



## ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ В КОНСТИТУЦИОННОЙ ЮСТИЦИИ ФРГ: ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Наталья ПАСЛАВСКАЯ,

ассистент кафедры основ права

Львовского национального университета имени Ивана Франко

### Summary

The article deals with the legal nature of the dissenting opinion of a Judge of the Federal Constitutional Court of Germany. The reasons for its adoption, the positive and negative aspects of its application, as well as the legal consequences for the German constitutional justice are analysed. The role of the dissenting opinion in the development of constitutional justice in Germany is illustrated specific examples.

**Key words:** history of state and law of foreign countries, constitutional justice, Federal Constitutional Court of Federal Republic of Germany, judges of FCC of Federal Republic of Germany, dissenting opinion.

### Аннотация

В статье исследована правовая природа особого мнения судьи Федерального Конституционного Суда ФРГ, проанализированы причины его принятия, позитивные и негативные аспекты применения, а также правовые последствия для конституционной юстиции ФРГ. На конкретных примерах проиллюстрирована роль особого мнения в развитии конституционной юстиции ФРГ.

**Ключевые слова:** история государства и права зарубежных стран, конституционная юстиция, Федеральный Конституционный Суд ФРГ, судья ФКС ФРГ, особое мнение судьи.

**Постановка проблемы.** В своей деятельности Конституционный Суд Украины (далее КСУ) как правовая структура со сравнительно небольшим опытом часто сверяет собственное видение конституционных основ функционирования государства со стандартами, которые были установлены и активно развиваются в демократиях с длительными конституционными традициями. Опыт государств с крепкими устоями конституционной государственности на практике свидетельствует о глубоком уважении всех субъектов права к Основному Закону государства. Такое отношение формируется в результате сбалансированного взаимодействия элементов политической системы, а Конституционный Суд в этом процессе не только гарантирует охрану основ конституционного строя государства, но и динамично реагирует на актуальные потребности общества в русле верховенства права. Предоставление судьям Конституционных Судов права излагать свое особое мнение сыграло положительную роль в дальнейшем развитии конституционной юстиции многих стран, создав возможность приоткрыть тайну принятия решения Судом и оценить его правомерность. Поэтому изучение исторического опыта функционирования института особого мнения представляет особый интерес для Украины, стремящейся на фоне активных евроинтеграционных процессов гармонизировать свою судебную систему с европейской.

Введение в независимой Украине института конституционной юстиции положило начало процесса реформирования правовой системы, главной целью которого является выработка действенных механизмов охраны Конституции Украины от противоправного применения ее содержания и обеспечения легитимности власти. Однако создание нового элемента в правовой системе не гарантирует эффективности его функционирования. Поэтому опыт стран с отлаженным механизмом конституционного контроля может стать полезным для Украины, пребывающей в сложных политических и экономических условиях развития конституционного строя. Федеральный Конституционный Суд (далее ФКС) ФРГ может во всех отношениях стать примером для подражания других стран, в частности Украины. Изучение деятельности ФКС ФРГ, особенно тех ее аспектов, которые содействуют демократизации Суда в посттоталитарном обществе, чрезвычайно актуально для современной Украины, стремящейся стать полноценным членом европейского сообщества. Отсутствие специального исследования, посвященного особому мнению как одной из важных составляющих деятельности ФКС ФРГ, также обуславливает актуальность предлагаемой статьи.

