagemeyer, *Juris Publici Europaei de Statu Angliae, Scotiae Et Hiberniae, Epistola III* (Frankfurt a. M.: Beyer 1678); Joachim Hagemeyer, *Juris Publici Europaei de Statu Imperii Germanici, Epistola IV* (Frankfurt a. M.: Beyer 1678); Joachim Hagemeyer, *Juris Publici Europaei de Statu Provinciarum Belgicarum, Epistola V* (Frankfurt a. M.: Beyer 1679); Joachim Hagemeyer, *Juris Publici Europaei de Statu Italiae, Epistola VI* (Frankfurt a. M.: Beyer 1679); Joachim Hagemeyer, *Juris Publici Europaei de Statu Regnorum Hungariae et Bohemiae, Epistola VII* (Frankfurt a. M.: Beyer 1680); Joachim Hagemeyer, *Juris Publici Europaei de Statu Regni Poloniae et Imperii Moscovitici, Epistola VIII* (Frankfurt a. M.: Beyer 1680).

⁸⁵ Об использованной методологии см. Heinz Mohnhaupt, "Europa" und "ius publicum" im 17. und 18. Jahrhundert" в: Christoph Bergfeld et al. (eds), *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag* (Frankfurt a. M.: Klostermann 1982) 207-232 (в частности 219-224); для реконструкции - Heinz Mohnhaupt, *Rechtsvergleichung als Erkenntnisquelle. Historische Perspektiven vom Spätmittelalter bis ins 19. Jahrhundert* (Frankfurt a. M.: Klostermann 2022)].

Позднее европейское публичное право приобрело глубоко консервативный смысл. После Французской революции *Шарль Морис де Талейран-Перигор* (*Charles Maurice de Talleyrand-Périgord*), один из самых ловких государственных деятелей своего времени, использовал концепцию *европейского публичного права* даже с реставрационной нотой. После того как Священный союз потерпел поражение в революционном преобразовании Европы, *Талейран* выступил за монархическую легитимность как руководящий принцип *европейского публичного права*.⁸⁶ *Талейран* утверждал, что европейское публичное право защищает монархический суверенитет так же, как внутреннее публичное право защищает частную собственность.

После Второй мировой войны ученый в области публичного права *Эрнст Рудольф Хубер* (*Ernst Rudolf Huber*) развил эту легитимистскую концепцию. Его новаторская работа "Немецкое конституционное право после 1789 года" ("*Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*") наделила *Jus Publicum Europaeum* функцией как внутреннего, так и международного права в эпоху *Ancien Régime*. По мнению *Хубера*, *Jus Publicum Europaeum* того времени состоял из права межгосударственных отношений, а также "неприкосновенных" элементов общеевропейского конституционного права.⁸⁷ Он считал вмешательство европейских монархий в дела революционной Франции оправданным, поскольку революционное свержение и казнь Людовика XVI нарушили европейский конституционный принцип монархической легитимности.

Из всех книг по европейскому публичному праву ни одна не является столь известной, как "*Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*" *Карла Шмитта* (*Carl Schmitt*), опубликованная в 1950 году.⁸⁸ Концепция *Шмитта*, как и концепция *Талейрана* и *Хубера*, охватывает как международное право, так и конституционные порядки европейских государств.⁸⁹ *Шмитт* удваивает *Талейрана* и *Хубера*, используя их для оправдания германской агрессии.⁹⁰ Таким образом,

⁸⁶ Paul Louis Couchoud and Jean Paul Couchoud (eds), *Mémoires de Talleyrand*. Tome II (Paris: Plon 1957), 436 и далее; Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law* (Berlin, New York: de Gruyter 2000), 430 и сл.; Duff Cooper, *Talleyrand* (Leipzig: Insel Verlag 1955), 232 и сл.

⁸⁷ Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*. Bd. 1. Reform und Restauration. 1789 bis 1830 (Stuttgart: Kohlhammer 1957), 16 и далее.

⁸⁸ Jochen Hoock, 'Jus Publicum Europaeum. Zur Praxis des europäischen Völkerrechts im 17. und 18. Jahrhundert', *Staat* 50 (2011), 422-435.

⁸⁹ Carl Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos*. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969, (Berlin: Duncker & Humblot 1995), 592 и далее.

⁹⁰ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. 1. Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800 (Munich: C. H. Beck 2012), 204.

нормативная направленность сравнения в старом европейском публичном праве была почти полностью противоположна новой, основанной на статье 2 ДЕС.