**Актуальность исследования.** Проблематике конституционной юстиции, в том числе организации и де-

ятельности Конституционного Суда Украины, посвящен ряд исследований украинских ученых: М.М. Гультая, Т.А. Костецкой, А.М. Колодия, В.Ф. Погорилка, П.Б. Стецюка, Ю.М. Тодьки, А.Ф. Шаповала и других. Вопросам же статуса, компетенции и деятельности ФКС ФРГ уделено недостаточно внимания, хотя его опыт был широко использован при создании многих Конституционных Судов постсоветского пространства. Большинство украинских исследований касается общих вопросов конституционного правосудия ФРГ (А.З. Георгица, П.Ф. Гураль, Г.Р. Левицкая, В.М. Кампо, В.А. Гринчак, И.Я. Заяц, В.О. Рижак) и некоторых полномочий ФКС ФРГ, например, института конституционной жалобы (М.М. Гультай). В российской конституционно-правовой науке также содержится некоторая информация о ФКС ФРГ и конституционных судах ее земель (С.В. Боботова, Н.О. Вересова, Н.В. Витрук, А.А. Клишас, В.А. Кряжков и Л.В. Лазарев, Ж.И. Овсепян, М.О. Свистунова, Н.А. Сидоров). Гораздо больше внимания уделяют деятельности ФКС ФРГ немецкие конституционалисты П. Бадур, Е. Бенда, П. Хайн, К. Хессе, Ф. Дармштедтер, П. Кирхоф, К. Крошель, Ю. Лимбах, В. Левер, Т. Маунц, Г. Маурер, Х. Песталоцца, Х. Хилльгрубер, К. Шляйх, Х. Штарк, К. Штерн, однако в немецкой юридической литературе также нет специальных работ,



посвященных проблеме особого мнения в системе конституционной юстиции ФРГ.

**Целью статьи** является исследование правовой природы особого мнения судьи ФКС ФРГ, причин его применения и правовых последствий для конституционной юстиции ФРГ.

**Изложение основного материала.** С принятием 21 декабря 1970 года изменений в Закон о Федеральном Конституционном Суде ФРГ каждый судья ФКС получил возможность зафиксировать свое мнение, высказанное в ходе обсуждения и отличающееся от принятого решения в форме особого мнения (§ 30 II, п. 1 Закона о ФКС): «Судья, не согласный с решением или его обоснованием, вправе изложить свое особое мнение. Особое мнение судьи приобщается к решению Суда. Сенаты могут сообщать о соотношении голосов в своих решениях» [1]. Главной целью этой инновации было достижение большей прозрачности механизма принятия решений и повышение роли отдельно взятого судьи.

Особое мнение как процессуальная форма мнения, отличающегося от принятого решения, публикуется подобно решению в служебном сборнике. Иногда особое мнение превышает по своему объему решение, принятое большинством. Детали в этом вопросе регулирует § 56 Регламента ФКС [2]. Показательно, что возможности учета особого мнения у других судов ФРГ нет. Это исключительное право Федерального Конституционного Суда и Земельных Конституционных Судов. Применение особого мнения в практике работы ФКС считается выражением имеющегося в конституционном праве ФРГ плюрализма в методах и результатах интерпретации Конституции [3, с. 83].

В толковании Конституции ФРГ точка зрения судьи, в том числе и под политическим углом зрения, уделяется важное внимание. Особое мнение, как и сообщения о результатах голосования и отображения различных мнений судей, даже по причинам принятия решения свидетельствуют, что конституционное право вызывает дискуссию и в пределах самого суда [4], поэтому в перспективе становятся возможными соответствующие изменения в юрисдикции. Спорные вопросы продолжают

решаться большинством голосов. Особое же мнение частично приоткрывает завесу на ход обсуждения в суде, но не умаляет авторитета решения суда. За решение, принятое большинством, и его обоснование отвечают судьи, и они же его подписывают.

Многие критики института особого мнения высказывали опасения, что она ослабит авторитет суда и его решений, и до сих пор эти опасения имеют место. Стоит проанализировать аргументы в пользу особого мнения и против него.

Положительным аспектом особого мнения является рост уровня публичности причин принятия того или иного решения или несогласия с ним. В этом смысле особое мнение дает толчок для дальнейшей научной дискуссии и осуществляет правотворческую функцию [5, с. 31]. Раскрытие различных взглядов судей ФКС и обоснований их мнений по тому или иному вопросу иллюстрирует, что судебное решение является последним словом в деле, но не в толковании Конституции.

Особое мнение усиливает убедительность принятого Судом решения, когда отдельной точке зрения противопоставляют хорошо аргументированное другое мнение, которое трудно упрекнуть в определенном субъективизме. Наконец, особое мнение подтверждает и то, что аргументы большинства убедительнее. Особое мнение способствует более четкой репрезентации мнения большинства и этим способствует тому, чтобы обоснование суда иногда не приобретало форм почти дипломатического характера. Однако относительно того, достигла ли процедура особого мнения на самом деле такого результата, немецкие юристы не дают однозначного ответа.

Аргументом против особого мнения являются соображения, что эта процедура ослабляет убедительность принятого Судом решения [6, с. 25], поскольку свидетельствует о расхождении мнений судей касательного принятого решения и подвергает сомнению наличие факта нарушения Конституции.

Кроме этого, сомнению может быть подвергнут даже авторитет Суда как последней инстанции в деле интерпретации Конституции [7, с. 117], что развеивает миф о Суде как «храме наи-

высшего существа», как его иронически обозначает Г. Реллеке, имея в виду авторитет Суда среди общественности [8, с. 48]. По своей сущности особое мнение определенным образом противоречит системе немецкого права, которому несвойственна любая персонализация судов, в отличие, например, от судов США, где решения принимают конкретные лица [9, с. 293], а особое мнение судьи может получить статус прецедентного. В ФРГ особое мнение судьи излагается от его имени, отражает его личную позицию, не несет юридических последствий и таким образом имеет доктринальное значение. Особое мнение является одним из средств реализации принципов независимости судей, их свободного волеизъявления, полного и независимого рассмотрения дела. Право судьи не согласиться с мнением большинства, представленного лучшими представителями этой профессии, гарантирует его внутреннюю свободу и осознание права выбора. Независимо от того, что судьи сравнительно редко используют право особого мнения, сам факт наличия такой возможности способствует укреплению авторитета судьи, позволяет глубже ощутить ценность собственного решения и ответственность за его принятие.

Примерами негативного воздействия особого мнения служат решения ФКС, например, при рассмотрении вопроса о сидячих забастовках, когда публикация особого мнения судей засвидетельствовала шаткость принятых ими решений, а их позиции кардинально разошлись (четыре «за» и четыре «против»), из-за чего было отказано в удовлетворении иска [10], либо определенное мнение набрало небольшое преимущество (пять «за» и три «против») [11].

Особое мнение судьи ФКС может принципиально отличаться от мнения большинства (*dissenting opinion*). Но оно также имеет возможность присоединиться к мнению большинства судей и отличаться только в обосновании (*concurring opinion*). Помимо того, особое мнение может содержать частичное согласие или несогласие по отдельным пунктам решения. Эти функции особого мнения не всегда можно четко разграничить.

Складывается впечатление, что особому мнению не хватает единства



касательно повода и мотивации. С одной стороны, оно отстаивает личность судьи с особым мнением, который из этнических или принципиальных научно-догматических соображений не желает принимать какое-либо решение и хочет это засвидетельствовать (что должно было бы быть необходимым и поэтому возможным лишь в экстремальных случаях). Такое особое мнение может отражать преимущества, риск или опасность мнения большинства.

О целесообразности существования института особого мнения свидетельствуют конкретные случаи его применения в ФКС ФРГ. Например, в решении ФКС 39, 1 (68) – прерывание беременности [12]: два судьи ФКС – В. Рупп фон Брюнек и Г. Симон – посчитали, вопреки мнению большинства, что прерывание беременности в первые три месяца не противоречит нормам Конституции ФРГ, поскольку из основополагающих прав нельзя ни при каких обстоятельствах делать вывод об обязанности государства назначать наказание за прерывание беременности на любой стадии. И хотя особое мнение упомянутых судей не повлияло на исход дела, последующая в обществе дискуссия имела следствием усовершенствование закона об ответственности за прерывание беременности. В дальнейшем на законодательном уровне также был принят ряд мер по предотвращению нелегальных аборт.