В 1954 году *Пауль Гуггенхайм (Paul Guggenheim)*, швейцарский ученый в области международного права, сформулировал ошибочность концепции *Шмитта* и возвестил о новом европейском публичном праве.⁹¹ Что касается его материального содержания, то он осудил *Jus Publicum Europaеum* как "идеологическую интерпретацию многочисленных норм общего международного права". В то же время он прогнозировал, что Европейское сообщество угля и стали 1952 года может привести к созданию истинного *Jus Publicum Europaеum*, который стоит между универсальным международным правом и внутренними правовыми системами Европы. Заключительное предположение *Гуггенхайма* является пророческим. "Злая ирония в мировой истории будет состоять в том, если суверенное государство [...] претерпит структурную трансформацию благодаря расцвету европейского публичного права".⁹² Именно это и произошло (П. 1.), обусловив особый характер европейского сравнительного публичного права, проявившийся в развитии конституционного судопроизводства.

III. Испытание конституционным судом

1. Быть вершиной среди вершин

Насколько полезна такая теоретизация европейского сравнительного публичного права? В качестве пробного примера я применяю ее к национальным высшим судам. Применяя контекстуализированный функционализм, я начинаю с предположения о том, что высшие суды выполняют различные функции, то есть различными способами способствуют жизнеспособности общества. Они окончательно решают конкретный спор, каков закон; решая такие споры, они также стабилизируют нормативные ожидания в обществе; они контролируют и

⁹¹ Paul Guggenheim, 'Das Jus publicum europaeum und Europa', JöR 3 (1954), 1.

⁹² Guggenheim (сноска 91), 14.

тем самым легитимируют власть; и, наконец, они создают прецеденты, то есть участвуют в правотворчестве.⁹³

Конечно, возможны и другие различия. Можно различать, является ли определенная функция законодательно закрепленной, находится ли она в горизонте сознания судей или насколько существует прямая связь между судебным решением и его влиянием на общество. Но и это ещё не все, например в силу своей теоретической установки *Никлас Луман (Niklas Luhmann)* рассматривает только одну функцию для каждой социальной системы. Но такую теоретическую чистоту трудно сохранить. Действительно, *Луман* вынужден вводить ряд других "функциональных вкладов" судебных решений, чтобы сохранить правдоподобность своей теории.⁹⁴ Не будучи теоретическим пуристом, я считаю, что многофункциональный подход вполне работает.

Отправной точкой данного исследования является то, что высшие суды в европейском обществе трансформируются. В процессе все более тесного объединения национальные суды становятся частью "союза судов".⁹⁵ Само собой разумеется, что объединение верховных судов трансформирует эти суды: поскольку вершина - это самый высокий пик и, следовательно, подразумевает исключительность, эта основная характеристика подвергается воздействию при умножении равнозначных вершин. Таким образом, общий исследовательский вопрос заключается в том, чтобы собрать сведения из различных европейских правовых систем, которые помогут понять, управлять и ориентировать эту трансформацию в свете все более тесного союза, правильно понимаемого (I.). Это открытый исследовательский вопрос. Имеет ли он, тем не менее, значение, читатель сможет судить после прочтения следующих 20 страниц.

Согласно функциональному подходу, для изучения этой трансформации необходимо рассмотреть, как союз влияет на общие функции,

⁹³ О функциях высших судов - Peter M. Huber, "Constitutional Courts and Politics in the European Legal Space" в: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber and Christoph Grabenwarter (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges* (Oxford: Oxford University Press 2023), 547-589; Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication* (Oxford: Oxford University Press 2014), 21, 101 и далее.

⁹⁴ Niklas Luhmann, *Law As a Social System* (Oxford: Oxford University Press 2008), 167-172.

⁹⁵ CJEU. Opinion 1/09 (сноска 22), para. 80; Rosas (сноска 22), 105; см. также Andreas Voßkuhle, 'Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts', *Eu Const. L. Rev.* 6 (2010), 175-198.

выполняемые высшими судами.⁹⁶ Что касается функции решения конкретного спора и, как высшей судебной инстанции, в конечном счете решения конкретного конфликта, то сейчас ситуация такова, что такой окончательности уже нет: так или иначе, любое решение может быть обжаловано в другом суде. Что касается стабилизации нормативных ожиданий, то решение национального суда может повлиять на ожидания всего европейского общества, как показало уже упомянутое решение Федерального конституционного суда ФРГ по делу о программе Европейского центрального банка относительно покупки государственных облигаций и активов, отменившего решение СЕС.⁹⁷ Это подводит нас к функции контроля и тем самым легитимации власти: большинство высших судов претендуют на право контролировать решения СЕС и ЕСПЧ. Таким образом, они могут поддерживать легитимность европейских решений (добавляя свои собственные), но могут и создавать конфликты, как показывает решение конституционного суда ФРГ по делу о покупке государственных облигаций и активов. И последнее, но не менее важное: прецеденты высших судов участвуют в установлении смысла права ЕС, в частности смысла ценностей статьи 2 ДЕС, что также может привести к конфликтам. Таким образом, можно утверждать, что все функции, о которых я говорил во вступлении к настоящему разделу, подверглись глубокому воздействию со стороны союза высших судов, который я исследую.