Особое мнение способствует конструктивной внутренней дискуссии в рамках суда или при широком научном обсуждении проблемы. Примером является особое мнение судьи Гайгера в контексте решения ФКС 42, 64 (80) по делу о принудительной продаже с аукциона. Судья согласился с решением ФКС, но высказался против слишком широкого применения общей оговорки ст. 3, абз. 1 Основного закона, так как это может привести к размытости (релятивации) конституционных положений. «Не все, что противоречит государственному праву, должно оспариваться в рамках конституционного права как противоречащее ст. 3 Основного Закона» [13]. Изложенное судьей особое мнение вызвало широкую дискуссию как внутри ФКС, так и в научной юридической среде.

Особое мнение судьи может направлять развитие правосудия в другом

направлении и обращать внимание общественности на противоречия и проблемы актуального правосудия. В конце концов, в этом и должен заключаться истинный смысл особого мнения.

Решение ФКС 69, 1 (57) по делу об отказе от военной службы содержало особое мнение судей Э.-В. Беккенфорде и Е. Г. Маренгольца, которые обратили внимание правосудия на проблему границ, устанавливаемых основополагающими правами. По мнению судей, применяемое право таким образом переносится из Конституции в толкование Конституции судьей, что абсолютно недопустимо: «Основополагающие права превращаются в рассуждения и интерпретируются как интересы носителя основных прав, которому противостоят другие взгляды или интересы» [14]. Особое мнение судьи препятствовало слишком свободному толкованию основных прав граждан.

Особое мнение Д. Гримма в решении ФКС 80, 137 (168) [15] по делу о конных прогулках в лесу касалось толкования ст. 2, абз. 1 Основного Закона как такового, что гарантирует всеобщую свободу действий: «Поэтому следует отменить это предусмотренное законом выхолащивание основных прав и связанное с ним раздувание конституционной жалобы. Это кажется еще уместным, учитывая, что ст. 2 п. 1 Основного Закона пополнилась рядом конкретных гарантий свобод и остается открытой для дополнительных необходимых гарантий таких свобод» [16]. В этом случае особое мнение было нацелено против использования института конституционной жалобы в случаях, которые непосредственно не связаны с основными правами граждан.

Предоставление особому мнению некой «нормативной силы», например, таким образом, что изменение в судопроизводстве становится возможным только тогда, когда оно предварительно реализовалось как особое мнение, кажется необоснованным и, учитывая динамику судопроизводства, нежелательным. В конце концов, количество случаев выражения особого мнения с тех пор, как оно было узаконено 21-го декабря 1970 года, особо не изменило общую картину судопроизводства ФКС ФРГ. Так, с напечатанных в период с 1971 по 2000 год 1.714 решений ФКС ФРГ лишь 108 содержат особое мнение

судьи, однако после незначительного спада в 1980 и 1990 гг. их количество вновь возрастает.

**Выводы.** Таким образом, отдельное мнение является важным элементом конституционной юстиции ФРГ. Его принятие способствовало большей прозрачности деятельности ФКС, повысило роль судьи в принятии решений, открыло возможность для научных дискуссий по поводу тех или иных решений Суда. Оно ни коим образом не пошатнуло конституционализм ФРГ, а лишь подчеркнуло важнейшую роль в этом процессе человеческого фактора.

#### Список использованной литературы:

1. Gesetz über das Bundesverfassungsgericht [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/index.html>.
2. Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts [Электронный ресурс]. – Режим доступа : // [http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bverfggo\\_1986/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bverfggo_1986/gesamt.pdf). – § 56.
3. Zierlein K. – G. Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht / K. – G. Zierlein // Die öffentliche Verwaltung. – 1981. – Jg. 34. – H. 3. – P. 83–96.
4. Roellecke G. Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge / Gerd Roellecke // Isensee J., Kirchhof P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. – Band III, 3. Auflage. – Heidelberg : Müller, 2005. – Teil II. – § 53. – Rn. 15.
5. Häberle P. Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit / Peter Häberle (Hrsg.) // Verfassungsgerichtsbarkeit. – 1976. – № 1. – S. 1–45.
6. Stern K. Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik / K. Stern / Vorträge / Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften : Geisteswissenschaften 243. – Opladen : Westdt. Verl. – 50 S.
7. Fromme F. K. Karlsruhe : Wie es euch gefällt : Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik / F. K. Fromme // Auf dem Weg zum Richterstaat : die Folgen politischer Impotenz. – Freiburg i. Br. [u.a.] : Herder. – 1979. – S. 98–12.



8. Roellecke G. Das Ansehen des Bundesverfassungsgerichtes und die Verfassung // Roellecke Gerd // Bundesverfassungsgericht. – Mainz [u.a.] : v. Hase & Koehler. – 1995. – S. 33–48.

9. Pestalozza Chr. Verfassungsprozessrecht Verfassungsprozeßrecht : die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum internationalen Rechtsschutz / von Christian Pestalozza. – München : Beck, 1991. – 743 S.

10. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 73, 206 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073206.html>.

11. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 76, 211 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv076211.html>.

12. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 39, 1 (68) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>.

13. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 42, 64 (80) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv042064.html>.

14. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 69, 1 (57) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv069001.html>.

15. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 80, 137 (168) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv080137.html>.

16. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>.

## ХОЗЯЙСТВЕННЫЙ ДОГОВОР – СИНЕРГЕТИЧЕСКОЕ ВИДЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРИРОДЫ

Светлана ПОДОЛЯК,

кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного, административного, хозяйственного права и процесса  
Киевского университета права  
Национальной академии наук Украины

### Summary

Theoretical research of legal nature of the economic contract as method of organization of economic-contractual relations subjects of managing is carried out in this article. The analysis of up-to-date approaches to the definition of the contract in the legislation of different countries is carried out, as well as the positions of the leading domestic and foreign scholars on the subject are analyzed. Synergetic approach is used for studying the economic contract as a social-legal economic system, for revealing its legal nature. The abstract legal model of social-legal system „economic contract” is examined; using which the definition of economic contract is formulated and criteria for the validity of the economic contract is justified. As a basis of substantiation of conditions of validity of legal system “economic contract” is the lack of legal deficiencies in each of its elements.

**Key words:** economic contract, social-legal economic system, normative legal model.

### Аннотация

В статье проводится теоретическое исследование юридической природы хозяйственного договора как способа организации хозяйственно-договорных отношений субъектов хозяйствования. Осуществляется анализ современных подходов к определению понятия договора в законодательстве ряда стран, а также позиций ведущих отечественных и зарубежных ученых по указанной тематике. Использование синергетического метода исследования дает возможность изучить хозяйственный договор как социально-правовую хозяйственную систему, раскрыть его правовую природу. Рассматривается вербальная нормативно-правовая модель социально-правовой системы «хозяйственный договор», на базе которой формулируется определение хозяйственного договора и выделяются критерии действительности хозяйственного договора. В основе обоснования условий действительности правовой конструкции системы «хозяйственный договор» лежит отсутствие юридических недостатков в каждом из ее элементов.

**Ключевые слова:** хозяйственный договор, социально-правовая хозяйственная система, нормативно-правовая модель.

**Постановка проблемы.** Договорное право является основным объектом унификационных усилий международного сообщества. Достижение единого правового регулирования усложняется отсутствием единообразных норм в законодательстве разных стран и в значительной степени это касается определения понятия «договор», что подтверждает факт того, что институция нуждается в детальном и глубоком осмыслении и анализе.

**Актуальность темы исследования** подтверждается тем, что до настоящего времени ни у теоретиков, ни у практиков не существует единой точки зрения относительно определения понятия «договор». Что касается хозяйственного договора, то он обладает существенными особенностями, специфи-

кой, отличающими его от гражданско-правовых договоров. Научный анализ общих вопросов правового регулирования договорных отношений либо их насущных проблем осуществляется многими как отечественными, так и зарубежными учеными. Среди них следует назвать О. Беляевич, О. Винник, О. Дзеру, В. Мамутова, В. Семчика, М. Брагинского, В. Витрянского, М. Дювернуа, Л. Эннексеруса, О. Иоффе, Н. Растеряева, Н. Рабинович и другие, работы которых служили теоретической основой исследования.

**Целью статьи** является исследование юридической природы хозяйственного договора с использованием синергетического метода. Новизна работы заключается в том, что в ней выполняется системный анализ право-