Для сравнительного анализа трансформации я начинаю, опираясь на исторический институционализм, со сравнения того, как конституционное судопроизводство развивалось в различных правовых порядках. Это подтверждает общий тезис "единство в многообразии": есть базовое общее развитие, но есть и множественные современности (III. 2.). Более того, существуют огромные различия, когда речь идет о полномочиях высших судов влиять на европейское общество, что не согласуется с принципом

⁹⁶ См. Christoph Grabenwarter, "Zusammenfassung der Ergebnisse der vorangegangenen Sitzungen für den XVI. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte" в: Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich (ed.), Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa. Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven (Vienna: Verlag Österreich 2014), 174.

⁹⁷ Martin Wolf, 'German Court Decides to Take Back Control with ECB Ruling', Financial Times (13 May 2020), 17, последнее посещение 8 декабря 2022 г.; Noel Dorr, 'Why Is a German Court Undermining the European Union?', The Irish Times (28 May 2020), последнее посещение 8 декабря 2022 г.; Julien Dubarry, 'Prendre la Constitution au sérieux. Regard franco-allemand sur l'enchevêtrement des discours juridique et politique au prisme de la proportionnalité', D. S.Jur. 27 (2020), 1525-1533.

равенства государств-членов (ст. 4 п. 2 ДЕС).⁹⁸ Следующий шаг посвящен тому, как три суда истолковывают свои внутренние полномочия, на которых строятся их европейские полномочия (III. 3.). Это также дает представление об упреках в адрес европейских судов в том, что они действуют *ultra vires*. Наконец, я сравниваю, как собственно разрешаются возникающие конфликты (III. 4.).

2. Общие разработки и множественные современности

Любой институт трансформируется на своем пути. В определенной степени высшие суды достигли своей нынешней роли, пройдя аналогичный путь.⁹⁹ Ни один из них не играл важной роли в решении конституционных вопросов вплоть до начала XX века.¹⁰⁰ Судебная проверка законодательства на соответствие стандартам, подобным тем, что закреплены в ст. 2 ДЕС, был в лучшем случае факультативным компонентом демократических конституций. В самой значительной книге межвоенного периода по сравнительному публичному праву иммунизация законодательства, то есть парламентских статутов, от судебного пересмотра рассматривалась скорее как демократический императив.¹⁰¹ Конференция европейских конституционных судов была основана в 1972

⁹⁸ Antoine Vauchez, 'Vicarious Hegemony. The German Crisis of European Law', *Verfassungsblog* (6 October 2020) <<https://verfassungsblog.de/vicarious-hegemony/>>, последнее посещение 15 февраля 2023 г.

⁹⁹ Pedro Cruz Villalón, "The Evolution of Constitutional Adjudication in Europe", в: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber and Christoph Grabenwarter (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges* (Oxford: Oxford University Press 2023), 1-50; Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1932) (5th edn, Berlin: Duncker & Humblot 2016), частично переведено в: Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2015).

¹⁰⁰ См. Sabino Cassese, "The Administrative State in Europe" в: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber and Sabino Cassese (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume I: The Administrative State* (Oxford: Oxford University Press 2017), 57-97 (60 и далее); Michel Fromont, 'A Typology of Administrative Law in Europe' Sabino Cassese, "The Administrative State in Europe" in: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber and Sabino Cassese (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume I: The Administrative State* (Oxford: Oxford University Press 2017), 579-599 (585 и далее).

¹⁰¹ Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (Paris: LGDJ 1921).

году и насчитывала всего четыре члена - Федеральный конституционный суд Германии и конституционные суды Австрии, Италии и Югославии.¹⁰²

Затем началось грандиозное преобразование.¹⁰³ Сегодня Конференция европейских конституционных судов насчитывает сорок членов, многие из которых решают важные споры и формируют общество. Эта трансформация оказалась популярной: в рейтингах общественного доверия конституционные суды, как правило, показывают очень высокие результаты, значительно опережая политических акторов.¹⁰⁴ Повсеместно суды взяли на себя функцию укрепления, а также развития конституционного права, питающего традиции, на которые опирается статья 2 ДЕС. Однако есть и шаги в противоположном направлении, прежде всего со стороны конституционных судов Венгрии и Польши.

¹⁰² См. сайт <www.confueconstco.org>, последнее посещение 8 декабря 2022 г.

¹⁰³ Это глобальное явление: см. Duncan Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000" в: David M. Trubek and Alvaro Santos (eds), *The New Law and Economic Development - A Critical Appraisal* (Cambridge: Cambridge University Press 2006), 19-73 (63).

¹⁰⁴ Christine Landfried, 'Constitutional Review in the European Legal Space: A Political Science Perspective', в: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber and Christoph Grabenwarter (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges* (Oxford: Oxford University Press 2023), 591-612.